

1 1. SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Juan Antonio García Amado

1. ¿Qué es interpretar?.

El manejo del Derecho tiene una de sus labores cruciales en la llamada interpretación jurídica. Que el Derecho tenga que ser objeto de interpretación supone que hay un “algo”, una materia prima, que no habla por sí mismo, o no lo hace con perfecta claridad y precisión, de modo que entre esa materia prima que se supone que encierra cierto mensaje y los destinatarios de ese mensaje, sean quienes sean, se hace necesaria esa labor llamada interpretación y que llevan a cabo los intérpretes. La interpretación, por tanto, es la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la materia prima del Derecho. La interpretación del Derecho es la actividad consistente en establecer el concreto y preciso sentido de ese “algo” del que el Derecho se compone. El resultado de tal actividad es ese “algo” en cuanto precisado y aclarado.

La materia prima del Derecho son normas. Esas normas se diferencian de otras (normas morales, reglas del trato social, etc.) mediante ciertos atributos que las especifican como normas jurídicas. Cuáles sean exactamente dichos atributos es la cuestión más debatida en la teoría y filosofía del Derecho y constituye el tema central de la teoría de la validez jurídica. Para unas doctrinas dichos atributos son puramente formales y se traducen en el hecho que las normas en cuestión hayan sido creadas con arreglo a lo establecido por otras normas del mismo conjunto del Derecho, conjunto llamado sistema jurídico. Otras doctrinas sitúan el dato esencial en que las normas que sean Derecho se imponen efectivamente en la sociedad por el hecho de estar dictadas o aplicadas por ciertos sujetos tenidos socialmente por autoridades o afirmados fácticamente como tales por estar respaldados por el poder y la fuerza. Hay también doctrinas que entienden que lo que convierte a una norma en jurídica es cierta condición material, como su sintonía con la justicia, el Derecho natural, el bien común, etc. Y también se dan todo tipo de combinaciones entre esos tres planteamientos básicos. Pero ese no es nuestro tema en este trabajo.

Más allá de las referidas discrepancias iusfilosóficas, en nuestro tiempo y en las sociedades de nuestro ámbito cultural y jurídico-político, existe acuerdo básico en que o bien todo el Derecho o bien una parte muy sustancial de él se expresa en textos escritos revestidos de una peculiar publicidad y formalidad: Constituciones, leyes, decretos,

sentencias, etc. Así pues, una parte central del Derecho actual en nuestro ámbito es Derecho escrito y su interpretación es, por consiguiente, actividad que de algún modo tiene que ver con textos. A esa interpretación nos vamos a referir, aun cuando no se deba perder de vista que hay tipos de normas carentes de ese carácter textual, como ocurre con el Derecho consuetudinario, y que existen incluso Constituciones, como la inglesa, que participan de ese carácter consuetudinario y no escrito.

Pero que el Derecho del que vamos a hablar, el derecho escrito, se fije en textos, no permite decir, sin más, que la interpretación jurídica sea mero establecimiento del sentido de tales textos, que lo que el intérprete tenga que hacer sea lisa y llanamente limitarse a averiguar el significado de esos textos, en la idea que esos textos, y no otra cosa, son la materia primera y única del Derecho. La pregunta acerca de qué sea lo que el intérprete ha de averiguar se responde de modo distinto según el modo en que se entienda cuál es el componente básico o de fondo de las normas jurídicas, de esas normas con cierto carácter o sello especial (que las convierte en jurídicas) y que se expresan de algún modo en textos, en palabras y enunciados lingüísticos.

Según cómo se conciba ese componente básico o esencia última de las normas jurídicas, la actividad interpretativa revestirá caracteres distintos, lo que llevará a propugnar para ella diferentes métodos o modos de proceder para averiguar el sentido o contenido correcto o verdadero de tales normas. En función de esto, tres son las concepciones básicas de la interpretación, más allá de esa elemental idea común que interpretar es aclarar o precisar el contenido de las normas jurídicas.

La primera concepción es la propia, la que llamaremos teoría lingüística de la interpretación. Para esta teoría la realidad de las normas jurídicas coincide con esa su condición de enunciados lingüísticos. El Derecho, por así decir, es una cosa hecha con palabras y en esas palabras agota su ser. Las palabras en que las normas jurídicas se expresan no son mero vehículo de una realidad no lingüística que está por debajo y alimenta su sentido. Por tanto, la actividad interpretativa es, para esta teoría, desentrañamiento semántico, establecimiento de su significado. Los enunciados legales poseen una dimensión sintáctica, semántica y pragmática, del mismo modo que cualquier otro enunciado del lenguaje que a diario utilizamos. En consecuencia, la interpretación jurídica no tiene en esto ninguna especificidad y sus especialidades tienen que ver únicamente con el carácter técnico que posee en buena medida la actividad jurídica y con la importancia central que los contenidos del Derecho revisten para la organización social.

La segunda concepción la llamaremos intencionalista. Para las doctrinas de la interpretación que encajan bajo ese rótulo, los enunciados legales son el cauce a través del que se expresan ciertos contenidos de voluntad o intenciones, que son los que constituyen el componente último del sentido de las normas jurídicas. El texto legal es solamente el vehículo, más o menos fiel o más o menos certero, de esas intenciones. Interpretar es, por tanto, en última instancia, averiguar y poner de relieve el contenido de tal intención, intención que es la del autor, la del creador de la norma, de aquella o aquellas personas que la dictaron. El texto es el punto de partida, la referencia primera y la mejor pista de dicha intención, pero ya no se trata, como para la teoría anterior, de limitarse a aclarar el significado de ese texto, o sea, de poner de relieve lo que el texto quiere decir, sino de conocer lo que el legislador quiso decir al dar a la luz dicho texto. Aquí el objeto de la interpretación es el enunciado legal, pero la materia prima del Derecho, desde la que el texto legal adquiere su sentido, es esa intención o contenido de voluntad.

Esta teoría tiene una honda tradición en la teoría de la interpretación jurídica y tuvo una de sus más altas expresiones en la llamada teoría subjetiva de la interpretación¹. En el debate norteamericano sobre la interpretación constitucional está presente de modo muy destacado en las tesis del llamado “originalismo”, que es la postura de quienes sostienen que la interpretación de la Constitución norteamericana ha de ceñirse a lo que pensaron y quisieron los “padres” de dicha Constitución.

Esta concepción obtiene su mejor justificación de la idea de máximo respeto al legislador. Cuando el legislador es tenido por legítimo, sea cual sea la base compartida de tal legitimidad, esa misma razón de legitimidad, que lo convierte en la autoridad admitida para

1. Como explica Schroth, el primero en desarrollar una metodología de la interpretación subjetiva fue Carl Georg von Wächter en su obra *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, de 1835. La polémica en las primeras décadas se va a centrar en el valor interpretativo de los materiales legislativos como indicio del verdadero sentido de la ley, radicado en la intención de su autor. El ataque a la teoría subjetiva y la formulación de la teoría objetiva como alternativa provino particularmente de Binding y Kohler, quienes, en torno a 1885, formulan la famosa idea que la ley, una vez promulgada, cobra vida propia independiente de la voluntad de su autor, puede ser más inteligente (o menos) que él y tiene su propia voluntad, la *voluntas legis*. Y de ahí provendrá el auge enorme, hasta hoy, del criterio teleológico. Como señala Schroth, en Kohler por ejemplo se ve muy bien cómo la voluntad de la ley no es voluntad en sentido psicológico, sino en sentido teleológico, como orientación orgánica a fines, como objetiva disposición constitutiva de su ontología en términos de “realidad espiritual”. Esto, como también explica Schroth, no hubiera sido posible sin la presuposición implícita que el Derecho es un tipo de realidad al tiempo espiritual y suprapersonal que vive en el “espíritu del pueblo”. Hay una muy compleja y problemática ontología detrás de esa idea de la voluntad de la ley que subyace a la propuesta de interpretación objetiva (sobre todo lo anterior véase U.Schroth, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, págs. 37ss). La teoría subjetiva renacerá a principios del siglo XX por obra de Bierling y Heck. Bierling convierte en factor interpretativo relevante los motivos que impulsan al legislador y le llevan a preferir ciertos fines; y Heck convierte en referencia central de la interpretación la preferencia que el legislador realiza entre los intereses en pugna en el conflicto que con la ley quiere resolverse.

establecer las normas básicas de la organización social, se torna en el mejor argumento para sostener que tales normas se han de entender y aplicar en concordancia con lo que fue su voluntad, y no del modo como quiera verlas cualquier otro individuo o grupo social². A lo largo del siglo XIX el que luego se conoció como “mito del legislador racional”, que se traducía en una plena y casi ciega confianza en la omnisciencia del legislador y en su capacidad para percibir los problemas y las necesidades sociales y en sintonizar con el sentir del grupo, prescribiendo lo que sin duda ninguna más convenía a la sociedad, hizo que el criterio de interpretación subjetiva contara prácticamente como pauta interpretativa única de interpretación del Código Civil francés de 1804, el llamado Código de Napoleón, tal como proponía en Francia la Escuela de la Exégesis³. El privilegio de la idea de autoridad personal

2. Es crucial no perder de vista, y es algo en lo que luego insistiremos, la dimensión política de esta polémica. Esa dimensión se aprecia bien, por ejemplo, cuando De Lora resume así la postura del originalismo en materia de interpretación constitucional: “me parece que la idea básica del originalismo puede resumirse en que la intención(es) o pretensión(es) original(es) que animó a los constituyentes ha de ser primordialmente tenida en cuenta (es vinculante) a la hora de interpretar la misma para de esta forma mitigar los que se consideran, por parte de los autores que han defendido esta alternativa, como muy serios cargos de ilegitimidad contra la institución de la «judicial review»” (P. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 49). Esa indudable dimensión política y de lucha por los criterios dominantes de legitimidad que tiene esta discusión se aprecia muy bien, sin ir más lejos, en los textos de Robert H. Bork, uno de los más ferreos defensores del originalismo en Norteamérica. Nos dice que “una vez que la adhesión al significado original se debilita o abandona, un juez, quizá instruido por un teórico revisionista, puede alcanzar cualquier resultado, pues el entendimiento y la voluntad humanos, liberados de las ataduras de la historia y del «sedimento de la historia que es el derecho», puede llegar a cualquier resultado”. Cuando un juez o profesor se libera de la Constitución histórica no hay límite a lo que puede hacer decir a la Constitución (R.H. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, The Free Press, 1990, p. 352). La preocupación, ya se ve, se refiere a quienes en nombre de principios, valores, etc. ajenos a los de las intenciones originarias de los constituyentes convierten a la Constitución en algo independiente de aquella voluntad primera y la utilizan así para controlar al legislador, con lo que es un punto de vista valorativo, del juez o del profesor, el que, haciéndose pasar por expresión objetiva de los mandatos constitucionales, ilegitimamente se contrapone y domina a la opción valorativa del legislador. Dice Bork que cuando abandonamos la Constitución históricamente arraigada y pasamos a considerarla como creada por un razonamiento constitucional de tipo abstracto y universalista, surgen graves peligros, como el que muchos profesores sostienen y muchos jueces creen que el legislador electo y el gobierno no son adecuados para decidir las cuestiones morales que dividen a los ciudadanos, y que, sin embargo, los jueces sí lo son y deben ocupar el sitio de aquellos (ibid., 352). Desligar las libertades constitucionalmente protegidas de las circunstancias históricas que determinaron tal opción por su protección significaría, según Bork, desvincularlas del pueblo y su voluntad y someterlas a los designios de supuestos especialistas en el pensamiento abstracto cuyos planteamientos raramente coinciden con el sentir del pueblo al que suplantán. Ahora bien, la pretensión que los originalistas mantienen de ser los más puros guardianes de la pureza democrática, frente a la ilegitimidad de un activismo judicial no democráticamente respaldado y basado en la presunta aprehensión de esencias axiológicas, ha sido a su vez cuestionada precisamente por disentir con los presupuestos de la democracia. La pregunta al respecto sería por qué los originalistas tratan de sustraer al acuerdo democrático, siempre renovado y en construcción, ya no el mero texto del acuerdo constituyente originario, delimitador de un marco de juego institucional, sino su concreto significado, petrificado en las intenciones originarias de sus autores. Frente a ello la alternativa para muchos autores sería elevar a clave última del sentido constitucional no la voluntad de los padres de la Constitución ni la de la Corte Constitucional, sino el proceso mismo de deliberación democrática y las garantías que las razones que en la misma operan tengan cierta cualidad formal que las libere de cualquier predominio del elitismo o la impostura (Al respecto véase, por muchos, S. Freeman, “Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution”, en *Philosophy & Public Affairs*, 21-1, 1992, pp. 3ss., especialmente pp. 29ss.).

3. “Los códigos de principios del siglo XIX tenían autores identificados, por lo común, grupos de redactores cuya obra era luego promulgada mediante acto legislativo de alguna autoridad. Así, se afirmaba, como cosa notoria, que Napoleón era el autor del Code Civil, que, si bien había sido confeccionado por una comisión

como base de esta concepción del Derecho llevó también a que los regímenes totalitarios, como el nazismo, simpatizaran ampliamente con estos planteamientos interpretativos⁴. Pero también en los regímenes constitucionales y democráticos actuales la legitimación democrática del legislador constituye un sólido sustento de la pretensión de que ninguna otra voluntad, salvo la suya, tenga preferencia a la hora de guiar la atribución de sentido a las normas jurídicas⁵.

Pero esta teoría intencionalista o subjetiva provoca también problemas que son bien conocidos⁶. El que más a menudo se menciona tiene que ver con los enigmas que plantea la idea de una voluntad colectiva, en los casos en que la norma no proviene de un legislador unipersonal, sino de un órgano colectivo.

redactora, sólo adquirió fuerza de ley por voluntad del emperador. Interpretar dicho código, por ende, implicaba hacer explícita la voluntad de ese legislador concreto, un legislador al que paulatinamente se le atribuyeron rasgos casi divinos: una voluntad enteramente racional, en cuanto no podía haber querido cosas contradictorias; una voluntad omnimoda, en cuanto no cabía pensar en situaciones que no hubieran sido previstas o que escapan a su poder. Por ende, la única interpretación auténtica de tales textos debía reducirse a explicitar la voluntad real del legislador y, dado el carácter racional de la misma, a explayar sus consecuencias lógicas. La escuela exegetica, que prosperó sobre todo en Francia durante el siglo pasado, centró, por ende, el problema de la interpretación decisoria del derecho en la exégesis de la intención del legislador" (R. Vernengo, "Interpretación del Derecho", en E. Garzón Valdés, F.J. Laporta -eds-, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 252-253).

4. Un par de textos significativos. Decía Karl Larenz en 1934: "Nadie más que el Führer puede (...) tomar la decisión última sobre si una determinada regla debe tener validez. Frente a él no se necesita ninguna garantía para el mantenimiento de la justicia, pues él es, en razón de su condición de líder, el guardián de la constitución, lo que aquí significa: de la concreta idea jurídica no escrita de su pueblo. Por tanto, una ley que sea fruto de su voluntad no está sometida a revisión judicial" (Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, 1934, p. 34). En España esta doctrina la recogió por ejemplo el procesalista Fenech: "En el Estado totalitario, el sujeto legislador es el Príncipe. Se podría objetar que lo debiera ser el titular de la soberanía, o sea, el Pueblo, ya que, como hemos visto, el Estado totalitario, como tipo ideal, descansa sobre una base democrática (...) SIEGERT estima como fuente suprema el espíritu del Pueblo (...), y como fuente formal su interpretación por el Führer. «Todo Derecho dimana del Führer», dice acertadamente FRANK. Las formas de aparición del Derecho son las órdenes de la autoridad (llámense leyes, decretos, órdenes, etc.) y el Derecho consuetudinario. El Estado totalitario conservará la norma general (Ley) y hasta la codificación. Una norma no puede pertenecer al Derecho consuetudinario si va contra la voluntad del Príncipe, que integra auténticamente la comunidad del Pueblo" (Fenech, M., *La posición del Juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941, p. 178-179).

5. Dentro de la literatura metodológica reciente que propugna esa orientación cabe destacar, por ejemplo, a Looschelders y Roth. Afirman a este propósito que lo que habilita la voluntad del legislador como criterio interpretativo es, entre otras razones, el que la legitimación democrática no es algo que la ley posea por sí misma, sino en cuanto derivada del carácter democrático de su autor. "Dado que una ley recibe su legitimación democrática del órgano legislativo, en caso de que sea necesaria su interpretación lo decisivo en el punto de partida, a la hora de sentar el contenido de la ley, ha de ser también la voluntad del legislador, pues también el contenido de la ley que mediante la interpretación se establece ha de estar democráticamente legitimado. Cuando se trate de establecer la pauta para la aclaración de las dudas sobre el contenido de la ley, ha de tener preferencia frente a cualquier otro aquel que ha dictado la ley y le ha prestado su legitimación democrática. Cualquier otro proceder metodológico desconectaría la determinación del contenido de la ley de la voluntad del legislador y pondría un supuesto «sentido objetivo» de la ley o la mera voluntad del aplicador por encima del telos del legislador". Y concluyen que no se ve por qué razón ha de predominar en la interpretación de la ley la voluntad de quien tiene una menor legitimación democrática (D. Looschelders, W. Roth, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 50).

6. Una buena y clara síntesis en J.I. Mrosio, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de l a Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 223ss.

Y aun en el caso que se piense que se puede salvar el mencionado escollo que puedan existir voluntades colectivas, el siguiente problema estriba en cómo pueden conocerse sus contenidos, más allá de lo que en los enunciados legales se expresa. Habrá que echar mano, para ello, de datos, documentos e indicios históricos, con lo que esta concepción de la interpretación tiene que proponer siempre el empleo de métodos auxiliares, como el llamado método histórico, que obtiene argumentos a partir de cosas tales como los debates parlamentarios, los trabajos preparatorios, el histórico estado de cosas en cuyo contexto la norma se dicta, el contenido de las normas anteriores a las que la norma deroga y sustituye, etc. Con ello, esta concepción comparte las dificultades y dilemas que lleva aparejada la interpretación histórica, por lo que le sería de aplicación buena parte de lo que los historiadores debaten sobre el método de su oficio.

Una ulterior dificultad de estas teorías se suscita cuando se trata de la interpretación de normas con una considerable antigüedad, de décadas o, incluso, de siglos. En tales ocasiones, lo que el legislador pensó y quiso puede haber quedado considerablemente desfasado a tenor del sentir de la sociedad presente o de las nuevas situaciones y necesidades. Pensemos que cuando el centenario Código Civil español habla de “moral” y “buenas costumbres”⁷, despertará ideas o representaciones bien distintas en nuestro tiempo de las que pudieron tener en mente sus autores. Y, por seguir con el ejemplo del debate constitucional norteamericano, la intención de los padres de la Constitución de los Estados Unidos de América o de enmiendas como la que establece el principio de igualdad formal, era sin duda bien opuesta a entender que el mandato de igualdad podía amparar la total equiparación jurídica entre blancos y negros o entre mujeres y hombres o, incluso, sustentar medidas de discriminación positiva para negros o mujeres. No en vano las tesis “originalistas” suelen ser defendidas por teóricos de actitud marcadamente conservadora.

Y en el marco constitucional el anterior problema se plantea como dificultad para articular la sintonía o compatibilidad entre poder constituyente y soberanía popular. Los autores de la Constitución establecieron unas reglas de juego de la soberanía popular, habilitando a ésta para, dentro de tales reglas, erigirse en guía y fundamento de los contenidos jurídicos en cada momento vigentes. Esto trae consigo dos problemas. Por un lado, el problema de si las propias reglas de juego delimitadas en la Constitución han de ser interpretadas desde los parámetros en cada momento acordes con los valores socialmente

7. Art. 1255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Art. 1271, párrafo tercero: “Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”.

imperantes o desde el modo como las entendió y quiso el legislador constitucional. Y, por otro, el de si a la hora de interpretar las normas de la legislación ordinaria ha de prevalecer la voluntad de su respectivo autor o la que mejor concuerde con la opinión y el sentir de cada momento. En ambos casos, la opción subjetivista o intencionalista puede suponer un anquilosamiento de las normas, convirtiéndolas en disfuncionales y no concordantes con la sociedad definida como soberana.

La tercera concepción de la interpretación jurídica es la que denominamos teoría axiológica o material. Para las doctrinas que se clasifican en este apartado, la sustancia última de las normas jurídicas es de carácter axiológico, el Derecho, en su fondo o ser último, es un sistema de valores. Por tanto, el sentido o contenido de las normas jurídicas que la interpretación aclara o precisa es un sentido o contenido valorativo objetivo. No se trata, como en la concepción anterior, de un orden subjetivo de preferencias establecido por el legislador, sino de contenidos valorativos objetivos que dan su razón de ser a cada norma, a cada rama del ordenamiento y al ordenamiento jurídico en su conjunto. Aquí nuevamente, como en el caso anterior, las palabras y enunciados legales son la vía, en ocasiones imperfecta o insuficiente, a través de la que tales valores de fondo tratan de expresarse. En consecuencia, la interpretación es una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explícita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad.

Este enfoque predomina dentro de la corriente de la metodología de interpretación y aplicación del Derecho que recibe el nombre de jurisprudencia de valores o valoraciones (*Wertungsjurisprudenz*) y que tiene amplio predicamento en Alemania desde mediados del siglo XX. Supone la culminación de una evolución que tiene sus hitos anteriores en la jurisprudencia teleológica y en la jurisprudencia de intereses. Se puede sintetizar muy breve y simplificada la dicha evolución del siguiente modo. A lo largo de la segunda mitad del XIX Jhering rompe con el logicismo ontologista de la jurisprudencia de conceptos y convierte las normas jurídicas en expresión ya no de una razón intemporal o de conceptos ahistóricos, sino de un propósito histórico del legislador. El Derecho se sociologiza y pasa a ser visto como respuesta histórica y contingente a problemas cambiantes. Por consiguiente, el intérprete ya no es visto como quien realiza una labor cuasicientífica, de puro descubrimiento de contenidos conceptuales necesarios, expresión de una razón jurídica intemporal,

sino como quien busca el sentido de mandatos históricos de un legislador, también histórico, que persigue solucionar de la mejor manera problemas generados por la dinámica social. Si cada norma nace de la necesidad, sentida por el legislador, de solucionar un problema, el eje central de la interpretación pasa a ser el fin de la norma. Toda norma responde a un fin temporal y el intérprete deberá comenzar por hallar cuál es dicho fin de la norma para, desde ahí, otorgar a los enunciados en que la norma se expresa el sentido que permita a aquélla seguir operando como medio de consecución de dicha finalidad.

Con Philip Heck, máximo representante de la llamada jurisprudencia de intereses, se avanza un paso en la misma dirección. Asume que toda norma está al servicio de un fin, pero añade que ese fin se concreta siempre en dar solución a un conflicto de intereses. Toda norma responde al intento de poner término a un conflicto, que es un conflicto entre intereses sociales contrapuestos. Lo que el legislador hace con cada norma es optar por uno de esos intereses, haciéndolo prevalecer sobre el interés o los intereses rivales. Por tanto, el intérprete debe ante todo tomar conciencia de cual es el conflicto de intereses que hizo nacer la norma y de cual es la concreta preferencia del legislador por uno de esos intereses, preferencia expresada a través del correspondiente enunciado legal. Y desde ahí, en lo que Heck llama un acto de “obediencia pensante”, debe dar a la norma el sentido que permita que en cada caso se actualice e imponga ese orden de intereses querido por el legislador.

La doctrina de Heck tuvo un enorme eco, pero en la Alemania posterior a la Segunda Guerra Mundial su aplicación topaba con un importante problema. En efecto, como se trasluce de lo que acabamos de decir, la teoría interpretativa de Heck constituía una variante de la teoría subjetiva o intencionalista de la interpretación, elevando a suprema regla hermenéutica la voluntad del legislador en cuanto a la prevalencia de ciertos intereses, en función de los fines que el propio legislador tuvo por prioritarios. Más en la Alemania de postguerra se mantienen en vigor numerosas normas promulgadas en tiempos del nazismo y deudoras, por tanto, de los propósitos de Hitler y sus secuaces. Defender para esas normas una interpretación subjetiva resultaba, cuando menos, chocante y sospechoso. Serán los teóricos de la llamada jurisprudencia de valoraciones los que lograrán conectar con la evolución doctrinal que estamos exponiendo y, al mismo tiempo, sustituir la teoría subjetiva por una teoría objetiva, esto es, que no atienda a los fines del legislador sino a los fines objetivos del ordenamiento jurídico mismo y de cada una de sus normas. Veamos concisamente estos dos aspectos.

Desde la jurisprudencia de valoraciones se considera adecuado entender que toda norma responde a un fin y que ese fin es siempre dirimir un conflicto de intereses estableciendo una preferencia entre ellos. Ahora bien, tal preferencia no puede concebirse como aleatoria o contingente prioridad sentada por el legislador, sino que ha de entenderse como llevada a cabo desde un sistema de valores que da sentido al ordenamiento jurídico en su conjunto y que trasciende incluso a la voluntad del concreto autor de cada norma. Tales valores se articulan en un sistema, el verdadero sistema jurídico, que tiene en su cúspide aquellos que se relacionan con la razón de ser del Derecho mismo y le dan su sentido (justicia, protección de la vida y de los bienes básicos del individuo...). En el siguiente peldaño de esa jerarquía se ubicarían los valores que otorgan su sentido y directriz central a cada rama o sector del Derecho (la justicia conmutativa en Derecho Privado, la protección de ciertos bienes básicos en Derecho Penal, etc.). Y, por último, cada norma es expresión y concreción de esos valores más generales en una valoración singular para resolver un problema preciso⁸.

¿Dónde se hallan y cómo pueden conocerse esos valores que son la sustancia última del Derecho y que guían la interpretación de sus normas?. Los cultivadores de la jurisprudencia de valoraciones echaron mano del iusnaturalismo, por supuesto, pero también de teorías materiales de los valores del tipo de la de Max Scheler. Pero su argumento más fuerte lo hallaron en las Constituciones actuales, en particular en la Ley Fundamental de Bonn. En efecto, leyeron la Constitución como cristalización y expresión de los valores básicos que componen el sistema jurídico. Para ello elevaron a la condición de normas constitucionales más relevantes las expresadas en artículos como el 1 de la Ley Fundamental de Bonn, donde se dice que “la dignidad humana es intangible”; e hicieron igualmente un importante caballo de batalla del artículo 20.3 de dicha Constitución, donde se dice que el juez está sometido a la ley y al Derecho, argumentando que así quedaba de manifiesto que en la misma Constitución se resaltaba suficientemente que el ordenamiento jurídico no se compone sola o meramente de derecho legislado, sino que existen valores que forman parte también del sistema, su parte más densa y crucial⁹.

8. La formulación posiblemente más elegante y estructurada de esta doctrina puede apreciarse en C. W. Canaris, *El sistema en la Jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, trad. de J.A. García Amado.

9. Merece la pena escuchar por extenso a uno de los más conspicuos representantes de esta doctrina, Karl Larenz, el segundo Karl Larenz. “Los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas. Cuando remiten a un contenido intelectual que conduce a una regulación, son principios «materiales», aunque les falte todavía el carácter formal de proposiciones jurídicas, representado por la conexión entre un «supuesto de hecho» y una «consecuencia jurídica». Los principios indican sólo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar” (K.Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Gvitas, 1993, trad. de L.Díez-Picazo, pp. 32-33). “Si los principios del Derecho positivo son pensamientos directores y causas de justificación de una regulación, tiene que subyacer bajo ellos un pensamiento «más justo» y tienen que servir por lo menos de

Así pues, los representantes de la jurisprudencia de valoraciones desdoblán el ordenamiento jurídico en un conjunto de enunciados legales, lo que sería el sistema jurídico que podríamos llamar superficial, y un sistema de valores, que constituye lo que podríamos llamar el sistema jurídico profundo, que alimenta de sentido al otro y sirve de indicador y pauta de su interpretación y aplicación.

Que las normas jurídicas no caen del cielo, sino que son manifestación de preferencias valorativas de su autor o de la sociedad en la que pueden cobrar vigencia, no es un gran descubrimiento, sino que, en su indiscutible obviedad, resulta casi trivial. El problema de la jurisprudencia de valoraciones reside en que esos valores cobran vida propia, al margen incluso de los enunciados legales, con sus oscuridades, sus lagunas y sus antinomias, y se constituyen en un sistema que, además de ideal, es coherente y completo, con lo que se conforma como la clave de una labor interpretativa y aplicativa de un Derecho que puede confiar en la verdad y objetiva corrección de sus resultados, siempre que éstos reflejen dichos valores y su adecuado orden. Es una hermosa construcción, pero con los pies de barro. ¿Acaso puede pensarse, con un mínimo realismo, que las Constituciones son manifestación de una jerarquía coherente de valores? ¿No suelen ser más bien las Constituciones democráticas actuales expresión de un acuerdo de mínimos que recoge valores contrapuestos a efectos únicamente que el legislador, siguiendo las reglas del juego democrático, precise en cada momento la concreta relación de preferencia entre ellos?. Baste pensar, con el ejemplo más simple, en la permanente dialéctica entre libertad e igualdad, valores eminentemente enfrentados y cuya particular realización, dentro de ciertos límites, tendrá que ser obra del poder legislativo de cada momento. Pero, entonces, si eso es así, la interpretación de las singulares normas en la que dicha concreción de preferencias se lleve a cabo ya no podrá tener su segura

indicadores de los principios de Derecho justo. Si pensamos en serio que todo Derecho positivo, en la medida en que es «Derecho», está en el camino hacia el Derecho justo, su pretensión de validez sólo se podrá fundar cuando los principios del Derecho justo hayan penetrado en él, aunque lo hagan sólo bajo las especiales condiciones de este ordenamiento jurídico y de este tiempo, se manifiesten de un modo especial y puedan ser comprendidos" (ibid. 34-35). "El principio no se obtiene mediante generalización de la regla. Es al revés: hay que hacer un viaje de retorno desde la regulación a los pensamientos de regulación que subyacen bajo ella y desde los cuales la regulación aparece como algo dotado de sentido, y cuando se trata de principios de Derecho justo, como algo justificado" (ibid. 35). Es fácil imaginar cómo se trasladará toda esta interpretación a la teoría de la interpretación: "No debe olvidarse que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino «a la ley y al Derecho». Tiene que tomar la ley como expresión de una voluntad del legislador orientada hacia el pensamiento jurídico en conexión con el conjunto del ordenamiento jurídico y obviamente de los principios que el ordenamiento lleva consigo y que van más allá de la ley, cuando la ley presenta lagunas y necesita, según su propia intención, una limitación -por la vía de una reducción teleológica-, una ampliación -por la vía de una extensión teleológica o de una aplicación analógica- o una adaptación a la nueva situación normativa que ha quedado transformada. La vinculación del juez a la ley sólo es, por tanto, un aspecto parcial de su vinculación al Derecho en su conjunto" (ibid. 171). Parece bastante claro que ni al primer Larenz -véase la cita anteriormente recogida- ni a este Larenz posterior a la mitad del siglo le merecía plena confianza el legislador parlamentario.

guía en un orden valorativo preestablecido al mandato legislativo y presente con perfiles suficientemente nítidos en la Constitución. Y la misma dificultad se reproduce en los peldaños inferiores del ordenamiento, en las relaciones entre sus distintas ramas o sectores. ¿No son, por ejemplo el Derecho Civil y el Derecho Laboral sectores del ordenamiento jurídico en perpetua pugna, en cuanto regidos por valores en permanente tensión, la autonomía de la voluntad el primero y la protección de la parte más débil del contrato a costa de la autonomía contractual en el segundo? ¿Acaso está prefigurada en algún sistema axiológico material preestablecido la combinación exacta en que han de convivir esos dos valores y sectores opuestos?

2. Tres concepciones del Derecho.

De lo que hemos dicho hasta aquí ya se desprenden indicios suficientes de que esas divergencias entre los modos de concebir la interpretación están en conexión con tres concepciones más generales sobre qué sea el Derecho y cuál ha de ser su función prioritaria que lo justifica¹⁰.

Para la que hemos etiquetado como concepción intencionalista el Derecho es ante todo mandato proveniente de una voluntad que se asume como legítima. La idea central es, pues, la de autoridad, y se trata de maximizar el respeto a la autoridad personal de la que las normas emanan. Las razones de esa legitimación de la autoridad, como base de esta concepción voluntarista del Derecho, pueden ser diversas. Podemos clasificar estas doctrinas, de modo muy elemental, en función de cuál sea la razón que invoquen o presupongan como legitimadora del legislador. Así, cabe distinguir entre las que legitiman al legislador por sus atributos personales y las que lo legitiman por lo que representa. Las primeras ven en el legislador a un ser dotado de cierta cualidad personal que lo hace especialmente apto para captar cosas tales como la esencia del grupo social, los valores que identifican a la comunidad, las necesidades de la misma, lo que más le conviene al grupo y a cada uno de sus miembros, etc. Esa especial condición personal puede poseerla el legislador por estar ungido por algún tipo de sello o designio trascendente, lo que hace que la condición de legislador legítimo no sea fungible e intercambiable sino una condición estrictamente personal

10. Como menciona De Lora al explicar la polémica sobre el originalismo, "la pregunta relevante no es tanto si se ha de interpretar o no la Constitución (cosa que por otro lado hoy se admite comúnmente como algo ineludible pues son los significados de las formulaciones normativas y no éstas en «bruto» las que se aplican) o bajo qué condiciones puede afirmarse que se interpreta o se deja de interpretar, sino qué debemos entender que es la Constitución, o, en general las normas jurídicas. Es decir, qué componentes tiene esa premisa mayor; discernimiento éste que (...) parece depender en el caso de la norma fundamental, muy especialmente, del compromiso previo con respecto a ciertos principios de justicia política o, en otras palabras, de consideraciones que por una razón de orden lógico son necesariamente extra-constitucionales" (P. De Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, cit., p. 47-48).

de ciertos seres. Las segundas, las que legitiman al legislador por lo que representa, ven su voluntad como expresión y cristalización de una voluntad social que se va decantando a través de distintos procedimientos y trámites, y de la que el legislador no es sino portavoz, con lo que su valor personal cede ante su representación institucional. A menudo ambos esquemas de legitimación se combinan en diferente proporción, pero siempre prevalece uno de ellos.

Esta concepción voluntarista del Derecho tiene hondas raíces culturales, pues reproduce los esquemas propios de la religión judeo-cristiana, con un dios personal omnisciente y omnipotente que dicta a su pueblo los mandamientos que han de redimirlo.

La concepción que denominamos axiológica o material ve el Derecho como expresión, en última instancia, de una razón que es razón moral objetiva. El componente último de lo jurídico son valores, pero no valores aleatoria o coyunturalmente derivados de o establecidos por una voluntad personal, sino preexistentes. El buen legislador se caracteriza, entonces, por su capacidad para captar tales valores y traducirlos a enunciados legales. Y el buen intérprete es el que acierta a colmar las indeterminaciones que en tales enunciados se contengan desde esos mismos valores que le dan su único verdadero sentido posible; o que incluso corrige lo que en los enunciados legales se pueda contener de errónea o desenfocada expresión de los mismos. Así la interpretación *contra legem* no tendrá por qué ser interpretación *contra derecho*, pues el derecho es algo más y algo distinto de los puros enunciados legales y de la mera voluntad del histórico legislador.

La concepción lingüística, que es la que defendemos, refleja una idea del Derecho como mensaje significativo que se contiene en ciertos enunciados que la comunidad "reconoce" (por razones que siempre son históricas y culturales) como jurídicos. No se desconoce que el derecho legislado tiene un autor o autores, ni que refleja determinadas preferencias valorativas. Pero su contenido normativo es el de sus propias palabras y no prioritariamente el de la autoridad que las dicta o el de la razón ideal y objetiva que supuestamente expresan. Frente a la metafísica que late bajo la entificación de una voluntad, colectiva además, que sobrevive a su propio autor y es capaz de perpetuarse a través de los tiempos, o a la fe en una razón moral, independiente en sus contenidos de las concretas representaciones del legislador, los ciudadanos o los intérpretes, esta concepción se asienta en el elemento más tangible y cognoscible, las palabras. Éstas dejan de verse como simple instrumento de expresión más o menos exacta o correcta de algo que las antecede y es la verdadera sustancia del Derecho, ya sea la autoridad, ya sean valores materiales objetivos, y se convierte en la sustancia, el ser del Derecho mismo. Las palabras

y enunciados legales expresan, ciertamente, significados, pero estos son significados de palabras y enunciados, no traducciones de voluntades o naturalezas axiológicas de ningún tipo. Que esos significados hagan referencia en múltiples ocasiones a conceptos morales no convierte a las respectivas palabras en entidades distintas de las que se refieren a cualesquiera objetos empíricos.

Por tanto, se arranca de que las palabras de la ley significan, y significan por sí mismas, y que tales significados son el objeto de la actividad interpretativa. Con ello se manifiesta una postura opuesta a la de tanta teoría jurídica posmoderna que pretende que las palabras de la ley nada significan y que, por tanto, la actividad interpretativa es libérrima decisión no atada a ningún dato previo, desapareciendo así toda posibilidad de crítica a sus resultados y el sentido de cualquier juicio de corrección o incorrección de los mismos. Lo curioso de tales planteamientos, que, para más inri, suelen adornarse de la vitola del progresismo, es que no se entiende por qué ese es un problema específico de los textos jurídicos, a diferencia de lo que ocurre con cualquier otro uso del lenguaje. Y se supone que no es un problema de todo uso del lenguaje porque quienes tal sostienen lo hacen valiéndose del lenguaje y pretendiendo ser entendidos, lo cual sería una pretensión absurda si cualquier término o enunciado fuera absolutamente indeterminado.

Una postura como ésta de las teorías lingüísticas del Derecho será de inmediato tildada de formalista e ingenua¹¹. Formalista porque se equipara la confianza en que las palabras y enunciados legales poseen un contenido significativo que vincula al intérprete y aplicador, con la tesis que en el razonamiento jurídico con la sola ayuda de la lógica se extrae sin más la decisión de esa premisa normativa significativa y de la premisa fáctica, que también vendría dada en su plenitud y con total claridad a partir de la simple contemplación de los hechos del caso. Pero una cosa no se sigue de la otra en absoluto, pues mantener que las palabras de la ley determinan en algo, mediante sus significados, la decisión, para nada implica que la determinen por completo y que no sean necesarias ulteriores premisas interpretativas para precisar el concreto significado dentro de los márgenes que abran la ambigüedad o vaguedad de sus términos. Mas que un término sea vago no significa que pueda significar cualquier cosa, sino que puede referirse a varias cosas, lo cual es bien distinto. Esta teoría lingüística es formalista en

11. Como ha mostrado Schauer, en realidad una de las manifestaciones más claras del formalismo es justamente la contraria a la tesis que aquí se sostiene, y se manifiesta en la teoría que denominamos material. En efecto, formalista sería aquella concepción para la cual las palabras tienen un contenido necesario, preestablecido e "inexorable", sin lugar para la indeterminación o a la existencia de zona de penumbra, con lo que en la interpretación no habría margen para elección ninguna entre distintos significados posibles y alternativos. Según ese punto de vista, una bicicleta "es" o "no es" un "vehículo" al margen de cualquier elección del intérprete (E. Schauer, "Formalism", *The Yale Law Journal*, 97-4, marzo 1988, pp. 511ss.).

el sentido que propugna que las palabras plantean el límite irrebutable de las interpretaciones posibles, de modo que quien salte esos límites de significado no interpreta sino que crea una norma nueva, cosa que se juzgará como positiva o negativa en función de la teoría de la legitimidad de la actuación judicial que se maneje. Pero no es formalista porque entienda que en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas sea la lógica el factor único y determinante. Tal tesis no la ha sostenido nadie, o al menos nadie mínimamente razonable e informado, en el siglo XX.

La acusación de ingenuidad se traduce en identificar la teoría lingüística con la tesis que las palabras de la ley son siempre y en todo caso perfectamente claras, unívocas y de significado indubitado. Pero nuevamente hay que insistir, ante esta simplificación que ningún partidario de la teoría lingüística ha mantenido, en que el que los términos legales tengan contenido significativo no supone que no existan problemas a la hora de establecer su concreta intención y extensión. Ahí es donde encuentra, justamente, su justificación y necesidad la interpretación del Derecho, en la circunstancia que los términos y enunciados legales pueden tener un alcance significativo diverso; pero no ilimitado. Si la ley dice “vehículo” podemos dudar de si se refiere a vehículos de motor solamente, o también a vehículos sin motor, a vehículos espaciales, a patinetes, a carros, a sillas de ruedas, etc., y la decisión al respecto se establece por vía de interpretación; pero nadie en su sano juicio pensaría que de la referencia de ese término pueda formar parte un balón de fútbol o una serpiente.

Por tanto, defendemos que los términos legales poseen un significado, que puede ser más o menos indeterminado en función de su mayor o menor grado de vaguedad, y que tal significado raramente es perfectamente determinado, pero también raramente es absolutamente indeterminado o abierto. ¿Y qué nos da la pauta para conocer ese significado?. Simplemente nuestra condición de hablantes competentes que forman parte de una comunidad lingüística que tiene en el lenguaje compartido el camino principal para el entendimiento y la coordinación. Será el uso social compartido el que marque cuál es el significado o cuáles son los significados posibles, el alcance significativo o la referencia posible de cada término, tomado en el contexto del correspondiente enunciado y de los que forman su marco.

Que el lenguaje jurídico que se ha de interpretar, como paso previo a la aplicación de las normas, posea márgenes de indeterminación se convierte en una importante ventaja práctica. Precisamente ese nivel de indeterminación es lo que mejor posibilita que los contenidos de las normas puedan ser actualizados por vía interpretativa, adaptándolos a las nuevas situaciones, necesidades y cambios en la semántica del

uso social de las palabras, y evitando así su anquilosamiento o desfase, con lo que se solventa uno de los mayores problemas que poseen las teorías voluntaristas o intencionalistas, a tenor de las cuales el significado de las normas se petrificaría en los contenidos de voluntad que las hicieron nacer. Pero todo ello dentro de los límites de los significados posibles con arreglo al uso de cada momento.

Apenas hace falta resaltar que en esta concepción prima el valor de seguridad jurídica, en cuanto certeza derivada de la comprensibilidad de las normas para el ciudadano. Por su parte, la concepción voluntarista hace prevalecer el valor autoridad (legítima), y la concepción material sitúa como preferente el valor justicia, pero entendido como adecuación del Derecho a un orden valorativo preestablecido y necesario. Mas ninguna de esas prioridades convierte necesariamente a ninguna de estas concepciones en antidemocrática, como se ha de puntualizar rápidamente para evitar otra crítica tan fácil como tópica. Ni la concepción lingüística tiene por qué ser incompatible con una teoría de la legitimidad referida a quién debe poseer y cómo la competencia para sentar los textos legales o para interpretarlos y aplicarlos legítimamente, ni la teoría voluntarista tiene por qué ir asociada a una legitimación no democrática de los detentadores de la voluntad normativa. Y, en cuanto a la teoría material, puede ser sostenida desde posturas cognitivistas de corte consensualista y dialógico, íntimamente vinculada a una profunda justificación de la democracia.

Ilustremos estas concepciones con un ejemplo sencillo. El artículo 39 de la Constitución Española de 1978 dispone que “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. De qué se entienda por “familia”, qué signifique tal término en ese precepto, dependerá que se considere compatible o no con la Constitución el otorgamiento a las parejas de hecho y sus miembros de derechos y facultades parangonables o asimilados a los establecidos para la familia matrimonial. Desde posiciones materiales de corte radical, la interpretación de este precepto ha de estar guiada por la determinación del contenido conceptual necesario y preestablecido de “familia”, con lo que con ese término ni el legislador puede entender cualquier tipo de unión, ni el intérprete puede considerar familia cualquier relación que socialmente sea apreciada o vista como tal, sino únicamente lo que la familia en esencia y por necesidad ontológica “es”. Y así se ha podido sostener recientemente, por ejemplo, que esa institución “familia” a la que se refiere el Art. 39 CE es necesariamente la unión que comienza con el matrimonio, de manera que cualquier otra atribución de significado a ese término constituiría una aberración y una falsa e inaceptable interpretación¹².

12. “La familia es un hecho natural que el ordenamiento jurídico protege, desde el primer momento, revistiendo de solemnidad al matrimonio, como inicio o punto de partida de la vida familiar” (J.L. De los Mozos,

Para los enfoques voluntaristas o intencionalistas la correcta interpretación de ese término exigiría averiguar qué asociación significativa tenía en mente el autor de la norma al emplear el término “familia” o qué tipo de uniones quiso concretamente hacer objeto de protección al emplearlo. Que de entonces a hoy haya cambiado el sentir social y, sobre todo, el tipo de relación al que los hablantes competentes en nuestros días pudieran calificar, sin violentar sus convenciones lingüísticas, como familia, es algo que no debería ser tomado en consideración.

Las teorías lingüísticas partirían precisamente de ese último dato. El término “familia” en el Art. 39 CE posee vaguedad desde el momento en que cualquier hablante competente en este momento podría, como mínimo, tener dudas acerca de si, por ejemplo, las convivencia estable entre parejas no casadas puede ser denominada como familia. Tal vaguedad implica dos cosas cruciales. En primer lugar, que, siempre con arreglo al uso social del término, resultaría a día de hoy totalmente desenfocado y cuestionable que se calificara como “familia” la convivencia de hombre y perro o la de perro y gato (al margen, claro está, de usos metafóricos o literarios). Y, en segundo lugar, que no existe un patrón objetivo y definitivo para dirimir *a priori*, antes de una labor interpretativa que es determinante, si uniones como las de las parejas de hecho, hetero u homosexuales, caen dentro de la referencia del término familia en el mencionado precepto. Estaríamos dentro de lo que se viene llamando en la teoría jurídica “zona de penumbra” del concepto. ¿Qué hacer entonces?. Pues el intérprete ha

“Familia y Derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas”, *La Ley*, 16-octubre-2000. “La familia, dentro de la estructura social, presenta un ámbito autónomo propio que escapa a la competencia del Estado y del Derecho, no otra cosa significa que se la considere una institución natural, anterior por ello al Estado y al Derecho” (ibid.). La familia no es un mero “hecho cultural” y “el Derecho no tiene por qué reconocer y aceptar por familia lo que no es, como resulta evidente en las llamadas uniones de hecho y, en particular, en las uniones homosexuales, por más que haya regulaciones que así lo pretendan” (ibid.). Un tratamiento legal de tales uniones como familia sería “monstruoso porque va en contra de los valores superiores en los que se fundamenta el Derecho” (ibid.). Por tanto, “por muy ignorantes que sean los legisladores”, el Derecho no puede desentonar de eso que es “conforme a un orden natural, propio y específico de la «naturaleza de las cosas»” (ibid.). En consecuencia, la familia de cuya protección habla el Art. 39 CE sólo puede ser “la familia conyugal que tiene su base en el matrimonio” (ibid.). Que las parejas de hecho se transformen en “categoría jurídica” constituye un dislate ontológico y una “anomalía” (ibid.). En la misma línea, con un lenguaje más moderado en la forma, J.L. Martínez López-Muniz, “La familia en la Constitución Española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 2000, pp. 11ss. Después de dar diversos argumentos sobre cómo el “modelo constitucional de familia”, a tenor del Art. 39 CE, tiene su clave en las ideas de matrimonio y generación, se pregunta por el fundamento último de ese necesario modelo. Y sucedería que la Constitución no puede sino estar reconociendo algo “natural” (p. 36), frente a lo que cualquier alternativa es una desviación intolerable, al margen de cualquier pluralismo. Porque, al fin y al cabo, “la naturaleza revela lo que la filosofía intuye -y la teología cristiana y hebrea conocen- como sabio designio divino de que todas esas delicadas funciones, vitalmente necesarias a todos los hombres, se lleven a cabo con la especial actitud de entrega y dedicación que es propia del amor, entendido como entrega incondicionada al otro por ser quien es, por su persona, con el que, en consecuencia, se experimenta la realidad de una vinculación indestructible, no alterable en lo esencial por ninguna circunstancia ni cambio alguno (porque la persona será siempre ella misma, haga lo que haga, cambie lo que cambie)” (p. 37). Por tanto, el deber de protección de la familia que la Constitución establece “habrá de impedir a los Poderes públicos homologar de cualquier forma con la familia a relaciones incompatibles y aun netamente contrarias a ella y a sus funciones esenciales” (p. 39).

de decidir el alcance preciso de ese término, y tal decisión interpretativa será tanto más defendible, podrá considerarse tanto más correcta cuanto mayor sea la medida en que se presente avalada por métodos o criterios interpretativos admisibles y bien utilizados y cuantas más sean las razones con que esa opción se defienda, de modo tal que esa decisión interpretativa suscite la menor sospecha posible de decisión caprichosa y arbitraria del intérprete. Esa es la mejor aportación que en épocas recientes han realizado las llamadas teorías de la argumentación jurídica. En lo que los términos legales posean de indeterminación no hay más objetividad posible que la de las razones, los argumentos, y su calidad y capacidad de convicción.

Queda claro que ninguna de esas tres concepciones de la interpretación excluye, sino al contrario, que en la interpretación hayan de concurrir valoraciones, que tenga una dimensión valorativa y, por tanto, no puramente mecánica o lógica. Sin embargo, cambia el objeto de tales valoraciones. Para la concepción material el elemento valorativo se dirige a la aprehensión de los contenidos morales necesarios de las normas jurídicas; para la concepción voluntarista se trata ante todo de valorar o sopesar la relevancia de los datos que se puedan invocar como testimonio de los propósitos normativos del legislador; y para la concepción lingüística se habrá de valorar, dentro del marco acotado por los significados posibles con arreglo al uso, las razones o argumentos que avalen las opciones que caben dentro de ese marco. Cada una de las tres concepciones puede y suele admitir que se atienda a los elementos que las otras destacan, pero con carácter solamente complementario y en lo que el elemento para cada una preferente no sea capaz de dirimir. Así, por ejemplo, la concepción lingüística admitirá que la invocación de la voluntad del legislador o de argumentos de justicia o equidad pueden caer entre los argumentos admisibles dentro del mencionado marco que opera como límite de la interpretación posible.

No se puede perder de vista, si se quiere tener conciencia plena de lo que en el fondo se debate en la discusión sobre interpretación jurídica, que lo que se está contraponiendo son distintas concepciones del Derecho, más que tesis diversas sobre la interpretación de palabras o textos. En realidad, presentar la interpretación como averiguación de lo que las palabras y enunciados legales significan es camuflar y escamotear una parte crucial del verdadero problema. La verdadera polémica no es sobre el significado de términos y enunciados (materia que sería el objeto de una teoría de la interpretación en sentido propio), sino sobre la naturaleza del Derecho y, consiguientemente, sobre dónde y cómo hallar las normas jurídicas que sirvan de pauta a la decisión judicial correcta. Es necesario diferenciar claramente dos dimensiones y, consiguientemente, dos maneras de concebir la

interpretación jurídica. Las llamaremos interpretación de significado e interpretación de sentido. Para la doctrina de la interpretación de significado, la interpretación de términos y enunciados legales tiene su primer paso en la averiguación o comprobación del significado o significados que posee un término o enunciado. Y tal averiguación es siempre y necesariamente contextual, como ya hemos señalado. Esa averiguación finaliza siempre en la afirmación que el término o enunciado interpretado posee o no posee un margen, más o menos amplio, de indeterminación. ¿Desde dónde se realiza tal constatación?. Desde los mismos patrones lingüísticos que nos permiten en la vida diaria entender perfectamente, como receptores, una emisión lingüística o que nos llevan a dudar del significado exacto de la misma, es decir, desde el conjunto de reglas compartidas que en un determinado momento posibilitan el uso común del lenguaje como medio de entendimiento¹³. Cuando se aprecia que el término o enunciado interpretado, contextualmente, resulta con algún grado de indeterminación, entra en juego el segundo paso, que nos lleva a buscar los indicios y razones que nos permitan decidir cuál de los significados diversos que el término puede tener (caso de ambigüedad) es el pertinente en la ocasión, o si un determinado objeto cae o no bajo la referencia del término o enunciado (casos de vaguedad). Para la teoría de la interpretación jurídica como interpretación de significado, sería el momento en que podrían comparecer, como ya hemos señalado, los distintos criterios o argumentos interpretativos.

La teoría de la interpretación jurídica como interpretación de significado se topa en la doctrina con dos pertinaces objeciones. La primera, vendría de quienes afirman el carácter radicalmente indeterminado del lenguaje, en general, o del lenguaje jurídico en particular. En tiempos recientes, ésta ha sido una tesis sustentada por muchos representantes de Critical Legal Studies. La conclusión que extraen es que la radical indeterminación del Derecho no deja más salida que afirmar la inevitabilidad de la plena libertad judicial, con su consiguiente carácter político. Y sería un interés puramente político y manipulativo el que lleva a sustentar la engañosa ideología dominante que los enunciados legales determinan la decisión judicial y que el juez está de esa manera atado por la ley. Ya no se trata de que la limitación del juez por los textos legales sea conveniente o inconveniente, sino de que es un engaño. Igual que sería también un engaño pensar que existe algo como el Derecho que tiene un contenido firme y preestablecido más allá o por debajo de las palabras. Todo es ideología y por debajo de ella no hay más que un poder habilidoso para ocultar su verdadera y dramática faz. Por supuesto, llegados a este punto, seguir hablando, ya no de interpretación jurídica o constitucional, sino

13. Como sintetiza Schauer, inspirándose en Searle, "porque entendemos las reglas del lenguaje, entendemos el lenguaje de las reglas" (Cfr. F. Schauer, "Formalism", cit., p. 528).

mismamente de ley o Constitución como algo real más allá de unos textos que son sólo apariencia, pierde todo sentido sino es para “deconstruir” el discurso jurídico y constitucional: hay que acabar con cualquier pretensión “científica” o intelectualmente positiva de la dogmática jurídica y la teoría del Derecho, principales culpables del engaño por ser disciplinas que dan apariencia a un objeto inexistente o disfrazan con un discurso pseudotécnico su condición política y servil a la manipulación¹⁴.

Pero repárese en un dato importante. Este tipo de doctrinas que acabamos de mencionar parten de dos presupuestos de naturaleza empírica. El primero, que el lenguaje, o al menos el lenguaje legal, carece de hecho de cualquier contenido significativo que pueda funcionar como criterio de medida de la sumisión del juez a los enunciados legales; pero no creen que exista tampoco ninguna otra regla de determinación de lo jurídico¹⁵. En cambio, las concepciones a las que nos referiremos a continuación, las voluntarista y la axiológica o material, no sostienen en realidad que el lenguaje legal carezca de toda determinación significativa, sino que dicen que no es en el significado de los enunciados donde tiene su verdadero contenido el Derecho, por lo que el juez puede captar el significado de los enunciados, pero debe trascenderlo o prescindir de él cuando sea un obstáculo para imponer mediante su decisión esos verdaderos contenidos. La interpretación sí es posible, pero no como averiguación y concreción de significados.

14. Ilustremos esto, a título de ejemplo, con algunos pasajes de uno de los trabajos famosos en esa dirección. Dice Gary Peller que “el significado es indeterminado en cuanto que nunca está positivamente presente en una expresión; siempre está diferido o ausente. El intento de fijar el significado de una expresión lleva a un regreso infinito”, a expresiones que conducen a otras expresiones y así sin fin. “El significado no «existe» en ninguna parte; es construido en relaciones diferenciadas, en el espacio en blanco y los silencios de la comunicación” (G.Peller, “The Metaphysics of American Law”, en *California Law Review*, 73, 1985, pp. 1167, 1168). Y esto contradiría la pretensión del pensamiento jurídico y político liberal que se puede distinguir entre razón y voluntad, pretensión basada en negar la contingencia de las categorías representacionales. “Las ideas y objetos supuestamente significados por las categorías representacionales nunca están presentes separadamente de las categorías, pues las ideas y objetos son los efectos de las categorías, no la fuente de las mismas. El contenido significativo de la práctica representacional no tiene existencia positiva aparte de tal práctica” (ibid. 1169). “«Conocimiento» no es una adecuación de la conciencia al mundo. Lo que se llama «conocimiento» es el efecto producido por el poder social institucionalizado en convenciones sociales representacionales” (ibid. 1169-1170). “No se trata de sostener que no exista el mundo al margen de la conciencia; por supuesto que existe. Pero no hay manera de conocer ese mundo separado de los sistemas representacionales socialmente creados y a través de los que nos acercamos al mundo. Conocimiento y poder social son inseparables. De modo semejante, no estoy arguyendo que nunca nos comuniquemos o nos entendamos, lo que sería absurdo. Lo que sucede es que no hay forma de fijar, de cerrar el significado de expresiones y sucesos. La distribución del significado depende de convenciones representacionales socialmente creadas y contingentes (...) El significado depende de prácticas de significación artificiales y diferenciadas” (ibid. 1170).

15. Una versión más ajustada y menos radical en las tesis semánticas no negaría que puedan significar algo los enunciados legales, pero sostendría que la abundancia de antinomias y la posibilidad de echar mano como preferentes de enunciados absolutamente indeterminados, como numerosas cláusulas constitucionales, para dotarlos de cualquier contenido y erigirlos en guía de la decisión, convierte, de hecho, al juez en señor libre en su decisión.

El segundo presupuesto empírico, en la línea que abrieran los realistas, es que de hecho hay casos, y abundantes, en que el juez hace predominar sus móviles personales sobre el respeto a la ley y decide como quiere, invocando como encubrimiento cualquier valor. Pero con esto estaríamos en un terreno en el que, en primer lugar, habría que acudir al estudio empírico para acreditar la verdad o no de tal fenómeno y su frecuencia; y, en segundo lugar y sobre todo, ello en modo alguno responde a lo que es el objeto de una teoría normativa de la interpretación, que se pregunta cómo debe interpretar el juez para que su decisión sea correcta, a qué tiene que atender a la hora de establecer el contenido de la norma decisoria, si es que queremos dar algún sentido, al menos como ideal, al principio de sumisión del juez al ordenamiento¹⁶.

La segunda objeción a la idea de interpretación jurídica como interpretación de significado proviene de quienes contemplan el Derecho, o al menos cierto núcleo primordial del mismo, como no lingüístico. El Derecho no se agota en los textos constitucionales, legales, etc. Los textos no son más que un vehículo rudimentario, y a veces engañoso, por medio del cual la verdadera normatividad trata de manifestarse. Serían razones puramente pragmáticas y funcionales las que justifican el carácter textual que en su superficie revisten los ordenamientos jurídicos modernos. Y ese carácter textual explica que la labor del juez comience como interpretación del significado de esos textos. Mas esa labor es accesorio frente al verdadero fin, que es descubrir el sentido del Derecho, lo que el Derecho, que no se agota en los textos pero puede tratar de expresarse a través de ellos, determina. Así, el juez que interpreta busca significados de enunciados, en un primer paso; pero, en un segundo paso, tiene que poner en relación tales significados del texto con los verdaderos contenidos de sentido del derecho. De ese poner en relación se pueden desprender dos resultados. Puede ocurrir que no se aprecie discordancia entre significado del texto y sentido del Derecho, en cuyo caso el respeto al texto en la consiguiente decisión se encuentra plenamente justificado

16. Duncan Kennedy, uno de los fundadores del movimiento Critical Legal Studies, ha tratado de describir algo así como la fenomenología de la conciencia decisoria del juez. Trata de mostrar como el juez se mueve, en su propósito decisorio, entre dos polos, delimitados por lo que es, por un lado, el fallo que le parece, con arreglo a su ideología, justo para el caso y, por otro, por el "campo jurídico", en el que operan la ley, los precedentes, el entendimiento general de lo que establece el Derecho, etc. Y se inclinará el juez por uno u otro de los polos en función de cosas tales como su autopercepción como juez, su interés en que aumente o no su prestigio entre sus colegas o la opinión pública, etc. El lugar del Derecho, entonces, no estaría en realidad ni en los textos ni en la pura ideología, sino en la conciencia y experiencia del juez, sometida a esas tensiones y que resuelve entre ellas caso por caso. Pero, en cuanto se trata, de nuevo, de describir un proceso psicológico, no queda en la construcción de Kennedy lugar ninguno para dar cabida a la pregunta sobre el sentido y la oportunidad de una teoría acerca de cómo el juez debe proceder para que su decisión pueda reputarse como correcta. Y, también una vez más, su planteamiento psicológico pretende ser persuasivo, pero no está avalado por ningún tipo de dato empírico o experimental. Véase D. Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre, etc., 1999, pp. 89ss.

en ese hecho que el texto ha acertado a traducir a palabras el sentido, los contenidos profundos y necesarios. O puede suceder que se detecte una discordancia entre significado y sentido, y entonces habrá que decidir desde el sentido y al margen o por encima del significado. Desde el momento en que el juez está sometido al Derecho y se piensa que el Derecho ni se agota en la ley ni puede, tan siquiera, manifestarse plenamente a través de ella, por múltiples razones (ignorancia, incapacidad o perversidad del legislador, insuficiencia del lenguaje para expresar sin duda o distorsión contenidos ideales e intangibles, rigidez del lenguaje para recoger el verdadero dinamismo de lo real determinante, etc.), el verdadero respeto al Derecho por parte del juez y su auténtica condición de aplicador de los dictados de lo jurídico se realiza precisamente cuando no se queda en las palabras y respeta la realidad de fondo. Aquí no está lingüísticamente determinado, pero sí está plenamente determinado en una instancia prelingüística o independiente del lenguaje, y tanto lo está que resulta congruente pretender que existe para cada caso una única solución correcta. Y el juez que aplique esa respuesta no estará creando Derecho, por lo que ahí la apología del activismo judicial no equivale a defensa del creacionismo judicial, sólo a sostener que el juez está por encima del texto de la ley, pero no por encima del Derecho. El creacionismo judicial es la salida que transitan los escépticos respecto a cualquier posibilidad de predeterminación, total o parcial, de la decisión judicial por obra de normas jurídicas preestablecidas, salida que aceptan o con resignación o con entusiasmo, según los casos. Pero no es el planteamiento de quienes profesan la fe en que el Derecho está materialmente predeterminado, ya sea en un mundo de intenciones, de esencias o de valores. La paradoja, pues, se completa: quienes a menudo tildan a los defensores del significado textual de formalistas ingenuos por pensar que los términos legales pueden limitar en algo la libertad decisoria del juez, acaban manifestando su confianza en que esa determinación pueda ser más efectiva y plena desde la metafísica de la percepción de esencias o la aprehensión de conciencias.

Otra cosa es que esa total determinación de la respuesta correcta proceda de uno u otro lugar. Esa base de la determinación plena puede ser mutable o inmutable. Será inmutable cuando se la conciba en términos de una ontología necesaria (por ejemplo, familia es por esencia y necesariamente la unión estable y consagrada de hombre y mujer) o, muy vinculado a lo anterior, de una axiología material atemporal (por ejemplo, la unión de parejas homosexuales es una perversión o una “monstruosidad” moral, ocurra en el tiempo o lugar que ocurra, al margen, por tanto, de opiniones o circunstancias sociales).

En cambio, aquella base será mutable con arreglo a dos

concepciones. En primer lugar cuando se identifique con los contenidos intencionales del autor de la norma. El Derecho consistirá en tales contenidos en tanto la norma esté vigente, es decir, en tanto aquella intención no se sustituya por otra, del mismo o de otro legislador autorizado o tenido por legítimo. En segundo lugar, cuando la base de los verdaderos contenidos de la normatividad jurídica se identifique con un orden axiológico dotado de historicidad, es decir, cuando el núcleo último de lo jurídico se coloque en los contenidos de la moral que se considere racional y válida para y en la sociedad del momento. En este último grupo se darían la mano, por ejemplo, dworkinianos y habermasianos, y, antes que éstos, los seguidores del segundo Radbruch.

Si proyectamos las tres concepciones del Derecho que hemos reseñado en el papel del juez en general, y de los tribunales constitucionales en particular, resultan tres imágenes claramente diferenciadas. Para la concepción lingüística o textual el juez, y el juez constitucional, es guardián de las palabras, vela por su significado haciendo que se respeten cuando son ciertas y determinadas, y las precisa y concreta en lo que tengan de indeterminadas; para la concepción voluntarista o intencional el juez es el albacea de las voluntades del legislador; y para la concepción material es el garante supremo del imperio del bien y la verdad en este dislocado mundo. Podríamos hablar, respectivamente, del juez hermano (por cuanto hijo del mismo lenguaje de todos o sometido a él como todos), del juez hijo (celoso vigilante de la memoria y la autoridad de los ancestros) y del juez padre (el que con su experiencia, formación y perspicacia sabe mejor que nadie lo que nos conviene y nos evita -también al legislador- el descarrío).

3. Sobre los métodos de interpretación.

La teoría de la interpretación jurídica tiene como uno de sus objetos de atención preferente la doctrina de los métodos de interpretación. Esto es, las concepciones mencionadas no se limitan a señalar a qué debe atender prioritariamente la actividad interpretativa o dónde están sus límites, sino que también indican mediante qué métodos o procedimientos, con atención a qué datos, se puede llevar a cabo correctamente el establecimiento de ese significado o sentido de los enunciados legales.

Los métodos de interpretación son un componente central de la metodología jurídica práctica, y ésta es una rama muy relevante de la teoría del Derecho. “Método” etimológicamente significa camino, vía hacia una determinada meta o destino. Toda disciplina metodológica tiene como cometido proporcionar los indicadores o referencias que

marcan el itinerario correcto hacia la meta que respectivamente se pretende. En el caso de la metodología de interpretación y aplicación del Derecho se trata de mostrar qué criterios, referencias y modos de operar pueden asegurar la obtención de una decisión jurídica que pueda tenerse por correcta, teniendo en cuenta que en este campo lo correcto se presenta como lo sinónimo de objetivo e imparcial y, por tanto, como lo opuesto a arbitrario, subjetivo o tendencioso. Y en lo que a la metodología de interpretación se refiere, la meta está en lograr la correcta atribución de significado a los enunciados legales, de manera que se obtenga una interpretación correcta que, unida a una adecuada valoración de los hechos, lleve a una también correcta decisión final o fallo de los litigios.

Tanto en la doctrina sobre los métodos interpretativos como en la práctica interpretativa de los dogmáticos y jueces hay un gran acuerdo sobre los métodos válidos de interpretación jurídica, acuerdo que, en su núcleo primero, se remonta a los cánones de Savigny, posteriormente complementados con algunos más, principalmente el teleológico. No es éste el momento para un tratamiento pormenorizado de tales métodos. Baste señalar que en lo básico se reconducen a los llamados literal o gramatical, sistemático, subjetivo y teleológico. Es decir, los métodos que señalan como criterios a tomar en cuenta para atribuir sentido a los enunciados legales cosas tales como el sentido más evidente o compartido de sus palabras, la inserción del enunciado en su contexto normativo en el que se usen las mismas palabras o se regulen los mismos asuntos, lo querido por el legislador o el fin que a tenor de las necesidades y creencias actuales quepa razonablemente atribuir a la norma en cuestión. Cada uno de estos métodos o criterios podría desglosarse en diversas especies o concreciones, pero repetimos que no es ese el tema en este instante.

Lo que sí interesa resaltar es que la mencionada coincidencia básica permite poner de relieve que en la cultura jurídica actual se diferencia con bastante nitidez entre criterios interpretativos admisibles e inadmisibles. Veámoslo con ejemplos. Si un juez invoca, como pauta de su interpretación, la atención a lo que quiso el legislador o a la finalidad que la norma ha de cumplir, nadie dirá que se atiene a criterios inválidos o rechazables, todo lo más se discutirá si los utiliza correctamente o si debió dar preferencia a otros criterios admisibles. En cambio, si un juez invocara, como fundamento de su adscripción de significado a un enunciado legal, cosas tales como la estética, alegando que se puede y se debe dar al enunciado el significado que sea literariamente más hermoso, o la teología, alegando que se ha de proporcionar a las normas el sentido que mejor concuerde con la voluntad divina, sin duda, hoy, habría general acuerdo en que ha perdido el seso y procede interpretando de modo inapropiado. Por tanto, un

método o criterio estético o uno teológico no resultarían admisibles.

¿Qué hace que unos métodos se tengan por admisibles y otros no?. Esa condición de generalmente admitidos y consolidados de ciertos métodos les confiere a estos el carácter de tópicos, es decir, de argumentos que gozan de un consenso general preestablecido y que se traspasa, en principio, a los resultados de su aplicación. Ese fue probablemente el más importante descubrimiento de la tópica jurídica de Theodor Viehweg, el resaltar que en el razonamiento jurídico se opera con argumentos que son tópicos o lugares comunes que disfrutan de un consenso presupuesto¹⁷. Pero podemos seguir interrogándonos acerca de las razones que convierten a algunos métodos en admisibles y a otros en inadmisibles. La tradición y la rutina desempeñan a ese propósito, sin duda, un importante papel, pero ha de haber algo más.

Cada método interpretativo generalmente admitido lo está en razón de su sustrato valorativo. Cuando en la ciencia natural, por ejemplo, se privilegian los métodos experimentales sobre otros posibles, como la adivinación, el espiritismo o la fe religiosa, se hace así por cuanto que se da prioridad al valor verdad, concretado en la idea de verdad empíricamente contrastable. De la misma manera, cuando en la metodología jurídica se consideran válidos ciertos métodos, se hace así porque se estima que sirven a los valores básicos que justifican el Derecho y su práctica. Detrás de los métodos admisibles de interpretación está la valoración positiva de cosas tales como la seguridad jurídica, el respeto a la autoridad legítima, la coherencia del sistema jurídico o la sintonía del Derecho con las necesidades y opiniones sociales (lo que algún autor ya clásico denominaba el valor de "adecuación"). ¿Y por qué se consideran inapropiados como métodos de interpretación el estético o teológico?. Porque servirían a valores que no se consideran propios del ordenamiento jurídico, sino personales de cada individuo, una vez que en la era moderna el gusto estético y el sentimiento religioso han pasado a verse como manifestaciones de la conciencia subjetiva. Por eso, invocarlos acarrea la sospecha cierta de subjetividad, lo que en el campo jurídico es sinónimo de arbitrariedad, de no consideración de argumentos aptos para la convicción y aceptación general en cuanto orientados a un interés general.

Cualquiera de las tres concepciones de la interpretación jurídica que hemos presentado admitiría sin inconveniente todos esos métodos ampliamente acreditados en nuestros días. Lo que cambiará de una a otra es el orden de preferencia que entre ellos establezca. Con esto llegamos a una cuestión central de la teoría de la interpretación,

17. Sobre el tema véase J.A. García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988. Resumidamente, J.A. García Amado, "Retórica, argumentación y derecho", en *Isegoría*, 21, 1999, p. 137ss.

como es la de si existe un orden de prelación entre los diversos métodos o si están todos al mismo nivel. El problema, como es bien conocido, deriva del hecho de que un mismo enunciado legal puede recibir distinto sentido según cuál sea el criterio de su interpretación que se tome en cuenta. Si esto es así, que lo es, y si no hay un orden de preferencia entre los métodos, que permita dar prioridad a uno u otro resultado interpretativo, la decisión interpretativa goza de un muy amplio margen de libertad. Como resaltaron realistas como Ross, a más métodos interpretativos más posibilidades de que el juez pueda inclinarse por la interpretación que personalmente más le agrada y encontrar un método que la justifique a posteriori, haciéndola entonces aparecer ya no como puro gusto personal, sino como resultado de una operación técnica y aséptica, encubriendo el componente de subjetivismo.

Tampoco es este el lugar para tratar de tomar partido en esa discusión y ver qué jerarquías se plantean o se pueden proponer entre esos métodos. Lo que se ha de recalcar es que cada una de las tres concepciones de la interpretación que hemos visto propugnarán un orden de preferencia, haciendo prevalecer como criterio interpretativo último uno de esos métodos.

Para la concepción voluntarista gozará de prioridad el método de interpretación subjetiva, en cualquiera de sus dos versiones. Una versión de este método, la subjetiva-semántica, establece que hay que estar en la interpretación a lo que el legislador pretendió significar al emplear los términos y expresiones legales; la otra, la subjetiva-teleológica, dispone que se ha de considerar prioritariamente el fin específico al que el legislador quiso que la norma sirviera. Los demás métodos interpretativos serán o bien auxiliares de este método principal (como el llamado método histórico, que manda atender a los trabajos preparatorios, el derecho anterior, los debates parlamentarios, etc.), o bien complementarios, en cuanto sólo pueden ser invocados para colmar las lagunas que queden en lo que de la voluntad del legislador no pueda conocerse o en cuanto resulte equívoca o indeterminada.

En la concepción material el método interpretativo es una subespecie del método general de la razón práctica, del método de conocimiento de valores, del conocimiento de qué sea lo bueno o lo justo. Puesto que, aquí, interpretar es determinar el contenido correcto de un enunciado legal, y el patrón de lo correcto lo proporciona en última instancia un sistema de valores morales, se parte de la confianza en que tal orden objetivo de valores puede ser conocido con una, al menos, mínima certeza. El trasfondo de esta concepción es, pues, la tesis del cognitivismo ético, en cualquiera de sus variantes. Tales variantes pueden ir desde la afirmación que existe y puede conocerse

un cuerpo de derecho natural o que existe una teoría material de los valores, al modo de Scheler, por ejemplo, hasta los planteamientos de la ética discursiva de corte habermasiano, con su confianza en que por vía de argumentación intersubjetiva respetuosa de ciertas reglas procedimentales, que aseguran la libertad y paridad de los interlocutores posibles, cabe idealmente alcanzar acuerdos que reflejen pautas objetivas de justicia.

En cualquier caso, para las concepciones materiales la preferencia que cabe otorgar a los métodos que toman en cuenta cosas tales como la voluntad del legislador, el significado usual de los términos y expresiones o la coherencia sistemática del ordenamiento es sólo una preferencia *prima facie*. Es decir, tales argumentos, y las correspondientes interpretaciones que avalan pueden y deben ser derrotados por razones de justicia material especialmente contundentes, ya sean razones de naturaleza deontológica o consecuencialista¹⁸. Por supuesto, el juicio sobre qué razones de justicia material sean suficientemente “contundentes” dependerá de la respectiva doctrina y no necesariamente coincidirá la apreciación de esa contundencia en los defensores del iusnaturalismo o los de la ética discursiva, pongamos por caso.

Así las cosas, estas teorías materiales simpatizan preferentemente con el método teleológico-objetivo, entendido con un esquema que más o menos podría ser el siguiente: las normas deben servir a fines sociales admisibles, la admisibilidad de los fines y su escala de prioridad viene determinada por patrones objetivos de razón práctica y, por consiguiente, la interpretación correcta es la que conceda al enunciado legal el sentido que sea acorde con tales patrones. Y ello, incluso, a costa de desbordar el límite marcado por cualquier otro método, es decir, a costa de la compatibilidad con la semántica del uso, con el propósito del legislador o con la coherencia del ordenamiento. Es decir, se presentaría como justificada, incluso, la interpretación *contra legem*, la contraria a cualquier contenido evidente de los enunciados legales.

Esta concepción que llamamos axiológica o material ha reaparecido con gran éxito en los escritos de la corriente doctrinal que suele equivocadamente denominarse “constitucionalismo”, por oposición al positivismo, y estaría representada por autores de éxito, como Zagrebelsky y otros¹⁹. Dicho constitucionalismo encierra a

18. Véase, por todos y de manera sumamente relevante, R. Alexy, “Juristische Interpretation”, en: R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1995, pp. 89-91.

19. Véase G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, trad. de M. Gascón. Críticamente, en el sentido que a continuación se señala, véase J.A. García Amado, “¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en J.A. García Amado, *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1999, pp. 201ss. Para un muy adecuado tratamiento crítico del

menudo una especie de “criptoiusnaturalismo” disfrazado de veneración a los valores constitucionales. Así, se argumenta que el juez está sometido a la ley, ciertamente, pero también y en mayor medida aún a la Constitución; que la parte central y definitoria de la Constitución es aquella en que se recogen los valores superiores del ordenamiento jurídico-constitucional, tal como sucede paradigmáticamente en el Art.1 de la Constitución Española; que, por tanto, la interpretación judicial del Derecho ha de estar prioritariamente guiada por tales valores; y que, en fin, cuando el sentido claro o evidente del texto legal o de la voluntad legislativa choque con dichos valores, el juez podrá y deberá interpretar y decidir contra legem, decisión que estaría totalmente justificada por ser pro constitutionem, es decir, favorable a los valores constitucionales. Cómo puede el juez conocer el contenido exacto y preciso de esos valores es un misterio que no se desvela, pero que no impide sostener, volviendo al ejemplo antes utilizado, que la consagración constitucional del valor de dignidad de la persona veta cualquier lectura del término “familia”, en la ley ordinaria o en el Art. 39 CE, como referido también a las uniones de hecho, y más a las uniones homosexuales. Aquí, como se ve, la Constitución vale y cuenta en tanto que se la pueda hacer portavoz de la verdad moral, más que como sistema formal de garantías y de procedimientos de plasmación de la soberanía popular como cimiento de la legislación.

Por contra, para la concepción lingüística la preferencia la detenta el método literal. Es necesario aclarar rápidamente a que nos referimos, para evitar la inmediata sospecha de formalismo ingenuo. Se quiere decir que los significados que en la interpretación cabe asignar a los términos legales vienen delimitados por el uso, de modo que a un término legal absolutamente determinado y unívoco, con arreglo al uso social del mismo, no se le puede atribuir ningún significado que desdiga de tal uso unívoco, y a los términos legales que adolezcan de vaguedad se les podrá otorgar cualquiera de los significados que encajen en los márgenes de permisibilidad con arreglo a tal uso, pero nunca uno que vaya más allá de ese límite. Por ejemplo, si interpretamos el término “gafas”, podremos preguntarnos si su referencia en el enunciado en que se integra abarca cosas tales como las gafas de buceo o las gafas de soldador, y la respuesta podrá ser positiva o negativa, pero nunca será admisible entender que de su referencia forma parte un libro, un zapato o una corbata. Que en las decisiones jurídicas no sea difícil ver como por vía de analogía se extiende a objetos tales la regulación estipulada legalmente para las gafas, no implica que se esté realizando una interpretación en tal sentido, sino que se está creando una norma nueva para asignar determinada reglamentación a tales objetos, y tal creación irá avalada por razones que la hagan admisible

“constitucionalismo” y para su cotejo con el positivismo puede verse especialmente L.Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Distribuciones Fontamara, 1997.

o inadmisibles, según el tipo de concepción jurídico-política que se sustente; pero nunca se podrá decir que se trata de una auténtica interpretación. Por tanto, ese criterio de los significados posibles con arreglo al uso marca las interpretaciones posibles y, en consecuencia, delimita la frontera entre interpretación, actividad cuya necesidad y legitimidad no se puede razonablemente discutir, y creación de nuevo Derecho; y los límites de la legítima creación de Derecho por los jueces constituyen objeto de una discusión mucho más intrincada y dependiente de consideraciones filosófico-políticas muy debatidas y entre las que siempre tendrán que venir a colación cuestiones tales como el sentido de la vinculación del juez a la ley, la separación de poderes, el principio democrático, etc.

No se puede perder de vista que en muchas ocasiones el término interpretado puede ser un término técnico específico del Derecho o un término que en Derecho adquiera significado técnico especial. En tales ocasiones habrá que tomar como dirimente el uso jurídico de tal término o, al menos, incorporarlo a la lista de usos posibles determinantes de significado, analizando y argumentando si en el enunciado legal del que se trate tiene sentido optar por uno u otro uso, en su caso, como central y determinante.

Ahora bien, no tiene sentido plantearse la interpretación aislada y autónoma de un término legal. Al igual que ocurre en el uso ordinario y cotidiano del lenguaje, también en el Derecho las palabras han de entenderse en el marco de su inserción contextual. Esto implica que los términos se interpretan en el marco de lo que es la interpretación de conjunto de los enunciados legales que los contienen, y tampoco los enunciados se analizan, al menos a efectos prácticos y decisorios, aisladamente, sino en el ámbito más amplio de un determinado capítulo, de un cuerpo legal y, en última instancia, del conjunto del ordenamiento jurídico-positivo. Así pues, la interpretación jurídica en la práctica es siempre interpretación “total”, en los términos de Hernández Marín²⁰. Por consiguiente, hay que reconocer que las que tradicionalmente se llaman interpretación literal e interpretación sistemática se funden en buena medida.

Cuando decimos que los significados posibles con arreglo al uso delimitan las interpretaciones posibles, no estamos, en consecuencia, sosteniendo que tal consideración semántica (y sintáctica) por sí baste para determinar la interpretación. Simplemente se trata de marcar los límites y, por tanto, el campo de juego de la interpretación. Pero en la inmensa mayor parte de las ocasiones ese campo admitirá distintas posibilidades y ahí sería donde comienza la verdadera interpretación.

20. Véase R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 35ss.

Y es en ese ámbito así delimitado donde han de entrar en juego los demás criterios interpretativos. Así, por ilustrarlo con el ejemplo anterior, a la hora de determinar si las gafas de buceo son también “gafas” a efectos de la correspondiente norma que interpretamos, se podrá atender a la voluntad del legislador en cuanto al fin de la norma, a lo que era el uso lingüístico cuando el legislador empleó tal término, al fin que razonablemente la norma puede tener en nuestro tiempo, etc. Lo que no sería verdadera interpretación sería mantener que cualquiera de esas consideraciones pueda servir para obviar y sobrepasar los límites de significado posible del término “gafas” conforme a los usos actuales, de modo, que por ejemplo, consideraciones finalistas lleven a entender que la norma se refiere también, bajo la expresión “gafas”, a los zapatos.

Nuestra opinión es que esta concepción lingüística es la requerida en un sistema jurídico democrático, basado en la soberanía popular a través del principio de representación, y organizado a partir de la idea de separación de poderes, con lo que implica la posibilidad de control entre poderes y de eliminación de la arbitrariedad no susceptible de ningún control. Lo cual, al tiempo, es tanto como afirmar que ésta es la concepción de la interpretación que mejor se adapta, por no decir la única que se adapta, a los valores inspiradores de los actuales ordenamientos constitucionales, valores que tan a menudo se invocan, en la teoría y en la práctica, para desactivar y boicotear desde dentro el propio orden constitucional que se dice defender. Se trata, en suma, que el Derecho sea algo que los ciudadanos puedan entender y no algo a lo que ciertos sacerdotes, imbuidos de no se sabe qué extraño don, tienen acceso exclusivo en virtud de su innata sintonía con la esencia de los conceptos o la verdad de los valores materiales.

4 ¿Y la interpretación de la Constitución?

Para la concepción lingüística que defendemos, la Constitución como objeto de interpretación no supone diferencias cualitativas, sino, todo lo más, cuantitativas²¹. Que no plantee diferencias cualitativas hace referencia a que la Constitución es también un conjunto de enunciados lingüísticos plasmados en un texto, el cual se tiene por jurídico y de la mayor jerarquía dentro de los textos jurídicos, en función de ciertas razones históricas, políticas, sociales, etc., que hacen que en nuestro tiempo, y a diferencia de otras épocas, así sea “reconocido” con carácter general. Con ello no se cuestiona ni la importancia de las Constituciones ni su papel en el ordenamiento.

21. Sobre el tema puede verse R. Guastini, “Specificità dell’interpretazione costituzionale”, en *Analisi e diritto*, 1996, pp. 169ss., donde se muestran particulares problemas relacionados con el modo de concebir la interpretación y la posición de sus intérpretes, pero sobre la base que “la especificidad de la interpretación constitucional no tiene que ver con la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal” (p. 169).

Simplemente no se reviste dicha importancia de ningún ropaje mítico o cuasitrascendente.

En cambio, para la concepción voluntarista la Constitución es la expresión de una suprema voluntad, individual o colectiva, cuyos designios concretos y más allá de la capacidad de expresión de las palabras se constituyen en límite infranqueable de la práctica jurídica en el ordenamiento. Sería voluntad cristalizada en palabras, contenido psicológico que intenta manifestarse hacia el exterior con más o menos acierto, con lo que interpretar sus cláusulas es intentar averiguar dichos contenidos de voluntad a través de las palabras pero sin tener que quedarse en ellas cuando se crea detectar discrepancia entre lo que significan y lo que con ellas se quiso expresar o conseguir.

Por su parte, para la concepción material la Constitución es en su fondo y realidad última un orden objetivo de valores que constituye una prefiguración ideal y permanente de los “mundos jurídicamente posibles”. Una forma habitual de expresar esto mismo, aunque con matices según el autor, es señalando que por debajo de la Constitución formal existe una Constitución material²². En este caso, el legislador constitucional habría sido el mediador a través del que ese orden valorativo de fondo se plasma en un texto, pero la interpretación de ese texto constitucional tiene que ser regresiva, es decir, operar hacia atrás, de las palabras al legislador y de éste a los valores que alimentan y dan sentido a su obra. Obviamente, a estos esquemas se acogen gustosos quienes piensan que por definición hay contenidos jurídicos indisponibles y que la Constitución viene a sancionar tal indisponibilidad. Este planteamiento se puede hacer desde las filas del iusnaturalismo, o desde algún tipo de teoría material de valores, o desde concepciones que vinculan la esencia del Derecho a la ineludible sintonía con la esencia de la nación, el espíritu del pueblo, la integración

22. En términos de Jiménez Campo, “tal «Constitución» -real, material o sustancial- sería, así, expresión inmediata, no elaborada, jurídicamente, del deber ser profundo que mostrarían las estructuras históricas y sociales de la convivencia y por ello, también, el punto de referencia permanente con el que contrastar la efectividad existencial de las disposiciones jurídico-constitucionales” (J. Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”, en Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, volumen primero, Madrid, Tecnos, 1997, p. 42). No me resisto a citar algunos párrafos críticos de este autor: “La postulación de una juridicidad previa y potencialmente contraria a la racionalizada en la Constitución controvierte (...) los rasgos consustanciales a todo sistema jurídico. Controvierte, ante todo, su objetividad, que no es, sino la exigencia de que el querer del Derecho no sea querer singular, subjetivo, sino voluntad socialmente construida de la colectividad que, a partir de su acto constituyente, no reconoce más decisión vinculante ni más deber de acatamiento, en consecuencia, que el que traiga su razón de ser del orden de competencias constitucionalmente previsto de acuerdo con los procedimientos también configurados (...). Porque los procedimientos constitucionales -y la legitimación que de ellos proviene- no son, aunque lo contrario se haya afirmado enfáticamente, elementos disociados de toda opción de valor (de toda concepción «material» del Derecho, como suele decirse), sino, muy en primera línea, los modos en que, cotidianamente, creando el orden jurídico, se consuma -o fracasa- el reconocimiento de una sociedad en sus instituciones (...). Y quiebra, en fin, de la certeza y seguridad del Derecho, por lo mismo que las tesis que aquí se discuten no pueden ofrecer más garantía de sus conclusiones que el criterio personal del intérprete que invoca y hace aflorar, ante sus conciudadanos, la razón oculta en las orientaciones de las fuerzas políticas prevalentes” (ibid., p. 52-53).

bajo la forma de un Estado cuya realidad antecede a cualquier desarrollo jurídico, al modo de la teoría constitucional de Smend²³, etc. En todas estas configuraciones, las interpretaciones posibles de los enunciados constitucionales vienen acotadas en una doble dirección: no cabe atribuirles cualquier significado posible dentro del marco de su indeterminación, pues hay cosas que la Constitución no puede significar aunque parezca decirlos; y cabe atribuir significados que no estén expresados de modo manifiesto o semánticamente posible en ningún enunciado, pues la Constitución sería lo que dice (o parte de lo que dice), más lo que calla pero está presente en su evidencia última. Según los casos, la axiología o la política (pero siempre la metafísica) reemplazan a la semántica. Lo indeterminado (por ejemplo el “valor superior” justicia) se convierte en determinado, por imperativo material, y lo lingüísticamente determinado puede resultar erróneo y necesitado de corrección por su no correspondencia con la realidad (metafísica). Y los guardianes de la Constitución son guardianes del orden debido, que puede no coincidir con el orden expresamente estipulado. La Constitución, y el ordenamiento positivo todo, se hacen dúctiles en nombre de la firmeza de los valores rígidos.

Nuestra anterior afirmación, que las diferencias de la Constitución como objeto de interpretación son meramente cuantitativas, hace alusión a que los problemas usuales en la interpretación de cualquier enunciado de un texto jurídico se acrecientan cuando se trata de la Constitución²⁴. Esto se debe a que el grado de indeterminación de sus enunciados es en muchas ocasiones, aunque no siempre, en absoluto, más elevado de lo habitual²⁵. Ese mayor grado de indeterminación, con términos y expresiones de elevada vaguedad, con abundantes proclamaciones genéricas de fines y valores, etc., se traduce en un mayor margen de legítima libertad interpretativa y se convierte en la ventaja de una especial aptitud de muchas cláusulas constitucionales para ser adaptadas en su significado y alcance a nuevas necesidades, expectativas, opiniones y concepciones de lo justo. Es decir, que sin falta de “materializar” la Constitución ya goza ésta de por sí, en sus puros enunciados, de flexibilidad bastante como para poder ponerla al servicio de los fines y valores que se tengan por mejores. El límite estaría sólo en la evidencia de los límites de significado, amplios o amplísimos límites en muchos casos (mucho menos en

23. Sobre Smend, su teoría de la integración y su polémica con Kelsen véase J.A. García Amado, “Estudio preliminar” a H.Kelsen, *El Estado como integración*, Madrid, Tecnos, 1997, trad. de J.A. García Amado.

24. Como dice Scalia, aunque sea desde posturas que no exactamente coinciden con la tesis de fondo que sostenemos, el problema que suscita la interpretación constitucional es peculiar “no porque se apliquen especiales principios interpretativos, sino porque los principios usuales se aplican a un texto inusual” (A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 37).

25. Además, como señala Schauer, muchas cláusulas constitucionales no sólo son ampliamente indeterminadas, sino que tienen también un fuerte componente emotivo (F. Schauer, “An Essay on Constitutional Language”, *UCLA Law Review*, 29, 1982, p. 801).

otros), pero límites al fin y al cabo.

Por supuesto, la interpretación constitucional será en sus resultados dependiente también del modo como se solventa la discusión sobre el valor normativo de sus distintas cláusulas (reglas, principios, directrices, etc.), con lo que una teoría de la interpretación constitucional que se pretenda completa no podrá dejar de pronunciarse sobre esos extremos de teoría general del Derecho y de teoría constitucional. Pero este es ya un tema que desborda los límites de este trabajo.

GUIA DE LECTURA No. 11.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: Sobre la interpretación constitucional.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando podrá:

ü Identificar algunas de las teorías sobre el Derecho y la interpretación jurídica.

ü Determinar la forma en que cada una de las teorías o concepciones del Derecho concibe el proceso interpretativo constitucional.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Cuáles son las tres concepciones o teorías básicas que sobre la interpretación identifica el autor?
2. A partir de la lectura del texto, identifique las tesis principales que sostienen las teorías sobre la interpretación jurídica.

TEORÍA INTERPRETATIVA	CONCEPCIÓN DEL DERECHO QUE SOSTIENE	FORMA DE ENTENDER LA INTERPRETACIÓN
Teoría lingüística		
Teoría intencionalista		
Teoría axiológica		

3. Señale las críticas que se le podrían formular a las teorías sobre la interpretación jurídica.

TEORÍA INTERPRETATIVA	CRÍTICAS
Teoría lingüística	
Teoría intencionalista	
Teoría axiológica	

4. Explique ¿Cómo se produce la evolución doctrinal de una “teoría subjetiva” hacia una “teoría objetiva” en la interpretación?.
5. ¿Qué teoría pareciera que está acogida en el Art. 268 de la Constitución respecto de la interpretación del texto constitucional?.
6. Ilustre con una disposición constitucional cómo opera el proceso interpretativo desde las tres concepciones sobre la interpretación.
7. ¿Qué opinión le merece la distinción entre “interpretación de significado” e interpretación de sentido” que realiza el autor?.
8. ¿Qué críticas se le han formulado a la teoría de la interpretación jurídica como “interpretación de significado”?.
9. Identifique el método interpretativo que prioriza cada una de las concepciones sobre la interpretación jurídica.

TEORÍA INTERPRETATIVA	MÉTODO INTERPRETATIVO QUE PRIORIZA
Teoría lingüística	
Teoría intencionalista	
Teoría axiológica	

10. ¿Cuál es la aclaración que formula el autor para que no se le censure de “formalismo ingenuo” la concepción interpretativa que sostiene?.
11. ¿Qué valor considera usted que tienen las disposiciones del Código Civil (Arts. 19 - 24) respecto a la interpretación constitucional?.
12. La inclusión de valores en el Art. 1 de la Constitución ¿Es una buena razón para estimar razonable los criterios de interpretación que propugna la teoría axiológica?.
13. Señale la forma de entender la interpretación constitucional por cada una de las concepciones sobre la interpretación jurídica?.

TEORÍA INTERPRETATIVA	FORMA DE ENTENDER LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
Teoría lingüística	
Teoría intencionalista	
Teoría axiológica	

14. ¿Qué diferencia encuentra el autor entre la interpretación constitucional y la interpretación de otros textos legales?. ¿Le parece justificada la diferencia?.

