

A large, vibrant red abstract graphic on the left side of the cover, consisting of several overlapping, curved, ribbon-like shapes that sweep from the top left towards the bottom right. The colors range from a bright, saturated red to a lighter, almost white-pink hue.

Pablo Bonorino (Ed.)

# Modelos argumentativos en la aplicación judicial del derecho





# Modelos argumentativos en la aplicación judicial del derecho

PABLO RAÚL BONORINO RAMÍREZ  
(Ed.)



*Actas del I Encuentro Europeo sobre razonamiento jurídico y administración de justicia*

*Università Degli Studi di Trento* (Italia)

12 y 13 de Julio de 2011

*Directores Académicos:* Gianfranco Ferrari y J. A. García Amado

*Coordinador:* Pablo Raúl Bonorino Ramírez

*Comité Académico:*

Juan Antonio García Amado (*Universidad de León, España*)

Gianfranco Ferrari (*Università Degli Studi di Trento, Italia*)

Mario Alberto Portela (*Universidad de Mar del Plata, Argentina*)

Juan Igartua (*Universidad del País Vasco, España*)

Pablo Raúl Bonorino Ramírez (*Universidad de Vigo, España*)

*Financiado por el Proyecto de Investigación MICINN*

*DER2010-19897-C02-01/02*

*[www.razonamientojuridico.es](http://www.razonamientojuridico.es)*

© 2012 Bubok Publishing S.L.

1ª edición

ISBN: 978-84-686-0317-9

Impreso en España / Printed in Spain

Impreso por Bubok





# TABLA DE CONTENIDOS

1. LA SENTENCIA COMO PRÁCTICA SIGNIFICANTE. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE DAVID GARLAND Andrea Zarini	9
2. GRADUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO Y DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS FRENTE A TERCEROS EN ROMA Guillermo Suárez Blázquez	23
3. INTERPRETACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL Manuel Segura Ortega	35
4. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA STC 12/2008, DE 29 DE ENERO Rosa María Ricoy Casas	47
5. EL PODER JUDICIAL Y LA SOCIEDAD Mario Alberto Portela	63
6. DISCURSO JURÍDICO CRIMINAL, ESFERA PÚBLICA DE DISCUSIÓN Y PRÁCTICAS ARGUMENTATIVAS Paula Muniagurria	71
7. EL LUGAR DE LAS RAZONES MORALES Y RAZONES INSTITUCIONALES EN EL DISCURSO JUSTIFICATORIO JUDICIAL: CONFRONTACIÓN DE LAS TESIS DE R. ALEXY Y C.S. NINO Victoria Iturralde	81



8. LAS “REGLAS DE CIERRE” DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO Pilar Gutiérrez Santiago	93
9. EPISTEMOLOGÍA PROBATORIA María Concepción Gimeno Presa	105
10. SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO ARGUMENTO Y COMO NORMA Juan Antonio García Amado	115
11. NOMENCLATURE DEL DIRITTO. (MODELLI, ARCHETIPI, PROTOTIPI, METAFORE) Gianfranco Ferrari	125
12. <i>HARD CASES MAKE BAD LAWS</i> : JUECES Y LEGISLADORES EN EL CASO ENGLARO Roger Campione	135
13. LA ABDUCCIÓN EN LA CONCEPCIÓN DE WALTON Pablo Raúl Bonorino Ramírez	151

# LA SENTENCIA COMO PRÁCTICA SIGNIFICANTE<sup>1</sup>

**Andrea Zarini**

*Profesora de la Universidad Nacional de Mar del Plata (ARGENTINA)  
andrea\_zarini@yahoo.com.ar*

## Resumen

El propósito de la presente comunicación consiste en examinar la racionalidad de las prácticas corrientes en el marco de la decisión penal, desde la perspectiva de David Garland. Las políticas de penalización, discursos e instituciones desempeñan un papel activo en el proceso mediante el cual los significados compartidos son producidos y reproducidos por la sociedad. El castigo es una institución comunicadora y didáctica: por medio de sus políticas y declaraciones pone en circulación cultural algunas de las categorías y distinciones con las cuales damos significado a nuestro mundo. Así, las rutinas pragmáticas de la práctica cotidiana, entre ellas, el dictado de una sentencia, proporcionan un interesante material para comprender los mensajes culturales que transmite el castigo.

**Palabras clave:** discurso jurídico, prácticas discursivas, sentencia, formas de subjetividad.

## EL CASTIGO COMO INSTITUCIÓN SOCIAL COMPLEJA

Las sanciones penales impuestas no constituyen, como corrientemente se cree, una práctica transparente y obvia abocada a controlar el delito, sino que constituyen –en tanto castigo– un aspecto de la vida social profundamente problemático.

El que no se perciba de ese modo es producto de la apariencia de estabilidad e impenetrabilidad que tienen las instituciones formales más que de la transparente racionalidad de los procedimientos penales en sí. Como señala David Garland<sup>2</sup>, (a quien seguiremos en el presente trabajo) las estructuras modernas del castigo crearon un sentimiento de su propia inevitabilidad y de la justicia del statu quo.

Por medio del reiterado uso y respeto a su autoridad, estas formas establecidas de hacer las cosas crean su propio “régimen de verdad”, que apuntala la estructura institucional.

Esta ideología oficial comprende el conjunto de símbolos por medio de los cuales el castigo se representa a sí mismo y hacia los demás y, por lo general, proporciona un recurso retórico

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02 financiado por el MICINN titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.

<sup>2</sup> GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, (traducción de Berta Ruiz de la Concha, Siglo XXI, México, 2006, pág. 20.

desarrollado para nombrar, justificar y dar cierta dosis de coherencia a la vasta mixtura de cosas que se hacen en nombre de la política penal.

Sin embargo, las cuestiones sobre el significado del castigo no pueden traducirse inmediatamente en los términos establecidos por la ideología institucional.

La filosofía del castigo, sobre todo aquella ligada a su justificación, muchas veces proporciona una imagen idealizada y unidimensional, que resulta insuficiente para dar cuenta de la complejidad e interrelación de procesos e instituciones que conforman el castigo.

Una perspectiva adecuada que permite examinar las prácticas corrientes en el marco de la decisión penal, es la perspectiva teórica de David Garland<sup>3</sup>, quien entiende la cuestión de la penalidad en su conjunto como un complejo artefacto cultural.

La premisa que constituye el punto de partida de su estudio enuncia que los fenómenos penales en la sociedad moderna son problemáticos y de ellos no puede dar cuenta, satisfactoriamente, ninguna explicación monocausal, ni ningún marco teórico que considere el castigo sólo desde su faz instrumental.

La intención de la sociología del castigo -como nivel analítico en el que puede ser pensada la problemática de la penalidad- es entender el castigo como fenómeno social y establecer su papel en la vida social. Aquella contempla las instituciones desde el exterior y busca entender su papel como un conjunto distintivo de procesos sociales inmersos en una amplia red social. El castigo forma parte de una cultura más amplia que lo moldea ya su vez es moldeada por éste.

Su concepción del castigo se circunscribe al “... *procedimiento legal que sanciona y condena a los trasgresores del derecho penal, de acuerdo con categorías y procedimientos legales específicos. Este proceso, complejo y diferenciado, se conforma de procesos interrelacionados: legislación, condena y sentencia, así como administración de las sanciones. Involucra marcos discursivos de autoridad y condena, procesos rituales de imposición del castigo, un repertorio de sanciones penales, instituciones y organismos para el cumplimiento de las sanciones y una retórica de símbolos, figuras e imágenes por medio de las cuales el proceso penal se representa ante los diversos estratos de la sociedad...*”<sup>4</sup>.

El autor asume que el castigo también ocurre fuera del sistema legal (incluso como acciones informales dentro del sistema de justicia), pero tales prácticas quedan excluidas del objeto de su reflexión.

En ese orden de ideas, el castigo no puede explicarse sólo por sus propósitos porque ningún artefacto social puede hacerlo. Es cierto que el castigo cumple un objetivo instrumental, pero no lo es menos que también es un estilo cultural, una tradición histórica que depende de las condiciones institucionales, técnicas y discursivas. Para entender tales artefactos debemos concebirlas como entidades culturales y sociales, puesto que las formas específicas de vigilancia, enjuiciamiento y castigo, la severidad de las sanciones y la frecuencia con que se aplican, los regímenes institucionales y los marcos de condena, están más determinados por la convención social y la tradición que por los perfiles de criminalidad. El castigo es un procedimiento legal delimitado cuya existencia y funcionamiento dependen de un extenso conjunto de fuerzas y condiciones sociales.

---

<sup>3</sup> En especial, las tesis y conclusiones expuestas en *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, (traducción de Berta Ruiz de la Concha, Siglo XXI, México, 2006.

<sup>4</sup> GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, cit., p. 33.

La lógica informal que sustenta el sistema penal es la lógica social de una institución compleja construida sobre un conjunto de fuerzas conflictivas y coordinadoras, más que la lógica puramente instrumental de un medio técnico adaptado a un fin determinado.

Más allá de que a lo largo de toda la obra, Garland identifique cuatro tradiciones trascendentes en la elaboración de una sociología del castigo: la marxista, la durkheiminiana, la foucaultiana y la cultural, su visión reconoce como pilares basales los pensamientos de Durkheim y el de Foucault y, a partir de ellos, intenta delinear una tercera concepción que combine las calidades de cada una de las otras dos y descarte sus limitaciones, sugiriendo que el moderno castigo es tanto una cuestión cultural como estratégica, un ámbito de expresión de los valores y de las emociones, un proceso de control, un tema simbólico que opera como signo de autoridad<sup>5</sup>.

Desde esta perspectiva, cobra particular relevancia la cuestión de la cultura, más precisamente, cómo influyen las mentalidades y sensibilidades culturales en las instituciones penales. El marco teórico en el que Garland fundamenta su tesis, es el investigado por Norbert Elías, en cuanto el desarrollo del proceso de civilización implicó -en la cultura popular- un aumento y diferenciación de los controles impuestos por la sociedad sobre los individuos, un refinamiento de la conducta y un mayor nivel de inhibición psicológica, como resultado de un proceso de domesticación y equipamiento psicológico que permitió mantener las convenciones sociales que, con el tiempo, se tornan más demandantes, exigiendo mayores niveles de represión y tolerancia y umbrales cada vez más altos de delicadeza y sensibilidad<sup>6</sup>.

El mapa conceptual se completa, rescatando el análisis llevado a cabo por Spierenburg, en la medida en que señala cómo las condiciones de seguridad y el uso instrumental del castigo siempre estuvieron en tensión con las fuerzas culturales y psíquicas que limitaban los tipos y extensión del castigo aceptables, de modo que la sensibilidad tiene consecuencias directas en la estructura y el desarrollo de los sistemas penales<sup>7</sup>.

Retomando el esquema analítico, el término “cultura” se emplea en su sentido más amplio, en lo concerniente a los marcos de significado en los que sucede la acción social. En palabras del autor, *“La cultura debe ser considerada como algo inextricablemente ligado a las formas materiales de la acción, modos de vida y situaciones. Las intrincadas redes de significación que conforman la trama cultural se convierten en una especie de relación dialéctica con patrones sociales de acción, que se respaldan y originan mutuamente, muy a la manera en que el significado lingüístico es determinado por el uso social, formando simultáneamente el marco en el que ocurre dicho uso...”*<sup>8</sup>.

Esta definición pretende abarcar tanto los fenómenos de conocimiento denominados “mentalidades”, cuanto de aquellos relacionados con el afecto o la emoción, llamados “sensibilidades”. En su aspecto cognitivo, la cultura se refiere a todos aquellos conceptos y valores, categorías y distinciones, marcos de ideas y sistemas de creencias que los humanos usan para construir su mundo y representarlo de manera ordenada y significativa. Estas mentalidades o modos de pensar tienen, a su vez, estrecha vinculación con las formas de sentimientos y sensibilidades, de manera que los aspectos cognitivos de la cultura se vuelven inseparables de su dimensión afectiva.

---

<sup>5</sup> TEDESCO, Ignacio F, «El castigo como una compleja institución social: el pensamiento de David Garland» en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.) *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Antrophos, Barcelona, 2004, pp-238-242.

<sup>6</sup> GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, cit., pp. 254-7.

<sup>7</sup> TEDESCO, Ignacio F, “El castigo como una compleja institución social...”, cit., p. 243.

<sup>8</sup> GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, cit., p. 228.

Como se adelantó, estas sensibilidades y mentalidades (socialmente construidas) tienen implicaciones importantes en las maneras de castigar.

*“El castigo, entonces, se puede considerar como un complejo artefacto cultural que codifica los signos y símbolos de una cultura más amplia en sus propias prácticas. Como tal, representa un elemento local dentro de los circuitos entrelazados de significado que constituyen el marco cultural de una sociedad, y que es objeto de análisis para rastrear sus patrones de expresión cultural. Sin embargo, debe quedar claro que este es un modo de considerar el castigo —un “modo de mirar”— que nos ayuda a tener acceso a los significados sociales implícitos en el proceso penal. Ningún enfoque “cultural” o “discursivo” del fenómeno debe perder de vista nunca el hecho de que el castigo es también, y simultáneamente, una red de prácticas materiales sociales en que las formas simbólicas son sancionadas por la fuerza bruta, así como cadenas de referencia y acuerdo cultural”<sup>9</sup>.*

Las instituciones penales son parte de una estructura de acción social y un sistema de poder, al mismo tiempo que un elemento significativo dentro de un ámbito simbólico, y en la realidad ningún aspecto existe sin el otro.

## **EL DICTADO DE LA SENTENCIA COMO PRÁCTICA SIGNIFICANTE**

Las políticas de penalización, discursos e instituciones desempeñan un papel activo en el proceso mediante el cual los significados compartidos son producidos y reproducidos por la sociedad. El castigo es una institución comunicadora y didáctica: por medio de sus políticas y declaraciones pone en circulación cultural algunas de las categorías y distinciones con las cuales damos significado a nuestro mundo.

Siempre, siguiendo a Garland, el castigo es una de las instituciones que construye y respalda el mundo social, produciendo categorías compartidas y las clasificaciones autoritarias por medio de las cuales los individuos se entienden entre sí y a sí mismos.

Mediante mecanismos específicos, la política penal provee un marco cultural organizador, cuyos dictados y acciones proporcionan a los individuos un criterio interpretativo par evaluar sus conductas. Por lo tanto la penalidad actúa como un mecanismo regulador social en dos sentidos: regula la conducta directamente a través del medio físico de la acción social, pero también regula el significado, el pensamiento, la actitud, y de ahí la conducta, con un método diferente de significación.

En el curso de sus actividades de rutina el castigo enseña, desentraña y pone en vigencia, autoritariamente, algunas de las categorías y distinciones político morales básicas que conforman nuestro universo simbólico. Asimismo, interpreta hechos, define conductas, clasifica acciones y califica valores y, al hacerlo, sanciona esos juicios con la autoridad de la ley, difundiendo tanto entre los infractores como entre el público. En cierta medida esta función simbolizadora y expresiva de la política penal se acepta y comprende, no sólo en el pensamiento de teóricos, sino en la práctica de jueces y abogados penalistas, quienes son plenamente conscientes de que sus dictados y acciones llegan al gran público y tienen una significación simbólica para muchos.

Esta cualidad expresiva de la penalidad no se agota en los signos manifiestos de reprobación, condena y estigma, sino que se involucra en la producción de significados sociales más amplios que trascienden el ámbito de la condena penal.

---

<sup>9</sup> GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, cit., p. 233.

Es decir, la penalidad comunica significado no sólo acerca de los delitos y las penas, sino también acerca del poder, la autoridad, la legitimidad, la normalidad, la moralidad, la persona, el orden social, y otra multiplicidad de cuestiones.

Los signos y símbolos penales son parte de un discurso autoritario e institucional que prescribe cómo debemos pensar acerca del bien y del mal, de lo normal y lo patológico, de lo legítimo e ilegítimo, del orden y el desorden, de la justicia a injusticia, de la igualdad y desigualdad, etc.

Mediante su entramado de clasificaciones y taxonomías pretende indicar cómo juzgar, qué condenar y cómo clasificar, además de proveer la correspondiente suma de lenguajes, modismos y vocabularios. Estas prácticas significantes también nos indican dónde ubicar a la autoridad social, cómo preservar el orden y la comunidad y dónde rastrear los peligros sociales.

Las políticas, instituciones y discursos de penalización significan, y los significados que se transmiten a partir de ellos tienden a trasvasar las inmediaciones del delito y el castigo y “hablan” de temas más amplios y difundidos. Por lo tanto, la penalidad es un texto cultural –o quizás, mejor una representación cultural-, que se comunica con una variedad de públicos sociales y transmite una extensa serie de significados.

Y para comprender los efectos sociales del castigo, debemos rastrear esta capacidad de producir significado y de crear “normalidad”.

Cuando examinamos las múltiples actividades que conforman la estructura penal con miras a investigar sus aspectos comunicativos o significantes, nos vemos tentados a dirigir la mirada hacia las políticas más públicas y declaratorias.

Hoy en día, las sanciones penales rara vez se ejecutan en público, pero siguen siendo elementos diseñados deliberadamente para el consumo público y que se comunican al público social.

Cabría reflexionar concretamente en el dictado de judicial de la sentencia, la puesta en escena de un mensaje que no solamente se dirige al sujeto sometido a un proceso penal sino también, al público en general. Aún actualmente, el momento de la sentencia se entiende como la “oportunidad de dirigirse a la multitud”.

Las rutinas pragmáticas de la práctica cotidiana proporcionan un interesante material para comprender los mensajes culturales que transmite el castigo, dado que contienen patrones distintivos de significado y formas simbólicas que se ponen en práctica siempre que se adopta un determinado procedimiento, se usa un lenguaje técnico o se impone una sanción específica. En el ámbito penal las rutinas diarias de sancionar y la política institucional son las de mayor peso en la creación de un marco de significado específico.

La práctica de dictar sentencia muestra fácilmente la presencia de significado simbólico. Al “emitir la sentencia” el juez realiza una acción instrumental que activa un proceso legal subsecuente; realiza un decreto – discurso – que en la práctica significa autorizar y poner en marcha un proceso de encarcelamiento. Dictar sentencia es, por lo tanto, un elemento operativo en un proceso instrumental de enfrentar a los infractores. Pero el dictado de la sentencia también transmite una aseveración simbólica que interpreta y comprende otros públicos fuera del tribunal.

Al ser pieza de un proceso instrumental, la sentencia es una práctica significativa de cierta trascendencia. Las diversas sanciones de que dispone el tribunal no son meramente un repertorio de técnicas para hacer frente a quienes han cometido un delito; son, también, un sistema de signos para transmitir significados específicos que entiende la generalidad del público social. Cada sanción conlleva

un simbolismo reconocible. Siempre que el juez dicta una sentencia despliega un dispositivo convencional para expresar un significado, y entabla una comunicación simbólica de mayor o menor significación<sup>10</sup>.

De la misma manera en que los mecanismos estructurales, espaciales y temporales que se despliegan en los tribunales transmiten significados simbólico de trascendencia en la conducción de un juicio, la práctica de dictar sentencia también pone un marcha una oratoria, un retórica que tiende a cobrar significación para relacionarse con la cultura como un todo, aunque suelen pasar como información transparente, conocimiento o actividad estrictamente racional.

Cuando el sistema penal adopta un concepto determinado de los delincuentes y de la delincuencia o una forma específica de clasificar a los presos, o bien una psicología especial de motivación y reforma; o cuando comienza a usar cierto vocabulario para describir a los delincuentes y caracterizar su conducta, dichos conceptos y vocabularios nunca se restringen a las actividades intramuros de profesionales y expertos. Retroalimentan a una sociedad más amplia.

No son meras palabras que se usan sin consecuencias de significado, porque su adopción común trae aparejado todo un estilo de pensamiento que paulatinamente modifica las actitudes sociales o, por lo menos, vuelve disponibles nuevos lenguajes explicativos con los cuales reflexionar sobre el delito y la conducta humana.

Las políticas y los discursos penales, por cotidianos o útiles que aparezcan, tienden al mismo tiempo a cobrar significación para relacionarse con la cultura como un todo.

Ahora bien, si la política penal también debe considerarse como una práctica significativa, y si ese aspecto de significación, algunas veces es controlado y puesto al servicio del uso oficial como una forma de retórica, entonces cobra importancia la cuestión del público objetivo.

La retórica, es un intento por persuadir, por producir identificaciones, por ejercer coerción en sus receptores hacia la actitud y la acción.

Por lo tanto, tiende a expresarse con un público en mente, adoptando una forma de discurso que comprometa a un determinado tipo de personas en una determinada situación. Para que cualquier retórica fructifique debe primero fomentar la aceptación entre su público, el cual debe identificar sus intereses, conocer su lenguaje, sentirse concretamente aludido por el orador, etc.

En el terreno penal existe una diversidad de situaciones en las que se aplican prácticas significantes, y otra de públicos a las que se dirige.

Los receptores más inmediatos de los mensajes que transmiten las medidas penales son, por supuesto, la población de “delincuentes”. Son ellos, los primeros de la fila en “recibir la lección” del castigo, en el tribunal donde son sentenciados, y por ende, los primeros en sufrir la sanción.

La homilía del juez y las “francas” palabras condenatorias que suelen acompañar el dictado de la sentencia constituyen la modalidad con la que se transmite por primera vez este mensaje. La sentencia misma comunica un mensaje preciso dirigido con toda claridad al imputado, aún cuando sólo sea la retórica amoral y deshumanizante de un régimen que trata a los presos como cuerpos numerados y objetos que administrar, ya que las prácticas cotidianas de una institución, por ordinarias que sea sean, tienden a imprimir un significado rotundo para quienes están sujetos a ellas. Y cualesquiera sean los significados que el juez desee transmitir al enviar a una persona a prisión, son

---

<sup>10</sup> GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, cit., pp. 297-8.

las condiciones cotidianas del régimen interno las que se encargan de imbuir el significado del confinamiento a quienes están encerrados.

El segundo público al que se dirige la penalidad, está integrado por los profesionales de la disciplina penal y el tercer público, al cual se orienta la retórica penal es el “público general” que, en cierto sentido, es el último del simbolismo penal, sobre todo en sociedades democráticas y abierta, en virtud de que los castigos jurídicos son siempre funciones del Estado, sujetas potencialmente a la revisión pública.

## LOS SIGNIFICADOS TRANSMITIDOS POR EL CASTIGO

Hemos señalado anteriormente que los castigos autorizados por la ley difunden múltiples significados a un público social que no se reduce a su primer destinatario.

En el proceso de castigar las instituciones penales autorizan políticas para culpar, determinar responsables y fijar responsabilidades. Al hacerlo, sancionan, respectivamente, una forma de orden moral y un concepto de moralidad.

No se trata de una actividad marginal o especializada, reservada sólo para los criminales. Es la ley, que ejerce la fuerza y la autoridad de manera pública para poner en vigencia sus condiciones y relaciones, e imprimirlos sobre la conducta de la vida social.

El concepto de autoridad social, del criminal (como persona) y del orden social que el castigo protege y trata de recrear, está implícito en cada una de las relaciones penales y en el ejercicio penal de poder. Cada vez que se responsabiliza a una persona y se le impone una sanción penal, las figuras de autoridad, persona y comunidad quedan representadas simbólicamente.

El castigo es una demostración práctica y concreta de las verdades oficiales. *“Es una representación dramática y escenificada de cómo son y deben ser las cosas desde la perspectiva oficial, al margen de la respuesta del trasgresor. Y mediante su ejemplo, recurrencia y puesta en vigor, el castigo interviene en la construcción de un régimen social en que se establecen de hecho estas formas de autoridad, persona y comunidad”*<sup>11</sup>.

La penalidad no es la única que crea este mundo socialmente construido, en ese proceso complejo y totalizador también intervienen otras estructuras prácticas y formas simbólicas, pero el castigo otorga un marco de significado distintivo que se coordina con otras representaciones sociales aún cuando no quede reducido a ellas.

Las políticas penales, los discursos y las instituciones sostienen conceptos específicos de subjetividad y autorizan formas de identidad del individuo. No sólo desde la teoría, sino en las prácticas rutinarias —que son las que aquí interesa— la penalidad difunde nociones definidas de lo que debe ser una persona, que tipos de personas hay, y como debe entenderse dichas personas y sus subjetividades.

Mediante los procedimientos para atribuir responsabilidad a los individuos, el discurso jurídico define la subjetividad normal y la relación generalmente aceptada entre cada uno de los agentes y su conducta personal. Así, por ejemplo, los tribunales modernos insisten en que los individuos dirigen sus propias acciones, tiene capacidad de elección, voluntad, intención, racionalidad, libertad, etc., y

---

<sup>11</sup> GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, op. cit. p. 308.



los jueces tratan a los imputados conforme a estos términos. Del mismo modo, se imponen las formas reconocidas en las que esta subjetividad y el control de la conducta del individuo son propensas a fallar.

Los individuos que se presentan ante un tribunal son interpelados, examinados y clasificados conforme a los conceptos implícitos de la ley respecto de lo que es una persona normal y sus atributos normales. No importa cual sea la realidad de ese individuo; la ley insiste en considerarlo de una manera específica y predefinida. La penalidad prescribe autoritariamente a los diversos sujetos. Su concepto (o conceptos) de la identidad normal, al estar arraigado en la ley y en los procedimientos legales, es el que se espera de las personas, el que es sancionado social y legalmente, y el que circula a fuerza de usos y costumbres.

En este sentido la penalidad actúa como otro autoritario que ayuda a definir el yo individual en relación con ella. Proporciona un modelo indispensable para nuestra comprensión de los demás y de nosotros mismos.

Una de las definiciones paradigmáticas de la subjetividad que persiste aún en día, lo constituye el sujeto de derecho de la ilustración. La idea de un sujeto libre, racional, responsable y con libertad propia ha sido una pieza clave del discurso jurídico.

A lo largo de casi todo el siglo XIX los individuos que llegaban ante un tribunal –al margen de sus condiciones personales, familiares y sociales, eran tratados como sujetos del Siglo de las Luces, ya que la única categoría alternativa en la ley era estar loco, lo que desplazaba la calidad de sujeto.

A finales del siglo XIX, y en diversos momentos del XX, este sujeto de derecho clásico se combinó con figuras alternativas de subjetividad y persona. Junto al sujeto libre, el derecho penal reconoció (y ayudó a establecer) otras categorías de personas, a menudo con menor responsabilidad y carentes de control absoluto sobre su conducta.

Las categorías aludidas proveen elementos para un marco cultural mediante el cual los sujetos normales pueden reflexionar sobre la anormalidad y las condiciones que la producen.

También nos permiten identificar y dar sentido a los marginados y a los individuos considerados problemáticos, de manera acorde con nuestras políticas y compromisos institucionalizados.

Esas imágenes del yo imperfecto que difunde ahora la política penal (así como la psiquiatría, el trabajo social, las instituciones educativas, etc.) fortalecen la tendencia moderna de considerar al yo como una maquinaria que debe ser cuidada y reparada por especialistas y a repensar lo que en algún momento se conoció como “el mal” en términos patológicos, y no como una opción moral<sup>12</sup>.

La subjetividad, la persona, la identidad personal, construidas social y culturalmente están moldeadas por un extenso conjunto de instituciones sociales, símbolos, categorías y prácticas que imponen determinadas formas de ser en el mundo.

La penalidad interviene en este proceso de “conformar a la gente”, contribuye a formar la subjetividad, el yo y la identidad y la estructura racional que empleamos para entenderlas. Estas políticas de creación de la subjetividad afectan a un público mucho más amplio que a los individuos que ingresan al sistema penal, porque al tiempo que la penalidad constituye las identidades del “delincuente”, también sustenta una imagen de lo que es ser “normal”.

---

<sup>12</sup> GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, op. cit, p. 314.

No es el de la subjetividad el único significado que trasmite la penalidad. La autoridad social también aparece representada en el castigo, por las formas que adquiere, los símbolos que lo legitiman y los discursos con los que se representan su significado.

Si se toma como ejemplo el lenguaje punitivo decimonónico, se advierte que el Estado se representaba como la personificación del contrato social, el defensor de los derechos socialmente autorizado y el encargado de hacer cumplir la ley. Las sanciones predilectas de este estilo penal (prisión o multa) eran no violentas, reglamentadas, uniformes y aplicadas de una manera legal y controlada.

En cambio, las políticas penales de bienestar o “correccionales” y los discursos de la penalidad del siglo XX, proyectan una imagen distinta de autoridad gobernante. Su énfasis en la normalización y rehabilitación, en vez del castigo, del tratamiento individualizado, en el lugar de la uniformidad estricta, y en la experiencia y la ciencia y no en categorías legales y de derecho, tiende a definir al estado y su autoridad en términos de bienestar social.

Las formas en que se aplica el castigo dan una cierta idea del poder gubernamental y de la autoridad social. Asimismo, también define las relaciones sociales. Mediante reglas y prohibiciones, el derecho penal fija los límites legales a los tipos de conducta del individuo y las relaciones sociales tolerables, definiendo así los límites en los que tiene cabida un comportamiento permisible.

Pero la penalidad hace algo más que definir el marco en el desenvuelven las relaciones sociales: establece sus características y calidad. Con prácticas y formas simbólicas, la política penal contribuye a dar significado y definición a los lazos que unen a los individuos entre sí y con las demás instituciones de la sociedad; lo que se pone de manifiesto en la simbolización de la relación entre el “delincuente” y la “sociedad”, o entre el “delincuente” y el Estado, o entre “delincuentes” y víctimas y, de hecho, entre los “delincuentes” y demás miembros de la sociedad.

Así, por ejemplo, puede invocarse a la comunidad (y describirla retóricamente) como la responsable del delincuente, por estar en constante relación con sus miembros desviados, a los que es preciso reconocer y tolerar; o bien, el “criminal” puede ser caracterizado como aislado, como poco menos que humano, en cuyo caso se trata de una relación (o quizás una no relación) de diferencia y exclusión implícitas.

Otro tanto puede apuntarse de la relación entre delincuente y víctima, que puede interpretarse como un vínculo social entre dos miembros de una comunidad, que, aunque defectuoso, vale la pena reparar<sup>13</sup>, como así también caracterizarse como un encuentro fortuito entre dos individuos sin relación entre sí, que requiere compensación y castigo.

En definitiva, el discurso de la penalidad manifiesta un sentido definido de la forma en que las relaciones sociales están constituidas –o deberían estarlo– en una determinada sociedad. Señala el origen del orden y del peligro, los principios que mantienen unida a la sociedad y aquellos que amenazan con escindirla.

Solo se han señalado algunos de los significados que la penalidad denota rutinariamente y algunas de sus formas, aunque no son las únicas dadas las posibilidades polisémicas de cualquier práctica social. Pero extendernos más en este punto, rebasa los límites del presente trabajo.

---

<sup>13</sup> Dicha relación está implícita y es difundida por algunos esquemas de solución alternativa al conflicto penal.

## A MODO DE EJEMPLO

Considerada la sentencia como práctica significativa, trataremos de ejemplificar algunos de los significados que transmite. Las conclusiones que se exponen seguidamente son sólo muestras del posible resultado de una labor interpretativa, de modo que no pretender ser definitivas, sino sólo se presentan como líneas de discusión abiertas. Máxime si se tiene en cuenta que la sentencia es considerada como una práctica discursiva y, en el discurso jurídico, aquello que «realmente» sucede puede detectarse, no sólo prestando atención al texto del fallo, sino construyendo una interpretación alternativa que de cuenta de las interdicciones de ese discurso.

Se han escogido aleatoriamente, los tramos pertinentes de una sentencia de un Tribunal Oral en lo Criminal, correspondientes a los votos de los jueces que conformaron la mayoría. Una de las cuestiones que había sido sometida a su conocimiento, consistía en el análisis de la constitucionalidad del art. 76 ter del Código Penal Argentino, en cuanto impide que, revocada una suspensión del proceso a prueba por la comisión de un nuevo delito por parte del probado, la eventual pena a imponer, tras la celebración del juicio, debe ser de efectivo cumplimiento.

Los jueces rechazaron el planteo de inconstitucionalidad de dicha disposición normativa. No obstante entendieron que los fines de la pena se habían cumplido con relación al imputado y, por razones de equidad, le aplicaron una pena de dos años en suspenso, a condición de que cumpla durante el término de dos (2) años con la regla de fijar residencia y someterse al control del Patronato de Liberados (CP; 27 bis inc. 1º) .

Así, en el voto del juez que votó en primer término se lee:

*“... 5) Sin perjuicio de ello entiendo que por una cuestión de justicia y equidad la pena a aplicar puede serlo en carácter suspensivo. (...)*

*En ese orden de ideas y adentrándonos en el caso que nos toca resolver puedo afirmar sin lugar a duda alguna que A. N. G. ha comprendido el disvalor de su accionar delictivo (así lo he advertido en el debate) y se halla adecuadamente inserto en la sociedad, habiendo formado una pareja estable con la cual convive y desarrolla – desde hace tiempo- actividades laborales (ver informes de fs. 40/1 y vta y 42 y vta), lo que nos hace tener por cumplidos los fines de la pena que prevé el art. 4 de la ley 12.256 y el 1 de la ley 24.660.*

*Por otra parte por las características de los hechos que se le endilgan al encausado (de las que resulta su falta de peligrosidad), las condiciones personales del mismo que fueran precedentemente señaladas y la actuación de la defensa en cuanto no lo asesoró sobre la inconveniencia de asumir un juicio donde no pudo discutir ninguno de los extremos de la acusación, entiendo que imponerle una pena de prisión de efectivo cumplimiento resultaría una verdadera iniquidad y como lo dijo el mencionado Tribunal Superior de Tierra del Fuego (en el fallo citado) en el caso, “criterios de humanidad deben prevalecer por sobre la efectivización del poder punitivo del estado”..*

*Por estos fundamentos teniendo en cuenta que la norma cuestionada no viola ni el principio de igualdad, ni el de razonabilidad, voto la cuestión de la inconstitucionalidad por la negativa, por ser mi convicción razonada y sincera, pero en virtud de lo señalado en el punto 5) considero inaplicable a este caso la obligación de que la pena a imponer no pueda serlo en carácter suspensivo (CN, 1, 16, 18,19 y 28, CPBA 25 y 26; CP, 55/8).*

A su vez, el juez del segundo voto añadió:

*“... Y me seguía preguntando si de esa manera se cumpliría la famosa resocialización, o si el causante tendrá el adecuado tratamiento para ello, a todo lo cual me respondía que no y que la pena sin tratamiento no es justicia sino retribución y que no era partidario de ninguna teoría retributiva de la pena.*

*Y bien, ahora parece repetirse aquella situación.*

*Han pasado varios años desde el 2.004 y en dicho lapso G. ha formado una familia, ha conseguido trabajo, no ha vuelto a delinquir, o sea que se ha resocializado asimismo, sin la intervención estatal, entonces me parece que es un contrasentido que este estado de cosas la sanción a imponérsele sea de efectivo cumplimiento.*

*Que conste no obstante lo dicho que en modo alguno participo de un permisivismo absurdo o mal entendido garantismo que licúa o haga lírica la sanción impuesta por el juzgador, o que se amplíen en una forma ridícula las libertades provisionales reguladas en el ritual y que terminan en una captura que finaliza con la comisión de un nuevo delito.*

*Pienso que la justicia —máxime en estos tiempos que nos toca vivir—, se pone en juego en cada fundamentación y para que el margen de discrecionalidad judicial no traspase el límite de la arbitrariedad, esa fundamentación debe ser plausible no sólo para quien la redacta, sino también para todo destinatario del sistema jurídico.*

*Y en lo hasta ahora expresado resulta de aplicación la Convención Americana sobre Derechos Humanos - aprobada en su momento por la ley n° 23.054 y actualmente de rango constitucional por la previsión contenida en el art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna-, cuando en su art. 5° prescribió que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados...”.*

*Pues bien, ello se ha cumplido en el caso que ahora nos ocupa, y siendo ello así entonces, como reflexión final, si bien es cierto como lo destacó nuestro Máximo Tribunal que “la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro...” (CSN, “Polak, F.” de fecha 15/10/98, en J.A. del 17/3/99), no lo es menos que esa búsqueda en lograr el adecuado equilibrio, transforme la condena a imponerse al causante en una sanción retributiva.*

Sin perjuicio de las concepciones acerca del “derecho” y de la “adjudicación” que se evidencian en los fragmentos transcritos, cuyo análisis excede el propósito de la presente comunicación, interesa relevar que formas de subjetividad quedaron sancionadas en la concreción de la finalidad asignada al castigo estatal, realizada por el tribunal.

No obstante la crisis de las ideologías “re”, la “resocialización” o “inserción social” del “delincuente” se institucionaliza como fin de la pena y como meta penitenciaria. Tal, lo prescripto por el art. 18 de la Constitución Nacional, en forma concordante con los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Un aspecto que debe señalarse es que si bien se afirma que los fines de la pena se cumplieron respecto del imputado, no se concluye en la no necesidad de aplicar una pena. Por el contrario, se aplica una pena privativa de libertad, pero en suspenso y se imponen reglas de conducta.

Ello, además de dejar al descubierto una contradicción entre las premisas de la decisión y lo decidido, pone de relieve que el contenido “penoso” del catálogo de sanciones penales legalmente autorizadas, pareciera estar reservado a las penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo. Incluso, con relación a las reglas de conducta que el art. 27 bis del Código Penal Argentino, permite aplicar cuando la pena privativa de libertad es dejada en suspenso, no se argumenta o se justifica la

elección de las que se aplican. Tampoco se señalan sus rasgos segregatorios (de lugares o personas), ni su impronta perfeccionista (tratamiento médico o psicológico, prohibición de abusar de bebidas alcohólicas o estupefacientes).

Así, asumida la “resocialización” como fin de la pena, no se toman en cuenta los factores que contribuyen a su deslegitimación. No porque tal revisión deba hacerse en el marco de una sentencia, que quizás no sea el ámbito de discusión más propicio, sino lo que se quiere señalar es que la “reinserción social” se cree posible y los criterios con los que se evalúa si tal propósito fue alcanzado, se establece con parámetros como: tener pareja estable, desarrollar actividades laborales formales y no cometer delitos.

Cuando los jueces consideran el mantenimiento de una pareja estable como indicador de resocialización, debe leerse siempre “pareja heterosexual”. En lo que respecta al trabajo, no son vistas como tales ciertas actividades de carácter informal, desconociendo que el mayor porcentaje de personas atrapadas por la selectividad del sistema penal, pertenecen a sectores sociales pauperizados, en lo que no resulta fácil el acceso a una actividad laboral formal. Asimismo, cuando los sentenciantes refieren a la no comisión de delitos, como otra pauta indicativa del éxito socializador, dicha afirmación reconoce como único sustento los informes de los organismos oficiales que informan la existencia de procesos penales. Con ello se considera integrados, no a aquellos que han logrado su inclusión social, sino aquellos que han logrado escapar a la selectividad del sistema penal.

De esa manera, el modo en que se entiende el fin “resocializador” de la pena y los escasos parámetros a los que se reduce (haber formado una familia, poseer empleo y no cometer delitos), permite trazar una diferencia entre aquellos que están integrados al modelo social y aquellos que no.

## **RECAPITULACIÓN**

El proceso judicial, en cuanto confrontación de puntos de vistas singulares, inseparablemente cognitivos y evaluativos –que es dirimida por el veredicto pronunciado por una autoridad socialmente autorizada- representa una puesta en escena de la lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social y que tiene por objeto el monopolio del poder de imponer un cierto modo de reconocer y conocer ese mundo social.

El veredicto del juez o tribunal que pone fin a un proceso, pertenece a la categoría de actos de nominación o de institución y representa la forma por antonomasia de la palabra oficial. El derecho asigna a los agentes una identidad garantizada, mediante el poder simbólico de nominación.

La institución jurídica contribuye, universalmente, a imponer una representación de la normalidad en relación a la cual todas las prácticas diferentes tienden a aparecer como desviadas, anómicas, anormales o patológicas.

Ese particular modo de funcionamiento de ese espacio social, nos permitió pensar que las rutinas pragmáticas de la práctica cotidiana quizás proporcionen un material interesante para comprender los mensajes culturales que transmite el castigo. En el ámbito penal, las rutinas diarias de sancionar son unas de las de mayor peso en la creación de un marco de significado específico, pues muestran fácilmente la presencia de significados simbólicos.

En diversas prácticas cotidianas, pero también en la de dictar sentencias, la penalidad difunde nociones definidas de lo que debe ser una persona, que tipos de personas hay, y como debe entenderse dichas personas y sus subjetividades. Mediante estos procedimientos para conseguir que los individuos sean responsables la penalidad define la subjetividad normal y la relación generalmente aceptada entre cada uno de los agentes y su conducta personal; y los jueces procederán a tratar a los delincuentes conforme a estos términos.

Esta definición de la subjetividad en juego se emparenta con la categoría de “sujeto de derecho” que constituye uno de los conceptos fundamentales sobre los que se estructura y organiza todo el derecho penal moderno, pero no deja de ser una categoría histórica, tanto como lo son las cualidades que se le atribuyen, sin reparar en que el “hombre” o los conceptos generales en que se traduce, son conceptos construidos, no dados de antemano a los que sólo corresponda descubrir, sino a los que corresponde desmontar para indagar cómo han sido constituidos y como funcionan.

Esas presuposiciones igualadoras organizan las conductas de los hombres como lo que no son, impiden la emergencia de las diferencias y contribuyen a la elaboración de ficciones que sustenten esa concepción y haga operativo el funcionamiento del derecho. La ficción termina imponiéndoseles a las personas como si fuera la propia realidad<sup>14</sup>.

Detrás del “delincuente”, del “menor de edad”, del “analfabeto”, del “drogadicto”, del “desocupado”, el “indocumentado”, el “reincidente”, queda aludido el orden simbólico que preexiste al sujeto, fijándole posiciones que le ocultan que el mundo externo, a través de las relaciones sociales, tiene otro modo de organización.

Resulta superfluo señalar que la construcción de dicha subjetividad no es sólo atribuible a la actividad jurisdiccional, sino que responde a procesos de definición más amplios, pero en un marco social como el nuestro, atravesado por fuertes desigualdades, por altos niveles de corrupción, por altas tasas de desempleo, por la convivencia con formas intensa de violencia y por la ruptura de los lazos propios de la representación política, entre otros males, los jueces suelen ser requeridos por una función de representación suplente para tomar decisiones en asuntos de entidad “política”, actuando como soportes de la democracia representativa y como un elemento corrector de los demás poderes constitucionales.

Por eso, cuando sobre el rol de la justicia penal se centran expectativas que exceden el mero cumplimiento de ley, y se la reclama para que reduzca las tasas de criminalidad, se torna necesario alertar sobre tales mecanismos que contribuyen a la reproducción de un modelo social vigente.

## REFERENCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio (2000): «Comentario a *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, David Garland (siglo XXI, México, 1999)», Nueva Doctrina Penal, 2000/A, 367-373.-
- ASEFF, Lucía (1998), “La teoría crítica en Argentina”, en DOXA, 21 –II (1998), pp. 21-31.
- BECKER, Howard (2009). *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Trad. Jaime Arrambide, Siglo XXI, Editores, Buenos Aires.
- BERGALLI, Roberto (1999), “Jueces e intereses sociales en la Argentina”, en *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, págs. 21-45.

---

<sup>14</sup> ASEFF, Lucía, *La teoría crítica...*, op. cit, p. 27.

- BERGER, Peter y LUCKMAN, Thomas (1966). *La construcción social de la realidad*, Trad. Silvia Zuleta, Amorrortu Editores, Buenos Aires, (1993).
- DOBON, Juan (2001). Lo público, lo privado y lo íntimo. Consecuencias de la ley en el sujeto, Ed. Letra viva, Bs. As.
- ENTELMAN, Ricardo (1982): “Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico”, en *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, pp. 83 a 109.
- (1991), “Discurso normativo y organización del poder” en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 295 a 310).
- GARLAND, David (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Trad. Máximo Sozzo, Gedisa, Barcelona .
- (2006): *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, (trad. Berta Ruiz de la Concha), Siglo XXI, México.
- (2007) *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, Bogotá. Trad. de Manuel A. Iturralde.
- MARI, Enrique Eduardo(1982), “«Moi, Pierre Riviere ...» Y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias sociales”, en *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, pág. 53-82
- (1994) “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden” en *Derecho y psicoanálisis*”, Edicial, Buenos Aires pp. 57 – 77.
- RUIZ, Alicia, “Aspectos ideológicos del discurso jurídico (Desde una teoría crítica del derecho)”, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 149 – 202.
- TEDESCO, Ignacio F., (2004): «El castigo como una compleja institución social: el pensamiento de David Garland» en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Antrophos, Barcelona, ps. 231-249.
- (2007) *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

# GRADUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO Y DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS FRENTE A TERCEROS EN ROMA<sup>1</sup>

Guillermo Suárez Blázquez

*Profesor Titular de Universidad, Universidad de Vigo (ESPAÑA)*  
*gsuarez@uvigo.es*

## Resumen

El artículo ha sido realizado mediante el método de investigación de fuentes originales del derecho civil romano con apoyo en el método empírico multidisciplinar en las fuentes histórico – jurídicas. A partir del siglo II a. C., las acciones adyecticias fueron concedidas por el edicto del pretor para demandar al padre de familia por las deudas contraídas por el comercio y los negocios de los sometidos a patria potestad. Sin embargo, estas acciones no se caracterizan sólo por tener fórmulas con transposición de sujetos. Tampoco se debe ceñir su competencia al derecho de familia. Esta tesis, aceptada de forma mayoritaria para la doctrina romanista y civilista actual, debe ser revisada. La tesis que proponemos es la extensión de estas acciones procesales al campo jurídico de la empresa, de las mercancías y del comercio, pues fueron creadas por los pretores, y desarrolladas por la jurisprudencia clásica, para conseguir un objetivo: determinar el alcance y la medida de la responsabilidad civil del comerciante, del empresario, de las empresas matrices y de las empresas filiales, en suspensión de pagos, frente a terceros - proveedores y clientes - .

**Palabras Clave:** Acciones, empresas, responsabilidad limitada, terceros.

## INTRODUCCIÓN

Las acciones, llamadas de modo inapropiado, adyecticias - *actiones adiecticiae qualitatis* - son acciones calificadas por la doctrina civil del Derecho Romano como acciones “*in factum*” - por un hecho-, y se caracterizan por la utilización de una fórmula procesal en la que se hace constar una transposición de sujetos. Este mecanismo procesal está presente en las acciones *Institoria*, *Exercitoria*, *De Peculio et In Rem Verso* (Gayo Inst. 4, 69 – 74a). Mediante la transposición de personas en la fórmula procesal de estas acciones, si el objeto de la demanda se dirige al directivo comercial (hijo, esclavo) que se encuentra bajo la potestad de un empresario-dueño, que ha negociado en el nombre de éste, o en el nombre de un peculio comercial empresarial entregado por éste, sin embargo, los efectos condenatorios o absolutorios de la sentencia se imputan al dueño. La doctrina define la naturaleza procesal de estas acciones pretorias - “*teneri*” (D. 14, 1, 1, 9. D. 14, 3, 2, 2. D. 14, 1, 3. D. 14, 3, 5, 2) - correctamente, pues todas gozan de la transposición de sujetos, pero la naturaleza del

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02 financiado por el MICINN titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.



derecho sustantivo plantea dudas. El objeto de este trabajo es demostrar que los pretores y la jurisprudencia, desde los últimos siglos de la República hasta finales de la época clásica, consideraron a estas acciones competentes para la tutela procesal de las relaciones de las empresas y del comercio, pues aquéllas pretendían, esencialmente, alcanzar la imputación y la determinación de un grado (quantum) de responsabilidad civil del empresario-dueño, que entra en suspensión de pagos, por los negocios y los contratos realizados por los directivos y sus factores comerciales, sometidos a potestad, frente a terceros. En este sentido, los títulos XIV, I-V, y XV del Digesto recogen un rica y extensa casuística jurisprudencial.

En el mundo actual, la imputación y la cuantía del alcance de la responsabilidad civil personal del empresario-dueño, que suspende pagos, frente a terceros – proveedores y clientes – son ejes vertebrados de las relaciones del comercio y de los negocios. Los dueños de las empresas y los accionistas (socios inversores) deben conocer el alcance del riesgo que puede afectar al capital de sus empresas. Por su parte, los clientes, que negocian con éstas, deben tener seguridad jurídica y medios procesales para exigir sus créditos, en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos. En España, estos pilares jurídicos del derecho de empresas y sociedades, han sido recogidos por la normativa de la “Ley 22/2003 de 9 Julio, Concursal” y por el “Real Decreto legislativo 1/2010 del 2 de Julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital”. Así, el artículo 23 del Real Decreto Legislativo consagra la responsabilidad limitada de las sociedades anónimas frente a terceros. Y el artículo 27 del RDL. 1/2010 proporciona ventajas y premios a los fundadores de las sociedades anónimas, mediante el derecho de reserva de derechos especiales de contenido económico, y es garante de la autonomía de la voluntad. Los fundadores de sociedades anónimas son libres “para incluir todos los pactos y condiciones que juzguen conveniente, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido” (art.º 28).

Los antecedentes histórico – jurídicos de éstos pilares del derecho de empresas los encontramos en la Roma republicana y clásica. En efecto, los pretores y la jurisprudencia, con base en la *Aequitas* (GAYO, Inst. IV, 71. D. 14, 1, 3. D. 14, 3, 11, 5)) y en la *Utilitas* (D. 14, 4, 1), quisieron dar seguridad jurídica y económica a los agentes implicados en el mundo de los negocios. Los dueños e inversores (socios capitalistas) de las empresas del imperio arriesgaban, frecuentemente, su capital en el juego y el azar del comercio, y debían conocer, de antemano, cuáles eran sus privilegios (D. 14, 4, 1) y cuáles eran sus obligaciones frente a los proveedores. En aquel teatro, de la inestabilidad y el peligro, propio de las relaciones del comercio, también los clientes querían tener certeza y seguridad sobre el alcance de la responsabilidad civil por los contratos que hubiesen realizados con los empresarios – dueños, con los directivos y con los factores del comercio - *institores* -. El modo de vigilar, (D. 15, 1, 21) quejarse (D. 15, 1, 11, 8) y conseguir lo suyo (D. 15, 1, 21).

A tenor de estas circunstancias, la limitación, la graduación y el alcance de la responsabilidad civil empresarial frente a los terceros fueron los ejes más importantes del sistema comercial y empresarial romano: “*ceterum dubium non est, quin et is, qui iussu patris dominive contraxit cuique exercitoria vel institoria formula competit, de peculio aut in de rem verso agere possit. Sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum, cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satisfieri, vel id quod persequitur in rem patris dominive versum esse*”, “por lo demás, no hay duda de que aquel que hizo el negocio con autorización del padre o del dueño y que le compete la fórmula *Exercitoria* o la *Institoria*, pueda ejercitar la acción por el *Peculio* y por los beneficios - *In rem Verso* -. Pero nadie será tan tonto que pudiendo conseguir alguna de aquellas acciones, exentas de duda, y que no están sujetas a límites, se meta en la dificultad de tener que probar que

aquel con el que hizo el negocio tiene un peculio y que con éste puede satisfacer su crédito, o que lo que persigue ha enriquecido al padre o al dueño”, (GAYO, Inst. IV, 74. Y en la misma dirección, ULPiano, Libro XXVIII ad Edictum, D. 14, 3, 1. D. 14, 4, 1).

Al albor de la preciosa información, que nos transmite GAYO, podemos afirmar que la responsabilidad civil limitada y la graduación y el alcance de la responsabilidad son dos legados jurídicos del derecho de empresas, que hemos heredado de la civilización romana. Ambos son los cimientos de los pilares maestros de nuestro derecho comercial y del moderno capitalismo:

- La protección del capital privado, mediante la creación de empresas de responsabilidad limitada e ilimitada, es una creación romana (DI PORTO, 1997: 423 – 424. SUÁREZ, 2001: 40 – 77. SERRAO, 2002, CERAMI – PETRUCCI, 2002: 43 - 66).
- Como veremos a continuación, el dueño del capital y los socios accionistas de las empresas del imperio de Roma decidían con libertad, mediante la libre autonomía de su voluntad, el consentimiento, el conocimiento, y la autorización expresa, o presunta - mediante paciencia, sin oposición - (D. 14, 1, 1. D. 14, 1, 1, 12. D.14, 3, 1. D. 14, 4, 1. D. 15, 1, 1) – positiva, y negativa: *IUSSU*, (D. 14, 3, 1. D. 15, 1, 27) *PRAEPOSITIO* (D. 14, 1, 1) *IMPOSITIO* (D. 14, 1, 1. D. 14, 1, 1, 3) *PROSCRIBERE* (D. 14, 3, 11, 2. D. 14, 3, 11, 3), *SCIENTIA* (D. 14, 4, 1, 3. D. 15, 1, 27) *VOLUNTAS* (D. 14, 1, 1, 9. D. 14, 4, 1, 3), *NEQUE VOLUNTAS NEQUE CONSENSUS* (GAYO, Inst. 4, 2) *PATIENTIA* (D. 14, 4, 1, 3) *CONSTITUERE PECULIUM* (D. 15, 1, 3, 3. D. 15, 1, 4. D. 15, 1, 6. D. 15, 1, 7, 3. D. 15, 1, 16) *PERMISSUS* (D. 15, 1, 5, 4) *LIBERAE ADMINISTRATIONIS PECULII* (D. 15, 1, 7, 1. D. 15, 1, 16. D. 15, 24) *IGNORANTIA* (D. 14, 1, 1, 5. D. 14, 1, 6) *ADIMO PECULII* (D. 15, 1, 40) - (presupuestos jurídicos previos que determinan el alcance de la responsabilidad civil del derecho civil de las empresas, del comercio y de los negocios en Roma, D. 15, 3, 5, 2) qué parte de su patrimonio querían poner en el riesgo de los negocios y qué parte de su capital privado querían mantener fuera del azar y del alcance de la responsabilidad civil del comercio.
- El Derecho Romano protegía y premiaba estas decisiones con diversos privilegios, establecía los mecanismos para llevarlo a cabo, y definía el alcance y la cuantía de la responsabilidad civil de los empresarios – dueños (D.15, 1, 27).

Al socaire de estas afirmaciones, se debe tener en cuenta que los juristas clásicos se esforzaron en ayudar a las personas implicadas en el mundo del comercio. En sus escritos y respuestas, aquéllos asesoraron a los agentes implicados en la vida de las empresas y del comercio (padres de familia, dueños, dueñas de empresas y de sociedades mercantiles que explotaban diversas mercancías y operaban en los mercados interconectados del imperio, clientes, proveedores, etc.) sobre la conveniencia, el modo de elegir (GAYO, Inst. 4, 74. D. 14, 4, 11. D. 14, 1, 1, 17. D. 14, 4, 7, 1. D. 14, 4, 9, 1. D. 15, 3, 5, 2) y proceder, en cada momento, con las diversas acciones procesales, que ofrecía

el Edicto del Pretor, tuitivas de las relaciones jurídicas del comercio y de la empresa (terrestre y marítima). Mediante estas acciones, si los empresarios – dueños exigen y protegen sus privilegios capitalistas, los clientes y proveedores, como contrapartida al riesgo financiero que corren en la realización de los contratos y los negocios, exigen también el mayor alcance y cuantía de responsabilidad civil personal de aquéllos en su favor (GAYO Inst. 4, 74). Pero frente a estas justas exigencias de los clientes, que demandan seguridad jurídica y responsabilidad patrimonial, en los supuestos de suspensión de pagos de las empresas, PAULO advertía de la fortaleza jurídica que otorgaba el derecho pretorio de Roma a los privilegios civiles y mercantiles de los que gozaba el empresario-dueño, pues, al fin y al cabo, era él quien arriesgaba su dinero:

*“Respondi: nullum privilegium praeponi patri vel domino potest, quum ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur”* “respondí, que ningún privilegio puede anteponerse al padre, o al dueño cuando son demandados con la acción de Peculio”, (D. 15, 1, 52).

## RESPONSABILIDAD CIVIL LIMITADA

Este alcance o medida de responsabilidad privilegiada (D. 14, 4, 1) fue creada por el pretor para proteger el patrimonio privado oculto de los empresarios – dueños de las empresas comerciales peculiares de responsabilidad limitada. Estas empresas eran constituidas por un empresario – dueño, o por varios socios dueños, mediante la constitución y entrega de un peculio comercial a su directivo esclavo, o a un hijo o hija (directivos), que se encontraban bajo potestad, (ZWALVE, 1992, 116 – 127. DI PORTO, 1997: 423 – 424, SUÁREZ, 2001: 40 – 77). El peculio se compone de capital destinado al ejercicio de empresa y del comercio. El peculio, como entidad jurídica autónoma empresarial, equivale al capital social de nuestras sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. En este tipo de empresas, los dueños no tenían por qué conocer todos los negocios que realizan sus directivos con terceros. El motivo de esta circunstancia se encuentra en la posibilidad de que el directivo – esclavo, que se encuentra bajo potestad, goce de la libre administración de un peculio comercial, y negocie, en el nombre de éste, con los proveedores y clientes. Todas las relaciones jurídicas, los incrementos y las disminuciones de beneficios son imputados por el directivo en el capital de la empresa peculiar (DI PORTO, 1997: 422). El capital comercial peculiar nace, crece, decrece y muere (D. 15, 1, 40. D. 15, 1, 40, 1). Su vida es similar a la del hombre (D. 15, 1, 40, 1), y es gestionada por órganos directivos que se encuentran bajo la potestad del dueño, o de los socios dueños (D. 15, 1, 1, 2 - 6. SUÁREZ: 2010: 40 - 77). El funcionamiento de la vida de la empresa peculiar es autónoma e independiente de la voluntad del empresario – dueño (inversor capitalista) que constituyó la empresa, (ZWALVE, 1992: 122. SUÁREZ, 2001: 40 – 77).

Empero, estas circunstancias, el jurista GAYO, activo en el gobierno de ANTONINO PÍO, dice que aunque el negocio se hubiese hecho sin intervención de la voluntad, ni conocimiento del padre o del dueño de la empresa, se da acción judicial (Inst. GAYO, Inst. 4, 72). Por este motivo, los pretores y la jurisprudencia desarrollaron fórmulas procesales que incorporaban cláusulas de responsabilidad civil limitada: a) *“QUAETENUS IN REM EIUS VERSUM FUERIT”* (condena a la cuantía de beneficios empresariales obtenidos por el dueño de la empresa), b) *DUMTAXAT DE PECULIO*, condena al capital neto de la empresa peculiar (D. 15, 1, 5, 1. D.15, 1, 27, 8).

1) Si el cliente negocia con el directivo-siervo (*Servus ordinario*, D. 17, 2, 49) - en el nombre del peculio (D. 15, 1, 43. D. 15, 1, 56), empresa peculiar comercial, puede ejercitar la *ACTIO DE PECULIO* frente a ésta - *qua in peculium ageretur* - (GAYO Inst. 4, 69). Mediante la acción, el cliente puede conseguir la ocupación total del peculio comercial y empresarial (*in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur in quo et merces continentur*) (D. 14, 4, 11). La responsabilidad civil es limitada - *DUMTAXAT DE PECULIO* - (D. 14, 4, 1. D. 15, 1, 44) y no alcanza a los beneficios de la empresa que hayan revertido en el patrimonio privado del dueño. Para evitar este problema, la acción va unida a la formula procesal *In Rem Verso*: se hace primero la estimación de los beneficios que hayan revertido en el dueño, y, posteriormente, el juez, atendiendo a lo que el dueño de la empresa o el directivo hubiesen hecho para constituir el peculio (D. 15, 1, 4) cuantifica el capital de la empresa peculiar deducido lo que la empresa debe a su dueño, al padre, o al directivo bajo potestad, si éste dirige y gestiona una empresa ordinaria colectiva, es decir, una empresa matriz de la que dependan varias empresas filiales vicarias (D. 14, 4, 1, 2. D. 15, 1, 11, 7). El resultado de la estimación es la cantidad o cuantía del capital sujeto a responsabilidad civil frente a terceros y es el objeto de la acción (D. 14, 4, 1. D. 15, 1, 4). Por otra parte, se debe subrayar, al albor de la información de los juristas GAYO y PAULO, que, en este proceso, la mejor condición jurídica es la de aquel cliente - acreedor que, mediante sentencia judicial, logre ocupar primero la empresa comercial peculiar: “*non enim haec actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, sed aequalem conditionem quandoque agentium*” (D. 14, 4, 6. D. 15, 3, 4).

2) Si fruto del éxito del proceso judicial, el cliente sólo consigue hacer efectiva parte su deuda - responsabilidad limitada de la empresa peculiar-, puede exigir al empresario - dueño una garantía o caución del futuro enriquecimiento del peculio comercial de responsabilidad limitada, *CAUTIO DE FUTURO INCREMENTO PECULII* (D. 15, 1, 47, 2). En este supuesto, el cliente-acreedor debe esperar, e intentar posteriormente, es decir, una vez enriquecida la empresa, conseguir el resto de su crédito mediante una *ACTIO DE PECULIO DE RESIDUO* (D. 15, 1, 30, 4).

3) Si el cliente negocia con el directivo que dirige el peculio comercial, siervo o hijo etc., en el nombre del peculio, puede demandar al dueño por los beneficios obtenidos por el ejercicio de la gestión y de la explotación de su empresa comercial peculiar - *ACTIO DE IN REM VERSO* (D. 14, 1, 6) - . La responsabilidad civil es limitada - *non in solidum tamen* (D. 15, 3, 1) - pues ésta sólo comprende las plusvalías empresariales peculiares que hubiesen revertido en el beneficio privado del dueño - *In Rem Verso* -: “*boc autem toties verum est, quoties servus rem domini gerens locupletiore eum facit numis peculiaribus*” (mas esto es verdad siempre y cuando el esclavo, gestionando negocios del señor, hace más rico a éste con “dinero del peculio”, D. 15, 3, 10, 4). Si los dueños son varios socios, los beneficios constituyen una parte, o cuota proporcional, (*pars*). En este supuesto, la acción será “*in rem verso pro parte*” (D. 15, 3, 10, 4).

a. Por otra parte, el caso número 1 (*Acción de Peculio*) y éste (*In Rem Verso*) caminan unidos en el proceso civil. Una demanda, una fórmula, pero dos acciones unidas; un procedimiento, sin embargo, dos sentencias. La fórmula comprendía dos acciones copulativas - *De Peculio et In Rem Verso* -

(GAYO Inst. 4, 74<sup>a</sup>) y finalizaba con dos condenas diferentes (Gayo Inst. 4, 72<sup>a</sup>. JUSTINIANO Inst. 4, 7, 4):

a.1 la primera sentencia - *In Rem Verso* - pues primero, el juez siempre investigaba si existían la totalidad de esos beneficios, y si habían enriquecido al dueño o dueños de la empresa, - implicaba una gran dificultad probatoria para los clientes de la empresa -.

a.2 y, en caso negativo, como segundo paso, el juez dictaba la segunda condena, - sentencia “*cum taxatione*” - sobre el capital neto de la empresa comercial peculiar; es decir, el *iudex* pasaba a la estimación del patrimonio neto de la empresa peculiar (también implicaba graves dificultades probatorias, pues, a menudo, el cliente - acreedor era quien tenía que sacar a la luz la existencia de la empresa peculiar y, además, que ésta tenía capital neto suficiente para pagar las deudas (GAYO Inst. 4, 74).

4) La responsabilidad patrimonial se extiende a los grupos de empresas – matrices y filiales -. La especial naturaleza del peculio empresarial comercial, como ente autónomo, permitía que los directivos – esclavos gestionasen un grupo horizontal de empresas peculiares comerciales (la empresa peculiar madre albergaba en su seno – capital peculiar matriz - a otras empresas vicarias, D. 15, 1, 7, 4). En otras ocasiones, los directivos – esclavos, en el nombre de sus empresarios – dueños (D. 15, 1, 16) dirigen un holding o grupo de empresas unidas y dependientes, en sentido vertical, de una empresa matriz, que las nutre (D: 15, ,1 17). El holding de empresas comerciales peculiares se constituía por los directivos – esclavos mediante una empresa matriz de la que podían depender exteriormente otras empresas filiales vicarias. Estas empresas filiales vicarias hacían las veces de la empresa matriz y eran administradas por directivos-esclavos vicarios (CIL. XXV, 263). La creación de estos grupos de empresas permitía limitar la responsabilidad civil patrimonial de del empresario – dueño y de los socios dueños, pues cada empresa gozaba de limitación de responsabilidad civil frente a terceros. El holding de empresas permitía, además, diversificar el capital – riesgo, pues la quiebra de una empresa filial vicaria no alcanzaba al resto de las empresas filiales, ni a la empresa matriz del holding. Sólo el supuesto de quiebra de la empresa matriz hacía entrar en suspensión de pagos al resto de las empresas vicarias filiales, dependientes de aquella (D. 15, 1, 1, 17).

Si el cliente negocia con un directivo de una empresa filial vicaria que pertenece y depende verticalmente de una empresa matriz peculiar ordinaria puede conseguir mediante la Acción de *Peculio Vicario* (*ACTIO DE PECULI VICARI*, D. 14, 3, 12) el importe de su deuda. Pero la responsabilidad civil de la empresa filial vicaria está limitada a la cuantía de capital neto que posea el peculio comercial filial (*ID VERO QUOD IPSI VICARII DEBENT, DUNTAXAT IPSORUM DE PECULIO* D. 15, 1, 17). Este capital estará sujeto a deducciones previas. En primer lugar, se deberán computar y satisfacer las deudas que la empresa filial peculiar vicaria deba satisfacer al dueño del grupo de empresas, y, posteriormente, deducir y satisfacer las deudas contraídas con la empresa matriz ordinaria (D. 15, 1, 17). El resto del capital neto de la empresa filial responde frente a los clientes de la empresa. Es un supuesto de doble privilegio y de doble responsabilidad limitada del grupo de empresas (empresa matriz – empresa filial) que beneficia al dueño de éstas.

5) Si el cliente ha negociado con un directivo de una empresa delegada filial vicaria de otra filial vicaria (que es, a su vez, delegada y se nutre de una empresa matriz peculiar ordinaria) en quiebra o suspensión de pagos, el cliente puede ejercitar la “Acción de Peculio Vicario de Vicario” (*ACTIO DE PECULIO VICARIO VICARI*) ocupar la empresa filial y exigir el montante de su deuda. El alcance de la responsabilidad civil patrimonial de la empresa es de naturaleza limitada (*DUNTAXAT DE PECULIO VICARIO VICARI*). El capital neto de la empresa peculiar filial de filial se computa deduciendo los débitos de la empresa filial de filial a la empresa filial de la que depende y, si los hubiese, los débitos con la empresa matriz. Es un supuesto de triple privilegio y de triple responsabilidad limitada del dueño del grupo vertical de empresas.

6) Si el cliente ha ejercitado la acción de empresa peculiar filial puede intentar la Acción de *Peculio* frente a la empresa matriz ordinaria, (D. 15, 1 19: *sed si actum sit de peculio vicarij, agi poterit et de peculio ordinarij*). Sin embargo, si el tercero-acreedor ejercita primero la acción de *Peculio* frente a la empresa ordinaria no puede ejercitar posteriormente la acción frente a la empresa filial delegada, pues en el capital peculiar de la empresa matriz se comprenden las empresas filiales, no viceversa, (D. 15, 1, 17). En ambos casos, el dueño del grupo vertical de empresas peculiares, el directivo ordinario de la empresa madre y el directivo-manager de la empresa filial tienen un derecho de deducción preferente sobre el resto de las empresas peculiares comerciales delegadas.

7) El cliente de los supuestos 4 y 5 ejercita siempre junto a la Acción de empresa peculiar filial, o la acción de empresa peculiar comercial filial de filial, una acción *In Rem Verso* frente al dueño o dueños (supuestos de sociedad) del grupo de empresas verticales (matriz-ordinarias y vicarias-filiales) por las ganancias obtenidas de la explotación de su empresa ordinaria y filiales vicarias y que hayan revertido en el patrimonio de aquéllos (D. 15, 1, 4, 6).

8) El cliente puede ejercitar la *Actio In Rem Verso – servus ordinario* – es decir, frente al esclavo ordinario directivo de la empresa peculiar matriz si ha negociado con un directivo de una empresa filial vicaria que se nutre de la empresa matriz. Del mismo modo, el proveedor puede ejercitar la *Actio de In Rem Verso* frente al directivo vicario – *servus vicario* - de una empresa delegada vicaria si ha negociado con un directivo de una empresa filial que es filial de aquélla – *servus vicari vicario* – (D. 15, 3, 17, 1).

9) En otras ocasiones, el dueño de una mercancía peculiar tiene conocimiento que su directivo esclavo ha negociado con un tercero (D. 14, 4, 1, 2. D. 14. 4, 1, 3): En el supuesto de quiebra de la *merx peculiaris*, aquél puede participar y dirigir como un acreedor extraño (D.14, 4, 1), en concurrencia con otros acreedores, el concurso mercantil de acreedores – *VOCATIO IN TRIBUTUM* -. La dirección comprende la división y la adjudicación proporcional de las cuotas a los partícipes, en el nombre de la *merx peculiaris*, para satisfacer sus créditos.

10) De igual forma, si los proveedores o clientes negocian con el directivo, siervo o hijo, en el nombre de la mercancía peculiar, con conocimiento del dueño, y éste no protestó o no contradujo estas relaciones comerciales (D.14, 4, 1, 3) pueden participar en el concurso mercantil de acreedores,

y exigir cauciones de crédito proporcionales “*cautiones tributarias pro rata*” (D. 14, 4, 5, 19) realizables mediante acciones personales. El alcance de las acciones de crédito son limitadas, es decir, sólo comprenden el montante económico de la mercancía peculiar (*merx peculiaris*, *IN TRIBUTUM DUNTAXAT VOCANTUR*, D. 14, 1, 1, 20) – y los beneficios que se hayan obtenido de la gestión comercial de aquélla, siempre que haya sido realizada por los directivos o los factores comerciales de la empresa que la albergaba (D. 14, 4, 5, 11. D. 14, 4, 11). A diferencia de la acción sobre el peculio comercial, todos los acreedores – clientes de la *merx peculiaris*, incluido el dueño, tienen la misma condición – “*aequalem conditionem quandoque agentium*” (privilegio del empresario-dueño) (D. 14, 4, 6) -. En los supuestos número 4 y 5, la responsabilidad civil es limitada a la cuantía de la mercancía peculiar - *merx peculiaris* – y sus plusvalías.

11) Si el directivo vicario de una empresa filial hubiese negociado mercancía de su peculio con uno o una pluralidad de clientes (*si vicarius servi mei mei negotietur*, D. 14, 4, 5, 1) y estas negociaciones hubiesen sido realizadas con el conocimiento (*si quidem me sciente*, D. 14, 4, 5, 1) expreso o presunto (D. 14, 4, 1, 3) del dueño del grupo de empresas verticales, los clientes – acreedores pueden exigir, en vía jurisdiccional, el concurso sobre la *merx peculiaris* de la empresa filial – *Vocatio in Tributum* -, (*tributoria tenebor*, D. 14, 4, 5, 19).

12) Si algún cliente o concursante acreedor es defraudado dolosamente por el dueño – socios dueños, árbitro - durante el inicio, el desarrollo y la finalización del concurso de acreedores sobre la *merx peculiaris*, - por quiebra de la mercancía peculiar-, o es lesionado en el cálculo y adjudicación de su cuota o “*pars condicio creditorum*” puede exigir una caución procesal *pro cuota tributaria*, - *CAUTIO TRIBUTORIA PRO RATA* - sobre la *merx peculiaris* y los beneficios obtenidos con la negociación de ésta (D. 14, 4, 5, 19). Además, el cliente tiene derecho a ejercitar una *ACTIO TRIBUTORIA*: “*et si creditores querantur minus sibi distributum, quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae ut diximus, tributoria vocatur*” por el importe que falte para suplir su cuota proporcional del crédito - *pars condicio creditorum* – (GAYO Inst. 4, 72), importe que se calcula del valor de la masa y plusvalías de la *merx peculiaris* en quiebra: “*si creditores querantur minus sibi distributum, quam oporteret, in quod deest*” (GAYO Inst. 4, 72. D. 14, 4, 12). El alcance de la responsabilidad civil de la *TRIBUTORIA* no puede sobrepasar el montante total del valor de mercado de la *merx peculiaris* quebrada o de los beneficios y plusvalías obtenidos por los directivos esclavos e hijos en su negociación - *in nomen merx peculiaris* - con terceros. Éste constituyó otro gran privilegio jurídico y económico de los empresarios-dueños, de los negociantes y de los comerciantes (D. 14, 4, 1, 1) del Imperio romano clásico.

## RESPONSABILIDAD CIVIL ILIMITADA

Desde finales de la República, los padres de familia, los socios capitalistas, los dueños de los esclavos y de las esclavas crearon muchas empresas de responsabilidad ilimitada en Italia y las provincias del Imperio. Los dueños desarrollaron múltiples negocios en sus mercados globalizados, interconectados e interdependientes. Las empresas terrestres y marítimas de responsabilidad ilimitada se explotaban mediante personas interpuestas, que eran nombradas por los padres de familia y por los dueños (*Iussu, Praepositio et Impositio*). Los directivos-managers estaban bajo patria potestad ajena, hijos, hijas, esclavas y esclavos, y a lo largo de la época clásica, hombres libres-. En este sentido, en los Comentarios al Edicto del Pretor, ULPiano dice que: “*ordinarium Praetor arbitratus est, prius eos contractus exponere eorum, qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem*” (juzgó en el orden

el Pretor exponer primero los contratos de los que están sujetos a una potestad ajena, que dan acción sin limitaciones D.15, 1, 1). En numerosas ocasiones, el dueño de la empresa tenía conocimiento, aceptaba y prestaba libremente su consentimiento o la voluntad a todas las operaciones y los negocios que sus directivos, bajo potestad, realizaban con terceros. Éste es el principio jurídico que dio origen, a través de la labor procesal de los pretores y de la actividad jurisprudencial, al nacimiento de la responsabilidad civil ilimitada del empresario y de la empresa frente a terceros: “*cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actione dari*”, (pues como ese negocio parece que se ha hecho con la voluntad del padre o del dueño, se estimó muy equitativo que se diera contra aquellos una acción sin limitaciones GAYO Inst. 4, 71). Los empresarios generaban ganancias mediante personas interpuestas – directivos puestos al frente de los negocios y las empresas, (*servi negotiatores*, D. 14, 1. D. 14, 3, *institores*, D. 14, 3, 1, *exercitores*, *magister navis* D. 14, 1, 1, etc.) - . Los clientes de las empresas, por razones obvias de equidad, podían demandar a los dueños por las obligaciones contraídas mediante sus directivos sujetos a potestad (D. 15, 1, 1, 2 – 6). Los negocios son beneficios y pérdidas (D. 14, 3, 1). Ese es el juego del riesgo, del peligro y del azar, que van de la mano del comercio y de la gestión de empresas. La buena fe y la equidad debían ser protegidas: los acreedores y los clientes tenían acciones civiles y pretorias para exigir el total de sus deudas tanto al capital de la empresa como al patrimonio privado separado y oculto de su dueño.

En esta dirección se posiciona GAYO, Inst. 4, 70: “*in primis itaque si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit, et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur*” (en primer lugar, pues, cuando el negocio se hizo con autorización del padre o del dueño, el pretor proporciona una acción sin limitaciones contra el padre o el dueño. Es justo, porque el que hace un el negocio en estas condiciones lo hace por fiarse más del padre o del dueño que del hijo o del esclavo).

El jurista antonino trata del alcance de la responsabilidad civil mediante el ejercicio de las acciones de los negocios y de la empresa. El jurista advierte a los clientes de las empresas que deben ser cautos y elegir bien el tipo de acción que desean ejercer, pues es diferente el grado de responsabilidad que pueden exigir al empresario: “*sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum esse consequi possit*”, (pero nadie será tan tonto que, pudiendo conseguir sin duda ni limitaciones todo lo que se le debe por medio de una de aquellas acciones, GAYO Inst. 4, 74).

Las acciones de empresa de responsabilidad ilimitada se caracterizan no por ser acciones “*in factum*”, o “*adyecticias*”, sino porque son acciones “*QUAE IPSA FORMULA IN SOLIDUM EST*”; como se deduce de la naturaleza jurídica de la fórmula procesal, estas acciones señalan una medida de responsabilidad civil del empresario – dueño frente a sus proveedores y clientes (D. 14, 1. D. 14, 3):

- 1 Si el directivo del comercio - *Institor* -, siervo o hijo, negocia en el nombre del dueño de una empresa terrestre (*Praepositio*) con un cliente, éste puede ejercitar la *ACTIO INSTITORIA* de responsabilidad civil ilimitada D. 14, 3, 1. La responsabilidad civil se extiende tanto al patrimonio de la empresa terrestre - *Taberna Instructa*, *Officina* etc. - como al patrimonio privado del empresario-dueño D.14, 3, 1. D. 15, 1, 1, 1 (*actionem in patrem dominumve*, GAYO Inst. 4, 70).



- 2 Si el *Magister Navis*, directivo, siervo o hijo, negocia en el nombre – *Imposito Navis, Praepositio* - del dueño – socios dueños (*Exercitores*) - de una empresa marítima con un cliente, éste puede ejercitar una *ACTIO EXERCITORIA – IN EXERCITOREM*, D. 14, 1, 1, 2 - de responsabilidad civil ilimitada (D. 14, 1, 15). La acción persigue y puede alcanzar tanto al patrimonio privado del armador – *Exercitor* - como al patrimonio de su empresa marítima - buque *Nave Instructa*, (GAYO Inst. 4, 71) -.

## CONCLUSIONES

El derecho clásico de Roma forjó los pilares jurídicos y económicos del derecho mercantil y de empresas que han llegado a nuestro mundo actual. Desde finales de la República, los pretores y la jurisprudencia comprendieron muy bien que había que premiar, privilegiar y proteger al empresario – dueño, o a los socios - dueños que deseaban arriesgar su dinero en el mundo de las empresas y de los negocios. La labor jurisdiccional de los pretores y la actividad casuística de la jurisprudencia clásica pretendieron crear un nuevo marco jurídico, para las relaciones de la empresa, el comercio y los negocios, que aportara seguridad jurídica al tráfico jurídico mercantil y a los agentes (empresarios y clientes) de las distintas nacionalidades del imperio. En los tres primeros siglos después de Cristo, la gestión comercial de las empresas y de las mercancías peculiares se apoyó en cimientos jurídicos muy sólidos (D.15, 1, “DE PECULIO”. ZWALVE, 1992: 116 - 127 DI PORTO, 1997: 413 – 452. SUÁREZ, 2001:1-167. SERRAO, 2002: 1 - 46). Pilares que, todavía hoy, sujetan y conforman el “edificio del ordenamiento jurídico mercantil y comercial”:

- La limitación de la responsabilidad jurídica del empresario – dueño o de los socios dueños, y de otros inversores, socios privados, de la compañía mercantil (D. 15, 1, 4, 6).
- La limitación de la responsabilidad jurídica del directivo que se encontraba bajo la potestad del dueño, o de los socios dueños de la empresa peculiar comercial (D. 15, 1, 4, 6).
- La limitación de la responsabilidad jurídica del capital de la empresa peculiar (matriz y filial) frente a terceros: proveedores y clientes (D. 14, 4, 11).
- La creación de las acciones del comercio y de la empresa, que fijaron la imputación y la cuantía de la responsabilidad del empresario – dueño, limitada e ilimitada- frente a terceros, proveedores y clientes.
- La seguridad procesal que otorga el derecho romano al empresario – dueño en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos, por insolvencia, mediante mecanismos jurídico – procesales que vigila el juez, y que apuntalan la limitación y graduación de

la responsabilidad patrimonial de aquéllos (D. 14, 4, 6, 2. GAYO Inst. 4, 74. D. 15, 1, 17. D. 15, 1, 4, 6).

## REFERENCIAS

INSTITUCIONES DE GAYO.

DIGESTO.

CERAMI P, PETRUCCI A. (2002). *Lezioni di diritto commerciale romano*. Torino. G. Giappicheli Editore.

DAZA MARTÍNEZ – RODRÍGUEZ ENNES L. (2009). *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch

DI PORTO A. (1985). *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*. Milán. Giuffrè`editore.

DI PORTO A. (1997). NOZIONE FORMAZIONE E INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO DALL'ETÀ ROMANA ALLE ESPERIEZE MODERNE. RICERCHE DEDICATE AL PROFESSOR FILIPPO GALLO, n. 3. Nápoles. Jovene Editore.

SERRAO F. (2002). *Impresa e Responsabilità a Roma nell'età Commerciale*. Pisa. Pacini Editore.

SUÁREZ G. (2001). *Dirección y administración de empresas en Roma*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo.

SUÁREZ G. (2002). *Dirección y administración de empresas II: Actividad aseguradora mutua de empresas terrestres y marítimas*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo.

SUÁREZ G. (2006). *Management, corrupción de directivos y robótica en las empresas del imperio romano*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Vigo.

SUÁREZ G. (2010). El peculio como ente jurídico autónomo y matriz de la merx peculiaris. *Revista de Estudios Históricos Jurídicos*, n. 32, Ediciones de la Universidad Católica de Valparaíso.

SUÁREZ G. (2010). Efectos jurídicos de la comunicación empresa – cliente en el Derecho Romano clásico. *Revista Jurídica online de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, n. 28.

ZWALVE W (1992). CALLISTUS' S CASE. SOME LEGAL ASPECTS OF ROMAN BUSINESS ACTIVITIES. London. *Journal of Roman Studies*.



# INTERPRETACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL<sup>1</sup>

**Manuel Segura Ortega**

*Profesor Titular de Universidad, Universidad de Santiago de Compostela (ESPAÑA)*  
*manuel.segura@usc.es*

## Resumen

Este trabajo pretende describir el trabajo cotidiano de los jueces cuando interpretan y aplican el Derecho. Se parte de la idea de la indeterminación y vaguedad del lenguaje jurídico que determina un amplio margen de libertad en la actuación judicial. De todos modos se insiste en el importante papel que desempeña la justificación como criterio de legitimación en relación con el contenido de las decisiones judiciales. Por último, se examina cuál es la responsabilidad real que tienen los jueces en el ejercicio de sus funciones

**Palabras Clave:** Justificación, opinión judicial, interpretación.

En los sistemas democráticos actuales la actividad judicial se desarrolla conforme a unos criterios bien conocidos. La separación de poderes, la sujeción a la ley y la independencia judicial constituyen algunos de los principios básicos que inspiran -o deben inspirar- la actuación de los jueces. En los sistemas de Derecho continental se reconoce que los jueces aplican las normas del ordenamiento jurídico que han sido creadas por el poder legislativo. En principio, por tanto, los jueces no pueden crear Derecho y su tarea se limita a aplicar una serie de normas que les vienen impuestas desde una instancia externa. Lo que deben hacer es comprender el sentido y significado de tales normas y trasladar sus consecuencias y efectos a los casos concretos que se les presenten. Ahora bien, esta labor de individualización de normas generales y abstractas que se materializa a través de la actividad interpretativa no implica -o, al menos, no solamente- la realización de meras operaciones lógicas. De ahí que pueda afirmarse que los jueces son los que, en algún sentido completan y ultiman la obra del legislador a través de su actividad decisoria. Ello quiere decir que la función principal de la judicatura es la de determinar el significado, sentido y alcance de todos los enunciados jurídicos. Si partimos de la idea -desde hace tiempo ampliamente compartida- de la indeterminación y vaguedad del lenguaje jurídico parece que el papel de los jueces ha adquirido una mayor relevancia.

No sería exagerado afirmar que la conexión entre las normas y las decisiones se ha debilitado considerablemente en los últimos tiempos. Ello es una consecuencia de la estructura y contenido de los ordenamientos jurídicos democráticos que intencionadamente se redactan de modo tal que siempre son posibles diferentes interpretaciones. El efecto que provoca esta indeterminación

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02 financiado por el MICINN titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.

intencional por parte del legislador es un acrecentamiento del poder de los jueces que los convierte en auténticos protagonistas. En este sentido se ha dicho que “la creciente ampliación de las atribuciones legislativas y la cantidad cada vez mayor de leyes han dado lugar a dos características que son típicas de los parlamentos occidentales: el exceso de legislación y el oportunismo y ambigüedad de sus disposiciones. A menudo las leyes están redactadas en términos vagos, lo cual permite interpretarlas y aplicarlas con criterio político. Esto sucede de una manera muy especial con los textos constitucionales que habitualmente representan el resultado de un compromiso entre diferentes posturas ideológicas. Las Constituciones son flexibles e incorporan principios y valores que pueden realizarse de modos diferentes y por eso “no son documentos axiológicamente homogéneos y unitarios sino que su contenido es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios”. Si esto sucede con los textos constitucionales algo parecido ocurre con las leyes ordinarias. También las normas aprobadas por el Parlamento suelen ser fruto de un cierto consenso entre ideologías diferentes y por eso se redactan de un modo abierto y flexible posibilitando que puedan ser comprendidas -y aplicadas- de forma diferente.

De cualquier modo, la vinculación de los jueces a la ley sigue siendo un principio fundamental de los ordenamientos jurídicos actuales lo que significa que todas las decisiones representan siempre la aplicación de normas que, en algún sentido, inciden en el contenido de las resoluciones. Si nos fijamos en la praxis judicial resulta muy difícil encontrar fallos judiciales que carezcan de fundamentación normativa. Ello constituye una garantía de seguridad para los ciudadanos cuya finalidad es la de eliminar la arbitrariedad en la actuación de los jueces y, en general, de todos los órganos del Estado. Pero aunque el principio del sometimiento de los jueces a la ley sigue teniendo plena vigencia lo cierto es que su realización a través de la interpretación y aplicación judicial del Derecho queda en ocasiones un tanto desfigurado. Ello es así no porque los jueces desarrollen funciones y competencias que no les corresponden, sino porque es el propio sistema jurídico el que les concede un amplio margen de libertad en su actuación. Esta situación afecta al propio concepto de seguridad jurídica entendida como la posibilidad de prever cuál será el contenido de las decisiones judiciales. Como ya señalaban los realistas americanos parece que el elemento de la incertidumbre está cada vez más presente en el proceso de aplicación del Derecho y esto sucede no solamente en los llamados casos difíciles sino, en general en la mayoría de las controversias jurídicas. Con ello la idea que se pretende defender es que las resoluciones judiciales, con carácter general, son una consecuencia de la estructura de los sistemas jurídicos actuales de manera que ciertas críticas que suelen dirigirse a la judicatura carecen de justificación. Desde este punto de vista no parece que los jueces hagan otra cosa que aquello que está expresamente autorizado por las normas del ordenamiento jurídico. Por esta razón no creo que el trabajo de los jueces haya desembocado en el llamado activismo judicial que vendría a justificar cualquier tipo de actuación.

La interpretación puede definirse como una operación intelectual en virtud de la cual se atribuye un determinado significado a las normas jurídicas. La interpretación puede ser realizada por muy diferentes sujetos y también con finalidades distintas. La interpretación que aquí nos interesa es la que realizan los órganos judiciales cuya peculiaridad se encuentra -entre otras cosas- en que la actividad interpretativa se desarrolla con la intención de aplicar normas a casos concretos o, lo que es lo mismo, con la intención de tomar decisiones. Ya sabemos que puede haber interpretación sin aplicación; sin embargo, no es posible la aplicación del Derecho si previamente no hay una labor interpretativa. Naturalmente la interpretación puede ser más o menos compleja pero, en cualquier caso, siempre es necesaria. Creo que en la actualidad nadie defiende la idea de que la interpretación

afecta solamente a un tipo de normas -las que son oscuras, confusas o complejas- sino que, por el contrario, se afirma que todas las normas -absolutamente todas- deben ser interpretadas. El viejo tópico *in claris non fit interpretatio* ha dejado de ser operativo y parece que nadie sostiene que haya normas que sean absolutamente claras o, en todo caso, que normas aparentemente claras y sencillas también necesitan de una cierta actividad interpretativa.

Cuando se dice que la interpretación judicial se dirige a tomar decisiones lo que se está presuponiendo es que los jueces tienen que *elegir* necesariamente entre diferentes alternativas de conducta. El centro de gravedad de la actuación judicial gira en torno al problema de cuál de entre todas las posibles opciones interpretativas será la que finalmente se elija. Naturalmente este punto de partida implica que la actividad interpretativa puede conducir a resultados no sólo no coincidentes sino, también, potencialmente contradictorios. Por otra parte, también presupone que no existe la *única* interpretación correcta. De todos modos, no está de más señalar que aunque ambas ideas -la posibilidad de resultados diferentes y la inexistencia de una única respuesta correcta- no han sido asumidas pacíficamente por la doctrina constituyen el punto de partida de todas las consideraciones que se harán a continuación.

En el asunto de la interpretación judicial es posible adoptar dos perspectivas diferentes: prescriptiva y descriptiva. En el primer caso lo que se pretende es influir en la actuación judicial indicando qué deberían hacer los jueces al interpretar y aplicar el Derecho para que su comportamiento quede legitimado. Este punto de vista ha sido adoptado por numerosas corrientes de pensamiento e incluso podría decirse que ha sido el mayoritario si nos fijamos en los últimos 200 años. Su pretensión básica ha sido la de señalar el camino que debiera seguirse para interpretar correctamente las normas. Por tanto, el punto de partida de estas doctrinas no está constituido por el proceso real de interpretación y aplicación del Derecho sino que se sitúan más allá con la intención de influir en la actividad del intérprete. De este modo la conducta judicial queda legitimada y justificada siempre que se utilicen ciertos elementos fundamentales como pueden ser la voluntad del legislador (dirección subjetiva), la voluntad de la ley (dirección objetiva) o la racionalidad argumentativa de los sujetos que participan en el proceso (teorías de la argumentación jurídica).

Tanto la dirección subjetiva como la objetiva coinciden, aunque por caminos distintos, a la hora de afirmar que la interpretación sirve para el establecimiento del significado de las normas, esto es, que siempre es posible llegar a un resultado uniforme con independencia de los sujetos que puedan intervenir en el proceso de interpretación y aplicación. Y ambas direcciones defienden esta idea a pesar de que la práctica judicial cotidiana demuestre que, en ocasiones, más bien sucede lo contrario. Por su parte, las teorías de la argumentación jurídica mantienen una posición relativista que impide que se pueda hablar del hallazgo de una única decisión en todos los casos. La praxis judicial es concebida como un proceso argumentativo que no garantiza la certeza respecto del resultado pero que requiere el cumplimiento de ciertas reglas que aseguren al menos una cierta racionalidad en las decisiones. Por tanto, la actividad interpretativa debe estar sometida a ciertas limitaciones que se concretan en la observancia de una serie de requisitos -de naturaleza muy variada dependiendo de cada autor o corriente doctrinal- cuya presencia asegura la corrección de las decisiones.

Desde el punto de vista descriptivo lo que se ha pretendido es dar cuenta de cómo es el proceso real de interpretación y aplicación del Derecho, esto es, se trata de saber cuáles son los factores reales que influyen en las decisiones judiciales. Puede decirse que todas las corrientes realistas han adoptado este punto de vista descriptivo. Su intención ha sido la de mostrar qué es lo que se esconde

detrás de la fachada formal de las resoluciones judiciales destacando el importante papel que desempeña la personalidad del juez. En definitiva todas las corrientes realistas coinciden a la hora de afirmar que el conocimiento de la verdadera actividad de los tribunales no puede producirse a través del mero examen de las decisiones porque éstas siempre se presentan como el resultado de una aplicación previa de normas que dirige de modo total la actividad del juez. Pero detrás de la actividad interpretativa hay mucho más entre otras razones porque los jueces desarrollan, a veces, una función creadora que, naturalmente, nunca aparece reconocida en el contenido del fallo judicial. El mérito de algunas de las doctrinas descriptivas se encuentra en haber puesto de manifiesto que el proceso *real* de interpretación y aplicación difiere en algún sentido del modelo previsto en las normas del sistema jurídico y, desde este punto de vista, el examen de la experiencia jurídica revela la presencia de ciertos elementos (irracionales) que no pueden ser eliminados ni tan siquiera a través del proceso de justificación (motivación) de las decisiones.

Estas dos perspectivas -prescriptiva y descriptiva- constituyen dos visiones antagónicas respecto de la interpretación judicial del Derecho. Aunque las teorías prescriptivas son sumamente interesantes y han contribuido de manera sobresaliente a la formulación de modelos ideales de interpretación creo que adoptar una postura descriptiva es mucho más provechoso para comprender cómo se desarrolla la actividad de los tribunales. A partir de ahora, por tanto, procuraré *describir* -espero, que de una manera acertada- cuáles son algunas de las operaciones más importantes que se realizan en el marco de la actividad judicial. A través de este examen tendremos ocasión de comprobar hasta qué punto se cumplen las previsiones realizadas por el legislador y cuáles son algunos de los elementos que pueden distorsionar el funcionamiento del sistema judicial.

Para realizar esta labor parece procedente señalar a grandes rasgos cuáles son los principios básicos que determinan la actividad judicial. En primer lugar, la actividad judicial está sujeta a ciertas restricciones temporales que, de uno u otro modo, condicionan el propio trabajo de los jueces. Se trata de una diferencia importante respecto de la actividad que realizan otros juristas. Los jueces no sólo tienen que decidir sino que deben hacerlo dentro de un cierto marco temporal lo cual significa que su actuación se ve apremiada por el cumplimiento de ciertos plazos. Esta circunstancia determina que en ocasiones no puedan dedicar todo el tiempo que sería deseable para resolver aquellos asuntos de los que conocen. Ya sabemos que la Administración de justicia es lenta y que a veces se produce una auténtica saturación que inevitablemente provoca retrasos.

Esta realidad de escasez de medios personales y materiales, por un lado, y de exceso de procesos, por otro, condiciona de modo singular el trabajo de la judicatura. Si a ello le añadimos la necesidad de resolución de controversias en un tiempo razonable las expectativas en relación con los resultados no pueden ser muy halagüeñas. En definitiva, falta de medios, falta de tiempo y saturación de los juzgados son las condiciones en las que se desarrolla la actividad judicial en nuestro país. No obstante, quisiera advertir que mis consideraciones parten del convencimiento de la honestidad profesional y del rigor de la judicatura. Con carácter general -aunque, como en todo, siempre hay excepciones- me parece que los jueces cumplen con su trabajo de una manera satisfactoria y eficaz. Por tanto, no deben interpretarse mis palabras como una crítica a la actuación judicial sino, más bien como una crítica a las circunstancias y condiciones que rodean el trabajo cotidiano de la judicatura.

Pero dejemos a un lado todas estas carencias e insuficiencias para centrarnos en la conducta judicial por lo que se refiere a cómo entienden, interpretan y aplican el Derecho. Lo que me propongo examinar a continuación es si lo que los jueces hacen realmente responde y hasta qué

punto a las previsiones normativas establecidas por el propio sistema jurídico. Formalmente ya sabemos que los jueces están sometidos al imperio de la ley y que su obligación es aplicarla ¿cómo realizan esta labor? ¿a qué les obligan las normas del ordenamiento jurídico? ¿cómo realizan la tarea interpretativa? ¿qué tipo de libertad tienen a la hora de adoptar decisiones? Estas son algunas de las cuestiones a las que se tratará de dar respuesta partiendo de la propia praxis judicial.

Ya se ha dicho que la aplicación del Derecho requiere una previa interpretación que puede ser más o menos difícil dependiendo de la complejidad de las normas. Todos los sistemas jurídicos establecen una serie de criterios que pueden ser utilizados para la interpretación de las normas. En principio parece que tales criterios limitan la libertad de acción de los jueces en el sentido de que condicionan las posibilidades interpretativas pero, en realidad, la variedad de criterios supone una especie de coartada que viene a justificar (casi) cualquier tipo de actuación y, en consecuencia, cualquier tipo de decisión. Creo que hay que partir de una premisa básica que reconoce y ampara la libertad de los jueces a la hora de interpretar el Derecho. Tal premisa es una consecuencia de la independencia judicial y se plasma en el respeto a la actividad interpretativa realizada por los jueces. La función que cumplen los criterios interpretativos no es otra que la de aumentar el margen de discrecionalidad en la actuación judicial.

Veamos con más detalle cómo se articulan estos criterios y cómo son utilizados. Con carácter general podría afirmarse que la única limitación existente respecto de los criterios interpretativos es aquella que prohíbe la utilización de la analogía en el ámbito del Derecho penal. Al margen de esta explícita prohibición los jueces pueden utilizar cualquiera de las reglas interpretativas reconocidas. Pero en relación con este asunto se plantean dos tipos de problemas. Por una parte, no existen reglas de preferencia claramente definidas con lo cual todos los criterios tienen el mismo valor y eso amplía las posibilidades interpretativas del sujeto llamado a decidir. Por otra parte, ninguna de las reglas interpretativas tiene unos perfiles precisos. Por ejemplo, cuando se utiliza el criterio literal se dice que lo que hay que descubrir es el significado de las palabras pero la cuestión es que las palabras no tienen un significado único y, por tanto, el resultado de la interpretación dependerá de la elección lingüística que realice el juez. Algo similar ocurre con el resto de los criterios interpretativos: el teleológico supone descubrir la finalidad de la norma, el apagógico rechaza resultados absurdos, el analógico extiende la aplicación de la norma a un supuesto parecido no regulado por la norma, etc. En todos estos casos, aunque exista acuerdo respecto de lo que se pretende con cada una de estas interpretaciones, no lo hay en relación con cuál es la finalidad de la norma, cuándo un resultado es absurdo o cuando se produce identidad de razón entre un supuesto nuevo y el regulado por la norma.

Ello quiere decir que no es posible determinar de un modo definitivo en qué consiste cada uno de los criterios o, a lo sumo, sólo es posible realizar definiciones tan genéricas y vagas que realmente no dicen nada -o muy poco- acerca de las operaciones interpretativas y, lo que es más importante, tampoco indican cuándo debe utilizarse uno u otro método. Desde este punto de vista, los criterios interpretativos pueden ser concebidos como un recurso de justificación de las decisiones pero evidentemente no son los que determinan el sentido del fallo porque “no proporcionan ninguna solución unívoca. Por medio de ellos se puede justificar tanto un sentido del texto como su opuesto, debido a la vaguedad de las palabras y a la indeterminación de los métodos interpretativos. Estos son siempre polivalentes y la única función que cumplen es posibilitar al juez la solución del caso que previamente ha decidido”. Parece que la voluntad del sujeto que decide es la responsable de la elección del criterio interpretativo y, por consiguiente, el camino de la interpretación no está marcado



por los diferentes criterios sino, más bien, por la solución previa que opera en la mente del juez. Es esta solución -que, naturalmente, siempre puede ser revisada a lo largo del proceso- la que conduce a la aplicación de un determinado criterio interpretativo. No se puede olvidar que la mayoría de estos criterios son contradictorios entre sí y, por esta razón, “lo verdaderamente importante no es desarrollar el camino hermenéutico que lleva al fallo sino justificar el por qué se ha seguido precisamente ese método y no el otro que nos llevaría directamente al resultado contrario”. En consecuencia no se trata de una discusión acerca de la idoneidad o no de uno u otro criterio -todos son idóneos y todos son legítimos- sino que la cuestión se plantea en unos términos bien diferentes.

Decía al inicio de este trabajo que una de las características fundamentales de los ordenamientos jurídicos actuales es su indeterminación y vaguedad en relación con su contenido. Pues bien, algo parecido podría afirmarse respecto de los criterios interpretativos: su indeterminación propicia la adopción de decisiones con contenidos diferentes y a veces contradictorios. El problema es que, jurídicamente hablando, todas ellas suelen ser perfectamente justificables. De todos modos hay que señalar que las posibilidades interpretativas se encuentran limitadas frente a la jurisprudencia reiterada de los tribunales de última instancia. En efecto, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional tiene carácter vinculante de modo que el resto de los órganos jurisdiccionales no pueden apartarse de esta interpretación *autorizada* y, si lo hacen, sus decisiones son impugnables. Por tanto, la libertad respecto de la interpretación de las normas no es absoluta al menos en todos aquellos asuntos en los que hay un pronunciamiento expreso de estos tribunales.

Parece indiscutible que la existencia de esta jurisprudencia reiterada garantiza una cierta seguridad no sólo a los diferentes operadores jurídicos sino, también, y de una manera muy especial, a los propios ciudadanos. En definitiva no puede afirmarse que todo es discutido ya que hay ciertas interpretaciones que se imponen vía autoridad y que vinculan la actuación de todos los sujetos. De todos modos la fijación del sentido de ciertas normas jurídicas o del alcance de algunos enunciados no afecta al conjunto del ordenamiento jurídico sino tan sólo a una parte poco significativa del mismo. Y ello es así por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque desde el punto de vista cuantitativo los casos en los que las últimas instancias judiciales tienen la ocasión de pronunciarse son relativamente escasos si los comparamos con los cientos y cientos de fallos que se dictan a diario. Y, en segundo lugar, puede constatarse un hecho que es bastante evidente en la práctica judicial: no todas las sentencias son recurridas y, en consecuencia, aquellas que se convierten en firmes al agotarse los plazos de impugnación tienen carácter definitivo y eso significa que pueden coexistir interpretaciones divergentes que resuelven los mismos conflictos de manera distinta. En conclusión podría decirse que la propia jurisprudencia admite la existencia de interpretaciones diferentes sin que esta circunstancia sea motivo suficiente para la revisión de la sentencia. Incluso el Tribunal Constitucional defiende la idea de que no puede aducirse vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley cuando órganos diferentes resuelven de manera distinta casos en los que hay interpretaciones que no son coincidentes. Como puede observarse se da una preferencia absoluta a la independencia judicial porque, en última instancia, la uniformidad en la aplicación del Derecho sólo la realizan los órganos jurisdiccionales de rango superior.

De todo lo dicho hasta ahora podemos extraer un par de ideas que están presentes en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho. Por una parte -y como acaba de señalarse- en los sistemas jurídicos actuales está presente una tendencia a la consecución de una cierta uniformidad interpretativa que pretende fijar de manera definitiva el sentido de determinadas normas jurídicas. Esta función se cumple a través del reconocimiento de la autoridad indiscutible que se confiere a

ciertos órganos jurisdiccionales de manera que sus decisiones dirigen y condicionan la actuación del resto de los tribunales. Por otra parte, fuera de esta jurisprudencia reiterada, la interpretación de normas se realiza con un margen de libertad tan amplio que ha aumentado el protagonismo de los jueces otorgándoles un poder que les permite modelar hasta cierto punto el contenido del Derecho. Y ello es así, no sólo porque el lenguaje jurídico sea vago en el sentido apuntado por Hart cuando habla de la textura abierta del Derecho, sino también porque las normas jurídicas se redactan intencionadamente de modo tal que admiten interpretaciones que pueden conducir a resultados diferentes. Esta posibilidad no sólo es admitida por el legislador sino que, a menudo, la fomenta y la propicia al redactar las normas de manera deliberadamente ambigua.

Todo ello invita a pensar que la interpretación que se realiza en el proceso de aplicación del Derecho no puede ser concebida como una mera actividad de conocimiento porque el sujeto que interpreta también decide y, en consecuencia, debe elegir entre distintas alternativas. En conclusión, y superando las dos visiones clásicas de la interpretación que son hasta cierto punto reduccionistas, podría decirse que la actividad interpretativa implica la presencia de actos de conocimiento, por un lado, y de actos de voluntad, por otro. Es obvio que para interpretar normas es preciso conocer su significado y esta labor se realiza a través del análisis del contenido de la norma. Pero, al mismo tiempo, dicho contenido es susceptible de ser comprendido de maneras diferentes y, por tanto, el intérprete siempre debe elegir -decidir- la interpretación que le parece más correcta. Esta elección sólo se encuentra limitada en los casos en los que existe una jurisprudencia uniforme pero, como se dijo anteriormente, la uniformidad en la interpretación sólo afecta a una parte muy pequeña de asuntos. En todos los demás casos la solución final de un conflicto jurídico depende en gran medida, no de la existencia de un pretendido contenido objetivo de las normas sino, más bien, de la interpretación que de las mismas se haga. Esta conclusión genera inevitablemente una cierta desconfianza en los destinatarios del Derecho porque los ciudadanos comprueban que asuntos parecidos son resueltos de manera distinta y, naturalmente, esta circunstancia pone en tela de juicio la certeza y la seguridad jurídicas.

En mi opinión, el problema no puede ser solucionado de manera definitiva y lo único que se puede hacer es aceptar que el sistema no puede funcionar de otra manera. Nos encontramos ante dos valores contradictorios que de algún modo tienen que ser preservados simultáneamente: la estabilidad y el cambio, la certeza y el progreso. En conclusión puede decirse que la interpretación judicial del Derecho se mueve casi siempre dentro de unos amplios márgenes de libertad que impiden el hallazgo de una única decisión correcta.

Vamos a concluir el tema de la interpretación judicial del Derecho haciendo una breve referencia a la importancia que pueden tener los factores personales en el contenido de sus decisiones. Ya se ha dicho que la interpretación implica siempre partir de una determinada realidad normativa que viene impuesta desde fuera, es decir, que la actividad de los jueces se encuentra condicionada y limitada por la existencia de un Derecho al que está vinculado y en cuya creación no ha participado. Ese Derecho es el que tiene que aplicar a los casos concretos y para hacerlo debe necesariamente interpretarlo. En algunas ocasiones se ha comparado la interpretación judicial con la actividad de otros sujetos que también interpretan textos. Por ejemplo, los actores o los músicos cuando interpretan una pieza musical o una obra de teatro parten siempre de un determinado texto. Su actividad se parece bastante a la de los jueces porque se encuentran con un objeto preconstituido que es el que tienen que interpretar.

Por supuesto, no pretendo equiparar ambas actividades porque en el ámbito artístico existen ciertas licencias difícilmente concebibles en el proceso de interpretación y aplicación de normas. Pero, en lo fundamental, sus operaciones son muy similares al menos en un sentido: cuando todos ellos interpretan una determinada obra -del legislador, del escritor o del compositor musical- no se limitan a reproducir su contenido sino que siempre añaden algo que pertenece a su propia cosecha. Los que interpretan normas jurídicas también crean -aunque sea limitadamente- su propia obra y, por eso, las cualidades de cada sujeto pueden influir en el acto de interpretación y, en consecuencia, al igual que sucede en otros ámbitos, puede haber interpretaciones buenas, regulares y malas e incluso puede haber varias interpretaciones que puedan calificarse como buenas o correctas y ser, no obstante, contradictorias entre sí. La práctica cotidiana de los tribunales viene a demostrar que la existencia de interpretaciones discrepantes es un fenómeno usual. Es cierto que -como se apuntó anteriormente- las discrepancias pueden desaparecer en ciertas ocasiones cuando los tribunales de última instancia se pronuncian sobre un determinado asunto pero conviene recordar dos cosas: por una parte, que tales asuntos son poco significativos en relación con el conjunto de normas del ordenamiento jurídico y, por otra, que la interpretación realizada por estos órganos vale no porque sea la más *correcta* o la *mejor* entre todas las posibles, sino que vale como consecuencia del criterio de autoridad.

La imagen de los jueces como sujetos neutrales, sin pasiones y con competencia técnica similar se aleja bastante de la realidad. Si nos fijamos en otras profesiones (médicos, arquitectos, ingenieros, etc.) es fácilmente constatable que realizan su trabajo de manera diferente. Es verdad que suelen existir unos mínimos profesionales que la mayoría cumple pero, evidentemente, se producen grandes diferencias. Se acepta sin grandes discusiones que sus cualidades determinan el contenido de su actividad profesional y, en consecuencia, la cuestión que habría que plantearse es la de ¿por qué no se acepta esta evidencia respecto de los jueces? Si la mayoría de los profesionales realizan su trabajo con mayor o menor éxito y eficacia y si hacen las cosas mejor o peor también ocurrirá lo mismo en el ámbito de la judicatura. Me parece que afirmar lo contrario sería como reconocer que los jueces son una especie de seres únicos dotados de una capacidad especial que les permite realizar su trabajo de una manera exactamente igual en todas las ocasiones. La praxis judicial viene a demostrar exactamente lo contrario, esto es, que la intervención de uno u otro juez puede ser determinante respecto del contenido del fallo.

Es cierto que no es posible equiparar de un modo total la actividad judicial con la que realizan otros profesionales porque en el caso de los jueces estamos en presencia de una conducta sometida a un mayor número de controles pero, de cualquier modo, parece que la posibilidad de realizar interpretaciones distintas en razón de las cualidades, competencia profesional e ideología de cada sujeto está siempre presente. Esto es lo que habitualmente se presume -y, hasta cierto punto, se acepta- cuando se califica a un juez como conservador o progresista: esta cualidad *política* implica que el contenido de la decisión pueda ser diferente en razón de la ideología de los sujetos que participan en el proceso. Esto es especialmente cierto en los tribunales de última instancia pero también afecta a cualquier órgano judicial.

En definitiva, la educación del juez, su ideología, sus creencias pueden influir en algún sentido en sus decisiones. La pretensión contraria es, sin duda, una aspiración legítima pero utópica por irrealizable. Por más que se diga que los jueces una vez que se ponen la toga deben despojarse de sus prejuicios, creencias y convicciones, lo cierto es que todos estos elementos forman una parte inescindible de su propia personalidad. El hecho de que tales elementos no suelen aparecer reflejados

en el contenido de las sentencias no impide reconocer que ejercen -o potencialmente pueden ejercer- una poderosa influencia en el contenido de las resoluciones o, por lo menos, en el contenido de algunas resoluciones. La reacción antiformalista que se produjo a principios del siglo XX destacó de un modo especial el importante papel que juega la personalidad del juez en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho. Con independencia de los excesos que se produjeron en algunas de estas corrientes lo cierto es que se limitaron a describir una realidad que había permanecido oculta o disimulada bajo el ropaje formal de las sentencias afirmando, no sólo que es imposible eliminar este factor personal en la actuación judicial sino que, también, debe considerarse como un elemento valioso que podría propiciar el cambio y el progreso en el Derecho.

Naturalmente el problema que se plantea cuando se constata la presencia de estos elementos subjetivos en la actuación judicial es que no es posible casi ningún tipo de control. En la medida en que esos elementos no afloran al exterior -y habitualmente suelen permanecer ocultos- no pueden ser ni discutidos ni impugnados. Como veremos inmediatamente la única posibilidad de control real se encuentra en la exigencia de motivación; a través de ella se pueden conocer -y eventualmente impugnar- los elementos fundamentales de la decisión. Hasta ahora hemos comprobado que el Derecho es indeterminado y también lo son todos los criterios interpretativos. Esta circunstancia otorga a los jueces un amplio poder discrecional y les permite una libertad de actuación considerable. Si a todo ello añadimos la presencia de algunos factores extrajurídicos que pueden influir en sus decisiones el panorama puede resultar un tanto desalentador desde la perspectiva de la tradicional seguridad jurídica porque parece que el grado de previsibilidad respecto del resultado de cualquier tipo de proceso no es muy elevado.

De todos modos no quisiera que mis palabras fueran malinterpretadas en el sentido de que la interpretación judicial pueda conducir a cualquier tipo de disparate entre otras razones porque me parece que, en general, los jueces realizan su trabajo con una honestidad profesional encomiable. Lo que aquí se sostiene es que el intérprete puede *jurídicamente* elegir entre diferentes alternativas de conducta y, por tanto, que tal elección es decisiva en el momento de adoptar la resolución. Por otro lado, cuando se dice que la personalidad del juez juega un papel importante en el proceso de interpretación no se está afirmando que le esté permitido cualquier tipo de comportamiento ya que su conducta está controlada en relación con el cumplimiento de ciertas reglas formales (procesales). La actividad judicial ordinaria evidencia que los jueces suelen ser muy escrupulosos con la observancia de estas normas porque saben que si tales reglas son vulneradas la consecuencia que se produce es la invalidez de la sentencia.

Todo lo que se ha dicho hasta ahora pone de manifiesto que una de las funciones básicas que desempeñan los jueces consiste en argumentar y justificar sus decisiones. Cuando se reconoce el amplio poder discrecional con el que cuentan se hace preciso que esa libertad de acción no se convierta sin más en arbitrariedad. Esta es una de las razones por las que la obligación que tienen los jueces de motivar las decisiones constituye el aspecto central de toda su actividad. La justificación representa una garantía para los justiciables en la medida en que les permite conocer cuáles son las razones de hecho y de Derecho que determinan el contenido del fallo judicial. Desde este punto de vista la obligación de motivar constituye un elemento de control de su propia actividad posibilitando la discusión y, en su caso, la impugnación de los argumentos utilizados. Esta exigencia de motivación -desde hace ya mucho tiempo- ha contribuido de manera decisiva a que el razonamiento jurídico se presente como el eje central de la actividad judicial de modo que lo que otorga legitimidad a la labor de los jueces son los buenos razonamientos.

El proceso de justificación requerido por la exigencia de motivación se concreta en una doble dimensión que se refiere a las normas, por un lado, y a los hechos, por otro. En el primer caso lo que se exige del juez es que declare explícitamente cuáles son los fundamentos normativos de su decisión. Por tanto, debe explicar por qué aplica una norma y no otras y por qué utiliza un determinado criterio interpretativo. En este aspecto puede afirmarse que es difícil encontrar alguna decisión en la que no se haga referencia a las normas del sistema pero, en cualquier caso, para cumplir con la exigencia de motivación es necesario “que conste de un modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en Derecho de la decisión adoptada”. Conviene recordar que a los jueces les corresponde decidir cuáles son las normas que se aplicarán para resolver una determinada controversia; ello es una consecuencia del viejo principio *iura novit curia* pero, en todo caso, los jueces tienen la obligación de explicar por qué aplican una determinada norma y por qué la interpretan en un determinado sentido. Ello permite que las partes que intervienen en el proceso puedan conocer las razones normativas del fallo posibilitando así su eventual impugnación. En cualquier caso, la exigencia de motivación respecto de las normas se proyecta fundamentalmente en relación con los criterios interpretativos pues habitualmente no suelen producirse discusiones respecto de cuál o cuáles son las normas que se deben aplicar.

Probablemente, la exigencia de motivación tiene una mayor trascendencia en relación con los llamados hechos probados. En este aspecto lo que se pide al juez es que justifique por qué considera que determinados enunciados fácticos son verdaderos o, en su caso, altamente probables. Hace un poco decía que los jueces gozan de una amplia libertad por lo que se refiere a la selección de normas y criterios interpretativos. Pues bien, en relación con la averiguación y determinación de los hechos esta libertad aumenta considerablemente. Y ello es así, no sólo porque las reglas procesales relativas a la prueba propician una actuación discrecional, sino, también, porque resulta mucho más difícil la selección e interpretación de los hechos. Por esta razón puede afirmarse que en el momento de la valoración de la prueba es cuando se despliega el arbitrio judicial de un modo más característico. Ello es así por varios motivos: por una parte, porque el conocimiento de los hechos tiene siempre un alcance limitado ya que los medios que se utilizan para su establecimiento son siempre indirectos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que uno de los elementos que caracteriza a todos los procesos judiciales es su naturaleza contradictoria de manera que el juez recibe informaciones que no son coincidentes entre sí y, en consecuencia, debe elegir aquellas que le parecen más convincentes o más probables. Por último, conviene recordar que los medios de prueba no tienen un carácter definitivo pues como es sabido -en nuestro sistema y en todos los de nuestro entorno- rige el principio de libre apreciación de la prueba de manera que todas pruebas -documentales, periciales, declaraciones de testigos, etc.- deben ser valoradas por el juez. Todo esto significa que los hechos no se imponen al juez sino que éste los va construyendo y modelando a lo largo del proceso. En efecto, los jueces tienen la responsabilidad de dirigir el proceso y, por tanto, van filtrando toda la información que reciben seleccionando aquellos datos o sucesos que les parecen relevantes y eliminando todo aquello que no tiene trascendencia.

En definitiva los jueces son los que modelan la composición de los hechos y a ellos les corresponde en exclusiva el establecimiento de la verdad jurídica en cada caso. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el establecimiento de los hechos probados no tiene un carácter objetivo en el sentido de que depende en buena medida de las percepciones, intuiciones y convicciones de cada juez. Y parece obvio que tales percepciones no son siempre las mismas como se evidencia de manera palpable en la actuación de los órganos colegiados cuando alguno de sus miembros emite un voto

particular discrepante con la decisión de la mayoría. En estos casos -que no son demasiado inusuales- todos los miembros del tribunal cuentan con la misma información, han escuchado a los mismos testigos y peritos y, sin embargo, califican los hechos de manera diferente. De todos modos, “la discrecionalidad de la valoración que el juez está llamado a realizar le impone aplicar las reglas de razón para lograr una decisión intersubjetivamente válida y justificable”. Ello quiere decir que, a pesar de la existencia de ciertos elementos subjetivos que pueden concurrir en la valoración de la prueba, es necesario dar cuenta de todo el proceso que conduce al establecimiento de los hechos probados de manera que todos puedan conocer por qué se llega a determinadas conclusiones. Naturalmente la presencia de esos elementos subjetivos, emocionales (irracionales, en algún sentido), además de ser inevitable, no puede ser objeto de ningún tipo de control puesto que nunca aparecen reflejados en el contenido de la decisión pero, indudablemente, pueden condicionarla.

En cualquier caso, parece que lo importante en relación con los hechos es el proceso de justificación de los mismos. Cuando los jueces justifican la veracidad o probabilidad de ciertos hechos lo que hacen es ofrecer las razones que determinan que se inclinen por una cierta versión fáctica. Por consiguiente, es indudable que en todos los procesos judiciales se realizan argumentaciones racionales referidas a los hechos. El examen de la mayoría de las sentencias evidencia que en la parte dedicada a los hechos probados no sólo se hace una narración de ciertos acontecimientos sino que, a menudo, se comparan las distintas versiones presentadas por las partes. Finalmente se construye una versión fáctica definitiva indicando las razones por las que es preferible. Por tanto, y desde un punto de vista formal, las decisiones judiciales suelen estar correctamente justificadas en relación con los hechos probados.

Cosa distinta ocurre desde un punto de vista material porque desde esta perspectiva se parte de una premisa construida por el juez que es el resultado de la valoración -siempre subjetiva- de la prueba. El asunto de la valoración de la prueba ha sido objeto de numerosas discusiones e incluso se ha criticado abiertamente la existencia de algún tipo de prueba pero la conclusión que cabe obtener es siempre la misma; a saber, que los jueces tienen la última palabra sobre la configuración de los hechos y que las posibilidades de control *real* son ciertamente escasas. Es cierto que el propio sistema reconoce que los jueces son los únicos que deben valorar todo el material probatorio. Es más, nuestra jurisprudencia prohíbe de manera explícita revisar la valoración de la prueba porque esta competencia corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales. Lo único que se exige es que el juicio sobre los hechos se corresponda con la íntima convicción del juzgador. Pero parece que el hecho de que el criterio definitivo en la valoración de la prueba dependa sólo de la íntima convicción impide comunicar a las partes las verdaderas razones del fallo. Además, resulta bastante evidente que no es posible ejercitar ningún tipo de control sobre esa íntima convicción.

Es cierto que la actividad del juez se encuentra limitada por una serie de reglas que le marcan el camino durante la fase probatoria. Tales reglas -de carácter fundamentalmente procesal- establecen el marco dentro del cual debe moverse la actuación del juez y no cabe duda que su cumplimiento constituye una garantía para todos los que participan en un proceso. No obstante, creo que las limitaciones que se imponen al juez se reducen a la observancia de ciertas reglas formales que, en general, no son decisivas respecto del fondo del asunto. Por eso puede decirse que “así como el control de la legalidad del fallo es relativamente sencillo, el control de la facticidad es siempre muy difícil y, a veces, rigurosamente imposible”. Recuérdese en este sentido lo que se dijo antes en relación con la emisión de votos particulares. En estos casos podemos encontrarnos con dos versiones fácticas diferentes que parten del mismo material normativo y probatorio. Que triunfe la

versión de la mayoría no significa necesariamente que sea la que mejor refleja la realidad de los hechos acontecidos. Por otra parte, si dirigimos nuestra atención a los que intervienen en el proceso por más que ambas versiones de los hechos estén razonablemente justificadas resulta obvio que la parte perdedora no sólo estará en desacuerdo sino que, además, el contenido de la resolución le producirá una profunda insatisfacción.

Hemos visto hasta ahora que los jueces desarrollan su labor conforme a las previsiones del sistema jurídico, es decir, hacen lo que las normas les exigen en cuanto a su interpretación y aplicación. Por otro lado también cumplen con su obligación justificando a través de razones la veracidad del relato fáctico. Desde este punto de vista creo que nada se puede reprochar a la actividad judicial cotidiana. Sin embargo, el problema está en los resultados porque -esta es la idea que se ha mantenido a lo largo de estas páginas- si la justificación puede conducir a resultados divergentes parece que resulta poco operativa. Aarnio planteaba la cuestión con gran acierto hace algunos años: “¿qué sentido tiene la justificación en general si, en el mejor de los casos, sólo puede producir una serie de propuestas interpretativas, todas igualmente válidas?” o, lo que es lo mismo, parece que casi todas las decisiones pueden justificarse aunque sean contradictorias. En consecuencia, puede decirse que las limitaciones respecto del contenido material de las decisiones son relativamente escasas ya que las obligaciones impuestas a los jueces -fundamentalmente sometimiento a la legalidad y exigencia de motivación- pueden cumplirse sin grandes dificultades.

Quisiera insistir en algo que ya se apuntó al inicio de este trabajo. Si el resultado final de la actividad judicial es la variabilidad de las decisiones ello se debe a la propia estructura de los sistemas jurídicos actuales. Si el Derecho es indeterminado y vago no podemos exigir certeza respecto de las decisiones y ello determina que la responsabilidad de los operadores jurídicos sea cada vez menor. Ni el legislador, ni los jueces ni los funcionarios de la Administración son responsables de casi nada; todos ellos son sólo las piezas de una maquinaria jurídica caracterizada por el principio del *todo vale*: las normas, las interpretaciones que de ellas se hacen y casi todas las decisiones que se toman pueden encajar dentro del sistema jurídico aunque sean diferentes y a veces contradictorias.

Si nos preguntamos cuál es la responsabilidad real de los jueces en el ejercicio de sus funciones (con independencia de la responsabilidad penal, civil y disciplinaria) habría que responder que no tienen ninguna siempre que cumplan con lo que les exigen las normas jurídicas, esto es, que sus decisiones tengan un fundamento normativo y que estén suficientemente motivadas.

# LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA STC 12/2008, DE 29 DE ENERO

**Rosa María Ricoy Casas**

*Profesora de la Universidad de Vigo y Profesora Tutora de la UNED (ESPAÑA)  
rricoy@uvigo.es*

## Resumen

Este artículo analiza la argumentación del Tribunal Constitucional español a una cuestión y a un recurso de inconstitucionalidad por la legalización de las cuotas electorales en España, en la Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres. Su argumentación se construye sobre la igualdad material reconocida en el artículo 9.2 de la Constitución. A su parecer no se trata de una acción positiva, sino de la profundización en la idea de democracia para facilitar el empoderamiento de ambos sexos a través del criterio de “presencia equilibrada”.

**Palabras Clave:** Argumentación, Tribunal Constitucional, Igualdad, Cuotas Electorales, Género.

Debe recordarse que en la historia contemporánea, en España, las mujeres ni siquiera podían presenciar los debates parlamentarios en las tribunas públicas del Congreso, pues les estuvo explícitamente prohibido por los primeros reglamentos de Cortes, prohibición que se levanta en 1834, aunque solían burlar el Reglamento vistiendo el traje de hombre o usando el talar eclesiástico para esconder sus formas (igual que Concepción Arenal para poder cursar Derecho en la Universidad Complutense de Madrid). En 1868 se funda la Asociación Internacional de las Mujeres y convocó su primer Congreso en Ginebra en 1870, quienes enviaron una petición al parlamento español para que el sufragio se extendiese a las mujeres<sup>1</sup>. Es curioso que mientras el Gobierno de 1872 negaba a las españolas no sólo el derecho al voto, sino al propio acceso a la Universidad o a ciertos empleos, contábamos en Alemania con más de quinientas mil mujeres desempeñándolos.

La primera enmienda sobre el voto de la mujer en el Congreso español tuvo lugar en 1877 pero con escaso éxito, pues los parlamentarios entendieron que ellas mismas no lo querían, pues no era ese su fin ni función en la vida humana<sup>2</sup>. De hecho tuvo escasa repercusión en la prensa del momento, y transcurrió un período de treinta años entre esta enmienda y las siguientes de 1907 en el Senado. En medio de las risas de los parlamentarios solicitaban el derecho de votar, que no el de ser elegida, a la viuda que tuviese patria potestad pues entendían que la misión de la mujer casada era la de estar en el hogar y habría de estar influenciada totalmente por el hombre a quien le debía sumisión. La duda también se cernía en las viudas, pues como algún parlamentario afirmó,

---

<sup>1</sup> FAGOAGA, C.: *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España 1877-1931*, Icaria, 1985, p.65.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 83.



“apartándome de todo humorismo diré que es un grave peligro hacer esa distinción entre viuda y casada, y decir que la mujer no tendrá derecho a voto hasta después de que su marido hubiese muerto, porque tal vez movida por pasiones políticas, le indujera a cometer actos censurables”. La otra razón era que consideraban que dar el voto a la viuda era entregarlo al cura.

En noviembre de 1919, el diputado Burgos Mazo lo intentó de nuevo y presentó un proyecto de ley electoral que otorgaba el voto a todos los españoles mayores de 25 años, sin distinción de sexo, aunque impedía que las mujeres pudieran ser elegibles. El proyecto contenía alguna extravagancia, como que las elecciones se celebrasen en días diferentes: un sábado para la votación de las electoras y el domingo siguiente para la de los electores, aunque eso poco importa, pues el proyecto nunca llegó ni siquiera a debatirse<sup>3</sup>. Un derecho ya reconocido en esos momentos en otros países como Inglaterra. No obstante, tuvo algunos beneficios, pues se produjo el primer movimiento organizativo entre las mujeres españolas, las cuales constituyeron asociaciones, reuniones, celebraron mítines, etc, sin olvidar también la figura individual de muchas mujeres como Carmen Burgos, llegando incluso al Parlamento peticiones de derecho al sufragio.

Quizás por ello, cuatro años más tarde, bajo la dictadura de Primo de Rivera, se resucita esta vieja cuestión. El Estatuto Municipal (un Decreto de abril de 1924 fijó la composición del censo electoral), promulgado con efecto de ley poco después de asumir el poder, y que derogaba la legislación vigente en esta materia desde 1877, otorgó el voto activo y pasivo a las mujeres (electoras y elegidas) en elecciones municipales, aunque con efectos muy restrictivos, ya que las casadas no podían votar “para evitar posibles disensiones en el seno del hogar”. Un mes después, el Gobierno ordenó, a la Dirección Nacional de Estadísticas, la inscripción en el censo electoral de todos los varones mayores de 23 años, así como de las mujeres “solteras y viudas”, siempre que no sean prostitutas: “dueñas y pupilas de casas de mal vivir”, se dice. También se excluye a las casadas, salvo que estén separadas legalmente y el juez haya declarado al marido culpable, cuando el marido esté desaparecido o haya perdido sus derechos civiles por sentencia firme, o cuando la mujer casada tutele a su marido loco o sordomudo. Es decir, “solteras honestas, viudas, divorciadas inocentes, casadas abandonadas y otras diversas casadas afligidas”, como expresa atinadamente y con gracia Amelia Valcárcel<sup>4</sup>. Cabe no obstante señalar que pese al tan restringido electorado femenino, en Madrid, en 1924 fueron designadas, como concejales, María de Echarri, la vizcondesa de Llantero y Elisa Calonge<sup>5</sup>. Posteriormente se convocó el 11 de septiembre de 1926, una especie de plebiscito que, en realidad, sólo buscaba reforzar políticamente la figura del dictador.

Así, tras la proclamación de la dictadura, el general Primo de Rivera suspendió la Constitución, clausuró las Cortes, suprimió los gobiernos civiles, sustituyó los ayuntamientos y creó un partido: la Unión Patriótica. En esta especie de referéndum popular se permitió, por primera vez, participar a todos los españoles mayores de 18 años, sin distinción de sexo. Podría considerarse esta fecha como el día en el que las mujeres españolas participaron por primera vez en una consulta popular, aunque con dudas puesto que estas elecciones no tuvieron ningún valor democrático. Quizás también puede señalarse el hecho de que el dictador había decidido integrar algunas mujeres en la Asamblea Consultiva (a modo de Parlamento pero sin asumir el poder legislativo y mediante un sistema de

---

<sup>3</sup> LAFUENTE, I.: *Agrupémonos todas. La lucha de las españolas por la igualdad*, Aguilar, 2003, p.52.

<sup>4</sup> VALCÁRCEL, A.: *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2002.

<sup>5</sup> FRANCO RUBIO, G. A.: *La incorporación de la mujer a la Administración del Estado, Municipios y Diputaciones (1918-1936)*, Subdirección General de Estudios e investigaciones, 1981, p. 125.

elección corporativo y por nombramiento vitalicio), aunque finalmente de nuevo, a la caída de su régimen en enero de 1930, se regresó al *statu quo* previo<sup>6</sup>.

A pesar de las limitaciones señaladas, las expectativas de voto creadas en el marco de la dictadura sirvieron para acrecentar la marcha del movimiento, y así, el 8 de mayo de 1931, cuando se preparaban las elecciones para configurar las Cortes Constituyentes, un Decreto resolvió sólo la mitad del problema al permitir que las mujeres mayores de 23 años y los curas pudiesen ser candidatas. No podían votar, pero se les iba a dejar legislar; gran paradoja. La medida tuvo limitados efectos prácticos: de los 470 escaños, sólo dos mujeres obtuvieron acta de diputado en aquellas elecciones de junio de 1931; Clara Campoamor, por el Partido Radical y Victoria Kent por el Partido Radical Socialista (elegidas pues por sufragio universal masculino). Una tercera, Margarita Nelken, que se presentó a las elecciones en las filas del PSOE, tuvo problemas con su acta y se incorporó al Congreso meses después.

Tres mujeres eran una mínima representación, pero fue suficiente: la presencia de Clara Campoamor en los debates parlamentarios resultó determinante para que la Constitución de 1931 reconociera a las mujeres españolas el derecho al voto, pues finalmente se consiguió su aprobación el 1 de octubre de 1931, después de un intenso debate librado en el Congreso cara a cara entre Clara Campoamor y Victoria Kent, pues ésta junto a Margarita Nelken, defendían el voto de las mujeres pero con limitaciones al considerar que la mujer española no estaba aún preparada para ejercer ese derecho de manera independiente, sin la influencia del marido o del confesor. No obstante, finalmente Clara Campoamor consiguió convencer con su último discurso a una mayoría de diputados y, en la votación final, se aprobó el derecho de la mujer al voto: 161 votos a favor, 121 en contra<sup>7</sup>. Este duro enfrentamiento incluso con su propio partido político puede leerse en las páginas del libro que escribió con el sugerente título de “el voto femenino y yo: mi pecado mortal”<sup>8</sup>.

Las mujeres dejaron de ser invisibles en la vida política, por primera vez encontramos mujeres dedicadas a la política, así hay mujeres alcaldesas, diputadas, una Vicepresidenta de las Cortes en 1937 (La dirigente comunista Dolores Ibárruri la “Pasionaria”) e incluso la primera mujer Ministra (Federica Montseny -Ministra de sanidad-)<sup>9</sup>. Pero con la Dictadura de Franco, las mujeres regresaron al ámbito privado, teniendo que esperar al período democrático para reconquistar el espacio y el tiempo usurpado por el Franquismo. La dictadura supuso la pérdida de derechos civiles y políticos, de autonomía, de libertades, del espacio público y del trabajo extradoméstico, conquistas que se

---

<sup>6</sup> BUSSY GENEVOIS, D.: *Mujeres de España: de la República al franquismo*, en DUBY, G. y PERROT, M. (coord.): *Historia de las Mujeres*, Taurus, Madrid, 2000, p. 227; CAPEL, R.: *El sufragio femenino en la Segunda República española*, Ed. de la Universidad de Granada, 1975, pp. 136 y 137.

<sup>7</sup> LAFUENTE, I.: *Agrupémonos todas. La lucha de las españolas por la igualdad*, ob.cit., pp. 71, 72 y 91. MERINO HERNANDEZ, R.M.: *Las mujeres en España durante la Segunda República y la Guerra Civil: derechos, política y violencia*, en CUESTA BUSTILLO, J. (Dir.): *Historia de las Mujeres en España. Siglo XX*, tomo I, Instituto de la Mujer, 2003, pp. 361-365. Constitucionalmente se reconoció la igualdad electoral entre sexos en dos artículos relacionados entre sí, el 34 en donde se establecía que “toda persona tiene derecho a emitir sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura...” y el artículo 36 según el cual: “los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”.

<sup>8</sup> CAMPOAMOR, C.: *El voto femenino y yo: mi pecado mortal*, La Sal, Barcelona, 1981. También resulta muy interesante la lectura de los diarios de sesiones del Congreso de los Diputados de la República española en relación a la cuestión aquí tratada en: VALCÁRCEL, A.: *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2002.

<sup>9</sup> MERINO HERNANDEZ, R.M.: *Las mujeres en España durante la Segunda República y la Guerra Civil: derechos, política y violencia*, en CUESTA BUSTILLO, J.: *La otra mitad de la humanidad*, en CUESTA BUSTILLO, J. (Dir.): *Historia de las Mujeres en España. Siglo XX*, tomo I, Instituto de la Mujer, 2003, p. 376.

habían materializado notablemente durante los años republicanos. Así, como ejemplo puede verse lo relativo al derecho al voto, a ser elegibles, en lo relacionado al seguro de maternidad para mujeres trabajadoras, el derecho al matrimonio civil, al divorcio, e incluso la mujer casada debía tomar la nacionalidad del esposo.

La esperanza llegó con la transición, y tanto en el referéndum para la Reforma Política convocado por Adolfo Suárez en diciembre de 1976, como en las elecciones de junio de 1977, las españolas recobramos nuestro derecho al sufragio activo y pasivo en igualdad a los hombres. En estas elecciones fueron elegidas 21 mujeres para ocupar alguno de los 350 escaños del Congreso de los Diputados y seis más para los 248 del Senado, es decir, el 6 y el 2 por ciento de los escaños respectivamente. La primera Ministra tras la transición fue Soledad Becerril en 1981 como Ministra de cultura. Posteriormente, en 1988, Felipe González llamó a la Moncloa a Matilde Fernández (Ministerio de Asuntos Sociales) Rosa Conde (Portavoz del Gobierno) –dos mujeres entre 17 hombres-. En la actualidad, poco a poco se ha ido avanzando en el concepto de igualdad (en su doble dimensión formal y material), y en las políticas aprobadas en aras a su reconocimiento.

Precisamente, ha sido polémica<sup>10</sup> la previsión en España de cuotas electorales para cada sexo por la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI)<sup>11</sup>, provocando un fuerte debate en torno a su constitucionalidad. La STC 12/2008, de 29 de enero<sup>12</sup>, responde a dos impugnaciones de la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) por parte de la (LOI). Por un lado, se trata una cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de lo Contencioso Administrativo<sup>13</sup>, y por otro por el recurso de inconstitucionalidad acumulado al anterior, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Congreso frente a la misma normativa<sup>14</sup>. La norma controvertida es la Disposición Adicional segunda de la (LOI), que añadió el artículo 44 bis a la LOREG, estableciendo que las candidaturas deberán

---

<sup>10</sup> A la polémica creada por los medios de comunicación se han sumado gran parte de la doctrina, aportando justificación y también argumentos contrarios a la misma. A título ejemplificativo: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. y TORRES MURO, I.: *Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)*, Aranzadi, nº 7/2008; TORRES MURO, I.: *Las SSTC 12/2008, de 29 de enero, y 13/2009, de 19 de enero, sobre las cuotas electorales: contenido, recepción y consecuencias*, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 24, 2009; REY MARTINEZ, F.: *Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, *Revista Derecho del Estado*, nº25, 2010; LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad*, *Diario La Ley*, nº 6918, 2008.

<sup>11</sup> La Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007 añadió el artículo 44 bis a la Ley Orgánica 5/1985, Ley de Régimen Electoral General, que establece que las candidaturas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el 40%. Tal norma es aplicable a las candidaturas que se presenten para las elecciones municipales, de miembros de los Consejos insulares y de los Cabildos insulares canarios, de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados y del Parlamento Europeo. En el caso del Senado, se establece que cuando las candidaturas se agrupen en listas, estas deberán tener una composición de mujeres y hombres lo más cercana posible al equilibrio numérico.

<sup>12</sup> STC 12/2008, de 29 de enero. Ponente: Elisa Pérez Vera y Voto particular de Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; Guillermo Jiménez Sánchez, Vicente Conde Martín de Hijas, Javier Delgado Barrio, Roberto García-Calvo y Montiel, Elisa Pérez Vera, Eugeni Gay Montalvo, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Ramón Rodríguez Arribas, Pascual Sala Sánchez, Manuel Aragón Reyes y Pablo Pérez Tremps, Magistrados. La doctrina de esta Sentencia se reitera en la STC 13/2009, de 19 de enero.

<sup>13</sup> Cuestión de inconstitucionalidad nº 4060-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el art. 44 bis de la LOREG, introducido por la disposición adicional segunda de la LOI.

<sup>14</sup> Recurso de inconstitucionalidad, acumulado a la anterior, nº 5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, frente a la misma normativa.

tener una “composición equilibrada”<sup>15</sup> de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el 40%.

Tal norma es aplicable a las candidaturas que se presenten para las elecciones municipales, de miembros de los Consejos insulares y de los Cabildos insulares canarios, de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados y del Parlamento Europeo. En el caso del Senado, se establece que cuando las candidaturas se agrupen en listas, estas deberán tener una composición de mujeres y hombres lo más cercana posible al equilibrio numérico. La proporción señalada del 40%, (que podrá ser mayor en las listas autonómicas) deberá mantenerse en cada tramo de cinco puestos y en las listas de suplentes. La regla no será exigible en los municipios con 3.000 habitantes o menos<sup>16</sup>.

1) El Tribunal examina los argumentos de derecho comparado, observando que la igualdad formal y material entre mujeres y hombres es incuestionable en el derecho internacional, aunque en los mismos no se explicita la forma de desarrollar este derecho fundamental. Por el contrario, en la cuestión de constitucionalidad se apela al hecho de que tanto la Corte Constitucional italiana como el Consejo Constitucional francés hayan apreciado discriminación en regulaciones análogas a la ahora controvertida. En opinión del órgano judicial que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, «este hecho obliga a poner en duda la constitucionalidad del artículo 44 bis». Y ello porque aun cuando la jurisprudencia constitucional extranjera no sea vinculante, debe tenerse presente que las normas constitucionales sobre igualdad son relativamente sencillas en su formulación y tienen un origen histórico común, por lo que no parece que el juicio de igualdad pueda ser diferente entre países cultural y jurídicamente tan próximos; de manera que las decisiones de esos órganos jurisdiccionales tienen, al menos, la autoridad de una cita doctrinal para suscitar dudas intelectuales al margen de convicciones políticas subjetivas. Es curioso que se utilice jurisprudencia de otros países para fundamentar la propia, no obstante, este argumento obtuvo la respuesta de la Abogacía del Estado y del Tribunal Constitucional.

La Abogacía del Estado señala las razones en virtud de las cuales concluye que la doctrina constitucional de Derecho comparado que se alega de contrario no resulta trasladable a nuestro Ordenamiento jurídico. El Consejo Constitucional francés, en su Decisión de 18 de noviembre de 1982, declaró inconstitucional una reforma del Código electoral y del Código municipal, inconstitucionalidad que extendió el 24 de enero de 1999 al procedimiento de elección de los consejeros regionales. Sin embargo la reforma constitucional de 8 de julio de 1999 añadió un nuevo párrafo al art. 3 de la Constitución francesa, conforme al cual «la Ley favorece un acceso equitativo de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas», al tiempo que el art. 4 emplaza a los partidos políticos a la consecución de este objetivo. Pues bien, un análisis comparativo de los arts. 3 y 4 de la Constitución francesa y 9.2 de la nuestra permite extraer la conclusión de su análoga potencialidad para amparar la regulación mediante Ley de la composición paritaria de las candidaturas, en especial a partir de la jurisprudencia constitucional, que vincula al art. 9.2 la remoción, por parte de los poderes públicos, de los obstáculos existentes para que las mujeres participen con plenitud en la vida política, económica, social y cultural.

---

<sup>15</sup> Según establece la Disposición Adicional primera de la LOI, se entenderá por “composición equilibrada” la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento. Hasta ese momento, uno de los criterios imperantes era el de la “paridad” como sinónimo de misma representación numérica (50% de cada sexo).

<sup>16</sup> Art. 187.2 LOREG.

También en Italia se ha discutido la constitucionalidad de las cuotas femeninas, dando lugar, tras un primer pronunciamiento de la Corte Constitucional contrario a esta previsión, a sendas reformas constitucionales en 2001 y 2003. Respecto de este país apunta el Abogado del Estado que la similitud entre el art. 9.2 CE y el 3.2 de la Constitución italiana no debe llevar a confusión, puesto que «el art. 9.2 de nuestra Constitución, aunque inspirado en la Constitución italiana, es más rico y no se limita, como el italiano, a imponer la remoción de obstáculos sino que exige de los poderes públicos la activa promoción de las condiciones que garanticen que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas». Además, no existe en nuestro texto constitucional un precepto equivalente al art. 51 de la Constitución italiana. En las reformas constitucionales llevadas a efecto en Europa concurren dos elementos que no se dan en España. De una parte, la falta de una definición clara en el texto constitucional –antes de su modificación– de la igualdad material; de otra, la necesidad de afirmar constitucionalmente la igualdad de mujeres y hombres. Ambos elementos condujeron en su momento a la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes que introducían las cuotas electorales.

El TC precisa que nuestro ordenamiento se diferencia del francés y del italiano por la amplitud del artículo 9.2 de la CE, que se proyecta expresamente a la participación política y que a la idea de “remover” añade las de “promover” y “facilitar”. Y es que, el principio de igualdad ante la Ley proclamado en el art. 14 CE impide que el legislador dé un trato distinto a personas que se hallen en la misma situación, pero no se impide que el legislador haga distinciones siempre que puedan ser calificadas de objetivas y razonables, constituyendo discriminaciones cuando sean arbitrarias o irrazonables. En la formulación del juicio de razonabilidad debe prestarse especial atención a las diferenciaciones normativas por razón de las condiciones prohibidas expresamente en el art. 14 CE. Junto con lo expuesto se recuerda que la igualdad ha de ser real y efectiva por mor del art. 9.2 CE, lo que dota de legitimidad a las acciones positivas encaminadas a favorecer la igualdad de oportunidades, práctica que, no obstante, puede colisionar con los derechos de las personas excluidas y con el criterio meritocrático según el cual los bienes o beneficios escasos deben ser asignados según la valía individual de las personas. Lo que no ha sido óbice para que la Ley haya favorecido a las personas con discapacidad mediante la reserva de cuotas en el acceso a la función pública, «lo que constituye una discriminación positiva indirecta en méritos del artículo 49 CE»<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> De forma originaria en nuestro derecho, y en relación a los minusválidos, estaban previstas para fomentar su contratación por empresas tal y como se ha realizado, a título ejemplificativo, a través del art. 38 de la ley 13/82 de Integración Social de los Minusválidos, que establece la obligatoriedad de las empresas de más de 50 trabajadores de contratar un porcentaje de minusválidos equivalente al 2% de la plantilla de la empresa. El TC ha considerado legítima su aplicación, aunque el objeto de litigio en el que se ha mostrado favorable a este tipo de medidas, ha sido el de una convocatoria para proveer unos puestos en la Administración, la STC 264/1994 de 3 de octubre: en base al recurso de amparo planteado por la actora que consideraba que una serie de resoluciones, administrativas y judiciales, vulneraban los arts. 9, 103, 14 y 23,2 Ce, por otorgar preferencia para ocupar la plaza de Administrador General de la CCAA de Canarias a otro aspirante, privándole a ella de la plaza de la que ya había tomado posesión- en atención a que, dada la minusvalía sensorial que aquél padecía, debía beneficiarse de la reserva de plazas para personas que padeciesen discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales iguales o superiores al 33 %. Todo ello, con fundamento en lo establecido en las bases de la convocatoria que, a su vez, reproducían el mandato contenido al efecto en la Ley 2/78 de la Función Pública de Canarias (art. 79). La mencionada reserva era de seis plazas para minusválidos, plazas que acrecerían a las restantes del turno libre si no se cubrieran por personas que reunieran las condiciones requeridas y que, para ser asignadas, se seguirían el orden de puntuación resultante de la suma de la calificación obtenida en la fase de oposición y en la de concurso. Finalmente la presente sentencia estima que dicha reserva no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva señalada, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE).

Además de hacer efectiva la igualdad de trato, es necesaria una igualdad que vaya más allá de la mera igualdad jurídica, complementándose así, para hacerla efectiva, con este aspecto material de la misma. El reconocimiento de esta esfera de la igualdad con la atribución a los poderes públicos del deber de hacer real y efectivo el disfrute de la igualdad, supone superar *el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del art. 1º, que constituye a España como un Estado democrático y social de derecho*<sup>18</sup>.

Así, esta dimensión material se ha justificado por lo inefectiva e insuficiente que se ha mostrado la igualdad formal como instrumento orientado a la corrección de flagrantes desigualdades. Ésta, ha aparcado sus objetivos en el umbral de la igualdad real y efectiva, y fracasa en remediar las desigualdades debidas a los efectos persistentes de las discriminaciones que se suponen ya superadas formalmente. Su principal razón estriba en que *la aplicación de iguales derechos e iguales condiciones a los que tienen desiguales condiciones de partida, acaba favoreciendo al grupo socialmente aventajado*<sup>19</sup>. Es más, debido a la *desigualdad fáctica de las personas*<sup>20</sup>; esa infinita diversidad que es el ser humano, *la igualdad de iure deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y a menudo, hasta las refuerza*<sup>21</sup>; es lo que ALEXY denomina la paradoja de la igualdad, es decir: la igualdad de iure refuerza a veces la desigualdad de hecho al mismo tiempo que para crear igualdad de hecho hay que aceptar la igualdad de iure.

La paradoja de la igualdad, según algún autor, *se enmarca en la cuestión más general de la relación entre libertad e igualdad. Esta relación es típicamente dialéctica, esto es, de dependencia recíproca*<sup>22</sup>; la existencia de cada uno de los polos de la relación complica la existencia del otro, es decir, no puede haber libertad sin un mínimo de igualdad y viceversa. También de tensión, ya que cuando se afirma uno de los términos, el otro disminuye simultáneamente. Pero en todo caso, esta relación habrá de encontrar la medida justa entre ambas, pues dicha conciliación es una obligación del Estado social proclamado en la Constitución Española. Habría que partir de una visión omnicomprensiva (formal-material) y dinámica de la igualdad como un valor o principio unitario que presenta dos vertientes; la igualdad

---

<sup>18</sup> STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3, en BJC 22, p. 153.

<sup>19</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M.: *Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados*, RL, VII, 1996, p.10.

<sup>20</sup> *No hay dos seres iguales, como no hay dos supuestos iguales*: ARA PINILLA, I.: *Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad* en VVAA: *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 202. Como afirma Baltasar Gracián: *Visto un león, están vistos todos y vista una oveja, todas; pero visto un hombre no está visto sino uno, y aún ése no bien conocido. Todos los tigres son crueles, las palomas sencillas y cada hombre de su naturaleza diferente*; GRACIÁN, B.: *El Criticón*, ed. a cargo de I. Quiles, Espasa-Calpe, Madrid, 1980, p. 100. Aunque otros filósofos como HOBBS han pensado que al menos en lo que se refiere a las facultades del cuerpo y del espíritu, la naturaleza hizo a los hombres iguales, pese a que luego, en su estado de naturaleza, busca egoístamente sus intereses y vive en una guerra de todos contra todos (“homo homini lupus”) como se desprende de su obra: “El Leviatán” (nombre del monstruo bíblico que representa el Estado –apología del absolutismo–), en la que se condensa su filosofía política.

<sup>21</sup> ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 404 citando a K. HESSE: *Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht* en AöR 77 (1951/52), pp. 167-224. PÉREZ LUÑO atribuye sin embargo esta cita a FROSINI. Así, véase; PÉREZ LUÑO, A. E.: *Sobre la igualdad en la Constitución española*, Anuario de Filosofía del Derecho, IV, 1987, p.136 citando a FROSINI, V.: *Paradosso dell'eguaglianza*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1976, p. 542.

<sup>22</sup> REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 54 y 55. La explicación realizada por este autor en relación a la denominada paradoja de la igualdad ha sido recogida de forma íntegra y literal por ELÓSEGUI ITXASO, M.: *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 105 y 106.

formal o política y de otro lado la igualdad sustancial o social pero que *no son incompatibles, sino complementarias entre sí*<sup>23</sup>. Esta doble función del principio de igualdad de nuestro sistema constitucional residiría en que, de un lado, opera como *garantía de generalidad y regularidad inmanente al propio ordenamiento jurídico (art. 14)* y, de otro, *como meta u objetivo trascendente a alcanzar en el orden económico-social (art 9.2)*<sup>24</sup>.

*No obstante, no debe obviarse, pese a estos planteamientos, que todavía hoy en día la mayoría de la doctrina especializada en la materia, suma sus esfuerzos académicos en argumentar jurídicamente sobre la necesidad de las medidas de igualdad de oportunidades y la aplicación en España de la discriminación positiva para la eliminación de la discriminación por razón de sexo, sin continuar reivindicando al mismo tiempo la que podría considerarse su condición sine qua non; la equidad jurídica en derechos de las mujeres respecto a los hombres, que todavía no se ha conseguido plenamente, como intenta poner de relieve este trabajo. Buen ejemplo de ello lo constituye la preterición de la mujer en la sucesión a la Corona española, que hace inconcluso el largo camino hacia la igualdad*<sup>25</sup>.

2) El Tribunal sostiene que la medida impugnada no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), se ofrece un trato igualitario a las dos mitades sociales. La norma, desde el punto de vista de su construcción abstracta, es escrupulosamente respetuosa con el principio de igualdad, dando exactamente el mismo tratamiento a hombres y mujeres. Las normas que establecen cuotas electorales en beneficio del equilibrio entre los sexos no reservan directamente y, con independencia de la elección, un porcentaje de puestos en el Parlamento, sino que reservan un porcentaje de puestos en las candidaturas electorales<sup>26</sup>. La obligación se refiere a ambos sexos en una determinada proporción mínima (40%), no se realiza una reserva en exclusiva a la mujer. Otra cosa será que de su aplicación práctica y por razones puramente estadísticas, derivadas de la tradicional inferior presencia de las mujeres en las candidaturas de los partidos políticos, la reforma de la LOREG pueda operar inicialmente en beneficio de esta mitad social, corrigiendo una situación de desigualdad de origen. Es probable que en un futuro próximo, opere a favor de los hombres. Por eso, a largo plazo, las cuotas electorales son para ambos sexos una garantía de una representación equilibrada en los centros de poder o de toma de decisiones<sup>27</sup>. De hecho, la Abogacía del Estado excluye cualquier análisis de conceptos como “discriminación inversa” porque a su modo, en este proceso constitucional, *simplemente habrá de decidirse si el art. 44 bis LOREG es o no constitucional, con independencia de su categorización más o menos acertada.*

Coincido con REY MARTÍNEZ en que el Tribunal se enfrenta a un caso claro de igualdad de oportunidades (aunque formalmente, como veremos, la medida controvertida era exquisitamente

---

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, M.E.: *Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad*, en Anuario de Filosofía del Derecho, T. X, 1993, p. 68.

<sup>24</sup> PEREZ LUÑO, A. E.: *Sobre la igualdad en la Constitución española*, ob. cit., p. 143.

<sup>25</sup> RICOY CASAS, R.M.: *¿Qué igualdad?. El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español, y las políticas públicas para su erradicación*, Dykinson, 2010.

<sup>26</sup> RUIZ MIGUEL, A.: *La representación democrática de las mujeres*, en CARBONELL, M. (comp.): *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 294.

<sup>27</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad*, en Diario La Ley, nº 6918, 2008, p. 3.

neutral en cuanto al sexo), pero ya no se apoyará en la doctrina compensatoria de la sentencia 128 de 1987 (que parece estar en desuso), sino directamente en el artículo 9.2 de la Constitución (que ordena a los poderes públicos promover la igualdad real y efectiva)<sup>28</sup>.

Las medidas de igualdad de oportunidades pueden definirse como *el cauce natural a través del cual se aplica el principio de igualdad en un determinado contexto y momento, y responden a la idea de que cada persona tenga las mismas oportunidades que el resto a la hora de obtener los bienes escasos que necesita para realizar su propio plan de vida*<sup>29</sup>. Dichas medidas se instrumentarían de cara a erradicar ciertas conductas y comportamientos que sitúan a grupos de personas en posiciones de objetiva inferioridad y manifiesta desigualdad, como ocurre con más de la mitad de la humanidad, las mujeres, y que se han convertido en barreras que les impiden disfrutar de una verdadera igualdad en sus relaciones sociales. Es decir, supondría *la posibilidad de que cada miembro de la sociedad, sea cual fuere su nacimiento, ocupación o posición social, posea iguales oportunidades (no meramente formales) para desarrollar plenamente su capacidad natural en el plano físico e intelectual*<sup>30</sup>, y no atendiendo a cuestiones como el sexo para negar dicha posibilidad.

Es por ello que se definen también *como no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes*<sup>31</sup>, imponiendo la ausencia de barreras legales en el acceso a todas las esferas de la vida social. Y es que, la plena ciudadanía de hombres y mujeres supone igualdad de oportunidades para participar en los puestos de trabajo, los procesos de producción y distribución de bienes, la cultura y cualquier faceta de la organización social, pero especialmente en todos los niveles de toma de decisión de la vida pública. En palabras de BOBBIO, el principio de igualdad de oportunidades elevado a principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales<sup>32</sup>, de modo que son medidas-exigencia de la razón humana destinadas a lograr este déficit de estabilidad política, crecimiento económico con equidad social y por ende, tanto en sentido sustancial como político-formal, asegurar igualdad de oportunidades representa una de las condiciones esenciales de supervivencia de la propia democracia<sup>33</sup>.

Sin embargo, estas medidas se han considerado insuficientes para erradicar tales discriminaciones, pues dependen en gran parte de medios financieros y de los programas políticos existentes. De este modo, el debate actual se centra en la aplicación de determinadas medidas tales como las acciones

---

<sup>28</sup> REY MARTINEZ, F.: *Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Revista Derecho del Estado, nº25, 2010.

<sup>29</sup> SIERRA HERNAIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, p18. Nada parecen tener que ver, pues, con el concepto de igualdad de oportunidades que Jeremy Bentham equiparaba al de igualdad ya que, en virtud de la misma, *la acción legislativa debía limitarse a la demolición de obstáculos pero siempre y cuando ello no alterara el reparto de la propiedad, pues en ningún caso admitía la existencia de unos derechos, innatos o adquiridos, iguales para todos*. Además, en caso de conflicto, habría de ceder siempre ante la seguridad, al considerarla principio supremo; ESCAMILLA CASTILLO, M.: *Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham*, Anuario de Filosofía del Derecho, pp. 185 y ss. Para BOBBIO, este principio de igualdad de oportunidades es *la aplicación de la regla de justicia a una situación en la cual haya personas en competición entre sí para la consecución de un objetivo único, es decir, de un objetivo que no puede ser alcanzado más que por uno de los concurrentes*: BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad*, Paidós, 2000, ob. cit., p.77.

<sup>30</sup> PEREZ LUÑO, A.E.: *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 34, Dykinson, Madrid, 2005, p. 274.

<sup>31</sup> ALARCÓN CABRERA, C.: *Reflexiones sobre la igualdad material*, Anuario Filosofía del Derecho, IV, 1987, p. 31.

<sup>32</sup> BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad*, ob. cit., p. 78.

<sup>33</sup> PASTORI, G.: *Funciones y derechos sociales entre Estado y sociedad*, Documentación Administrativa, nº 248/249, 1997, p. 198.



positivas y específicamente una de sus vertientes; la discriminación positiva. Han sido introducidas en Europa principalmente a partir de la década de los noventa a través de la jurisprudencia del TJCE<sup>34</sup>, y no exenta su inicial aplicación de polémica, como puede deducirse de la numerosa doctrina existente al respecto. Las acciones positivas, a diferencia de las medidas de igualdad de oportunidades, no dependen tanto de medios financieros, ni de los programas políticos, ni se dirige a paliar discriminaciones determinadas por rasgos individuales por ejemplo de tipo económico o de minusvalías, sino que por su propia naturaleza, dichos rasgos no reflejan ninguna inferioridad, como el ser mujer. Se dirigen a colectivos, y en su mayoría se trata de “grupos históricamente discriminados o infrarrepresentados”, y por el mero hecho de pertenecer al grupo, cualquier daño a uno de sus miembros se distribuye al colectivo entero, es decir; son por ello indirectamente discriminados.

Tienen como finalidad compensar esa desigualdad y la consecución, entre otras, de la paridad de sexos, instrumentándose para ello con carácter temporal y evitar así que se conviertan en privilegios, por lo que, una vez conseguido el objetivo para el que han sido creadas, las mismas cesarán en su aplicación. Han recibido tal denominación de la traducción del concepto de la "*affirmative action*" del Derecho Estadounidense allí utilizadas desde la década de los años sesenta para paliar, principalmente, las discriminaciones de tipo racial y sexual, que es en donde la mayoría de autores como SIERRA HERNÁIZ<sup>35</sup>, sitúan su origen. Otros, sin embargo, señalan como precedente, los artículos 15.4 y 16.4 de la Constitución de la República India de 1950, en donde se contenía el mandato de reservar puestos en la Administración del Estado, aunque con poco éxito, a los miembros de una casta secularmente marginada; “los intocables”<sup>36</sup>, que se conocía como “reservation policy” (política de reservas)<sup>37</sup>.

Precisamente una modalidad específica de acciones positivas la constituye la discriminación positiva o inversa, que generalmente adopta la forma de cuotas y de tratos preferentes. Se reservan mínimos garantizados de plazas o puestos en donde exista concurrencia competitiva, asignándose

---

<sup>34</sup> Para algún autor, ya desde los años setenta el Tribunal de Luxemburgo ha venido adoptando una *concepción ampliadora de los principios de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*; QUINTANILLA NAVARRO, B.: *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso "Kalanke versus Glissmann"*, AL, n° 5, 1996, p. 154. En este sentido, vid. también entre otras, la anterior Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer.

<sup>35</sup> SIERRA HERNÁIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, pp. 33 y ss.

<sup>36</sup> Este sistema de castas de la India existe desde hace 2000 años y fue promulgado por la teología hindú que encierra a las personas en un rol inmutable y determinado por su nacimiento. En primer lugar están los *brahmanes*, que son los sacerdotes y los jueces de lo que está bien y lo que está mal en temas de religión y casta. Después, vienen los *kshatras*, que son los soldados y los administradores. Los *vaisyas* son la clase artesanal y comercial y, finalmente, los *sudras*, que son los granjeros y campesinos. Por debajo de las cuatro castas principales hay un quinto grupo; los intocables, que actualmente reciben el nombre de *dalit* (oprimido) también llamados los *harijan* o pueblo de dios por Gandhi.

Los intocables ocupan el peldaño más bajo de la escala social, y su discriminación es tal que, entre otras cosas, no pueden abastecerse en los grifos públicos de la aldea que utilizan las castas superiores, no los admiten en los templos, en la escuela se tienen que sentar fuera, las personas de castas superiores violan y explotan sexualmente a las mujeres de su casta, se les niega el acceso a la propiedad de la tierra así como la vivienda, agua potable, electricidad o salud son atacados sistemáticamente por la policía y los grupos de defensa de las castas superiores, que disfrutan de la protección del Estado, etc. Durante un tiempo, incluso, tenían que aplaudir a su paso para alertar sobre su presencia y evitar ser visto por las personas de casta, incluso teniendo que barrer sus huellas para no contaminar, pues hasta su sombra era considerada impura.

<sup>37</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 15.

esos porcentajes o atribuyendo una mejor puntuación a quienes se pretende favorecer con las mismas. Es decir, se concede prioridad (en este caso a las mujeres; a las candidatas), en caso de igualdad de cualificación y méritos, para la contratación, promoción y nombramiento en determinados puestos, mientras las mujeres sigan estando infrarrepresentadas en los mismos. La razón principal estriba en que, prescindiendo del análisis de los "obstáculos o impedimentos previos" que tiene la mujer a la hora de acceder a determinados puestos de trabajo, de manera sistemática se viene produciendo que ante la misma cualificación y méritos, la aspirante mujer tiene una probabilidad de obtenerlo muy inferior respecto al candidato varón con el que concurre al mismo puesto. Parafraseando a RODRÍGUEZ-PIÑERO, no es que tenga menos suerte, sino que "*los dados están trucados*"<sup>38</sup>, es decir; la desigualdad que se produce en la mayoría de los casos, tiene lugar en el momento de producirse el resultado consistente en la consecución de un puesto determinado, y precisamente *ese carácter sistemático, el que no sea un único caso, legitima la acción positiva para influir sobre el resultado*<sup>39</sup>.

3) Es por tanto una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino una proporción máxima de 60 a 40%. Según establece la Disposición Adicional primera de la LOI, se entenderá por "composición equilibrada" la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento. Hasta ese momento, uno de los criterios imperantes era el de la "paridad" como sinónimo de misma representación numérica (50% de cada sexo). Su efecto es, pues, bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo. Por otro lado, el nuevo requisito tiene como destinatarios directos a los partidos, coaliciones y agrupaciones de electores y no a los ciudadanos: no es una condición de elegibilidad, por lo que no afecta al derecho de sufragio pasivo individual (no afecta directamente al art. 23 de la CE).

Aunque su efecto actuara de modo unidireccional a favor del sexo femenino sería igualmente conforme con la doctrina plasmada en las resoluciones antes citadas. Así, tendría un fin lícito y legítimo, como sería la superación de la desigualdad histórica de participación política de las mujeres, procurando que las candidaturas reflejen la distribución de la población por géneros existente, y, por otro lado, la presencia equilibrada de hombres y mujeres en las listas es una medida racional y absolutamente proporcionada al fin perseguido.

4) La cuota no pretende que las mujeres representen en el Parlamento intereses específicamente femeninos sino todo lo contrario, se trata de *universalizar el contenido de la política* eliminando las diferencias entre los sexos y, por lo tanto, el objetivo de la reforma sería eliminar las intolerables discriminaciones entre ellos. La introducción de medidas de paridad electoral no quiebra el concepto de unidad del pueblo como titular de la soberanía, al que no se pretende escindir en dos mitades. Antes bien, se respeta la existencia de una voluntad nacional única, generada por los representantes del pueblo soberano cuya elección se ve ligeramente condicionada para la consecución del incuestionable objetivo de que en las candidaturas electorales exista una presencia equilibrada de hombres y mujeres.

---

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados*, RL, VII, 1996, p.12.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

5) Declarada la conformidad de la norma impugnada con el derecho de igualdad, el Tribunal pasa a examinar la idea de que se trata de una condición que no provoca una violación material del derecho de sufragio pasivo, sino un requisito relativo a la forma de presentar las listas de candidaturas. La LOREG debe respetar el contenido mínimo del derecho fundamental al sufragio pasivo, pero goza de libertad para su configuración más o menos amplia. Existen causas de inelegibilidad (arts. 6 y 7 LOREG), causas de incompatibilidad (arts. 155 y ss.) y requisitos de presentación de candidaturas (art. 46, entre otros), de igual modo que se exige que éstas incluyan suplentes para los candidatos o que se presenten dentro del plazo y mediante los procedimientos establecidos. No debe entenderse que estos requisitos o causas tengan una naturaleza distinta de los requisitos de paridad electoral.

El contenido del derecho de sufragio pasivo consiste en que el candidato «que satisface los requisitos de la Ley electoral, alcance la elección y se halle habilitado para tomar posesión y ejercer el cargo de representante». Ahora bien, nadie tiene «derecho» a ser candidato, habida cuenta de que la condición de candidato no existe hasta la publicación oficial de la candidatura. De modo que las medidas de paridad entre hombres y mujeres aquí controvertidas se enmarcan en una dimensión distinta a la del estricto ejercicio del derecho fundamental de sufragio pasivo pues atañen no tanto a la condición de candidato como a la elaboración de una candidatura en su conjunto.

6) Asimismo, no se puede apelar a una supuesta violación del derecho de sufragio activo, puesto que en España se adopta un sistema de listas cerradas (hay que votar a candidatos de un mismo partido) y bloqueadas (los escaños se distribuyen según el orden prefijado de los candidatos establecido por los partidos). Tal sistema también limita la libertad del elector, pues éste no puede votar a candidatos específicos, ya que el voto a favor de la candidatura de un determinado partido implica la adhesión conjunta a los candidatos propuestos y en el orden prefijado<sup>40</sup>. Por esa razón, puede intuirse que algunos autores se oponen a las cuotas electorales porque, previamente y en general, son críticos al sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas<sup>41</sup>. Cualquier ciudadano que quiera presentarse como candidato debe obtener el apoyo de un partido político o de un grupo electoral que lo integre en su candidatura, pues se confía a los partidos políticos la “concreción de los elegibles”<sup>42</sup>, y así puede concluirse que “la libertad de candidatura, como derecho individual no existe, pues para ser candidato han de cumplirse los requisitos legales y ser presentado por las formaciones políticas”<sup>43</sup>. No existe un derecho a ser propuesto por las formaciones políticas.

---

<sup>40</sup> AQUINO DE SOUZA, C.: *Las cuotas electorales y el derecho fundamental de sufragio*, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 17, 2008-I, p.265.

<sup>41</sup> Según Fernando Rey Martínez, lo que hay que poner en cuestión son las listas cerradas y bloqueadas y el legislador, al establecer cuotas electorales, se mueve “en la periferia y no en el centro del problema”: REY MARTÍNEZ, F.: *La presentación equilibrada en los partidos políticos*, en Aequalitas: Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, nº 20, 2007, p. 72.

<sup>42</sup> TRUJILLO, M.A.: *Paridad Política*, en AAVV: *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 381.

<sup>43</sup> VITTORIA BALLESTRERO, M.: *Acciones positivas. Punto y aparte*, en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 19, 1996, p. 106.

7) Otra de las cuestiones a las que se enfrenta la Sentencia aquí comentada es a la posible vulneración del artículo 6 CE<sup>44</sup> en relación con el artículo 22 CE<sup>45</sup>, es decir, la posible lesión del derecho fundamental de asociación. El TC comienza recordando lo que ya ha explicitado en jurisprudencia anterior, identificando cuatro facetas o dimensiones de dicho derecho; a saber: la libertad de crear asociaciones y de adscripción a las ya creadas, la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas y, por último, la calificada como dimensión «inter privados», que garantiza un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse. Ante tal perspectiva, el TC argumenta que los motivos que llevan a los recurrentes a impugnar la norma controvertida no se refieren en realidad a ninguna de las facetas mencionadas del derecho de asociación, sino que obedecen a aspectos relacionados con la libertad de actuación externa (en concreto, a la presentación de candidaturas, cabría añadir). Aduciendo los motivos expuestos anteriormente, la limitación de dicha facultad no sería inconstitucional, por lo que el art. 22 CE no se ve vulnerado.

Finalmente, especialmente en relación a las últimas cuestiones tratadas, el Magistrado Rodríguez-Zapata formula un voto particular a la Sentencia. En su opinión, es válido que los partidos acojan en sus estatutos cláusulas que aseguren la participación de la mujer en las listas electorales, pero la imposición por ley de la paridad o de cuotas electorales vulnera el principio de la representación política y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos, resultando lesionado el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma cuestionada. El nuevo modelo de representación política, según el voto discrepante, interpone la condición sexual entre la soberanía y la condición de ciudadano. ¿Es concebible dividir a los representantes en categorías con el fin de facilitar o asegurar un mínimo de elegidos de cada una sin que resulte gravemente afectado el principio de la unidad y homogeneidad del cuerpo de ciudadanos? Si se admite que sí, el legislador podrá en un futuro imponer al cuerpo electoral que en las candidaturas figuren otras minorías (raza, lengua, orientación sexual, religión, minusvalías, juventud, tercera edad, etc.). Ciertamente, el formato de la medida le parece sensato y equilibrado (marcando un porcentaje indistinto por sexo de 60%/40%), pero en su opinión, la elección de candidatos en las listas es una decisión que forma parte del derecho de asociación de los partidos y de su libertad ideológica y, por consiguiente, afecta a derechos fundamentales.

Debe de advertirse la opinión en contra a esta idea por la Abogacía del Estado, para la cual no puede incurrirse en el error conceptual de equiparar la división de género a cualquier otra división de grupo o etnia, ignorando así la concepción universalista del género, que impide su reducción a minoría de una categoría universal. El sexo no viene determinado por causas culturales o sociales, sino que va ligado a la noción misma de ser humano, se trata de una característica irremediabilmente inherente a todo individuo, e inmodificable en su conjunto. Por ello las denominadas cuotas por

---

<sup>44</sup> Artículo 6 CE: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

<sup>45</sup> Artículo 22 CE: “1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”.

sexo, en términos de equilibrio entre hombres y mujeres, no pueden compararse a posibles cuotas basadas en características culturales, sociales o físicas de una parte de la población que sí podrían, en su caso, vulnerar la indivisibilidad y unidad del cuerpo electoral. Las mujeres no son una minoría ni un grupo social que defienda intereses parciales, por lo que no sería adecuado, en relación a los demás supuestos, el *tertium comparationis*, tal y como lo ha definido el Tribunal Constitucional en numerosa jurisprudencia<sup>46</sup>.

Por encima de las argumentaciones señaladas y de la polémica suscitada, este tipo de medidas cuentan en España, afortunadamente, y en mayor medida a cada paso, con más adeptos<sup>47</sup>. Tal vez la mirada hacia Europa confirme que no deben considerarse nada “sospechosas”, sino un avance más en lo relacionado con los fundamentos mismos de las teorías de la democracia y de la representación a estas alturas del siglo veintiuno pese a las polémicas que deben entroncarse meramente en motivos de política de “regate corto”. Así, se han introducido en otros países europeos con sendas reformas constitucionales previas<sup>48</sup>, tal vez auspiciada por el Parlamento Europeo a través de una Resolución del año 1988 en la que se pide, esta vez a los partidos políticos, que “establezcan sus listas de candidatos según un sistema de cuotas claramente definido y controlable, de modo que en un plazo breve de tiempo se alcance una igualdad numérica de hombres y mujeres en todos los órganos de representación política”<sup>49</sup>.

Pese a todo lo señalado, y pese al aumento de las mujeres en los Ayuntamientos, en otras importantes instancias su presencia no se ha percibido de una manera notoria. A título ejemplificativo, en el Congreso de los Diputados, en el momento de su constitución en la novena legislatura en 2008, el número de mujeres es de 127 sobre 350 (36,28%), sólo una más que en la constitución de la anterior, un indicio más de que queda mucho por hacer en materia de políticas de género. De hecho, la doctrina de esta Sentencia tuvo que reiterarse en la STC 13/2009, de 19 de enero<sup>50</sup>, y ello pese a que no estamos hablando del puro concepto de “paridad”, o de “listas

---

<sup>46</sup> A título meramente ejemplificativo, SSTC: 148/1986, 29/1987 y 1/2001.

<sup>47</sup> Además de los ya señalados autores que las apoyan doctrinalmente, cabe señalar por su compromiso casi vindicatorio con el título de su artículo: RUIZ MIGUEL, A.: *En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 20, 2007.

<sup>48</sup> ALVAREZ RODRÍGUEZ, I. y TORRES MURO, I.: *Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)*, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, 2008.

<sup>49</sup> SEVILLA MERINO, J.: *La participación política en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 11, 2007.

<sup>50</sup> La doctrina de la sentencia 12 de 2008 se viene a reproducir más tarde en la sentencia 13/2009, de 19 de enero, aunque en este último caso hay interesantes matices diferenciales. El primero es que no sólo se refiere al sistema electoral, sino también a la función pública, y el segundo es que, en materia electoral, la disposición impugnada fijaba una representación mínima en las listas de candidatos electorales de mujeres de 50% y de hombres de 40%. Veamos ambos aspectos. En cuanto al primero, el Tribunal examina tres asuntos. La ley vasca impugnada ordenaba, primero, a la administración seguir la valoración del cumplimiento del mandato de una representación equilibrada (entendiendo por tal un porcentaje por género indistinto de 60/40%) en la composición de todos los órganos de la administración (el Tribunal no lo considera inconstitucional porque se trata tan sólo de un mandato, no de una regla); segundo, establecía que los miembros de los órganos encargados de los procesos de acceso, provisión y promoción en el empleo público de la Comunidad Autónoma vasca también respetaran esa composición equilibrada (la sentencia tampoco lo considera inconstitucional porque los miembros de tales órganos deben reunir los requisitos de mérito y capacidad y porque esta regla se puede exceptuar si se justifica debidamente su no pertinencia); y, por último, se estipulaba que los jurados de premios y de adquisición de fondos culturales y/o artísticos también fueran equilibrados (lo cual, como es obvio, tampoco ha sido estimado inconstitucional). En relación con el sistema electoral del Parlamento vasco y de las instituciones forales, la ley impugnada establecía que las listas de candidatos estuvieran integradas por, al menos, 50% de mujeres (en el conjunto de cada lista y en cada tramo de seis nombres). El Tribunal considera, en primer término, que esta disposición no vulnera lo dispuesto en la normativa básica estatal, que exige la presencia de 40% de mujeres o de

cremallera”. De todo ello surge la necesidad de que todos los operadores jurídicos se impliquen en la búsqueda de respuestas, especialmente en las cuestiones relativas a la igualdad, que todavía se resiste a su pleno cumplimiento en nuestra sociedad.

## REFERENCIAS

- ALARCÓN CABRERA, C.: *Reflexiones sobre la igualdad material*, Anuario Filosofía del Derecho, IV, 1987.
- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 404 citando a K. HESSE: *Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht* en AöR 77 (1951/52).
- ALVAREZ RODRÍGUEZ, I. y TORRES MURO, I.: *Iguales, pero separados. Las cuotas electorales ante el Tribunal Constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero)*, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 7, 2008.
- AQUINO DE SOUZA, C.: *Las cuotas electorales y el derecho fundamental de sufragio*, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 17, 2008-I.
- BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad*, Paidós, 2000.
- BUSSY GENEVOIS, D.: *Mujeres de España: de la República al franquismo*, en DUBY, G. y PERROT, M. (coord.): *Historia de las Mujeres*, Taurus, Madrid, 2000, p. 227; CAPEL, R.: *El sufragio femenino en la Segunda República española*, Ed. de la Universidad de Granada, 1975.
- CAMPOAMOR, C.: *El voto femenino y yo: mi pecado mortal*, La Sal, Barcelona, 1981. También resulta muy interesante la lectura de los diarios de sesiones del Congreso de los Diputados de la República española en relación a la cuestión aquí tratada en: VALCÁRCEL, A.: *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2002.
- ELÓSEGUI ITXASO, M.: *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- ESCAMILLA CASTILLO, M.: *Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham*, Anuario de Filosofía del Derecho.
- FAGOAGA, C.: *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España 1877-1931*, Icaria, 1985.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, M.E.: *Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad*, en Anuario de Filosofía del Derecho, T. X, 1993.
- FRANCO RUBIO, G. A.: *La incorporación de la mujer a la Administración del Estado, Municipios y Diputaciones (1918-1936)*, Subdirección General de Estudios e investigaciones, 1981.
- GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GRACIÁN, B.: *El Criticón*, ed. a cargo de I. Quiles, Espasa-Calpe, Madrid, 1980.
- LAFUENTE, I.: *Agrupémonos todas. La lucha de las españolas por la igualdad*, Aguilar, 2003.

---

hombres, pero que permite “incrementos autonómicos”. Es más, la disposición vasca es razonable porque, leída conjuntamente con la estatal, se garantiza que como mínimo 40% de los candidatos sean varones. Ciertamente, la disposición impugnada determina que la presencia mínima de hombres en las listas electorales sea de 40% y la de las mujeres de 50%, pero el Tribunal encuentra esta diferencia plenamente justificada por dos razones: 1) con ella se pretende corregir una situación histórica de discriminación de las mujeres en la vida pública; y 2) la medida es adecuada porque no comporta un sacrificio innecesario de derechos fundamentales: ni la diferencia de porcentaje es excesiva ni está en cuestión alguna un derecho de los hombres o de los partidos políticos. Como cabe suponer, a esta sentencia le acompaña un voto discrepante semejante al de la sentencia 12/2008; Rodríguez-Zapata reitera su crítica al impacto negativo de la democracia de género sobre el principio de representación política: REY MARTINEZ, F.: *Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Revista Derecho del Estado, nº25, 2010.

- LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Unos apuntes sobre las llamadas cuotas electorales a la vista de la declaración de su constitucionalidad*, Diario La Ley, n° 6918, 2008.
- MERINO HERNANDEZ, R.M.: *Las mujeres en España durante la Segunda República y la Guerra Civil: derechos, política y violencia*, en CUESTA BUSTILLO, J. (Dir.): *Historia de las Mujeres en España. Siglo XX*, tomo I, Instituto de la Mujer, 2003.
- PASTORI, G.: *Funciones y derechos sociales entre Estado y sociedad*, Documentación Administrativa, n° 248/249, 1997.
- PEREZ LUÑO, A. E.: *Sobre la igualdad en la Constitución española*, Anuario de Filosofía del Derecho, IV, 1987, citando a FROSINI, V.: *Paradosso dell'eguaglianza*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1976.
- \_\_\_\_\_ *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n° 34, Dykinson, Madrid, 2005.
- QUINTANILLA NAVARRO, B.: *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso "Kalanke versus Glissmann"*, AL, n° 5, 1996.
- REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- \_\_\_\_\_ *Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Revista Derecho del Estado, n°25, 2010;
- \_\_\_\_\_ *La presentación equilibrada en los partidos políticos*, en Aequalitas: Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, n° 20, 2007.
- RICOY CASAS, R.M.: *¿Qué igualdad?. El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español, y las políticas públicas para su erradicación*, Dykinson, 2010.
- RODRIGUEZ PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados*, RL, VII, 1996.
- RUIZ MIGUEL, A.: *En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres*, en Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, n° 20, 2007.
- \_\_\_\_\_ *La representación democrática de las mujeres*, en CARBONELL, M. (comp.): *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- SEVILLA MERINO, J.: *La participación política en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, n° 11, 2007.
- SIERRA HERNAIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.
- TORRES MURO, I.: *Las SSTC 12/2008, de 29 de enero, y 13/2009, de 19 de enero, sobre las cuotas electorales: contenido, recepción y consecuencias*, Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, N° 24, 2009.
- TRUJILLO, M.A.: *Paridad Política*, en AAVV: *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- VALCÁRCCEL, A.: *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2002.
- VITTORIA BALLESTRERO, M.: *Acciones positivas. Punto y aparte*, en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n° 19, 1996.
- VVAA: *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000.

# EL PODER JUDICIAL Y LA SOCIEDAD<sup>1</sup>

**Mario Alberto Portela**

*Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (ARGENTINA)  
maport@speedy.com.ar*

## Resumen

En este trabajo se analiza el problema de la independencia judicial desde una perspectiva histórica y sociológica, centrada en la historia constitucional Argentina, y se evalúa que el impacto de los medios masivos de comunicación tienen en su configuración, efectividad y alcance.

**Palabras Clave:** Historia Constitucional – Poder Judicial – Argentina – Responsabilidad política.

## LA SITUACIÓN LOCAL

En nuestro país, en la Convención de 1853, los constituyentes establecieron una constitución con fuerte influencia ideológica y origen norteamericano, especialmente por la denodada labor de Alberdi, pero a la par se fue gestando un derecho administrativo y procesal con fuertes influencias francesas y españolas ya que la instalación de la Corte Suprema tuvo lugar recién a mediados de 1860, luego de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación. Esta duplicidad de procedimientos y de fuentes no se eliminó nunca y complicó el funcionamiento normal del Poder Judicial, situación que fue empeorada en 1994 cuando la Constituyente reformadora estableció el Consejo de la Magistratura manteniendo el control judicial difuso, sin crear un Tribunal Constitucional o Supremo (diverso a la Corte) que se encargara exclusivamente de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes.

Esto ha provocado la tardía reglamentación y puesta en marcha del primero de los Consejos de la Magistratura (luego de múltiples negociaciones entre los bloques partidarios), los problemas políticos causados por su reforma reciente (con cierto predominio del oficialismo que tiene un supuesto poder de veto tanto para el control como para la destitución de los jueces), los roces frecuentes entre la Corte y el Consejo y las apetencias políticas por el control de éste con el fin de obtener mayor poder, usando entre otros instrumentos la administración financiera del Poder Judicial. Los medios masivos manifiestan, alentados por los partidos opositores y por algunos magistrados y abogados, que a través del Consejo se trata de vulnerar la independencia de los jueces, circunstancia que es mucho más declamatoria que real.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado “Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial”.



En efecto, hoy en día la existencia de una prensa muy preocupada por las resoluciones judiciales, a veces por razones oscuras que dependen de sus propios intereses y de la conservación del propio poder, es mucho más vulnerante de la independencia judicial que las eventuales intromisiones del PE o de los integrantes del Consejo de la Magistratura. Este manejo mediático también incide en la formación de una opinión pública que se trata de manifestar por encima de las decisiones jurisdiccionales aunque para ello deba atacar fieramente a las personas de los jueces. Aparte de ello es también vulnerante de la propia independencia judicial la existencia de verticalismo en la organización judicial, que somete a los denominados jueces inferiores a “inspecciones” o a destratos vía de la superintendencia que manejan los estamentos superiores de la pirámide judicial.

Así es mucho más preocupante para la independencia judicial que al tratar el tema de la inseguridad urbana en nuestro país los grandes medios de comunicación bombardeen con noticias policiales que siempre reflejan hechos sangrientos y especialmente crueles o que el Presidente de la Corte Suprema se refiera a que algunos jueces alienten la denominada “puerta giratoria”, explicación policial y de partidismo mediático, que cualquier expresión vertida individualmente por algún consejero desubicado o por algún ministro trasnochado. La opinión omnipresente e interesada de los medios masivos (¿no hubo inseguridad mientras tuvo lugar el conflicto del gobierno con los productores rurales?), que por más que manifiesten que sólo son reflejo de la realidad, construyen opinión e influyen en la realidad, sumadas a las apreciaciones del Presidente de la Corte pueden influir fuertemente sobre las decisiones de magistrados que prefieren vivir tranquilos que ejercer plenamente su potestad jurisdiccional de consuno con lo que establecen nuestra Constitución y las leyes que son su consecuencia.

Esto ocurre porque los jueces, al decir de Leopoldo Schiffrin (camarista Federal de La Plata), integran el sistema de dominación real, situación que se repite en todas partes, junto con el capitalismo local muchas veces prebendario (agrario e industrial), el capitalismo extranjero (generalmente especulativo y financiero), la Iglesia y las FF.AA., éstas últimas cada vez más menguadas pero aún importantes por su rol educativo y por ser formadores de opinión. No en vano un dirigente manifestó hace poco que a la Nación la fundaron “el campo, la Iglesia y las FF.AA.”. Esta circunstancia ya fue señalada en teoría política por Lasalle (¿Qué es una Constitución?) y no por nada nuestro Leopoldo Marechal se preocupaba por los excesos de Ajax y de Creso (la fuerza y el capital en su estratificación de la política), relegando al último de los lugares al pobre Gutiérrez que, en su gracioso esquema, representa al mundo del trabajo.

Los jueces suelen ser, como corporación, funcionales a esos factores de poder (los de Ajax y los de Creso) y en lo individual sólo se preocupan del sueldo, la carrera y la estabilidad. Se transforman así en burócratas desentendidos de sus propias relaciones de poder y cuya Biblia la constituye la lectura del diario “La Nación”, mientras que su horizonte teórico es el que recibieron de las Facultades de Derecho a lo largo de la carrera de grado y las subsecuentes especializaciones y cursos de postgrado que hoy son inevitables dadas las competencias por los “cartones” a las que deben someterse quienes aspiren a obtener cargos por concurso.

Éstas los forman acriticamente ya que en la enseñanza privilegian el sacro respeto a la norma válida, que los estudiantes muchas veces deben conocer de memoria, con lo que asumen, muchas veces sin quererlo, los postulados del positivismo ideológico (el peor de los positivismos) cuya premisa fundamental es: La norma es correcta sólo por ser puesta por la autoridad. Salvo enconados debates sobre pseudo problemas (especialmente centrados en búsquedas de inexistentes naturalezas

jurídicas o en polémicas irrelevantes) las facultades de Derecho, pese a la existencia de la Reforma del año 1918, omiten cualquier estudio acerca de cómo solucionar problemas en los que tienen que ver cuestiones normativas que mantienen a nuestro país en la órbita de las periferias (derecho tributario, derecho administrativo, derecho constitucional, derechos de patentes y marcarios), no se preocupan por intervenir en la agenda de las políticas públicas ( debates legislativos) y suelen adoptar perspectivas teóricas derivadas de mundos diversos, centrales que nada tienen que ver con nuestra situación emergente (teorías de los roles). Además suelen enseñar una historia del derecho sesgada y omisiva, sin incorporar al aprendizaje una tarea crítica y argumentativa que permita observar desde el mundo jurídico las situaciones de las minorías discriminadas o marginadas, mayorías en nuestro país, que carecen de un real acceso a la justicia y al derecho.

Recién ahora se ha comenzado a trabajar académicamente con niños, mujeres y personas con discapacidad, como siempre detrás de los movimientos sociales, pero se sigue sin tratar a otros grupos desaventajados entre los que se incluyen los desocupados, los pobres, los adictos, los diferentes por razón de etnia, nacionalidad o elección sexual.

Como consecuencia de lo expuesto, la sociedad declama por la independencia judicial refiriéndola a la distancia con el PE. o con la política partidista, pero se omite hacer referencia a la dependencia real que hay frente a los órganos superiores de la judicatura, a la prensa, a los formadores de opinión y al “clamor popular” que son una amenaza mucho mayor a la independencia de los jueces, entendida como autonomía al momento de decidir. Así es como por estas razones individuales o corporativas los jueces son más permeables a resolver por consideraciones que tienen que ver con su propia comodidad o por agrandar a los factores de poder que con decisiones que tomarían si tuvieran libertad de conciencia.

También se suele malversar el tema de la imparcialidad o distancia que debe haber entre el juzgador y las partes, ya que se piensa que la imparcialidad es la lejanía afectiva con el conflicto, lo que provoca jueces ajenos y estúpidamente distanciados de hechos concretos de la causa que deben jugar como motivos de la decisión en cualquier proceso argumentativo.

Para completar este oscuro panorama se ha establecido desde la dogmática el mito de la seguridad jurídica que no es otra cosa que la defensa de cierto estatus que tiene que ver con la defensa de la propiedad y las “inversiones”, especialmente las extranjeras. Así que la CS. proclame la inconstitucionalidad de la legislación referida a las ART, que declare la imprescriptibilidad penal de las acciones derivadas de delitos de lesa humanidad, que anule amnistías e indultos notoriamente inconstitucionales, que privilegie el “ius cogens” en materia de Derechos Humanos, son todos ellos atentados a la “seguridad jurídica” y a veces, hasta a la soberanía nacional.

## **SINÓPSIS DE HISTORIA CONSTITUCIONAL**

En nuestro país el primer atentado triunfal sobre el orden constitucional se produjo el 6 de septiembre de 1930. A los pocos días (el 10) la CSJN, integrada por los Dres. Repetto, Sagarna, Figueroa Alcorta y Lavalle, en conjunto con el Procurador General de la Nación, Dr. Rodríguez Larreta, a pedido de los Ministros “de facto” Dres. Padilla y Sánchez Sorondo, dictaba la famosa acordada del 30 (donde se citaba como doctrina principal la de un ignoto autor canadiense, Constantineau y que tuvo el oscuro privilegio de dar inicio a la bien denominada década infame).

En ésta se establecía en forma por demás inédita y sobreabundante, ya que no existía “caso” judicial que meritara la intervención de nuestro más alto Tribunal, que: “se ha puesto en conocimiento de la Corte la constitución de un gobierno provisional emanado de la revolución triunfante...que se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales...es pues un gobierno de facto, cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza...”. A los dos días todos los jueces de la Corte, junto con los presidentes de las Cámaras de Apelaciones, visitaron al Presidente provisional que los recibió junto a los recién designados ministros Padilla, Sánchez Sorondo y Becar Varela, éste último conspicuo abogado, a cargo del Ministerio de Agricultura (a la par que asesor letrado de la Sociedad Rural). Luego de la entrevista el Presidente de facto, manifestó al diario La Prensa (13 de septiembre) que “la CSJ se ha apresurado a reconocer al gobierno provisional, ya tenemos un poderoso blasón, una carta de crédito...”

La misma Acordada se reprodujo con toda exactitud en ocasión del golpe militar de 1943, con la firma de los Ministros Repeto, Sagarna, Linares, Nazar Anchorena y Ramos Mejía. Si bien el contexto político del país era sustancialmente diverso y los motivos expuestos por los golpistas eran otros, la cobertura judicial del atentado constitucional seguía funcionando aceitadamente. Es dable destacar que a partir de ese momento los jueces de la Corte se convirtieron en fuertes defensores del antiperonismo, horrorizados tal vez por la llegada de las masas empobrecidas al centro de la ciudad de Buenos Aires y hasta llegaron a fabular con integrar un gobierno provisional dados los sucesos del 17 de octubre de 1945.

Esta conducta de los jueces de la Corte al avalar explícita y vergonzosamente rupturas constitucionales de un sistema del que se consideraban los últimos intérpretes, y obviamente su carácter opositor ya señalado, fue juzgada en el juicio político que se les abrió a pedido del Diputado Decker en mayo de 1946. Este interesante proceso es habitualmente omitido por nuestros tratadistas constitucionales ya que consideran que el mismo fue mas por razones políticas partidistas que por razones institucionales. Pero entre otras, las causales esgrimidas en esta ocasión por la Cámara acusadora fueron: “la comisión de delitos en el ejercicio de la función por abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos”, básicamente por haberse inmiscuido en materia política mediante las Acordadas del 30 y del 43, legitimando gobiernos de facto, fuera de instancia y sin causa judicial; por desconocer la creación de la Cámara de Apelaciones del Chaco; por desconocer la exoneración de jueces dispuesta en 1943; por haberse negado a tomar juramento a los jueces del Trabajo en 1944; por integrar la lista de conjueces de la Corte con abogados que respondían al capitalismo extranjero, y por haber otorgado recursos extraordinarios (Art. 14 de la ley 48) por el monto elevado de las demandas y no por la materia de las mismas.

Este proceso en el Congreso Nacional terminó con la destitución de los juzgados y por solidaridad con ellos se produjo la renuncia de un camarista, un juez nacional y cinco secretarios (tres de los cuales eran los hijos de los jueces destituidos). Luego de la sanción de la Constitución de 1949 se modificó sustancialmente la composición del Poder Judicial (dejaron de tener preferencia para ser designados los privilegios de clase y de familia) y se fue popularizando la designación de los jueces, cuestión que no se alteró en lo sucesivo.

En ocasión del golpe militar de 1955 la Corte fue sustituida en forma total, sus jueces echados sin ninguna clase de juicio y la mayor parte de los magistrados de la instancia ordinaria fueron cesanteados sin otra causa que la sospecha de ser adictos al gobierno depuesto. Se produjo una

contrarrevolución judicial que se completó en lo dogmático con el silencio sobre los Fallos de los años 46/55, que quedaron en el olvido. De alguna manera comenzó a volver la tradicional “familia judicial”. A partir de allí se produjeron varios silencios omisivos del Poder Judicial en hechos de gran relevancia pública y que ocasionaron gran cantidad de víctimas y de perjudicados.

Una visión incompleta y sucinta de estos “olvidos” remitiría a los siguientes eventos: bombardeo de la plaza de mayo en junio de 1955; fusilamientos de junio de 1956 efectuados antes de la sanción de la ley marcial (que fueron condimentados por festejos partidarios, asentimientos judiciales y frases tales como “se acabó la leche de la clemencia” pronunciada por un conspicuo dirigente Socialista); la represión del plan Conintes de Frondizi (donde entre otras cosas era delito nombrar a Perón, Eva Perón, al peronismo o cantar la marcha peronista). Hay en esta época una increíble prescindencia del poder judicial en los casos de declaración del estado de sitio y de intervenciones federales y se acentúa la teoría de las “cuestiones políticas no judiciales” para no limitar en forma alguna al Poder Ejecutivo gobernante. Sin embargo por vía pretoriana se hace lugar a los primeros recursos de amparo a través de los casos Siri y Kot (para proteger la propiedad privada) y garantizar así “la seguridad jurídica”.

Luego ya en la dictadura instaurada en 1966, que produjo el derrocamiento de Presidente Illia, producto principal de una intensa campaña mediática y de la oposición feroz de la Sociedad Rural (que no podía exportar carne para preservar el mercado interno), de los laboratorios medicinales (ley Oñativia) y de las petroleras extranjeras (nulidades de los convenios firmados por Frondizi), se volvió a sustituir a los jueces de la Corte nombrados en 1958 por el presidente constitucional Arturo Frondizi. Durante ese gobierno militar encabezado por Onganía tiene lugar el inicio del desmantelamiento de la universidad pública con el hecho que se conoce con la denominación de la noche de los bastones largos, con el consiguiente y previsible silencio judicial pese a la difusión de lo acaecido esa aciaga tarde en la que se vació la Universidad Nacional de sus mejores cerebros, se detuvo sin causa y se lesionó a cientos de profesores y de alumnos. Casi al finalizar el período, el Presidente de facto crea la Cámara Nacional Penal con competencia única para juzgar hechos de subversión y terrorismo, cuya constitucionalidad fue obviamente avalada por la Corte. Estos son, tal vez los antecedentes más cercanos, de los horrores acaecidos en el trágico período de 1976/83.

En esa época la Junta Militar sustituyó íntegramente a la Corte, designada por el gobierno constitucional de 1973, pero no tuvo necesidad de cesantear a demasiados jueces ya que muchos de ellos quedaron en sus cargos y fueron probos aplicadores de la legislación de facto, desestimaron sin ninguna clase de investigación la infinidad de recursos de habeas corpus interpuestos por familiares de desaparecidos (imponiendo las costas a los desolados parientes) y callaron frente a procedimientos ilegales perpetrados por las fuerzas armadas, aún a plena luz del día y en la zona céntrica de las ciudades más importantes del país. Incluso en la Provincia de Bs. As. la Presidencia de la SCJBA., emitió una directiva a los jueces de primera instancia para que se abstuvieran de pedir informes, en los casos de habeas corpus, a los comandos de las fuerzas armadas.

En el ámbito local de Mar del Plata la justicia federal se creó en 1974, al conjuero de la Triple A organizada desde el Ministerio de Bienestar Social. La fiscalía federal era una guarida formada por empleados que habían intervenido en el asesinato de la estudiante Silvia Filler en 1971, amnistiados en 1973, los que portaban armas en su lugar de trabajo y actuaban con una inédita violencia, ocupando además cargos de seguridad en la Universidad local. Ello permitió que se produjera un anticipo en el año 1975 de lo que luego sería la actuación con zonas liberadas, con cobertura policial

e impunidad judicial. (la noche de posterior al asesinato del jefe de la CNU. Local, Dr. Piantoni, los asesinatos de Sanmartino, Crespo y Azorín, la flia. Baez, y tantos otros.

Ya durante el gobierno del proceso, los jueces que habían sido designados en la mesa de un café local, no se preocupaban por el correcto diligenciamiento de los recursos de habeas corpus, a muchos de los cuales rechazaban, tal como subrayé anteriormente, imponiendo las costas a los parientes que los habían iniciado. Y en casos concretos encubrían graves violaciones a los Derechos Humanos por la falta de investigación adecuada de eventos en los que se podría haber avanzado para descubrir autores e instigadores.

## **LAS CONSECUENCIAS**

Considero, obviamente es impropio hacer referencia a contrafácticos, que una actitud firme por parte de jueces y fiscales que tuvieron actuación durante los años 1976/83, quizás hubiera podido limitado el horror, los muertos, los torturados, las represalias contra víctimas inocentes. Tomo esta creencia del relato que efectúa Hanna Arendt (Eichmann en Jerusalén) acerca de la enorme diferencia entre el número de las víctimas judías producidas durante la ocupación nazi en Dinamarca y en Polonia respectivamente. Mientras que en el primero de los lugares ese número fue relativamente bajo, en el segundo fue significativamente elevado y la autora relata que ello obedeció a la diversa actitud de autoridades y pueblos ocupados frente a los intentos de las tropas alemanas y especialmente a las temibles SS. Así la autora considera que la diferencia estuvo en que en Dinamarca la propia familia real, con apoyo de la mayoría de la población civil, se colocó la estrella amarilla, de uso obligatorio para los judíos de acuerdo a la legislación de la ocupación, en señal de resistencia a ese vejamen y ello implicó una clara muestra de desobediencia civil que no pudo ser evitada, dada su pasividad, por el enemigo que debió entonces limitar su brutalidad racial. En cambio los ciudadanos y autoridades polacos acataron esas leyes crueles y vejatorias, aún con beneplácito y además hasta participaron alegremente de las carnicerías practicadas por los nazis lo que motivó que murieran en ese país casi un 95% de los ciudadanos judíos, frente al 10% de muertos en Dinamarca.

Esa impronta terrible de complicidad por omisión en la mayoría de los casos y de complicidad en otros, al igual que lo sucedido con la sociedad polaca atraviesa la justicia de esta ciudad y llega hasta nuestros días. Los organismos de DD.HH. solicitaron en el año 2000 que el juicio por la verdad local se hiciera en el TOF, mediante un recurso de amparo, porque no había otros órganos judiciales federales confiables por motivos diversos. Como consecuencia de esta obligación legal se produjeron cientos de folios con prueba testimonial, documental y pericial, se relevaron centros de cautiverio, se sufrieron múltiples intentos de deslegitimación del proceso y de los jueces que lo llevaban a cabo, se trató de detener el avance de las investigaciones sin éxito. Pero recién ocho años después de iniciadas estas actuaciones se están empezando a producir resultados concretos. Con tanta demora que elevadas a juicio hay sólo dos causas en las que hay únicamente tres detenidos, uno de ellos suboficial de la fuerza aérea mientras que los otros dos lo fueron en la competencia territorial de Azul.

Obviamente esta situación local no es más que un reflejo de lo que viene ocurriendo en todo el universo federal de la judicatura. La corporación judicial reaccionó fieramente cuando desde el Poder Ejecutivo se atacó a algunos jueces de la Cámara de Casación por su labor obstructiva en las causas

en las que se investigaban delitos de lesa humanidad, alegando una grosera violación a la independencia judicial. Sin embargo esa misma corporación nada dijo cuando la vida, los bienes y el honor de los argentinos se encontraba en manos de “comunidades informativas”, de servicios de inteligencia o de arbitrarios jefes de zona que respondían a su sólo interés personal.

Si se mantienen las condiciones individuales de los jueces relatadas por la pluma de Schifrin, ahora también víctima de una despiadada campaña para deslegitimar su actuación en defensa de los derechos humanos, y las condiciones corporativas de actuación del Poder Judicial jerárquico y verticalista, temerosos del denominado “clamor popular”, influidos más que por razones jurídicas por la opinión de los medios de comunicación, que he enunciado anteriormente y desde los más altos estrados se deja inermes a los magistrados frente a estos ataques es difícil que esta situación de complicidad omisiva se modifique.

La forma de superar esta situación pasa por el funcionamiento de la escuela judicial como una puerta de ingreso a la judicatura, para abogados e integrantes del poder judicial en pie de igualdad, por el establecimiento de la horizontalidad entre los jueces, aún equiparando salarios y por la existencia de un sano corporativismo, vía asociaciones de magistrados, que permita superar los ataques injustificados derivados de los factores enunciados. Hay cierta música que debería surgir de la existencia de “jueces en Berlín”, conforme el famoso relato del molinero y Federico II, que no estamos ejecutando. Hay una enorme deuda social e institucional de los jueces para con la sociedad, que estamos pagando con el desprestigio que hoy en día tiene la judicatura en la consideración pública.

# DISCURSO JURÍDICO CRIMINAL, ESFERA PÚBLICA DE DISCUSIÓN Y PRÁCTICAS ARGUMENTATIVAS<sup>1</sup>

**Paula Muniagurria**

*Profesora Adjunta de Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (ARGENTINA)  
paulamuniagurria@hotmail.com*

## Resumen

El derecho puede ser leído como una práctica social de tipo discursivo, en la cual se advierten al menos dos instancias que interesan a este trabajo, identificadas con los procesos de producción y de reproducción normativa. En las siguientes líneas me propongo referir a aquel que tiene lugar en la etapa decisoria –proceso de reproducción- a partir de los intercambios argumentativos que la caracterizan y en el que se destaca la labor jurisdiccional de adjudicación de significados. El objetivo que me propongo es revelar el estatus que se reserva a los participantes en esa suerte de esfera de discusión, lo que permitirá señalar algunas exclusiones significativas. De allí la existencia de públicos legitimados y contrapúblicos cuyos intereses se segregan en la situación argumentativa.

**Palabras Clave:** Discurso jurídico – argumentación – decisión – justificación.

## INTRODUCCIÓN

La propuesta contenida en estas líneas intenta analizar al derecho como un conjunto discursivo social que tiene su lugar privilegiado de realización en el ámbito decisorio. Ello implica, necesariamente, el apartamiento de los modelos de la teoría del derecho tradicional, y el avance hacia un paradigma que entienda al derecho como una práctica social discursiva, en modo alguno limitada al fenómeno normativo y a sus estatutos epistémicos canónicos.

En ese camino efectuaré algunas breves referencias a las prácticas argumentativas implicadas en los modos de gestionar el derecho y los derechos, en tanto su presencia se advierte en los procedimientos de producción y también en los de reproducción normativa en los que pretendo centrar la crítica.

Esta perspectiva intenta al menos: 1) reconstruir -con pretensiones de racionalidad- la labor asociada a lo jurídico tanto en la instancia deliberativa de producción, como decisoria de reproducción y 2) pensar al derecho como fenómeno dinámico, no homogéneo permeable a otros discursos –moral, político, mediático, etc.-.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02 financiado por el MICINN titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.

Ello lleva a una indagación en torno al concepto de esfera pública como escenario para la producción y circulación de discursos, lo que la erige en espacio privilegiado para el intercambio de argumentos, a la vez que a las críticas que se le han dirigido y a algunas alternativas superadoras.

Se trata de una propuesta para pensar lo jurídico pervirtiendo la mirada hacia los elementos determinantes de su constitución, puesto que “La teoría crítica alude al derecho, por un lado, como una práctica social específica, y, por otro, como un discurso de poder (...) el discurso del poder engloba a esa práctica social específica y la constituye al mismo tiempo.” (Ruiz, 2006a: 162).

## **EL DERECHO COMO DISCURSO: PRÁCTICA Y SEMIOSIS SOCIAL**

Desde las teorías críticas –o críticas a la Teoría de Derecho- se desmonta una ambigüedad en el término derecho que alude en un primer sentido a la dimensión de las normas y de las teorías, de los mitos y las ficciones que tratan de consagrar ideologías cohesionantes y localizar los poderes. En el segundo sentido de la ambigüedad, el derecho se presenta como un conjunto discursivo social complejo a cuya institucionalización subyace la trama social del poder.

De allí, que la forma típica de referencia del discurso jurídico será lo implícito, lo que supone una vinculación entre la interpretación de significados –literales- y el sistema de producción de significados –derivados del texto-, en otras palabras, los silencios significativos, los enunciados evadidos, las premisas ocultas. De ese modo, el proceso de organización de los poderes del Estado, encubre y desplaza el problema del poder constituyendo los símbolos de ese poder.

En esa línea, señala Enrique Marí –singular exponente de estas teorías- que “en el discurso jurídico no hay homogeneidad ni uniformidad semántica (...) Una decisión judicial (tomada como discursos tipo, aunque no encuentro razones para que no extienda al análisis de otras unidades de discurso como las normas, por ejemplo) tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el que intervienen otros discursos que, diferentes por su origen y función se entrecruzan con él.” (Marí, 1982a: 81). Derivando, claro está, en reproducciones diversas y no siempre compatibles.

Lo central será, entonces la determinación y asignación de poder de disposición para aquellos legitimados a decir el derecho. Ello por cuanto las reglas de producción del discurso jurídico se constituyen como reglas de designación, es decir, que individualizan a aquellos a quienes se faculta para “decir” el discurso jurídico. Mientras que sus reglas de formación tienden a habilitar a los productores de sentido. Pero, debemos aclarar, que para las teorías citadas el discurso jurídico no contiene pautas gramaticales –sintácticas- ni semánticas para la adjudicación de significaciones. Es decir, que no establece las formas de las expresiones que pueden considerarse integrantes válidamente de ese discurso. Esa respuesta habremos de buscarlas en las prácticas argumentativas.

Así también, puede decirse que el “texto jurídico es un objeto de luchas dado que la lectura es una manera de apropiarse de la fuerza simbólica que se encuentra encerrada en estado potencial.” (Bourdieu, 1987a: 171)

En consecuencia, hay una “cuestión básica que caracteriza al discurso jurídico como discurso de poder y es el proceso de distribución de la palabra.”(Bourdieu, 1987b:1) Eso puesto que, entre los procesos de selección de los comportamientos sociales sobre los que se reglará –limitará- , mediante enunciaciones simbólicas –de carácter general, abstractas e hipotéticas-, la elección de las palabras



mediante las que se formularán esos artificios dirigidos a las conductas de los otros, y la concreta asignación de responsabilidad a los sujetos de carne y hueso, se producen complejos mecanismos de atribución de identidades que constituyen subjetividades, mediante procesos de mediatización y homologación (Bourdieu, 1987c: 169). Esas subjetividades en la etapa decisoria se encuentran –de algún modo- definidas por las reglas procesales, a través de la asignación de lugares en el proceso judicial.

En primer lugar, ha de definirse a la labor del juez a partir de la hegemonía de la decidibilidad de la verdad procesal, en tanto “el campo jurídico es el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho de decir el derecho” (Mari, 1982b:76) en el que se enfrentan agentes investidos de una competencia –social y técnica- que define esencialmente como la capacidad –reconocida socialmente- de interpretar un corpus de textos que consagran la visión legítima del mundo social.

Respecto del proceso de formación del discurso jurídico que vengo analizando, sostiene Mari que la verdad de su resultado “Es una verdad producto de una lucha en el seno de una relación conocimiento-poder. Pero de ninguna manera constituye una verdad irracional (...) Representa la racionalidad de una sociedad en un momento dado de su desarrollo, el conjunto de valores e ideología de una estructura político social que no siempre coincide, y sobre todo en los casos límites, con el sistema jurídico. (Aseff, 2004a: 83)

En sintonía con la problematización planteada, aunque en un escenario teórico claramente diferenciado –cuya legitimación se imprime en el núcleo mismo de la teoría/teórica-, se expresa el maestro Ferrajoli cuando analiza los límites y características de la decidibilidad de la verdad en el proceso.

El discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en el universo herméticamente cerrado del derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas, y ligadas, por ende, a la propia pretensión de legitimidad de las mismas. (Aseff, 2004a: 83)

Ahora bien, si los procesos que hacen, llevan y resultan de la práctica judicial de decir “una verdad” se presentan con la trascendencia social que se desprende de los trabajos de los autores citados –expresa en uno, implícita en otro- ¿por qué la persistencia en modelos dogmáticos que no dan cuenta de la praxis judicial, al tiempo que tejen ficciones?

Recalemos unos instantes en el discurso jurídico criminal. Al respecto, vale referir a Foucault en cuanto afirma que la penalidad tiene menos en vista la defensa general de la sociedad que el control y la reforma psicológica y moral, tanto de las actitudes, como de los comportamientos de los sujetos.<sup>2</sup>

Esta idea guarda relación con la afirmación de Entelman en cuanto que “el mensaje del discurso jurídico se dirigirá a destinatarios que no son los aparentes y diseñará contenidos que ocultan sus razones (...) hay siempre un mensaje implícito sobre la violación de un particular equilibrio de poder y un destinatario de ese mensaje muy distinto que el sujeto pasivo del castigo.” (Entelman, 2006d: 214)

Así, el proceso judicial puede visualizarse bajo un esquema de análisis donde las partes son participantes habilitados a la palabra; los sujetos eventuales y auxiliares actores que pueden ser

---

<sup>2</sup> Este análisis es efectuado por Foucault en “La verdad y las formas jurídicas”, en particular en las conferencias IV y V.

ratificados y la sociedad en su conjunto testigos privilegiados, que culminarán confiriendo o no legitimidad a la conclusión del proceso –argumentativo–.

Ahora bien, el derecho –y en particular el subsistema penal– posee dispositivos de atribución de la palabra, distribución, extensión y caracterización de esa autorización que le son propios. Aún más, si como señala Cárcova, posee una *función paradójica* que articula al propio derecho con la ideología y el poder; el derecho es una práctica discursiva y constitutiva, en tanto asigna significado a hechos y palabras. Esta operación, como advierten las líneas críticas dista de ser neutral, está impregnada de politicidad e ideología, en la medida en que oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social.

Pero, asimismo, el análisis no se agota en torno a la idea de violencia monopolizada –sobretudo, normalizadora y disciplinar–. Junto a la función conservadora se identifican también una emancipadora, en tanto se trata de un discurso que participa de su propia conformación, puesto que conforme señala Alicia Ruiz “el discurso del poder engloba a esa práctica social específica y la constituye al mismo tiempo.” (Ruiz, 2006b: 108)

Todas estas aproximaciones deben enriquecerse con una referencia al soporte de la argumentación, entendida como marco participativo en los procesos de producción de significados.

## **DECIDIR. ARGUMENTAR. SIGNIFICAR.**

Conforme el marco teórico presentado, puede pensarse “al derecho como una red semiótica productora de sentido social, donde el discurso de los juristas exhibe un carácter altamente estratégico, ligado al orden simbólico y al imaginario” (Aseff, 2003b: 13).

Por ello, parece prioritario aludir a argumentación no sólo como producto, sino, sobre todo a la producción material que legitima y habilita a ése resultado. Este aspecto resulta de profundo interés en cuanto se presenta como un proceso de constante resignificación, circulación y construcción de significados sociales, pues el derecho, la ciencia, los procesos culturales y la propia subjetividad están socialmente facturados y discursivamente interconectados como sistemas abiertos, en una trama semiótica plural, discontinua y no lineal.

Ahora bien, en relación a esos procesos de re-producción material del derecho, la reflexión acerca del papel de las técnicas argumentativas en la actividad decisoria propia del derecho, se recorta como problema autónomo en el pensamiento iusfilosófico actual. Más aún, las *Teorías de la argumentación* se escinden de la esfera teórica constituyéndose en eficaz modelo para reconstruir las complejas operaciones involucradas en la práctica judicial.

Argumentar significa ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión. No es simplemente la afirmación de ciertas opiniones, ni se trata simplemente de meras disputas. Los argumentos son intentos de apoyar ciertas opiniones con razones, son una manera de informarse acerca de qué opiniones son consideradas mejores que otras, un medio para indagar, una puesta en acción de razones y pruebas que sustentan una conclusión.

El contexto del “conflicto” en el cual el juez está llamado a resolver, exige que aporte razones para justificar sus decisiones, de modo tal de permitir el control de la racionalidad que regla el discurso jurídico. Esta imposición se presenta como propia del modelo garantista, a partir del cual el derecho

programa no solo sus formas de producción, sino además sus contenidos sustantivos, a los que vincula con principios y valores contenidos en sus constituciones, mediante técnicas de garantías – que son responsabilidad de la cultura jurídica-. Este nuevo paradigma conlleva alteraciones en diversos escenarios, por ejemplo, “en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y condiciones de su sujeción a la ley.” (Ferrajoli, 1999: 20).

Fue precisamente Luigi Ferrajoli, quien redefinió al derecho como un “sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.” (1999b: 19) Según este autor, el derecho se justifica en tanto y en cuanto actúa como límite a la pretensión punitiva del Estado, y se configura y construye sobre el principio de estricta legalidad, que agrega al Estado, la exigencia de adecuación axiológica de las normas y actos de gobierno, a los contenidos constitucionales sustantivos.

Una de las formas que asumen las garantías exigida por el actual modelo parece encontrar concreción a través de procedimientos que intentan cercar la actividad decisoria sujetándola a criterios de racionalidad, usualmente agrupados en lo que denominamos *Teorías de la argumentación*. Ello ha derivado en que la invocación de técnicas argumentativas en ámbitos jurídicos implique pretensiones de legitimidad de los criterios invocados por juzgadores y partes, los que deben ser cuidadosamente interrogados a la luz de una teoría acorde a los complejos intereses involucrados en la actividad judicial.

Esta constatación fáctica no escapa a controversias y mientras viste un ropaje interpretativo que la torna en seductor modelo, se constituye en terreno de disputa, puesto que la práctica argumentativa se asoma, irreverente, a los dominios de la teoría y llega a jugar incluso con el concepto de derecho.

Al respecto, el maestro italiano identifica la actividad jurisdiccional en el entrelazamiento entre saber y poder –una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*), en la cual reconoce la existencia permanente de márgenes de discrecionalidad potestativos, que serán más o menos amplios, pero siempre irreductibles más allá de ciertos límites. En ese sentido, la epistemología garantista que propone tiene como objetivo elucidar las condiciones que permiten restringir lo más posible estos márgenes y por lo tanto, la alternativa metodológica debate su legitimidad entre la *decidibilidad* de la verdad procesal y la *decisión* de la verdad procesal.

No cabe dudas que admitir la existencia de un espacio de libertad en el intérprete es el primer paso para establecer adecuados sistemas de control.

La profesora Aseff siguiendo a Perelman afirma que “la situación argumentativa se produce en un marco originariamente conflictivo –como de hecho lo constituye siempre un litigio judicial o una controversia sobre derechos- a diferencia de las situaciones neutrales con las que trabajan los lógicos, y que de las diferentes posiciones que se manejan en un intercambio discursivo surge la argumentación que otorga la posibilidad de que se impongan una determinada forma de pensar o de actuar o una ideología.” (2003c: 62)

La decisión que tome el órgano tiene la particularidad de poner fin –en términos jurídicos- al conflicto planteado. Esta exteriorización del poder del sistema a través de uno de sus órganos exige racionalidad, entendida como control, y derivada de la vigencia del Estado Constitucional de Derecho.

Pero, la justificación que se le exige no se limita, y en algunos modelos, ni tan siquiera versa, sobre el paso de las premisas a la conclusión, que siempre será deductiva -por apelar a los términos canónicos que dan cuenta del razonamiento judicial-, sino que deberá dar cuenta de cómo se seleccionan las premisas de su argumento.

Estas cuestiones, vienen siendo tratadas desde los inicios de la segunda mitad del siglo XX por las denominadas teorías de la argumentación, entre las que me interesa mencionar los primeros ensayos de la mano de Toulmin, Perelman y Viehweg; las denominadas teorías estándar de Alexy y Mac Cormick al igual que las de Wróblewsky y Aarnio, aclarando que siendo que su análisis excede por mucho el objetivo del presente trabajo, no habré de profundizar en su tratamiento.

Wróblewsky sostiene que en nuestra cultura jurídica se espera que los razonamientos que conforman el discurso jurídico -conectados con problemas jurídicos-, sean tratados de una manera racional. “Efectuar decisiones jurídicas justificadas constituye una parte del discurso jurídico. La exigencia de justificación significa que las decisiones en cuestión no son ni evidentes, ni arbitrarias.” (Wróblewsky, 1989a: 35)

Define como racional a aquella proposición, enunciado o norma que resulte justificable mediante una argumentación apropiada “En general, una decisión es racional si se basa en un determinado conocimiento y en determinadas valoraciones.” (Wróblewsky, 1989b: 35)

Con ello, la cuestión de si una decisión (conclusión) ha sido correctamente inferida de sus premisas, refiere a la racionalidad interna y afirmaremos entonces que está justificada si se arribó a ella conforme las reglas de inferencia aceptadas -justificación interna-. En cambio, si interrogamos acerca de la corrección en la aceptación de las premisas referimos a la racionalidad externa de la decisión y predicaremos su corrección cuando hayan sido adoptadas conforme los estándares utilizados por quienes efectúan la calificación -justificación externa-.

La justificación externa, o de las premisas, guarda particular importancia debido a que las interpretaciones jurídicas son por lo general controvertidas, particularmente en los casos difíciles, ya que si se cuestionan las premisas, se puede desbaratar la decisión, es decir, la racionalidad interna.

Tenemos entonces hasta aquí un concepto de racionalidad -de las decisiones- como justificación, la cual no constituye sino, una actividad valorativa, impregnada de elementos extranormativos que son precisamente aquellos sobre los que alertan las teorías críticas -poder e ideología-.

Siguiendo a Wróblewsky, afirmo que la actividad que lleva a la decisión final implica selección de valoraciones relevantes. Ello evidentemente no significa rechazar la exigencia de racionalidad, sino que esa selección valorativa se constituye en un elemento presente en el proceso argumentativo, de modo tal que podremos afirmar que las premisas han sido correctamente aceptadas solo si resultan justificadas: si las ficciones y los mitos resultan revelados. Tal como señala Mari “En muchas ocasiones un discurso ausente es el condicionante principal, provenga de razones económicas (modo de organización del sistema), de razones políticas (...), morales, ideológicas, etcétera (...) el discurso jurídico final descarta el discurso político, pero sólo se comprende por lo que descarta.” (Mari, 1982c:81)

Adhiriendo a la necesidad de formulación de intercambios argumentativos como condición de posibilidad del arribo a decisiones justificadas como requisito para una definición no hegemónica del derecho, toca interrogar acerca del contexto en que esos intercambios tienen lugar y, lógicamente, acerca de sus condiciones de producción. A ese fin tomo la localización teórica habermasiana.

## ESCENARIOS DE DISCURSO: PÚBLICOS Y CONTRAPÚBLICOS

Jürgen Habermas sostiene que la tesis que defiende que el discurso jurídico debe entenderse como un caso especial del discurso (de aplicación) de la moral, no hace justicia a la complejidad de la relación entre la actividad judicial y la producción legislativa (Habermas, 2005a: 267), planteando que la tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta en el ámbito de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas, ya que exige a las decisiones judiciales la satisfacción de un doble requisito de consistencia con el ordenamiento jurídico y aceptación racional, así “El problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la seguridad jurídica y la rectitud o corrección normativa.” (Habermas, 2005b:268).

Propone una teoría discursiva del derecho, conforme la cual la aceptabilidad racional de las sentencias depende de: 1) la calidad de los argumentos y 2) la estructura del proceso de argumentación. Para este autor “la corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio.” (Habermas, 2005c:302)

Entiende por rectitud a la aceptabilidad racional, es decir a la aceptabilidad apoyada por buenos argumentos, a su vez la validez de un juicio dependerá de que se cumplan –precisamente- sus condiciones de validez, pero la determinación de ese cumplimiento no puede efectuarse recurriendo directamente a evidencias empíricas, ni a intuiciones ideales. Afirma que sólo puede establecerse discursivamente mediante fundamentación o justificación argumentativa.

Afirma que argumentos son “razones que en condiciones discursivas sirven a desempeñar una pretensión de validez entablada con un acto de habla constatativo o un acto de habla regulativo y que mueven racionalmente a los participantes en la argumentación a aceptar como válidos los correspondientes enunciados descriptivos o normativos” (Habermas, 2005d: 297). En ese sentido, sostiene que el concepto de argumento es de por sí de naturaleza pragmática: “Que sea una “buena razón” es algo que solo se muestra en el papel que esa razón ha desempeñado dentro de un juego argumentativo, es decir en la aportación que conforme a las reglas de ese juego argumentativo esa razón ha hecho en orden a decidir si una pretensión de validez controvertida debe aceptarse o no.” (Habermas, 2005e: 299)

Ahora bien, sostiene asimismo, que los argumentos sustanciales nunca pueden ser concluyentes en el sentido en que sí pueden serlo una relación de inferencia lógica, o una evidencia contundente, por lo que no resulta posible anticipar un fin –en abstracto- para una cadena argumentativa. Advierte que, fácticamente, sólo le ponemos término –y ello en condiciones favorables- cuando las razones logran formar un conjunto coherente que lleva a la producción de un acuerdo sin coerción respecto de la aceptabilidad de la validez de la pretensión en litigio. De ahí la afirmación de la existencia de un acuerdo racionalmente motivado en tanto se atribuye a las razones la fuerza de mover –en sentido no psicológico- a quienes participan en la argumentación a tomas de posturas afirmativas. “La práctica de la argumentación constituye un foco en el que los esfuerzos que los distintos participantes en la

argumentación, por distinto que sea el origen de éstos, desarrollan por entenderse, se salen al encuentro unos de otros por lo menos intuitivamente. Pues conceptos como el de verdad, el de racionalidad, el de fundamentación o el de consenso, desempeñan en todas las lenguas y en toda comunidad de lenguaje el mismo papel gramatical.” (Habermas, 2005f: 389)

La teoría de la argumentación no puede limitarse a las cuestiones lógico semánticas atinentes al discurso jurídico, ya que cuando se trata de analizar las reglas que rigen tránsitos “no triviales” – aquellos en que la lógica deductiva resulta insuficiente-, se requiere de una concepción pragmática.

Señala la profesora Assef que Habermas “se apoya en un concepto fuerte de racionalidad procedimental, conforme el cual las propiedades que son constitutivas de la validez de un juicio, no sólo han de buscarse en la validez lógico-semántica de la estructura de los argumentos y del enlace de enunciados, sino también en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación mismo” (...) y continúa afirmando que ello es así debido a que “las condiciones procedimentales pragmáticas aseguran idealmente que todas las razones e informaciones relevantes, de las que en un determinado momento pueda disponerse en relación con un tema, puedan hacerse oír sin excepción, es decir, puedan desplegar la fuerza de motivación racional que le es inherente.” (Aseff, 2003d:82).

Tal el recorrido que vengo realizando, no queda más remedio que adherir a dos tesis: 1) que el discurso jurídico no puede mantenerse hermético, y desenvolverse en forma autárquica, sino que debe abrirse a argumentos de otra procedencia, y señala en particular a las razones de tipo pragmáticas, éticas y morales y 2) la rectitud o la corrección de las decisiones se determina –en última instancia- por las condiciones comunicativas de la argumentación de modo de posibilitar la imparcialidad en la formación de un juicio.

En definitiva, requiere que las decisiones judiciales se basen en normas legítimas, pero además, que estén racionalmente justificadas para el caso concreto, de modo que resemantiza el concepto de seguridad jurídica al que hace depender del procedimiento.

Ahora bien, a lo dicho subyace la concepción habermasiana sobre la esfera pública, la cual, en tanto recurso conceptual designa un escenario en las sociedades modernas en el cual la participación política se realiza por medio del diálogo.

Pero no todo es consenso en cuestiones deliberativas, y al respecto anticipo una problemática que refiere a las posibilidades discursivas en la esfera pública, y que resulta pertinente en este punto en razón de que toda situación discursiva supone una cierta lógica comunicacional.

Una de las más sistemáticas y solventes críticas de la propuesta de Habermas es Nancy Fraser (1997). Esta discípula de Habermas y pilar de la teoría feminista parte del concepto de esfera pública aportado por Habermas a la cual entiende como un escenario en las sociedades modernas en el cual la participación política se realiza por medio del diálogo. Es el espacio en el cual los ciudadanos piensan y examinan sus asuntos comunes y por lo tanto es un escenario institucionalizado de interacción discursiva. Resalta que, según Habermas, la idea de una esfera pública es aquella de un grupo de individuos reunidos para discutir cuestiones de preocupación pública o de interés común. (Fraser, 1997)

Pero a poco que avancemos en las interacciones de los grupos participantes en la discusión resulta interesante remitir nuevamente a sus palabras, en tanto advierte que a pesar de la retórica de la publicidad y accesibilidad, la esfera pública oficial siempre descansó en, y fue constituida por, algunas exclusiones significativas. (Fraser, 1997)

Aclarado que el concepto trabajado resulta necesario para la construcción de una teoría social crítica y para la práctica democrática, advierte sin embargo, acerca de sus insuficiencias. Identifica que, en las interacciones de los grupos participantes en la discusión, a pesar de la retórica de la publicidad y accesibilidad, la esfera pública oficial siempre descansó en, y fue constituida por, algunas exclusiones significativas.

Continuando con la autora mencionada, en tanto entiende que participar significa poder hablar con voz propia, quienes nos interesamos por los argumentos vertidos en la discusión, no podemos dejar de advertir que la misma no se da en condiciones de igualdad –paridad discursiva-, puesto que muchas veces, los colectivos subordinados no logran encontrar canales de expresión y cuando lo hacen, las necesidades que pretenden transmitir son dejadas de lado, lo que al interior del debate que tiene lugar en el proceso judicial implica la negación de su agenciamiento como sujetos jurídico/políticos.

La autora citada plantea dudas respecto de la viabilidad de la concepción de una esfera pública que pretende poner en paréntesis, más no eliminar, las desigualdades sociales estructurales. Pone en duda la posibilidad de deliberación de los interlocutores como pares sociales cuando los escenarios de discurso se sitúan en contextos impregnados sobre relaciones estructurales de dominación y subordinación. (Fraser:1997)

Analizando las posibilidades de concreción del ideal de paridad de participación la autora citada sostiene que, si bien en sociedades estratificadas el ideal de plena paridad en el debate y la deliberación públicos no resulta posible de concretar, entiende que el modelo de vida pública que más se aproxima en el sentido de reducir la brecha de participación entre los grupos dominantes y subordinados, es aquel que acomoda la contestación entre una pluralidad de públicos competidores. Se trata de lo que la autora denomina públicos y contrapúblicos.

Benhabid, que al igual que Fraser reconoce una genealogía Habermasiana, aporta una crítica alternativa. Intenta una reformulación del principio de universalización a partir de la cual queda definido como un procedimiento de argumentación intersubjetiva, orientado a la obtención de un acuerdo comunicativo, de modo de pensar a la universalización como prueba del acuerdo comunicativo –y ya no como precondition para su producción-.<sup>3</sup> Se trata de un modelo de acción comunicativa que es habla y acción compartida con otros. Su propuesta supone también una reformulación de lo que Habermas llamó las condiciones de una situación de habla ideal, de modo que implican supuestos éticos evidentes, a saber: 1) el reconocimiento a todos los seres capaces de habla y acción de participar en la conversación; 2) todos tienen los mismo derechos de varios actos de habla, de iniciar nuevos temas, proponer reflexionar sobre los presupuestos de la propia conversación, etc. Es decir, que los mismos presupuestos de la situación argumentativa tienen contenido normativo, y que ese contenido precede a la argumentación.

## **ALGUNAS REFLEXIONES FINALES**

Una pregunta posible a esta altura del recorrido es aquella que interroga sobre ¿qué tipo de público constituyen la voces de representantes de algunos colectivos tradicionalmente incluidos en lo

---

<sup>3</sup> Benhabid presenta esta alternativa de interpretación al modelo habermasiano en el capítulo I de su obra de 2006: “El ser y el otro en la ética contemporánea”

que llamaríamos –en terminología de Fraser- contrapúblico, por ejemplo, las mujeres? Para intentar una respuesta pensemos en un tema/problema concreto: el reclamo por la despenalización del aborto, que en Argentina continúa constituyendo un terreno de disputas. No podemos sino afirmar que se trata de un contra-público subalterno, -formado bajo condiciones de dominación y subordinación- de un público débil. Puesto que, según Fraser no es posible insular a escenarios discursivos de los efectos de la desigualdad societal y donde ésta persiste –tal el caso de los derechos de las mujeres- , los procesos de deliberación tenderán a operar con ventaja para los grupos dominantes y desventaja para los subordinados.

Así lo demuestra al día de hoy en el sistema argentino, no solo la resistencia a su inclusión en la agenda legislativa –instancia de producción- sino también la discrecionalidad imperante en materia de interpretación.

Pareciera que una herramienta necesaria a fin de limitar el uso del poder de adjudicación judicial que se evidencia en cada caso relativo al tema se requiere una demarcación del problema en la etapa de producción. Pero, previo a la instauración del debate resulta necesario validar su discusión, en tanto la constitución de un asunto como relevante para su debate parece depender de la legitimidad alcanzada por el “público” que lo propone para su tratamiento en un determinado escenario de discurso.

Conforme sostiene Virginia Guzmán “la construcción de problemas públicos y la elaboración de las agendas son el resultado de procesos sociopolíticos complejos cuya comprensión remite a otros temas: la constitución de sujetos sociales, la elaboración de nuevos marcos de interpretación de la realidad social, las relaciones de poder entre distintos sujetos y actores sociales y el establecimiento de alianzas y estrategias políticas.” (Guzman, 2001: 11).

Por tanto, sin dejar de advertir la situación de desventaja discursiva de las voces subalternas –para el caso la femenina-, puede afirmarse que una vez develada se abre un escenario de discusión racional con posibilidades de equidad, en tanto se erige en interpeladora a la vez que reclama el reconocimiento de su participación en la discusión como público legitimado. Ello sin desconocer, claro, la implicación de la cuestión relativa a la constitución de su identidad como sujeto jurídico y político.

## REFERENCIAS

- ASSEF, Lucía María (2003): *Argumentación jurídica y semiosis social*, Iuris, Rosario.
- ATIENZA, Manuel. (2003): *El derecho como argumentación*, Fontamara, México.
- BENHABID, Seyla (2006): *El Ser y el Otro en la ética contemporánea*, Gedisa, Barcelona.
- BOURDIEU, Pierre (2001): *Poder, Derecho y clases sociales*, Desclee de Broker, S.A.
- CÁRCOVA, Carlos (2006): “Acerca de las funciones del derecho” en Mari, E. y otros. *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis



- ENTELMAN, Ricardo (1982): “Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico” en Legendre, P. y otros. *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires.
- ENTELMAN, Ricardo (2006): “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra” en Mari, E. y otros. *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- FOUCAULT, Michel (2008): *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Buenos Aires.
- FRASER, Nancy (1997): *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá.
- FRICKER M. y HORNSBY, J. (comp.) (2001): *Feminismo y Filosofía. Un compendio*, Barcelona, Idea Books S.A.
- HABERMAS, Jürgen (2005): *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.
- HABERMAS, Jürgen (2008): *Conciencia moral y acción comunicativa*, Trotta, Madrid.
- MARI, Enrique (1982): “Moi, Pierre Riviere...Y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales” en Legendre y otros., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires.
- MARI, Enrique (2006): “La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexa con el proceso calificadorio de la modernidad” en Mari, E. y otros. *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- PLANTIN, Christian (2008): “Panorama actual de los estudios sobre argumentación: de la deslegitimación a la reivindicación” en Doury y Moirand (Eds.) *La argumentación hoy: Encuentro entre perspectivas teóricas*, Montesinos, España.
- RUIZ, Alicia (2006): Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría radical del derecho) en Mari, E. y otros. *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- WROBLEWSKY, Jerzy.(1989): *Sentido y hecho en el derecho*. Servicio Editorial universitario del país vasco. Argitarapen Zerbitzua. Euskal Herriko Unibersitatea. San Sebastián.

# EL LUGAR DE LAS RAZONES MORALES Y RAZONES INSTITUCIONALES EN EL DISCURSO JUSTIFICATORIO JUDICIAL: CONFRONTACIÓN DE LAS TESIS DE R. ALEXY Y C.S. NINO<sup>1</sup>

**Victoria Iturralde**

*Profesora Titular de Universidad, Universidad del País Vasco (ESPAÑA)  
victoria.iturralde@ehu.es*

## Resumen

Es un lugar común en los discursos acerca del razonamiento judicial señalar que este es un caso especial de razonamiento práctico general; tesis que ha desembocado en otra: la de la “unidad del razonamiento práctico”. Esta tesis, es asumida en la actualidad por numerosos iusfilósofos, siendo sus principales referentes R. Alexy y C.S. Nino. El objetivo de estas páginas es, mostrar que, más allá de la relación que para ambos existe entre derecho y moral en el razonamiento justificatorio, sus tesis tienen poco que ver, y resulta por ello erróneo englobarlas bajo una denominación común (“la tesis de la unidad del razonamiento práctico”). Con este fin expondré las posturas de ambos autores, e indicaré que las diferencias entre ambos.

**Palabras Clave:** razonamiento práctico, justificación judicial, derecho y moral, R. Alexy, C.S. Nino.

## PLANTEAMIENTO

Es un lugar común en los discursos acerca del razonamiento judicial que este es un caso especial de razonamiento práctico general. Esta tesis ha desembocado en la tesis de la “unidad del razonamiento práctico”, defendida por numerosos iusfilósofos, y siendo sus principales referentes R. Alexy y C.S. Nino. El objetivo de estas páginas es dar cuenta de las ideas de estos dos filósofos en aras de mostrar que (independientemente de que puedan tener otros puntos en común), “la” tesis sobre la unidad del razonamiento práctico, esconde puntos de vista cualitativamente diversos.

## R. ALEXY: PRETENSión DE CORRECCIóN Y PRINCIPIOS

Una de las ideas de Alexy, con la que difícilmente se puede estar en desacuerdo es que el discurso jurídico *es un caso especial del discurso práctico general* porque: a) la discusión jurídica (al igual que la argumentación práctica general) se refiere a lo que es obligatorio, prohibido o permitido, es decir a cuestiones *prácticas*, b) el discurso jurídico tiene, al igual que el discurso práctico general, una

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado “Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial”.

pretensión de corrección y, c) la argumentación jurídica es un supuesto de *caso especial*, porque la pretensión de corrección del discurso jurídico es distinta a la del discurso práctico general; aquella no se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el esquema y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante. Lo que es correcto es un sistema jurídico depende esencialmente de lo que está fijado autoritativa e institucionalmente”.

Este inicial punto de partida se desdibuja si se analiza en el contexto de la teoría alexiana. Alexy parte de la “tesis del caso especial” para establecer de qué tipo es la relación entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica general. Según Alexy, dicha tesis puede significar tres cosas:

a) que el proceso de fundamentación o de reflexión tiene que realizarse según los criterios del discurso práctico general y que la argumentación jurídica sólo sirve para la legitimación secundaria del resultado obtenido de esta manera (tesis de la secundariedad)

b) que la argumentación jurídica llega hasta un determinado punto en el que ya no son posibles otros argumentos específicamente jurídicos, y es aquí donde entra la argumentación práctica general (tesis de la adición)

c) que *el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse en todos los niveles con el de los argumentos prácticos generales (tesis de la integración).*

Alexy se inclina por esta opción, con la que dice aún no se ha avanzado mucho, pues queda la cuestión de cómo debe lograrse esa conexión en cuanto a la compatibilidad de la solución con el sistema jurídico positivo. Con ese fin Alexy desarrolla su teoría de la argumentación jurídica.

La teoría de Alexy se basa en la teoría habermasiana del discurso, en el que el concepto de *razón práctica* es la idea clave. “Unidad de la razón práctica” significa –dice– que el sistema jurídico de un Estado democrático constitucional es un intento de institucionalizar la razón práctica. Esta justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas; por lo que los argumentos prácticos generales tienen que estar inmersos en todas las instituciones. Los argumentos no institucionales que están inmersos en las instituciones pueden ser insertados, integrados y especificados tanto como se quiera, siempre y cuando continúen observando lo que es esencial para este tipo de argumentos: su carácter libre y no institucionalizado. “El discurso práctico general es un discurso en el que las cuestiones prácticas se responden con razones no autoritativas, las cuales comprenden tanto *razones morales, como éticas y pragmáticas*. Esta combinación forma un *vínculo sistemáticamente necesario en el que se manifiesta la unidad substancial de la razón práctica*. La pretensión de corrección se refiere aquí a las tres dimensiones, si bien la prioridad corresponde a las razones morales.

La formación de un concepto de discurso práctico que abarque los argumentos morales, éticos y pragmáticos es, al mismo tiempo, algo sensato y necesario –dice Alexy–. Sensato porque una argumentación puramente moral, esto es, una argumentación que sólo se ocupe de lo que es “igualmente bueno para todos los seres humanos” no es suficiente para solucionar una cuestión práctica”; y necesario porque en muchos casos los argumentos éticos y pragmáticos deben ser completados con argumentos morales para conseguir la respuesta a una cuestión práctica.

Conforme a la idea de unidad de la razón práctica, si el argumento que fundamenta un deber es correcto, lo es en un único sentido. Esta tesis no ignora la existencia de distintos tipos de discursos prácticos, como el jurídico, el político, el moral, etc., pero todos estos ellos se encuentran *integrados*

por medio de un conjunto de *pautas últimas* a las que se concede el rango de *moral ideal o verdadera*. Bajo esta hipótesis, la corrección del argumento del juez no puede relativizarse al ámbito jurídico puesto que ello *significaría admitir* un punto de vista parcial o insular y, con ello, *el fraccionamiento del razonamiento práctico*.

Como justificación de esto dice que el deber jurídico de considerar los principios y argumentos morales se deduce exclusivamente de su *corrección material*. La corrección y nada más que la corrección los remite al derecho. Su fuerza argumentativa tiene exclusivamente *carácter no institucional*. *Esto conduce precisamente a la delimitación entre derecho positivo y la moral*. Hay que tener en cuenta que para Alexy los elementos definitorios del derecho son: (a) la legalidad conforme al derecho, (b) su eficacia social, y (c) la corrección material. “Si la cuestión de si tiene o no importancia la corrección material en un sistema jurídico dependiese exclusivamente de lo que en cada caso haya sido promulgado y sea eficaz, la relación entre derecho y moral sería de hecho determinada, de forma exclusiva por el derecho positivo. Pero si el derecho promulgado y eficaz formula necesariamente una pretensión de corrección, y en cuanto tal incluye necesariamente la corrección material y, con ella, la moral, entonces la moral, precisamente en el sentido del mencionado dilema del no positivismo, pertenece al derecho, si bien el derecho al cual pertenece no es el derecho de los positivistas. Este derecho incluye, junto a la legalidad y a la eficacia, también la corrección, y con ella la moral. De este modo la pretensión de corrección *hace saltar por los aires* el concepto positivista de derecho *y lo abre a la moral*”. Aunque a la vez dice que el mero incumplimiento de dicha pretensión de corrección no priva al derecho de su carácter de derecho: puede haber una cantidad considerable de derecho injusto y a pesar de ello valioso. El umbral de incompatibilidad entre derecho y justicia “puede ser definido mediante el concepto de la extrema injusticia” (lo que concuerda esencialmente con la fórmula de Radbruch).

De otro lado, según Alexy el derecho formula una pretensión de corrección o de justicia. Los actos institucionales, como son la sentencia judicial o el acto administrativo, son llevados a cabo sobre la base de normas de competencia. *El núcleo del argumento de la corrección* consiste –dice– en la tesis de que los actos jurídicos institucionales de este tipo están siempre vinculados con el acto no institucional de *afirmación* de que el acto jurídico es *material y procedimentalmente correcto*. Para Alexy corrección implica fundamentabilidad. Con esta pretensión –dice– se llega a un tercer elemento- a saber, la *expectativa* de que todos los destinatarios de la pretensión reconozcan el acto jurídico como correcto, si se sitúan desde el punto de vista del respectivo sistema jurídico y son razonables.

La pretensión de corrección consta de tres elementos: (1) la afirmación de la corrección, (2) la garantía de la fundamentabilidad, y (3) la expectativa del reconocimiento de la corrección. Con esta tríada -dice Alexy- aún no se ha dicho nada sobre el contenido de la pretensión de corrección; “es propio de la pretensión de corrección que los criterios sean abiertos; de otro modo –dice– no podría ser formulada a lo largo del derecho. No sólo difieren entre sí los criterios de corrección de los distintos sistemas jurídicos, sino que incluso, dentro de un ordenamiento jurídico para la corrección de leyes, sentencias y actos administrativos los criterios son diferentes.

La pretensión de corrección tiene carácter objetivo: esa pretensión objetiva –dice Alexy- no es un asunto privado, sino que está necesariamente relacionada con el rol de participante en el sistema jurídico, por lo que puede calificarse también como “oficial”. “El carácter objetivo u oficial resulta patente en el caso del juez, quien formula la pretensión de corrección como representante del

sistema jurídico”; “la pretensión es, ciertamente formulada por personas, pero en nombre del derecho”. Los destinatarios de la pretensión de corrección son los destinatarios de los respectivos actos jurídicos: así el legislador formula una pretensión de corrección respecto de los destinatarios de la ley, el juez en relación a las partes del proceso, etc. (es decir, los destinatarios institucionales), pero también lo son todos aquellos que se sitúen en el punto de vista de un participante del sistema jurídico respectivo.

La pretensión de corrección no existe sólo en el derecho, sino también en relación con juicios morales de valor de obligación, y tiene *carácter necesario*. Es necesaria en relación a una práctica definida esencialmente a través de la distinción de lo verdadero o correcto y lo falso o incorrecto. Sin embargo esta práctica es de un tipo especial. “Podemos ciertamente intentar descartar las categorías de verdad, corrección y objetividad. Pero si lo lográsemos nuestra habla y nuestra aserción serían algo esencialmente distinto de lo que son ahora. El precio no sólo sería alto; consistiría en nosotros mismos.”

Posteriormente se pregunta si la pretensión de corrección formulada en el derecho incluye la pretensión de corrección moral (dice que esto se puede plantear respecto de los tres poderes y que sólo va a tratar del poder judicial). La cuestión surge porque en los “casos dudosos” hay que recurrir a criterios no jurídicos. “Entran en juego consideraciones generales de conveniencia, concepciones transmitidas y extendidas sobre lo bueno, y lo malo y consideraciones de justicia; en suma conveniencia, costumbre y moral. Así las consideraciones de conveniencia y reconocimiento de las tradiciones y las concepciones valorativas de la respectiva comunidad tienen, sin duda, legítima cabida en las sentencias judiciales. Pero si la pretensión de corrección ha de ser satisfecha, debe concederse prioridad y un papel relevante a la cuestión de la correcta distribución y de la correcta compensación. *Las cuestiones de la correcta distribución y la correcta compensación son cuestiones de justicia y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Con ello la pretensión de corrección establece una conexión metodológica o teórico-argumentativa necesaria entre derecho y moral.* La pretensión de corrección jurídica no es en modo alguno idéntica a la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral.

Alexy distingue la pretensión de corrección del *sistema jurídico en su conjunto y la de las normas jurídicas y las decisiones individuales*. Ambos supuestos son una manifestación de la conexión entre derecho y moral; pero mientras en el primer caso dicha conexión es *definitoria*, en el segundo es *cualificatoria*. La conexión *definitoria* define una norma o un sistema como jurídico y una carencia a este respecto priva a las normas o al sistema de su validez jurídica. La conexión *cualificatoria* significa que si una norma o un sistema jurídico es defectuoso por razones conceptuales, no por ello carece de validez jurídica. En tal caso la norma o el sistema jurídico son *menos perfectos*.

La pretensión de corrección conlleva que el razonamiento práctico debe dejar de lado las razones institucionales en tres casos:

- a) en el de las leyes extremadamente injustas o irracionales (porque para Alexy no son derecho), y
- b) en casos especiales (que Alexy no dice cuales son) en los que cabe la posibilidad de decidir contra el tenor literal de una norma.
- c) a estos hay que añadir un tercero: en aquellos casos difíciles en los que el juez debe recurrir a los principios; “aquí no estamos hablando de leyes muy injustas sino de la “vida jurídica cotidiana” –

dice Alexy-. Todo sistema jurídico mínimamente evolucionado cuenta con principios, que son de naturaleza moral y que reclaman del juez un particular ejercicio de ponderación: allí donde existe ponderación existen principios, y allí donde existen principios se da una presencia de la moral en el derecho; “tanto la pretensión de corrección, como la ponderación, como los principios pertenecen de modo necesario al Derecho”.

Si relacionamos los principios con la pretensión de corrección se llega a dos consecuencias –dice Alexy-: la primera es que la pretensión de corrección exige que los principios morales que han de ser tomados en consideración por el derecho, sean principios correctos: “es la corrección material de los principios morales, y nada más, lo que los convierte en jurídicamente dignos de consideración”. La segunda se refiere a la aplicación de los principios morales, esto es, a su ponderación frente a otros principios morales y frente a principios jurídicos concretos como los que tienen por objeto la seguridad jurídica, el procedimiento y la eficacia del derecho.

### C. S. NINO: RAZONES MORALES Y RAZONES INSTITUCIONALES

La importancia de esta cuestión la destaca el propio Nino cuando dice que uno de los temas centrales de la filosofía del derecho es el de determinar en qué medida el discurso jurídico práctico -o sea del discurso que permite justificar acciones y actitudes- es un discurso independiente y autosuficiente o si es parte -un caso especial, *Besonderesfall*, para usar la expresión de Alexy- del discurso moral general.”

Para Nino, *el principio de unidad del razonamiento práctico* está involucrado en todo razonamiento. Por lo que al derecho se refiere, escribe que “El discurso interno al derecho es un caso específico del discurso moral más amplio. El discurso moral de la modernidad –dice- tiene un carácter *imperialista* que impide la subsistencia de discursos justificatorios insulares”. Este imperialismo del discurso moral implica que “no pueden existir razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones *con independencia de su derivación de razones morales*”.

Para entender en qué sentido habla Nino de “unidad del razonamiento práctico”, procederemos primero, haciendo un apunte terminológico, para en un segundo lugar, explicitar la estructura del razonamiento judicial.

Veamos algunos de los conceptos que emplea Nino. en qué sentido, para Nino Sólo en este contexto pueden interpretarse correctamente la idea de que la razón (operativa) justificatoria es una razón moral.

*Razón (operativa) justificatoria.* El concepto de “razón justificatoria” se usa en tres sentidos diferentes: conceptos: a) como el proceso psicológico que concluye causalmente en la formación de una intención, b) como la inferencia lógica que permite explicar o predecir una acción a partir de leyes y proposiciones fácticas, y c) como la inferencia lógica que permite evaluar, fundamentar o guiar una acción. Si el propósito -dice Nino- es esclarecer el concepto de razón justificatoria, el concepto que nos interesa es el tercero. Las razones justificatorias –dice- sirven para justificar una acción desde distintos puntos de vista: “como el punto de vista moral, prudencial, y tal vez el jurídico”.

Y señala que las razones justificatorias deben tener las siguientes propiedades:

(a) autonomía: las razones no deben depender de la circunstancia de que alguien las haya formulado o aceptado. Ello significa la independencia del razonamiento de cada individuo respecto del razonamiento de terceros; (b) generalidad: las razones no pueden identificar situaciones a través de nombres propios o descripciones definidas; sino a través de propiedades genéricas; (c) superveniencia: la propiedad que puede justificar la discriminación entre dos razones a los fines de una razón operativa no sólo debe ser genérica sino que también debe ser fáctica en el sentido de no estar identificada meramente por la aplicabilidad de ésta u otra razón operativa; y (d) carácter integrador: las razones aunque pueden ser de muy diferente índole son comparables entre sí y, en principio jerarquizables, siendo las *razones operativas de mayor jerarquía razones morales*; “*este es –dice Nino- el principio de la unidad del razonamiento práctico.*”

*Razón completa.* Las razones justificatorias deben ser *razones completas*: una razón completa está constituida por el conjunto de premisas *no superfluas* de un razonamiento práctico válido. Junto a esta, están las razones operativas y las razones auxiliares: una razón operativa consiste en la premisa de deber ser que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción; una razón auxiliar consiste en un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa.

3.3. Pasando a la segunda cuestión, para Nino el razonamiento justificatorio judicial está estructurado en dos niveles.

En un *primer nivel* están los principios autónomos de la moralidad social que constituyen las premisas últimas del razonamiento práctico. En este nivel se trata de determinar en qué medida la práctica constitucional o jurídica se acerca o se aleja a su modelo ideal para la consecución de los fines de justicia y organización. En otras palabras este nivel se refiere a la legitimidad del derecho; y Nino sostiene que las normas jurídicas de origen democrático son argumentos a favor de la existencia de razones para actuar conforme al contenido de la norma.

Por esta razón dice Nino que la justificación jurídica, o sea, la justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida *debe depender en última instancia* de: (a) normas que sean (b) categóricamente aceptadas, (c) por su contenido, y que (d) pretendan tener en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Es decir: normas morales. Los principios morales son excluyentemente justificatorios en su campo de aplicación y, sólo los derechos establecidos directa o indirectamente por tales principios pueden servir como razones para actuar.

Si la valoración de este primer nivel es positiva, se puede pasar a un *segundo nivel* en el que se desarrolla un razonamiento acotado por la necesidad de respetar el resultado del razonamiento del primer nivel, de tal forma que en este nivel quedan excluidas las razones incompatibles con la preservación del derecho positivo. En tales casos –dice Nino- puede que tengamos que descalificar un principio válido desde el punto de vista moral, es decir, *podiera darse que razones autoritativas hubieran de tener preferencia sobre razones sustantivas*. Si en el primer nivel hemos concluido que el ordenamiento es legítimo, entonces en la segunda etapa del razonamiento la acción o decisión que se tome debe justificarse tanto a la luz de la preservación de la práctica como en virtud del hecho de mejorarla acercándola a los principios de justicia.

Así, la proposición normativa según la cual el derecho de un determinado ordenamiento jurídico establece que: “El propietario tiene derecho de recobrar el inmueble a quien no ha pagado dos meses de alquiler”, sólo tienen un carácter justificatorio de acciones o decisiones si constituyen una especie de juicio morales puesto que deriva: (1) de un juicio moral que legitima a una cierta autoridad y (2) de un juicio que describe la prescripción de esa autoridad. “Si convenimos en que los derechos que

están establecidos por normas morales son derechos morales, de aquí se sigue que sólo los derechos morales permiten justificar acciones y decisiones.”

Las normas jurídicas provenientes de un *estado democrático* constituyen para Nino *razones para la acción* en la medida en que en su vertiente valorativa están especificando o ejemplificando principios morales. “Si el juicio del primer nivel del razonamiento acerca de la legitimidad de la institución en su conjunto es positivo -dice Nino-, en tal caso esa legitimidad moral se proyectará (aunque sea una legitimidad más débil) sobre la norma jurídica que carece de valor epistémico y esta operará como un razón auxiliar que, combinada con el razonamiento moral, constituirá, en cuanto juicio de adhesión normativa, una razón completa para la acción”.

Las normas jurídicas sólo pueden verse como razones autónomas para la acción si se las concibe como juicios “*de adhesión normativa*”, esto es, juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden.

## DOS TESIS INCOMPATIBLES

Son dos los aspectos que interesa destacar en la tesis de Nino. En primer lugar, que el razonamiento judicial justificatorio es un razonamiento práctico que está estructurado en dos niveles. En el primero se encuentran *razones morales*: se trata de principios morales que se refieren a los derechos humanos (en tanto que derechos morales) y a la organización justa de una comunidad, que se concreta en un régimen democrático. Uno de los principios morales es el que establece el deber de obedecer a las autoridades legítimas (entre ellas está el deber de los jueces de aplicar el derecho). En el segundo, figuran enunciados “descriptivos” de las normas que conforman un ordenamiento; se trata de *razones autoritativas*. Cuando Nino se refiere al principio de unidad del razonamiento práctico, se está refiriendo al primer nivel de razonamiento. Es por esto que para Nino el razonamiento judicial no es completamente autónomo, sino parte de un discurso moral más amplio.

Creo que no se puede estar en desacuerdo con esto. La frecuente omisión de esta premisa del razonamiento práctico en los análisis del razonamiento judicial es explicable si se entiende que el juez actúa como participante, o lo que es lo mismo que al aplicar el derecho realiza un “juicio de adhesión normativa” (Nino) o un “enunciado comprometido” (Raz) o que considera el derecho desde el “punto de vista interno”: una norma considerada desde el punto de vista “interno” forma parte de las razones de quien acepta la norma, a diferencia de lo que sucede con una norma considerada desde el punto de vista externo, que sólo puede transformarse en una razón para la acción si es el resultado de un cálculo independiente de los intereses en conflicto ofrece un saldo positivo que indique que hay que obedecer la norma.

El derecho de un Estado democrático (que es el que hay que tener en cuenta en el análisis de Nino) exige que, especialmente aquellos que toman decisiones como parte de esa maquinaria institucional, acepten -apliquen autoritativamente- las decisiones democráticas aunque estas no coincidan con su propio juicio. Y ello, porque respetando ese principio ampliamos las posibilidades de que, en muchos casos, se tomen decisiones correctas. Las exigencias derivadas del carácter institucional del Derecho pueden entrar en tensión con determinados principios sustantivos derrotándolos, pero el elemento relevante en esta reconstrucción es que las razones últimas que fundamentan *la derrota de determinados principios sustantivos* frente a ciertos principios institucionales *son*,



precisamente, *razones sustantivas*. Según Nino las restricciones que se derivan de la dimensión institucional del derecho, son tanto las referidas a plazos, competencias, etc., como las que presentan a la democracia como la práctica discursiva cuyo resultado tiene un valor epistémico más próximo que cualquier otra al arrojado por el discurso moral (lo que lleva a la autorrestricción del poder judicial en favor del legislativo).

El segundo aspecto a destacar es que para Nino que la obediencia de los jueces al derecho debe ser *por razones morales*. Estoy de acuerdo con Nino si situamos esta afirmación en el plano del deber ser; puesto que en el plano de los hechos puede que no sea así, por dos razones. De un lado porque como señala Baier, la moralidad no comienza hasta tanto no nos cuestionamos acerca de la racionalidad y conveniencia de las normas a adoptar. De otro, porque cuestionándonoslas, las razones pueden ser de tipo prudencial (“porque quiero ascender en la carrera judicial”, “porque no quiero que me revoquen las sentencias”, ...).

A diferencia de Nino, Alexy fundamenta la “unidad del discurso práctico” en dos ideas cardinales. De un lado, en la *pretensión de corrección (de justicia)* que deben tener las *premisas de derecho* del razonamiento judicial y que es inherente a todo “participante” en el sistema jurídico (tanto al legislador, como al juez, como a todo el que se sitúe como participante). De otro, en el papel que los *principios* tienen en el razonamiento judicial, que hace que las premisas de dicho razonamiento deban ser *justas*.

No es este el lugar para hacer un análisis de la obra del filósofo alemán (a la que por otra parte se han dedicado ingente número de páginas), pero en relación al tema que nos ocupa, dos son los principales problemas que presenta.

En primer lugar, la teoría de la unidad del razonamiento práctico de Alexy es incompatible con la dimensión institucional del derecho, puesto que para él los argumentos institucionales “sólo gozan de una prevalencia *prima facie*”, esto es, que “aun cuando los argumentos institucionales conduzcan a un resultado determinado, la argumentación jurídica sigue dependiendo de argumentos sustanciales y práctico-generales”.

Frente a esto hay que decir que la dimensión institucional del derecho implica, entre otras cosas, que las normas emanadas por una autoridad legítima, constituyen una restricción *a priori* a la discusión acerca del contenido de las normas. En palabras de Raz, las razones justificativas de una decisión judicial son “*independientes del contenido*”. Cuando se ha prometido  $\Phi$ , o cuando una autoridad ha ordenado  $\Phi$ , tendríamos una razón  $\Phi$ , esto es, una razón para actuar que no descansa en el valor intrínseco de la clase de acción que sea  $\Phi$  y que se ha generado exclusivamente en virtud de haberse ejecutado ciertos actos ilocucionarios (en el marco de determinadas prácticas o instituciones sociales) a los que se supone capaces de alterar la situación desde el punto de vista práctico.

Para ser más exactos, es obligado recurrir a las precisiones realizadas por Bayón sobre esta noción. De un lado, en el sentido de que las razones independientes del contenido no pueden ser genuinas razones operativas, sino en todo caso razones auxiliares, es decir, ingredientes de razonamientos prácticos necesariamente más complejos. De otro, puesto que no existe una descripción “natural” de una acción y que todo acto individual es susceptible de diversas descripciones, es decir, como caso de múltiples actos genéricos, lo que digamos acerca de su contenido de una acción es relativo a una determinada descripción de la misma. Por lo tanto el calificar una razón como dependiente o independiente del contenido puede ser una cuestión de punto de vista. En definitiva, puede acogerse

el concepto de Raz si lo reinterpretamos como sigue: Quien entiende que es valioso (i.e., que hay una razón para)  $\Phi$  – siendo  $\Phi$  una acción o un estado de cosas- y constata que *dadas ciertas circunstancias contingentes* hacer  $\Phi'$  es una forma de hacer o producir  $\Phi$ , ha de concluir que, dadas las circunstancias, es valioso (i.e., hay una razón para)  $\Phi'$ . En un supuesto así, la existencia de ciertas circunstancias contingentes, como *razón auxiliar*, determina la aplicabilidad, a un acto individual de la razón operativa que, se den o no dichas circunstancias, se considera que existe para  $\Phi$ .

De otro lado, el concepto de razón “independiente del contenido” no excluye la presencia de razones morales, o más en general, valorativas, pues el juez tiene que dotar de contenido a los enunciados jurídicos en relación con al caso individual. Pero esto no significa convertir la argumentación judicial en una argumentación puramente moral. Como dice Atria, el problema [está refiriéndose al positivismo ético] es cómo integrar los argumentos morales en estos casos. La solución al ciclo [de la adjudicación] dice se encontrará en una forma de positivismo ético que permita una forma de argumentación jurídica abierta a consideraciones morales (al por menor) de modo que permita identificar los casos recalcitrantes, una que permita al juez ver y hacerse cargo en sus propios términos del caso particular al que se enfrenta, pero que no implique por eso la disolución del razonamiento jurídico en razonamiento moral.”

En segundo término, el principio de unidad del razonamiento práctico de Alexy conduce a un déficit de legitimidad democrática, porque en su teoría la existencia de una decisión del legislador acerca de lo que debe hacerse en un caso concreto pasa a ser considerada como irrelevante (situación denominada por Nino paradoja de la “irrelevancia moral del gobierno”<sup>2</sup>), puesto que -según Alexy- el juez dispone de un procedimiento capaz de justificar los principios. Esto implica que puede dejar de considerar las decisiones democráticas de la mayoría porque ellas son “moralmente superfluas”: “así como el agente moral podría determinar su acción con independencia de lo que prescriba el orden jurídico, el principialista podría determinar su acción directamente de la ponderación de principios constitucionales, con independencia de lo que prescriba el legislador infraconstitucional”.

## REFERENCIAS

AARNIO, A. (1991): *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- (1993): *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.
- (1994): *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa. Barcelona
- (1988): Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, pp.139-151.
- (1989) “On Necessary Relations between Law and Morality”, *Ratio Iuris*, 2 (2), pp. 167-183.
- (1989): *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1999): “La tesis del caso especial”, *Isegoria*, 21, pp.23-35
- (2000) “La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho*, 43, pp.217- 246
- (2003): “Justicia como corrección”, *Doxa*, 26, pp.161-171.
- (2005): *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada.

---

<sup>2</sup> C.S. Nino (1989): *El constructivismo ético*, pp. 113 ss.

- (2009) “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa*, nº 32, pp.71-72.
- ATIENZA, M. (1991): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, M. - Ruiz Manero, J. (2001): “La dimensión institucional de Derecho y la justificación jurídica”, *Doxa*, 24, pp.115-130.
- ATRIA, F. (2004): “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, 81-139.
- BAIER, K. (1974): *The Moral Point of View*, Cornell University Press, Cornell.
- BAYÓN, J.C. (1991): *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1991): “Razones y reglas. Sobre el concepto de ‘razón excluyente de Joseph Raz’”, *Doxa*, 10, pp.25-66
- BETEGÓN, J. (1998): “Sobre la pretendida pretensión de corrección”, *Doxa*, 21 (1), pp.355-412.
- BULYGIN, E. (2000): “Alexy’s Thesis on Necessary Connection between Law and Morality”, *Ratio Iuris*, 13(2), pp.133-137
- (2003): “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, R. Vázquez (comp.) *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, pp. 214-223.
- BUSTAMANTE, Th. (2010): “Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones *contra legem*”, P. Bonorino (ed.) *Teoría del derecho y derrotabilidad*, Bubok, España, pp. 205-284.
- CABRA APALATEGUI, J.M. (2000): “Racionalidad y Argumentación jurídica”, *Derechos y Libertades*, 5, pp. 151-188.
- CARACCIOLO, R. (1994): “L’argomento della credenza morale”, *Analisi e diritto*, pp. 97-110.
- COMANDUCCI, P. (1996): “Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón”, *Doxa*, 19, pp.163-168.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2003): “La teoría de la argumentación: logros y carencias” *Ensayos de Filosofía Jurídica*, Themis, Bogotá, pp. 44-66.
- (2010): “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas”, P. Bonorino (ed.) *Teoría del derecho y decisión judicial*, Bubok, España, pp.179-204.
- (2010): “Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico- Un análisis (parcial) de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy”, P. Bonorino (ed.) *Teoría del derecho y decisión judicial*, Bubok, España, pp. 285-343.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1999): “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, *Doxa*, 22, pp. 195-220.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1989): “Algo más acerca de la relación entre derecho y moral”, *Doxa*, 8, pp.11-130.
- HAGE, J.C. - PECZENIK, A. (2000): “Law, Morals and Defeasibility”, *Ratio Iuris*, pp.306-313.
- HART, H.L.A. (1961): *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (1982): *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford.
- ITURRALDE, V. (1992): “Argumentación y razonamiento judicial”, *Theoria*, 16-17-18, pp.1062-1064
- (2003): *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo blanch, Valencia.
- KAUFMAN, A. (1994):” En torno al conocimiento científico del derecho”, *Persona y Derecho*, 31, pp. 9-28.
- LAPORTA, F. (1990): “Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía iusnaturalista”, *Doxa*, 8, pp. 131-147.

- LAPORTA, F. (1993): *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México.
- MACCORMICK, N. (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- NINO, C.S. (1985): *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- (1989): *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
  - (1989): *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona.
  - (1989): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona.
  - (1990): "Sobre los derechos morales", *Doxa*, 7, pp. 311-325.
  - (1993): "Respuesta a J.J. Moreso; P.E., Navarro y M.C. Redondo", *Doxa*, 10. p. 261-264.
  - (1993): "Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico", *Ragion Pratica*, 1993, pp. 32-37.
- PÁRAMO, J. R. de (1988): "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22-24, pp. 89-119.
- PECZENIK, A. (1988): "Legal Reasoning as a Special Case of Judicial Reasoning", *Ratio Juris*, 1 (2), pp. 123-136.
- (1988): "Dimensiones morales del derecho", *Doxa*, 8, pp. 89-109.
- POZZOLO, S. (1998): "Neconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, 21 (I), pp. 339-353.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1999): *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México.
- (2003): *Derechos fundamentales, constitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Perú.
- RAZ, J. (1986): "Introducción", J. Raz (ed.) *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 7-39.
- (1991): *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
  - (1993): "On the Autonomy of Legal Reasoning", *Ratio Juris*, 6 (1), pp.1-15
- REDONDO, C. (1996): *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1998): "El carácter práctico de los deberes jurídicos", *Doxa*, 21 (II), pp. 355-370.
  - (1999): "Sulla rilevanza pratica del diritto", *Ragion pratica*, 13, pp. 203-218
- RICHARDS, D.A.J. (1971): *A Theory of Reasons for Actions*, Oxford University Press, Oxford.
- ROCA, V. (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- RUIZ MANERO, J. (1990), *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SASTRE ARIZA, S. (1999): *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, MacGraw-Hill, Madrid.
- SILTALA, R. (1990): "Derecho, moral y leyes inmorales", *Doxa*, 8, pp.149-170.
- SOPER, P. (1993): *Una teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- VIGO, R. (2003): "Balance de la teoría jurídica discursiva de R. Alexy", *Doxa*, 26, pp.203-224.
- WALDROM, J. (1999): *Law as Disagreement*, Clarendon Press, Oxford.
- WRIGHT, G.H. v. (1986): "De la llamada inferencia práctica", J. Raz (comp.) *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, pp.91-120.



# LAS “REGLAS DE CIERRE” DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO<sup>1</sup>

Pilar Gutiérrez Santiago

*Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada como Catedrática), Universidad de León (ESPAÑA)*  
*mpguts@unileon.es*

## Resumen

Como colofón de la regulación de la interpretación de los contratos por el Código Civil español, el último de los nueve preceptos que éste dedica al tema –el artículo 1289- contiene una serie de reglas de cierre del proceso hermenéutico que entran en juego, de forma marcadamente subsidiaria, cuando los restantes criterios legales de interpretación se hayan revelado insatisfactorios e incapaces para desentrañar el verdadero significado de un contrato. El presente trabajo pretende examinar las plurales soluciones que dicho artículo establece en función del concreto aspecto del contrato (una “circunstancia accidental” o su “objeto principal”) sobre el que recaiga la duda hermenéutica insalvable y en atención a la naturaleza (gratuita u onerosa) del contrato mismo. Al análisis de esos patrones objetivos previstos por el art. 1289 CC se sumará una referencia final a las reglas de cierre de la interpretación de los contratos que, con un alcance muy distinto, se establecen en otros textos normativos tanto nacionales como de ámbito europeo.

**Palabras clave:** interpretación de los contratos, dudas hermenéuticas irresolubles, circunstancias accidentales del contrato, objeto principal del contrato, naturaleza gratuita u onerosa del contrato, nulidad del contrato.

## PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Dentro del grupo de artículos que el Código Civil español dedica a la interpretación de los contratos (arts. 1281 a 1289 ubicados en el Capítulo IV, Título II de su Libro V), establece el último de ellos –el art. 1289- que “*Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses*”. Y agrega el párrafo II del precepto que “*Si la dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo*”.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado “Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial”.

Los términos con los que el art. 1289 encabeza y abre las tres diferentes previsiones normativas que contiene —“*cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes*” — revelan que nuestro legislador, pese a la meticulosidad con que regula la interpretación de los contratos, viene a la postre a reconocer que, a veces, puede ocurrir que ninguna de las reglas hermenéuticas previstas en los arts. 1281 a 1288 sea adecuada para desentrañar el verdadero significado de un contrato [2]. Ante esta coyuntura —que ni una de esas ocho reglas haya funcionado—, el legislador contaba, en línea de hipótesis, con dos alternativas: o bien otorgar al intérprete (léase al juez, si se quiere) la facultad de resolver la duda hermenéutica discrecionalmente (conforme a su leal saber y entender), o bien proporcionarle unas reglas de desempate en caso de empate perfecto entre las posibles interpretaciones del contrato con arreglo a las reglas anteriores. Como es obvio, el Código Civil español optó por esta segunda alternativa y estableció en el art. 1289 una serie de criterios objetivos para dar definitiva solución al problema interpretativo en cuestión.

A mostrar el supuesto de hecho que conduce a la aplicabilidad de tal precepto y a discernir entre las plurales respuestas que prevé (en función del concreto aspecto del contrato sobre el que recaiga la duda hermenéutica y en atención a la naturaleza del contrato mismo) se destina primordialmente la presente exposición, si bien tampoco se eludirá en ella un somero análisis comparativo del art. 1289 CC con las reglas de cierre de la interpretación de los contratos que, con un alcance muy distinto, se establecen en otros textos normativos (nacionales y de ámbito europeo).

## **EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL ARTÍCULO 1289 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL**

Conviene comenzar poniendo de relieve que el supuesto de hecho del que parte este precepto es relativamente escaso en la práctica. Y no extraña que así sea si tenemos en cuenta que, según se empieza advirtiendo justo en el pórtico del párrafo I del art. 1289 y como bien precisa la STS 22.7.1998 (*Tol 270f*), “su aplicación queda reservada al supuesto de que no solamente surjan dudas sobre la interpretación, sino que además fuese imposible resolverlas mediante las reglas contenidas en los artículos anteriores” [3]. Esa misma idea han expresado, entre otras muchas sentencias del TS, las de 11.10.1984 (RJA 4773), 2.7.1985 (RJA 3636) y 17.2.1990 (RJA 693) cuando declaran que “*el art. 1289 CC contempla situaciones contractuales particularmente dudosas, dictando una regla subsidiaria de interpretación, lo cual supone la previa existencia de aquellas dudas insuperables mediante los normales criterios legales establecidos*”.

Tal como ya se especifica en el precedente pronunciamiento, el art. 1289 presenta como primera nota definitoria su palmaria *subsidiariedad* dentro del régimen legal de interpretación de los contratos;

---

2 Por tal razón, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil III. Contratos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 13ª ed., 2010, p. 111 llega a decir que el art. 1289 es un precepto “desolador”, ya que en él se admite sin tapujos que en ocasiones puede resultar “absolutamente imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes”.

3 Vid. en la misma línea, las SSTs 18.5.2005 (*Tol 656552*), 5.6.2006 (*Tol 952730*), 10.11.2008 (*Tol 1408435*), 14.5.2009 (*Tol 1.525.360*), 27.5.2009 (*Tol 1.564.672*), o la STS 28.11.2003 (*Tol 332176*) que habla de “imposibilidad absoluta de interpretar”.

carácter subsidiario [4] en virtud del cual se ha dado en calificar a dicho precepto como la “*regla de cierre*” [5] en materia de hermenéutica contractual.

En efecto, los restantes artículos del Capítulo IV establecen genuinas reglas de interpretación que ha de aplicar el intérprete (normalmente, el juez) que deba dirimir las discrepancias de las partes acerca de su voluntad contractual o del sentido de los términos del contrato. En cambio, el art. 1289 contiene una cláusula de cierre o de decisión última para el caso de que ninguna de las reglas anteriores resulte idónea para resolver la duda interpretativa [6]. Es decir, y expresado por extenso,

---

4 Dado el ingente caudal de jurisprudencia que hace hincapié en el carácter subsidiario del art. 1289, nos limitamos a recordar las SSTs 29.10.1996 (Tol 217516), 5.3.1997 (Tol 216028), 12.3.1997 (Tol 214994), 22.5.1999 (Tol 170351), 21.6.1999 (Tol 72837), 22.10.2000 (Tol 72915) y 5.6.2006 (Tol 952730).

También en la doctrina es pacífico que el art. 1289 CC es norma *subsidiaria o supletoria* de todas las demás disposiciones legales sobre hermeneusis del contrato. Vid. por ejemplo, LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA, F. de A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, I-3º, Dykinson, Madrid, 3ª ed. revisada y puesta al día por DELGADO, J., 2005, p. 242; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., “Interpretación, calificación e integración del contrato”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, T.II (Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 1650 y 1655; y DÍAZ-REGAÑÓN, C., “Comentario al art. 1289”, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ, R., Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2006, p. 1548. Matizando el concreto alcance de la subsidiariedad del art. 1289, vid. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Thomson-Reuters. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 461.

5 Así lo hacen, entre otros muchos, JORDANO BAREA, J.B., “Com. art. 1289”, en *Comentario del Código Civil*, T.II, dir. PAZ-ARES, C./DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 519; y DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1º, Thomson-Civitas, 6ª ed., 2007, p. 511. En la jurisprudencia, vid. por todas, las SSTs 18.5.2005 (Tol 656552), 19.12.2007 (Tol 1235326) y 10.11.2008 (Tol 1408435).

6 Ello explica que hayan aflorado en la doctrina discusiones acerca de si el art. 1289 es una auténtica norma de interpretación o, por el contrario, una norma *complementaria* de las reglas de interpretación propiamente dichas. Así, frente a los partidarios de la primera tesis —que no dudan en ubicar el art. 1289 entre las reglas legales de interpretación *objetiva* (vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., “Comentario a los artículos 1281 a 1289”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, M./DÍAZ ALABART, S., T. XVII, Vol. 2º, EDESA, Madrid, 2ª ed., 1995, p. 72; LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de Obligaciones*, Vol.II, Tecnos, Madrid, 1995, p. 95)—, otros autores consideran que, en realidad, dicho precepto “no establece una verdadera norma de interpretación, sino que da solución a situaciones en que un contrato o una cláusula del mismo sea imposible de ser interpretada, por ser ininteligible” (vid. O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, T.II, Dijusa, Madrid, 5ª ed., 2008, pp. 274-275). Igual idea defendía CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T.III, Reus, Madrid, 15ª ed. revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO, 1988, p. 587 cuando afirmaba que el art. 1289 contiene una regla *complementaria* de las de interpretación del contrato, pues más que a fijar el sentido de las declaraciones de voluntad, va dirigida, a modo de recurso supremo, a solucionar el conflicto que resulte de la imposibilidad de fijar la intención de las partes. Vid. en la misma línea, más recientemente ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, I, Edisofer, Madrid, 17ª ed., 2006, pp. 762-763.

Por su parte, LUNA SERRANO, A., en LACRUZ BERDEJO, J.L./LUNA, A./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 3º, Bosch, Barcelona, 1984, p. 267 afirma que el art. 1289 es una “*norma interpretativa*”, más que una simple norma de interpretación, en el sentido de que no indica un camino o un método de interpretación, sino que determina por sí mismo el alcance que ha de darse a la declaración negocial; por lo que dicho precepto, aun colocado bajo la rúbrica de la interpretación, tiene un significado casi exclusivamente integrativo. En esta misma línea, ha afirmado LACRUZ, I-3º, 2005, p. 242 que “el contenido del art. 1289 CC... se refiere a una disciplina que, en realidad, poco tiene que ver con la interpretación, pues su primer párrafo dispone propiamente una regla de integración contractual a falta de contenido preciso dispuesto por los interesados, significando en otra forma el sentido que corresponde a la declaración; y el segundo sólo determina la invalidez de la declaración por falta de inteligibilidad”. Asimismo escribe CARRASCO, 2010, pp. 410-411 que en el párr. I del art. 1289 CC “no se ofrece un criterio subsidiario de interpretación, sino una regla de Derecho que... es cabalmente una regla de *integración de lagunas* que se revela enteramente indistinguible de la función que con el mismo propósito está llamada a cumplir la norma del art. 1258 CC” —la forma de <<resolución>> de la duda sobre elementos accidentales del contrato que establece el art. 1289.I no es, por esencia y por hipótesis, una regla o una técnica interpretativa, sino “una regla sustantiva de derecho material que actúa al margen de la intención probable de las partes, y precisamente porque esta intención no puede ser hallada ni sospechada” (pp. 462-463)-. “Por su parte, el art. 1289.II no contiene ninguna regla de interpretación ni de integración, ni propiamente ninguna otra regla sustantiva que la



dicho artículo entrará en acción cuando —y sólo cuando— se dé el conjunto de circunstancias siguientes:

1. que no estemos ante un contrato de términos claros o, lo que es lo mismo, que los términos contractuales adolezcan de algún género o grado de vaguedad o ambigüedad (pues en caso contrario, se aplicaría, en principio, el art. 1281.I);

2. que no se haya probado suficientemente la intención común de los contratantes, conforme al art. 1281.II (teniendo en cuenta que para tal prueba cuentan principalmente los actos de las propias partes —*ex art. 1282*—, especialmente en lo que concierne al objeto del contrato —*ex art. 1283*—);

3. que de entre los diversos significados posibles de la cláusula contractual no clara, no haya uno más adecuado para que el contrato produzca efectos —es decir, que en términos de eficacia del contrato todas las interpretaciones resulten equivalentes en el sentido de que con todas ellas el contrato rinde efectos (pues, de lo contrario, operaría el art. 1284)—;

4. que ninguna de las interpretaciones posibles de la cláusula debatida cobre evidencia o mejor sentido contemplando conjuntamente el resto de las cláusulas del contrato, o, dicho de otro modo, que la interpretación sistemática de éste no haga más razonable, o preferible en suma, un determinado significado de la cláusula en discusión (pues, de ocurrir lo contrario, entraría en juego el art. 1285);

5. que de las diversas acepciones de las palabras empleadas en el contrato o de las cláusulas del mismo, no haya ninguna que sea claramente más acorde o más compatible que las otras con la naturaleza y objeto del contrato (ya que de no ser todas igualmente conformes a dichos extremos, se aplicaría el art. 1286);

6. que cuando la divergencia interpretativa derive de la ambigüedad de los términos contractuales, ninguno de sus posibles significados resulte particularmente avalado por los usos del tráfico en tales casos o asuntos (*ex art. 1287.I*); y por último,

7. que cuando la cláusula discutida sea oscura —lo que implica que admite una pluralidad de sentidos posibles que no cabe esclarecer y entre los que se mantiene la duda— no quede probado que la causación de dicha oscuridad fue imputable (por mala fe, falta de la diligencia esperable o por la razón que fuere) a uno de los contratantes (ya que de haberse acreditado la parte que unilateralmente la hubiese ocasionado, entraría en acción el art. 1288).

---

formulación de un predicado consecucional: en las condiciones explicitadas por la norma *no hay contrato* y, por tanto, nada que interpretar ni que integrar”.

## SIGNIFICADO DE LAS EXPRESIONES “CIRCUNSTANCIAS ACCIDENTALES” Y “OBJETO PRINCIPAL” DEL CONTRATO EN EL SENO DEL ARTÍCULO 1289 CC.

Sentada la hipótesis que contempla el art. 1289 CC, en la eventualidad de que un contrato suscite problemas interpretativos que no hayan podido solucionarse a través de las restantes reglas legales de interpretación aquel precepto proporciona una serie de criterios para despejar o zanjar esas dudas e incógnitas “insuperables”; criterios que son *diferentes* según que tales dudas versen sobre unos u otros elementos del contrato. En concreto, el art. 1289 dedica su primer párrafo a resolver las dudas que recaen sobre “circunstancias accidentales del contrato” [7] y destina el párrafo II a establecer la consecuencia que se produce cuando esas dudas afectan al “objeto principal del contrato”.

Ante el tratamiento completamente distinto que dicho precepto otorga a cada uno de ambos supuestos, surge de inmediato la necesidad de descifrar cuál es el respectivo significado de las expresiones «*circunstancias accidentales del contrato*» y «*objeto principal del contrato*»; cuestión en la que —debe advertirse— en absoluto reina el consenso. No faltan autores que, a la hora de concretar las “circunstancias accidentales del contrato” de que habla el art. 1289.I, se refieren a *la condición, el término o plazo y el modo* [8]. Sin embargo, se ha dicho en contra de esa opinión que, en el seno del citado artículo, tal expresión “no ha de equipararse a los denominados elementos accidentales del contrato, sino a extremos o detalles del mismo que no afecten a su eficacia (lugar de entrega de la cosa, color del coche, que no se precisó, etc.)” [9]. Avanzando en esta posición, algunos autores han identificado las “circunstancias accidentales” a que alude el art. 1289.I con “cláusula no esencial del contrato” [10]. Y, por último, también se ha defendido que la determinación de qué se deba entender por “*circunstancias accidentales*” es algo que sólo se puede averiguar por contraposición a lo que se entienda por “*objeto principal del contrato*” en el art. 1289.II [11].

Aunque es ésta la opinión que parece mejor fundada —en tanto que las diferentes soluciones que, respectivamente, prevén los dos párrafos del art. 1289 están precisamente en función de que las

---

7 Esta es la lectura del art. 1289.I que se induce de una interpretación sistemática del mismo en relación con su segundo párrafo. Y hago esta precisión porque, si se mira bien, el art. 1289.I incurre en una evidente ambigüedad sintáctica ya que, en rigor, sólo refiere el presupuesto de que las dudas recaigan “sobre circunstancias accidentales del contrato” al caso de que éste fuere “gratuito”; mientras que luego, al regular el caso de que el contrato fuera oneroso —y con la relevancia sintáctica que supone la separación con un punto y aparte—, no señala explícitamente —repárese— que la duda deba versar sobre circunstancias accidentales del contrato oneroso. Pese a ello, y aun cuando no vulneraría el tenor literal del art. 1289.I entender que la exigencia de que la duda recaiga sobre circunstancias accidentales afecta sólo a los contratos gratuitos y no a los onerosos —para los que, insisto, no se dice de forma expresa en el segundo punto de la regla—, creo que la extensión de dicho presupuesto también a éstos viene dada por el predominio de una interpretación contextual del precepto en correlación con el art. 1289.II, que contempla, genéricamente y sin distinguir entre contratos gratuitos y onerosos, el caso contrapuesto de que las dudas versen sobre el objeto principal del contrato.

8 Así, por ejemplo, LETE, 1995, p. 95; y JORDANO, 1991, p. 519.

9 LASARTE, 2010, pp. 111-112.

10 O'CALLAGHAN, 2008, p. 275.

En nuestra jurisprudencia, se inclina implícitamente en esa dirección la STS 28.2.1997 (*Tol 214966*) al señalar que “el art. 1289.I, reservado para las circunstancias accidentales, se ha aplicado indebidamente a lo que constituye el propio objeto de la permuta, toda vez que la cláusula contractual litigiosa, con mención a la subrogación en la hipoteca, posee *la nota de esencialidad*, y, por consiguiente, al integrarse sin duda como elemento *sustancial* del contrato, carece de la condición de *accesoria o extrínseca*, por lo que era inadecuada la utilización de dicho precepto al supuesto de autos”.

Por su parte, la STS 12.3.1997 (*Tol 214994*) aplicó la regla de la reciprocidad de intereses prevista para los contratos onerosos en el art. 1289.I al entender que la duda insuperable recaía sobre una *cuestión accidental* del contrato de compraventa litigioso, cual era “*la extensión de una cláusula de bonificación por pronto pago*”.

11 LÓPEZ, 1995, p. 73. También parece seguir esta orientación Díez-Picazo, 2007, p. 511.

dudas recaigan sobre uno o sobre otro extremo—, resulta evidente que esta tesis replantea el problema reconduciéndolo al interrogante de cuál sea el sentido que haya de atribuirse a la expresión «*objeto principal del contrato*», la cual presenta también una cierta zona de penumbra en cuanto que el legislador no habla sin más de “objeto” del contrato, sino de su objeto principal. Aun así, no faltan voces autorizadas que parecen ceñir el significado de dicha expresión al concepto técnico de *objeto* del contrato [12]; pero también hay otras que, alejadas de esa opinión, consideran que las palabras «objeto principal» que emplea el art. 1289.II se refieren a “la «causa» del art. 1262 CC, aquella sobre la cual convergen las voluntades de las partes y que representa el tipo contractual” [13], de modo que hay que entenderlas en el sentido de “fin principal del contrato, que no es otro que la *causa* en sentido objetivo” [14]. Con todo, la mayoría de la doctrina sostiene que la expresión «objeto principal del contrato» del art. 1289.II no equivale exactamente a lo que técnicamente es el objeto del contrato porque, además de comprender a éste, se refiere también a algo más [15]; y en concreto, suele aceptarse que bajo tal formulación legal quedan englobados los “*elementos esenciales del contrato (objeto y causa)*” [16].

## LA NATURALEZA GRATUITA U ONEROSA DEL CONTRATO COMO PARÁMETRO DECISORIO DE LAS DUDAS INSUPERABLES SOBRE SUS CIRCUNSTANCIAS ACCIDENTALES

En vista de la trascendencia jurídica radicalmente distinta que presenta la existencia de dudas insalvables según que recaigan sobre aspectos accidentales o sobre elementos esenciales del contrato, el art. 1289 ofrece respuestas igualmente dispares.

En el primer caso, y no obstante tratarse de dudas irresolubles con arreglo a los demás criterios legales de interpretación, comoquiera que las mismas versan sobre circunstancias accidentales el art.

---

12 Aunque no se pronuncian de forma explícita al respecto, ese es, a mi juicio, el criterio que se desprende de las palabras de BERCOVITZ, R./VALLADARES RASCÓN, E./DÍEZ GARCÍA, H., *Manual de Introducción al Derecho*, BERCAL, Madrid, 2006, p. 143 cuando afirman que la nulidad del contrato que impone el art. 1289.II es una “regla lógica, pues recordemos —explican— que uno de los requisitos esenciales del contrato es que exista «objeto cierto»; y no lo hay cuando no puede determinarse cuál es el objeto”.

13 LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA, F. de A./LUNA, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, II-1º, Dykinson, Madrid, 3ª ed. revisada y puesta al día por F. RIVERO, 2003, p. 497.

14 Esta es la postura que defiende, por ejemplo LÓPEZ, 1995, p. 73, y que, consecuentemente, le lleva a entender que, por contra, son «circunstancias accidentales» “todas aquellas que no afecten a la consecución del fin que el ordenamiento jurídico predispone para el contrato puesto en vida por los interesados”. Le sigue al pie de la letra ROJO AJURIA, L., Voz “Interpretación de los contratos (Derecho civil)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol.III, Civitas, Madrid, 1995, p. 3697; y también sostienen la misma opinión ALMAGRO NOSETTE, J., “Com. art. 1289”, en *Comentario del Código Civil*, T.6, coord. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona, 2000, p. 664; y DÍAZ-REGANÓN, 2006, p. 1549.

15 Así, por ejemplo, señala en este sentido LASARTE, 2010, p. 112 que “si permanece la duda respecto de una condición (que no se sabe si es resolutoria o suspensiva); sobre la hipotética conducta dolosa de una de las partes (que no ha podido probarse plenamente); sobre el motivo impulsivo ilícito...”, cabe pensar que se trata de puntos fundamentales relativos a la admisibilidad y eficacia del entero contrato y no de circunstancias accidentales.

16 Vid. expresamente en este sentido, LETE, 1995, p. 95; y JORDANO, 1991, p. 519. Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Principios y criterios legales de la interpretación del contrato” en *AC (Aranzadi Civil)*, núm.21, 2010, p. 34 equipara “*objeto principal* del contrato con los *elementos no accesorios*: consentimiento, objeto, causa, pero también la condición y el término cuando se hayan establecido”.

1289.I se hace eco del *principio de conservación* [17] intentando que el contrato en cuestión produzca efectos. Ahora bien, a fin de encauzar la medida de esos efectos, el legislador no desdeña la índole o clase de contrato de que se trate y, concretamente, bifurca las soluciones a las mentadas dudas en atención a la naturaleza gratuita u onerosa de aquél [18].

Así, cuando el contrato es *gratuito* se considera más conforme a esa naturaleza que las dudas se resuelvan en favor de “*la menor transmisión de derechos e intereses*”; esto es, prevalecerá aquella de las opciones interpretativas que suponga la menor entidad de la atribución patrimonial [19], ya que, a la luz del principio del *favor debitoris*, “lo normal no es desprenderse de los derechos que nos pertenecen sin retribución o contrapartida” [20].

En cambio, si se trata de un contrato *oneroso* “*la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses*”, pues es esa mayor conmutatividad entre los intereses implicados lo que efectivamente parece más adecuado a dicha naturaleza onerosa. Dado que en los contratos con causa onerosa cada contratante espera recibir tanto como se propone entregar —según tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia [21]—, a través del tratamiento de los mismos que realiza el art. 1289.I [22] se está procurando que el resultado de la interpretación tienda a garantizar el máximo equilibrio o equivalencia de los derechos y obligaciones entre las partes [23].

---

17 Así lo ponen de manifiesto, entre otros, DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 511; y LASARTE, 2010, p. 111. Y en nuestra jurisprudencia, la STS 18.5.2005 (Tol 656552) afirma que la regla de cierre del art. 1289.I está “inspirada en el deseo de conservar el contrato en armonía con su causa típica”.

18 Señala al respecto LÓPEZ, 1995, p. 72 que “en última instancia, esta consideración de la causa para fundamentar la regla del art. 1289.I hay que conectarla con el general criterio objetivo que resulta del art. 1286”.

Ya en esa línea afirmaba DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1971, reimpresión 1985, p. 88 que, tanto en el art. 1289.I como en el 1286, esa “consideración de la causa del negocio ha permitido, cuando se le interpreta, tener en cuenta la armonización o equilibrio equitativo de los intereses”. La estrecha relación entre ambos preceptos es también apuntada por DÍAZ-REGAÑÓN, 2006, p. 1548.

19 Como afirman BERCOVITZ/VALLADARES/DÍEZ, 2006, p. 144, si el contrato es gratuito “la duda se resolverá en favor de quien realiza la liberalidad, de forma que habrá que interpretar restrictivamente su obligación”.

20 Vid. LETE, 1995, p. 95. La conexión que existe entre la previsión del art. 1289.I respecto de los contratos gratuitos y el principio *favor debitoris* es también puesta de relieve por JORDANO, 1991, p. 519; GIL RODRÍGUEZ, J., “Interpretación y modificación del contrato”, en *Manual de Derecho Civil*, II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 3ª ed., 2000, p. 634; LASARTE, 2010, p. 112; y CARRASCO, 2010, pp. 403, 408, 449 y 462 (especialmente por medio de la conjunción del art. 1289.I con la regla del art. 1283).

21 Cfr. entre otras muchas, la STS 12.12.2002 (Tol 229584), o la de 28.2.1997 (Tol 214966) donde se aclara que “la característica de ser un contrato oneroso por efecto de la reciprocidad —ya que, mediante la compensación de las ventajas y los inconvenientes, se da una equivalencia entre las entregas de ambas partes— no requiere sin embargo identidad de valor entre dichas prestaciones, como ha señalado esta Sala en la S. 10.2.1978 (RJA 271)”.

22 Ahora bien, puestos a buscar lagunas en el sistema de reglas de cierre que establece el art. 1289 (y en concreto, el punto 2º de su párrafo I), siempre queda preguntarse qué deberá decidir el juez (el intérprete, en general) si, por ejemplo, el contrato en discusión es oneroso y los intereses enfrentados en la duda interpretativa insuperable (sobre las circunstancias accidentales de aquél) son perfectamente equiparables en el sentido de que no cabe optar entre soluciones de mayor o menor reciprocidad. Cabría pensar que si para tal hipótesis el Código no dispone regla decisoria, ha abandonado su decisión a la discrecionalidad del intérprete; pero también es cierto que hablamos de casos marginales por cuanto que si la reciprocidad de intereses es perfecta —es la misma en cualesquiera de las opciones interpretativas posibles—, seguramente no es fácil imaginar un conflicto (un pleito, a fin de cuentas) en el que una de las partes cuestione la interpretación del contrato. Siempre cabe pensar que pueden comparecer razones o intereses espurios, pero en este caso, puesto que en Derecho todo es cuestión de prueba o de presunción, se habría tornado aplicable, entre otros mecanismos jurídicos posibles, el principio general de la buena fe (con su particular reflejo en sede de hermenéutica contractual en el art. 1288, o incluso indirectamente en el art. 1282 a través de la doctrina de los actos propios).

23 Vid. en esta línea, por ejemplo, GIL, 2000, p. 634; DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 511; CARRASCO, 2010, p. 462; o con anterioridad, DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, T.I, revisado y puesto al día por DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M. y LEÓN ALONSO, J., Civitas, Madrid, 1988, p. 422, quien señalaba que el art. 1289.I se funda “en razones de la más estricta justicia conmutativa”.

## LA NULIDAD DEL CONTRATO CON DUDAS INSUPERABLES SOBRE SU OBJETO PRINCIPAL

Contrastando con las previsiones del párrafo primero, el art. 1289.II CC declara tajantemente que el contrato será *nulo* cuando las dudas insuperables recaigan sobre su *objeto principal* de tal forma que “no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes”.

El afán de encontrar al inciso entrecomillado un sentido autónomo en el contexto del art. 1289.II ha llevado a López a afirmar que el mismo “parece contradictorio, porque el no poderse averiguar cuál ha sido la intención o voluntad de los contratantes es precisamente la premisa de aplicación del art. 1289, en tanto norma de interpretación objetiva”. Por eso, este autor considera que para salvar tal incongruencia es forzoso entender que el mencionado inciso “se refiere a la imposibilidad de averiguación de la intención o voluntad de los contratantes deducida *objetivamente, es decir, a través de los artículos 1284 a 1288*” [24]. A mi juicio, sin embargo, el inciso en cuestión, más que incongruente o contradictorio, cabría ser tildado de redundante o *reiterativo* en relación con el presupuesto básico y general, de que parte el art. 1289, de que las dudas sean de tal entidad que no hayan podido ser resueltas mediante las demás reglas hermenéuticas [25]. El recto entendimiento del art. 1289.II no permite, a mi modo de ver, sostener que la declaración de nulidad del contrato cuando existan dudas sobre su objeto principal esté supeditada a que no haya podido averiguarse la voluntad de los contratantes a través, y justamente a través, de las reglas objetivas de los arts. 1284 a 1288 —como parece estimar dicho autor—. En verdad, el art. 1289.II se refiere a dudas sobre el objeto principal del contrato, y como es obvio que estamos hablando de dudas interpretativas —es decir, de dudas relativas al significado de las cláusulas contractuales referentes a dicho objeto—, si continúan existiendo esas dudas es, en primer lugar, porque los términos del contrato no son claros y, por tanto, no pudo aplicarse la regla del art. 1281.I; pero, por otra parte, si sigue habiendo esas dudas, ello significa que tampoco pudo demostrarse y conocerse cuál era la voluntad de las partes a través de *ninguna* de las restantes reglas hermenéuticas que el Código Civil contempla a tal fin —ya que, de haberse acreditado suficientemente aquella voluntad, prevalecería incluso sobre el significado claro de los términos del contrato (por mor de lo dispuesto en el art. 1281.II)—. En consecuencia, lo que el

---

Las mismas ideas han destacado en nuestra jurisprudencia las SSTS 12.3.1997 (*Tol 214994*), 22.5.1999 (*Tol 170351*) y 18.6.2002 (*Tol 202975*), entre otras muchas. Tal como bien ha observado DÍAZ-REGAÑÓN, 2006, p. 1549, conviene reparar en que, a nivel práctico, contrasta la enorme escasez de aplicaciones judiciales del art. 1289.I a los contratos gratuitos [cfr. STS 6.4.2006 (*Tol 890412*)] con la mayor abundancia de sentencias que aplican esa norma a los contratos onerosos [vid. entre otras, SSTS 21.10.1988 (*Tol 1.734.580*), 16.2.1995 (*Tol 1.658.134*), 9.6.1998 (*Tol 8736*), 26.6.1998 (*Tol 1870*), 22.7.1998 (*Tol 2701*), 22.5.1999 (*Tol 170351*), 21.6.1999 (*Tol 72837*), 30.1.2001 (*Tol 31060*), 28.5.2001 (*Tol 31030*), 18.5.2005 (*Tol 656552*) y 10.11.2008 (*Tol 1408435*)].

24 LÓPEZ, 1995, p. 74.

Por contra, y tras observar que “no está claro qué alcance da el legislador a la subsidiariedad del precepto”, opina CARRASCO, 2010, p. 461 que, dado que “la entrada en juego de la norma se hace depender finalmente de que <<no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes>>”, “se supone que *han fallado los recursos de interpretación <<subjetiva>>*, pero *no se subordina la aplicación del precepto a que fallen también otras reglas (contra proferentem, regla de la prevalencia del art. 6.I LCGC) que no tienen como propósito la búsqueda de la intención real común de las partes del contrato*”.

25 También ALMAGRO, 2000, p. 664 considera redundante tal inciso. Asimismo CARRASCO, 2010, p. 461 se inclina implícitamente en esa dirección al afirmar que “el art. 1289 CC se expresa y se presenta *por dos veces* como una regla de cierre del sistema: cuando <<fuere imposible resolver las dudas>>, o si la duda afecta al contrato <<de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad >>”.

art. 1289.II nos está diciendo es que si no está probada la intención real de los contratantes (expresa o no en la letra) y si, consiguientemente, la duda interpretativa sobre el objeto principal del contrato no ha podido ser resuelta mediante *cualesquiera* de las reglas sentadas en los artículos precedentes [26], el intérprete no tiene ya regla a la que atenerse para otorgar uno u otro sentido a la cláusula contractual en discusión. Y ante esa tesitura, lo que el art. 1289.II establece en último término es un veto a la discrecionalidad interpretativa del juez en tal situación —lo que podría entenderse como una exclusión expresa de la equidad como elemento exclusivo sobre el que hacer descansar la solución del conflicto [27]—, pues no le permite dirimir del modo que le parezca mejor o más equitativo [28] sino que le obliga a decretar que el contrato es nulo, que no hay contrato.

En efecto, en la medida que las dudas en cuestión han impedido por completo saber cuál fue la voluntad de las partes respecto del objeto principal de su compromiso, nos encontramos ante un contrato de todo punto ininteligible en el sentido de que es imposible fijar racionalmente su significado en aquel extremo esencial. Comoquiera que, indescifrado ese significado, ello a su vez comporta la imposibilidad de realizar o de cumplir las funciones económicas que los interesados hubieran proyectado, se impone entonces la ineficacia del contrato; consecuencia establecida en el art. 1289.II, que ha llevado a considerar a este precepto como un supuesto de «interpretación derogatoria del contrato» [29]. Al margen de elucubraciones doctrinales acerca del fundamento teórico de dicha nulidad contractual [30], parece claro que se trata de una nulidad absoluta o radical —a la que

---

26 Es más, señala CARRASCO, 2010, p. 420 que el fatal resultado de la nulidad del contrato que establece el art. 1289.II sólo se consagra cuando *se ha recorrido todo el círculo hermenéutico* (sin haberse encontrado la voluntad común de las partes) “y, además, por la regla señera de integración de lagunas del art. 1258 CC”. Para llegar a esa conclusión de que no hay contrato “no habrá bastado el proceso hermenéutico de los arts. 1281 a 1289”, sino que “sólo *después de haber pasado* por el art. 1258 CC y haber intentado la *integración* de la laguna por medio de la ley, el uso o la buena fe, podrá concluirse fatalmente con la inexistencia de un *consensus in idem*” (p. 462). Esto es, el efecto final denunciado por el art. 1289.II (a saber, que no hay contrato) “puede ser evitado si con ayuda de los criterios de heterointegración contractual previstos en el art. 1258 CC puede superarse la laguna irresoluble, incluso si ésta afectara a un elemento esencial del contrato” (p. 463).

27 Ya el art. 3.II CC, si bien dispone que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas”, destaca que “las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

28 A diferencia de lo que sucede con el párr. II del art. 1289, nada impide admitir la relación que pueden guardar las previsiones de su párr. I con la equidad. De esta correlación da cuenta expresamente LACRUZ, I-3º, 2005, p. 241. Y también señala al respecto VATTIER FUENZALIDA, C., “La interpretación integradora del contrato en el Código Civil”, en *ADC (Anuario de Derecho Civil)*, núm.2, 1987, pp. 515 y 518 que la equidad constituye la *ratio* del art. 1289 [*rectius*, de su párr. I] pues “el juez debe tenerla en cuenta al determinar la «*mayor reciprocidad de intereses*» o la «*menor transmisión de derechos*» en atención al tipo de contrato y a las circunstancias del caso de que se trate”; idea en la que insiste dicho autor al escribir que este precepto prevé “la rectificación de los extremos *no esenciales* del contrato conforme a la equidad”.

Sin distinguir entre los dos párrafos del art. 1289 —como, a mi juicio, es imprescindible—, GARCÍA AMIGO, M., “La integración del negocio jurídico”, en *RDN (Revista de Derecho Notarial)*, enero-marzo 1980, p. 119 afirma que el módulo objetivo establecido por el legislador en dicho precepto descansa en la equidad.

29 DíEZ-PICAZO, 2007, p. 512. Vid. igualmente LASARTE, 2010, p. 111.

30 Algunos autores han propuesto, como explicación de la misma, que en tales casos falta el *consentimiento*, de manera que el art. 1289.II no sería otra cosa que un desarrollo o una mera ratificación de lo dispuesto en el art. 1261 CC. Esta es la opinión que expresamente defienden LETE, 1995, p. 95; ROJO, 1995, p. 3697; LÓPEZ, p. 74; y por la que también se inclina JORDANO, 1991, p. 519, quien, aduciendo como fundamento de dicha ineficacia del contrato el art. 1261 *a contrario sensu*, destaca que el art. 1289.II se refiere a las dudas sobre el objeto o la causa “que imposibiliten la reconstrucción del *consentimiento* contractual —el cual, precisamente recae sobre ellos (art. 1262)—”. Asimismo es esa la orientación que sigue O'CALLAGHAN, *Compendio...*, II, 2008, p. 275 cuando afirma que en el supuesto contemplado por el art. 1289.II “faltará el consentimiento, elemento esencial del contrato, al no poder averiguarse cuál es”. También CARRASCO, 2010, p. 462 —tras matizar que la <<resolución>> de la duda sobre el objeto principal que establece el art. 1289.II no constituye propiamente una “*sanción*” de nulidad— señala que esa nulidad del contrato es la situación resultante de que “no puede

algunos autores prefieren calificar técnicamente de inexistencia <sup>[31]</sup> del contrato—, que en todo caso excluye la posibilidad de su confirmación o subsanación posterior <sup>[32]</sup>.

A la vista de la drástica y grave solución que prevé <sup>[33]</sup>, el art. 1289.II constituye una norma de aplicación absolutamente subsidiaria <sup>[34]</sup> y marginal; pero aun así, no falta en nuestra jurisprudencia alguna ocasión en que no ha habido más remedio que acudir a tal precepto: así, por ejemplo, la STS 30.12.1980 (RJA 5101) declaró nula una promesa de venta por imposibilidad de determinación de su objeto <sup>[35]</sup>; la de 15.12.1993 (*Tol 178267*) hubo de decretar la nulidad de la compraventa de una parcela puesto que la cuantía del precio no pudo llegar a ser concretada; y la STS 16.6.2003 (*Tol 276.119*) confirmó la sentencia de apelación en la que se había declarado la invalidez de un contrato de compraventa al no haberse podido determinar el objeto del mismo —en concreto, la localización de la finca vendida y su consiguiente naturaleza o especie (si se trataba de un terreno con una balsa de agua o sin ella)-.

---

establecerse término alguno que haya sido *acordado*, la calificación misma de que no es posible hallar un *consensus in idem* como exigen los arts. 1254, 1261 y 1262 CC”.

Sin embargo, a juicio de Díez-PICAZO, 2007, p. 513, “es arriesgado decir que en el supuesto descrito [por el art. 1289.II] falte el consentimiento contractual, porque no puede excluirse que los contratantes lo tuvieran y que fuera común. Por eso —concluye dicho autor como justificación de la nulidad prevista en dicho precepto— creemos que en rigor, no obstante la posible regularidad estructural del contrato en sus requisitos y en sus presupuestos, existe *una infracción del deber o, al menos, de la carga de formular las declaraciones de voluntad en forma inteligible*”.

31 Por esta calificación se decanta O'CALLAGHAN, 2008, p. 275, quien afirma que “más que nulidad, será un caso de *inexistencia*”. Por su parte, CARRASCO, 2010, p. 462, tras indicar que el art. 1289.II no impone propiamente “una sanción de nulidad”, considera que “es un exceso del legislador predicar que <<el contrato será nulo>>; lo que de hecho ocurre en que no hay contrato”. La mayoría de la doctrina se atiene, sin embargo, a la letra del art. 1289.II (contrato «nulo») y entiende que el tipo de ineficacia que impone este precepto es la nulidad de pleno derecho [vid. Díez-PICAZO, 2007, p. 513; LACRUZ, II-1º, 2003, p. 497; LÓPEZ, 1995, p. 74; DÍAZ-REGAÑÓN, 2006, p. 1549; vid. en esa línea las SSTS 20.12.2002 (*Tol 2296198*) y 19.12.2007 (*Tol 1235326*)]. Tampoco faltan autores que, sin precisar, hablan indistintamente de contrato radicalmente nulo o inexistente (vid. JORDANO, 1991, p. 519; LETE, 1995, p. 95; ALMAGRO, 2000, p. 665).

32 Afirma a este respecto LÓPEZ, 1995, p. 74 que “una subsanación posterior, a través de una interpretación auténtica de las partes, no sería propiamente una confirmación, sino una renovación de la voluntad contractual, aunque nada impida a las partes darle un efecto *ex tunc*”.

33 Por eso, afirma GIL, 2000, p. 634, acogiendo la doctrina de la STS 19.7.1991 (RJA 5403), que el contenido del párrafo segundo del art. 1289 “debe ser objeto de interpretación restrictiva”.

34 De ahí que la STS 22.7.1998 (*Tol 2701*) reprochara al recurrente que hubiese denunciado la infracción del art. 1289.II en relación con un contrato de permuta de solar por edificación futura donde la duda recaía sobre el carácter “libre” o “de Protección Oficial” de las viviendas a construir: “resulta osado y atrevido —declaró el TS— solicitar la nulidad del contrato, cuando su objeto principal no resulta absolutamente indeterminado”.

Aunque igualmente en el asunto resuelto por la STS 25.2.1994 (*Tol 208807*) adujo el recurrente la infracción del art. 1289.II por la sentencia recurrida, también en este caso entendió el TS que no cabía aceptar esa “tesis de la nulidad del contrato, porque faltaría al respecto la cualidad de ser la parcela litigiosa el «objeto principal del contrato»” de compraventa en cuestión.

Similar orientación se aprecia en el pleito zanjado por la STS 9.5.2001 (*Tol 72812*). Denunciada en casación la inaplicación del párrafo II del art. 1289 CC y alegada la consiguiente nulidad radical del contrato litigioso por falta de determinación de su objeto, el TS rechazó el motivo y apreció la validez de la venta de la finca, descrita con cierta generalidad en el documento privado, al haberse precisado en la posterior escritura pública de compraventa sus datos de identificación. Vid. asimismo las SSTS 22.12.1987 (RJA 9649), 19.7.1991 (RJA 5403) y 19.12.2007 (*Tol 1235326*).

35 Afirmó el TS en este asunto que “ante la falta de determinación del que fuera objeto de la promesa de venta y consecuente repercusión en el precio, ya que éste se fijaba a razón de 20 ptas. el palmo, por lo que había de estar en relación a la extensión del polígono o terreno vendido, no hace el Juzgador sino traer a colación cuantos artículos hacen relación al contrato y a dichos dos elementos, y así, es de ver cómo... el aptdo. II del 1289 es una norma interpretativa de carácter subsidiario que presupone la existencia de dudas que no puedan resolverse por las reglas de hermenéutica que regulan los arts. 1281 y siguientes, *determinando que de recaer sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fuera la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo*,... para de todo ello llegar a una solución perfectamente ajustada a derecho..., pues a lo que nunca podría llegarse es a refutar lo afirmado por la sentencia de que ni hubo objeto determinado ni precio cierto”.

## OTRAS REGLAS DE CIERRE DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DISTINTAS A LAS DEL ART. 1289 CC

Si bien es *communis opinio* que las reglas de interpretación del contrato establecidas en los arts. 1281 a 1289 del Código Civil son también aplicables a los contratos mercantiles <sup>[36]</sup>, lo cierto es que el art. 59 del Código de Comercio español sienta una regla de cierre que difiere de lo previsto en el art. 1289, pues a tenor de aquel artículo “*si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el art. 2 de este Código, se dictará la cuestión a favor del deudor*”.

El contraste de esta previsión con el régimen general del art. 1289 CC y la remisión al Código Civil que efectúa el art. 50 CCom en materia de interpretación de los contratos mercantiles (así como el propio art. 2, con carácter general) han suscitado dudas acerca de la recta inteligencia del citado art. 59; pero la doctrina más autorizada se inclina por entender que este precepto debe ceder ante las reglas del art. 1289 CC [37]. Según ha escrito en este sentido Bercovitz [38], el art. 59 CCom, amén de inútil e innecesario, resulta perturbador, pues ya el Código Civil “contaba con un propio mecanismo de cierre, que además opta (en el art. 1289) por una solución distinta, en principio, más razonable y justificada, también para el tráfico mercantil... No parece que el «*favor debitoris*» del art. 59 CCo sea una regla interpretativa que tenga una mayor justificación para el tráfico mercantil que la regla de «la mayor reciprocidad de intereses», establecida en el art. 1289.I CC para los contratos onerosos en los mismos supuestos... Pero es que, además, la aplicación subsidiaria, con respecto a las reglas del Código de Comercio, de las reglas interpretativas del Código Civil —en consonancia con el art. 50 y con el propio art. 59 CCo— hace que en ningún caso el recurso al «*favor debitoris*» contenido en este último tenga posibilidad real de aplicación. Con lo que el sentido principal del art. 59 desaparece por imposibilidad de aplicación real” [39].

Trasladándonos ahora a las propuestas de unificación del Derecho de contratos a nivel europeo, interesa hacer mención de que los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) <sup>[40]</sup> adoptan

---

36 Vid. por todos, LASARTE, 2010, p. 105; y a nivel jurisprudencial, las SSTS 6.7.1984 (RJA 3799), 8.3.1989 (RJA 2026) o 19.7.2004 (Tol 483375).

37 Vid. por ejemplo, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 329; y VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 769.

38 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Asociación de Profesores de Derecho civil, Madrid, 1990, pp. 299-302.

39 Distinta parece ser, inicialmente, la opinión de URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 28ª ed., 2001, p. 628, quien señala que la solución prevista por el art. 59 CCom “presenta la particularidad de diferir de lo que establece el art. 1289 CC cuando ordena que, en los contratos onerosos (y los mercantiles tienen casi siempre ese carácter), se resuelvan las dudas a favor de la mayor reciprocidad de intereses”. Sin embargo, a la hora de estudiar la interpretación de los contratos de adhesión, el citado autor hace hincapié en la conveniencia de una aplicación rigurosa a los mismos del principio *in ambiguis contra stipulatorem* que recoge el art. 1288 CC, y, al tiempo, destaca “la necesidad de corregir y templar el postulado del *favor debitoris* del art. 59 CCo, en razón a que en el tráfico mercantil moderno no siempre se dan las razones históricas que dieron vida a ese postulado, ya que no es infrecuente que sea el propio deudor, y no el acreedor, el que haya establecido o impuesto las condiciones del contrato (así ocurre, por ejemplo, cuando el banco, el asegurador o el transportista asumen posición deudora de las sumas depositadas, de las cantidades exigibles por el asegurador o de las indemnizaciones nacidas del transporte” (p. 629).

40 Los PECL (*Principles of European Contract Law*, elaborados por la “Comisión sobre Derecho Contractual Europeo” presidida por OLE LANDO) se ocupan con bastante amplitud de la regulación de la interpretación de los contratos y



una solución totalmente distinta a la que establece el art. 1289.II de nuestro CC pues, en lugar de declarar la nulidad del contrato, el art. 5:101 de tales Principios opta por la subsistencia del mismo y deja en manos del intérprete la determinación de su significado en atención al que «*unas personas razonables de las mismas características que los contratantes le hubieran atribuido de encontrarse en las mismas circunstancias*». Comentando dicho precepto, señala al respecto Espiau que tal solución es “discutible, toda vez que sacrifica el respeto a la «*common intention*» a la idea de conservación de un contrato cuya misma existencia —faltando o no pudiéndose dilucidar el sentido y la extensión del acuerdo de voluntades— es cuestionable”. Si pese a la utilización de los medios de interpretación y a la aplicación de las reglas interpretativas orientadas a solucionar dudas y subsanar ambigüedades, no ha sido posible en absoluto averiguar la voluntad común de las partes, “parece más coherente declarar la ineficacia del contrato” [41].

Con todo, y sin perjuicio de esas críticas doctrinales, no está de más advertir que, en España, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 [42] también prescinde de incluir en materia de interpretación del contrato un precepto homólogo al vigente art. 1289 CC y termina por remitir al «*sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias*» (art. 1278.III). A la vista de esa ausencia en la Propuesta de 2009 de una norma similar al actual art. 1289, observa Vattier que, si dicha Propuesta llegase a prosperar, el citado artículo sería uno de los tres que habría que derogar (junto con el 1281.I y el 1283); derogación de dicho precepto que considera desaconsejable porque “puede prestar todavía buenos servicios en todos aquellos casos en que las partes, si conocieran la interpretación objetiva del contrato, habrían probablemente dejado de contratar o lo habrían hecho en otros términos”. Aun reconociendo que la regla de nuestro art. 1289 CC tampoco ha sido acogida en los distintos textos internacionales o propuestas europeas de unificación del Derecho contractual, concluye el citado autor que “el criterio de conservación del contrato a toda costa es muy discutible y que acaso sea aconsejable, una vez que ha surgido el conflicto hermenéutico, rectificar el contrato con arreglo a la equidad o bien desligar a los partes e inclinarse por la ineficacia del contrato, de conformidad con lo previsto por el citado art. 1289 del Código Civil” [43].

---

dedican al tema el Cap. V (arts. 5:101 a 5:107), recogiendo en general los criterios y principios tradicionales que presiden la materia en nuestro CC, aunque también adoptan en ciertos puntos soluciones distintas, inspiradas en una tradición jurídica diferente (en particular, anglosajona).

41 ESPIAU ESPIAU, S., “Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo”, en ESPIAU ESPIAU, S./VAQUER ALOY, A. (ed.), *Bases de un Derecho Contractual Europeo. Bases of a European Contract Law*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 239.

42 Propuesta de Anteproyecto de Ley elaborada por la Sección Primera de Derecho Civil (bajo la presidencia de L. Díez-PICAZO) de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, LXIII, enero 2009).

43 VATTIER FUENZALIDA, C., “La interpretación del contrato, entre la intención de las partes y el criterio de una persona razonable”, en *Act.Civ. (Actualidad Civil)*, núm.14, 2010, p.11.

# EPISTEMOLOGÍA PROBATORIA<sup>1</sup>

**María Concepción Gimeno Presa**

*Profesor Titular de Universidad, Universidad de León (ESPAÑA)  
cgimpresa@hotmail.com*

## Resumen

En este trabajo se analiza, en primer lugar, la concepción epistemológica en la que se basan actualmente los estudios dogmáticos de la prueba judicial, y, en segundo lugar, se muestra cómo dicha concepción puede resultar insuficiente al no tener en cuenta las nuevas discusiones que desde el ámbito de la filosofía se están aportando en relación con el tema.

**Palabras Clave:** Epistemología, dogmática jurídica, teoría procesal, prueba judicial.

El conocimiento de los hechos en los procesos judiciales es un tema tratado desde diferentes disciplinas. No sólo es objeto de estudio por parte de la dogmática jurídica, sino que también cobra interés para los filósofos del derecho en la medida en que tales teorías parten de conceptos como los de verdad, conocimiento o certeza cuyas definiciones y análisis tienen un claro sesgo filosófico.

En este trabajo sostendré que los estudios dogmáticos están desarrollando teorías procesales de la prueba judicial, partiendo de una concepción epistemológica heredada del ámbito penal, concepción que se da por válida sin discutir explícitamente las razones que les llevan a adoptarla y sin tener en cuenta las nuevas discusiones filosóficas que en este ámbito de están desarrollando.

Para ello empezaré analizando cuales son los pilares epistemológicos en los que se sustenta de forma casi unánime la teoría procesal penal, posteriormente pasaré a estudiar la concepción general sobre el conocimiento humano que se halla presupuesta en el uso de esos elementos epistemológicos, por último analizaré hasta que punto dicha concepción es la más adecuada a la hora de desarrollar una teoría de la prueba.

## EPISTEMOLOGIA PROBATORIA

De acuerdo con la teoría procesal penal el proceso judicial tiene, entre otras finalidades, la de determinar la verdad real o material de los hechos que han dado lugar a dicho proceso. Para ello sostienen, de forma casi unánime, que la verdad es la concordancia entre las representaciones mentales del sujeto cognoscente y los hechos de la realidad que ellas reflejan.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado “Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial”.

La prueba, entendida como elemento de prueba, es todo dato objetivo de la realidad que al ingresar al proceso a través de la actividad probatoria, en la que intervienen los órganos de prueba y los distintos medios de prueba, es capaz de generar el conocimiento de la verdad en la mente del juzgador. Existen dos tipos de pruebas: las directas, que son capaces de generar la certeza en el juzgador al impactar directamente en su conciencia, y las indirectas que, por el contrario, requieren de una inferencia que lleve el hecho conocido (llamado indicio) al hecho que se intenta probar en el proceso y sólo son capaces de generar probabilidad en la mente del juez sujeto cognoscente. Los elementos de prueba generan en el juez distintos estados mentales (duda, la probabilidad y la certeza), según sea su impacto y según sean valorados los mismos por el juez.

De esta forma el conocimiento empírico es un estado subjetivo que puede adquirir tres formas diversas de acuerdo con el grado de acercamiento a la verdad (certeza, probabilidad y duda). Cuando afirman que los elementos de prueba impactan en la conciencia del juez generando los distintos estados de conocimiento mencionados, presuponen un proceso cognitivo en el que los hechos de la realidad objetiva generan en el sujeto cognoscente la imagen de realidad, por ello se sostiene que la principal tarea epistémica consiste en reunir la mayor cantidad posible de hechos a los efectos de aumentar el conocimiento verdadero sobre el mundo. La condena solo se puede fundar en la certeza del juez respecto de la verdad de los hechos generada a partir de las pruebas introducidas legalmente durante el proceso. En caso de duda o probabilidad se debe absolver pues todo imputado goza de la presunción de inocencia.

El juez no posee discrecionalidad en cuestiones probatorias, pues tiene la obligación de justificar su sentencia, o sea de explicar las razones que lo llevan al estado de certeza sobre la verdad de los hechos relevantes que fueron objeto del proceso. Y para ello deberá indicar no solo los elementos de prueba relevantes introducidos en el proceso sino también deberá aplicar las reglas de valoración de la prueba propias del sistema, que no son otras que las reglas de la sana crítica racional, o sea las leyes de la lógica, de la experiencia y de la psicología común. La concepción de la lógica a la que aluden como uno de los criterios fundamentales para la evaluación de la prueba y por lo tanto de la justificación del estado de certeza del juez, las entiende como las leyes generales del pensamiento humano o reglas que rigen el entendimiento humano.

Si tenemos en cuenta este patrón teórico común en los trabajos de los estudiosos de la teoría procesal penal podemos afirmar que su teoría epistemológica se sustenta en tres pilares: verdad, conocimiento empírico y lógica.

Ahora bien, ¿qué concepción general sobre el conocimiento humano se halla detrás de estas afirmaciones aisladas sobre verdad, conocimiento empírico y lógica? Para responder a esta pregunta debemos partir de las pistas que van dejando algunos autores citados, ya que ninguno de ellos defiende abiertamente una concepción determinada del conocimiento, aunque la presuponen, tal y como paso a explicar en el siguiente epígrafe.

## **FILOSOFIA Y PRUEBA**

Además de las tesis sostenidas en la sección anterior, la pista fundamental de la que parto para reconstruir la concepción general presupuesta por los dogmáticos a la hora de desarrollar una teoría procesal de la prueba, la aporta Julio Maier (Maier 1989: 562). Este autor no solo citó a procesalistas

como fuente de inspiración al momento de definir la noción de “verdad”, sino también citó al filósofo Johannes Hessen (1889-1971) y en especial su Teoría del Conocimiento, obra donde recoge las lecciones que dictara sobre el tema en la década de mil novecientos veinte (ver Hessen 1979).

La teoría del conocimiento clásica, de orientación fenomenológica, que se puede atribuir entre otros autores a Hessen en la obra mencionada, se propone ofrecer una descripción fenomenológica del conocimiento. Una descripción fenomenológica se presenta a sí misma como una descripción capaz de dar cuenta de la esencia misma del fenómeno que pretende explicar, en este caso del conocimiento. Una investigación racional es, desde el punto de vista de la fenomenología, un camino que permite a los objetos de conciencia revelarse en su “esencia” –aquello que son en realidad, su verdadero ser no perceptible en su apariencia-. Pensar la razón como una revelación del ser es una de las claves de la fenomenología.

El uso filosófico del término “fenomenología” lo inicia J.H. Lambert en su obra Nuevo Organon publicada en 1764. Con ella alude a la «doctrina de la apariencia», o del verdadero conocimiento sensible, en oposición a «la doctrina de la verdad». Hegel ahonda el sentido del término y lo aplica al camino vivencial que recorre la conciencia hasta llegar al saber absoluto o ciencia; lo describe como el «devenir de la ciencia en general o del saber» y lo define como «ciencia de la experiencia de la conciencia» (Hegel 1971: 49). Pero, en la actualidad se asocia a la fenomenología con la teoría filosófica propuesta por Edmund Husserl, tal como la presenta sobre todo en Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica (1913).

Tal como Husserl entiende la fenomenología, a la que llama fenomenología trascendental, es el método que permite describir el sentido de las cosas viviéndolas como fenómenos de conciencia. Lo concibe como una tarea de clarificación para poder llegar «a las cosas mismas» partiendo de la propia subjetividad, en cuanto las cosas se experimentan primariamente como hechos de conciencia, cuya característica fundamental es la intencionalidad. No se trata de una descripción empírica o meramente psicológica, sino trascendental, esto es, constitutiva del conocimiento -de sentido- de lo experimentado, porque se funda en los rasgos esenciales de lo que aparece a la conciencia (Husserl 1962: 69-71).

El método fenomenológico se lleva a cabo según una sucesión de pasos; los más importantes son los siguientes: (1) Reducción fenomenológica: consiste en «poner entre paréntesis», a modo de una suspensión de juicio (epojé), lo que Husserl denomina la «actitud natural»: creencia en la realidad del mundo, cuestionamiento de si lo percibido es real, supuestos teóricos que lo justifican, afirmaciones de las ciencias de la naturaleza, etc. El resultado de esta reducción o epojé es que no queda sino el «residuo fenomenológico», a saber, las vivencias o fenómenos de la conciencia, cuya estructura intencional presenta dos aspectos fundamentales: el contenido de conciencia, nóema, y el acto con que se expresa este contenido, nóesis. (2) Reducción eidética: la realidad fenoménica, por una libre consideración de todas las posibilidades que la razón descubre en ella, pierde las características individuales y concretas y revela una esencia constante e invariable. La razón pone entre paréntesis todo lo que no es fenómeno y, del fenómeno, todo lo que no constituye su esencia y su sentido, su forma o su idea (eidos): intuición o reducción eidética. La ciencia de estas esencias, y su descripción, es la tarea fundamental de la fenomenología. (3) Reducción trascendental: resultado de la reducción fenomenológica no es sólo la aparición de «lo que se da a conocer a la conciencia» (los nóemas), sino también el que todo «es conciencia» (nóesis); esta unión de nóema y nóesis configura la unidad de conciencia, o la subjetividad; esto es, el sujeto trascendental. De esta conciencia trascendental, surge

el mundo conocido. (4) Mundo e intersubjetividad: en la misma conciencia está ya presente el mundo, porque de la misma manera que no hay conciencia sin sujeto tampoco la hay sin mundo. La fenomenología lleva metódicamente, a través de los *nóemas*, al descubrimiento y análisis de los objetos del mundo (cosas, animales, psiquismos) y al descubrimiento y análisis de los demás, los otros -inicialmente también puestos entre paréntesis-, como sujetos igualmente conscientes, con los que construimos (intersubjetivamente) el sentido del mundo o un mundo «común» para todos nosotros (Cf. Husserl 1962, Ferrater Mora 1994).

Abbagnano sugiere una reconstrucción diferente del método a adoptar en una investigación fenomenológica, según el posee los siguientes caracteres: “1. Es ciencia teórica (contemplativa) y rigurosa, o sea, “fundada” en el sentido de “provista de fundamentos absolutos”. 2. Es ciencia intuitiva porque trata de captar la esencias que se dan a la razón de un modo análogo a como se dan las cosas a la percepción sensible. Este rasgo de la filosofía refleja el carácter apofántico de la razón. 3. Es ciencia no-objetiva, y por ello completamente distinta de las otras ciencias particulares que son ciencias de hechos o de realidades (físicas o psíquicas) mientras ellas prescindir de todo hecho o realidad y se dirige a las esencias. 4. Es ciencia de los orígenes y de los primeros principios porque la conciencia contiene el sentido de todos los modos posibles como las cosas pueden ser dadas o constituidas. 5. Es ciencia de la subjetividad porque el análisis de la conciencia desemboca en el yo como o polo unificador de todas las intencionalidades constitutivas. 6. Es ciencia impersonal “porque sus colaboradores no tienen necesidad de sabiduría sino de dotes teóricas.” (Abbagnano 1982: 690-91).

La fenomenología no es simplemente un método para llegar a una actitud filosófica desde el abandono de la actitud natural; Husserl la considera la «ciencia de las esencias» y la identifica con un «idealismo trascendental». Por ello es, como sucede con la filosofía trascendental de Kant, no sólo una crítica del conocimiento, sino también una fundamentación del saber: Husserl cree que todos los conceptos fundantes de los diversos ámbitos científicos deben ser hallados y elucidados (esto es, descritos a priori) mediante el análisis fenomenológico. Esta ciencia a priori de todos los conceptos fundamentales puede considerarse, en opinión de Husserl, el fundamento de las demás ciencias y la ciencia universal que buscaba Descartes. Pero como señala Abbagnano “estos rasgos definen la filosofía tal como la entiende Husserl, no el conjunto del movimiento fenomenológico, cuyas diversas manifestaciones suelen adoptar, cada una, uno o varios de estos rasgos” (Abbagnano 1982-III: 691).

Los teóricos de la prueba procesal presuponen alguna variante de teoría del conocimiento de raíz fenomenológica, pero no la identifican en ningún momento con la posición de Husserl. No obstante, se puede afirmar que en la teoría clásica del conocimiento de orientación fenomenológica presupuesta en la concepción procesal de la prueba, la característica esencial del conocimiento es que se trata de una relación directa entre sujeto y objeto. Esta relación es comprendida como una apropiación o captación que el sujeto hace del objeto mediante la producción de una representación mental del objeto, debido a una modificación que el objeto causa en el sujeto. Esta modificación está generada por la percepción del objeto, en la cual el sujeto que conoce no está meramente pasivo y receptor, sino receptor y espontáneo. Esta relación en realidad podría considerarse una correlación – o en términos actuales una relación simétrica-, porque en la teoría del conocimiento que estamos considerando no hay objeto sin sujeto, y viceversa. Además la presencia de uno supone también la del otro en todos los casos. También en este dualismo de receptividad y espontaneidad se encuentra el auténtico problema del conocimiento, al menos tal como se ha desarrollado históricamente desde

el s. XVII y hasta las primeras décadas del s. XX en las corrientes fenomenológicas. Veamos cómo explica Hessen –autor que si ha sido mencionado como fuente en algunos de los trabajos de la concepción heredada- la manera en la que se llega a esta posición luego de desechar las opciones aristotélica y kantiana sobre el conocimiento:

“Con esto queda resuelta la cuestión de la existencia de los objetos reales. Pero ¿qué pensar de la cognoscibilidad de estos objetos?... La respuesta a esta importante cuestión depende ante todo de la concepción que se tenga de la esencia del conocimiento humano. La concepción aristotélica y la concepción kantiana son las más opuestas en este punto. Según aquélla, los objetos del conocimiento están ya listos, tienen una esencia determinada y son reproducidos por la conciencia cognoscente. Según ésta, no hay objetos del conocimiento hechos, sino que los objetos del conocimiento son producidos por nuestra conciencia. En aquélla, la conciencia cognoscente refleja el orden objetivo de las cosas; en ésta, crea ella misma este orden. En aquélla, el conocimiento es considerado como una función receptiva y pasiva; en ésta, como una función activa y productiva. ¿Cuál de las dos concepciones es la justa? Consideremos primero la aristotélica... Cuando el conocimiento es concebido como una reproducción del objeto, representa una duplicación de la realidad. Ésta existe en cierto modo dos veces: primero, objetivamente, fuera de la conciencia; luego, subjetivamente, en la conciencia cognoscente. No se ve bien, empero, qué sentido tendría semejante repetición y duplicación. En todo caso, una teoría del conocimiento, que no implique semejante duplicación, representa una explicación más sencilla y, por ende, más probable del fenómeno del conocimiento. Otra deficiencia de la teoría aristotélica del conocimiento reside, por último, en que descansa en una hipótesis metafísica no demostrada. Esta hipótesis consiste en suponer que la realidad posee una estructura racional... Más, por otra parte, hemos de hacer una objeción importante a la teoría kantiana del conocimiento. Las sensaciones representan, según Kant, un puro caos. No ofrecen ningún orden; todo orden procede de la conciencia. Pensar no significa para Kant otra cosa que ordenar. Pero esta posición es imposible. Si el material de las sensaciones carece de toda determinación, ¿cómo empleamos, ya la categoría de sustancia, ya la de causalidad, ya otra cualquiera, para ordenar dicho material? En lo dado debe existir un fundamento objetivo que condicione el empleo de una categoría determinada. Luego lo dado no puede carecer de toda determinación. Pero si presenta ciertas determinaciones, hay en él una indicación sobre las propiedades objetivas de los objetos. Sin duda, éstas no necesitan responder completamente a nuestras formas mentales – lo cual pasan por alto muchas veces el realismo y el objetivismo-; pero el principio de la incognoscibilidad de las cosas siempre queda quebrantado. Con lo dicho hemos indicado, al menos, la dirección en que debe buscarse, a nuestro entender, la solución del problema de que estamos hablando. No nos parece posible hacer más... Como seres de voluntad y acción estamos sujetos a la antítesis del yo y el no yo, del sujeto y el objeto; por eso no nos es posible superar teóricamente ese dualismo, o sea resolver de un modo definitivo el problema del sujeto y el objeto. Debemos resignarnos y considerar como la última palabra de la sabiduría la frase de Lotze, cuando habla de un “abrirse la realidad, como una flor, en nuestro espíritu.” (Hessen 1979:86-88).

Como proceso que es, el conocimiento acontece en la estructura nerviosa del sujeto que conoce. Así considerado, el conocimiento es una función psicobiológica del ser humano que se lleva a cabo mediante el cerebro. Ahora bien, filosóficamente, el lugar gnoseológico en que acontece el conocimiento es llamado espíritu (también alma), yo, individuo o sujeto, y sobre todo mente o entendimiento, y al producto o resultado final del conocimiento se le denomina imagen mental, juicio, nóema, y sobre todo idea o concepto. Son éstos básicamente abstracciones de las cosas

conocidas o representaciones mentales de las mismas. En cualquier caso, el objeto conocido ha de considerarse siempre de algún modo trascendente al sujeto, incluso en el caso de los objetos ideales, como pueden ser, por ejemplo, las entidades matemáticas. Los objetos conocidos, sean reales, como las cosas físicas del mundo, sean ideales, como los números y las figuras geométricas, son, en cuanto conocidos, independientes del espíritu humano.

Supuesta esta descripción fenomenológica, para Hessen son cinco los principales problemas que debe enfrentar una teoría del conocimiento: (a) ¿Existe en realidad tal relación entre el sujeto humano que conoce y el objeto conocido? (b) ¿De dónde proceden los objetos del conocimiento? (c) En el dualismo de sujeto y objeto, ¿es el hombre activo y espontáneo o se comporta meramente de forma pasiva y receptora? (d) ¿Hay algún otro conocimiento humano que no se haga por medio de una representación intelectual del objeto? y (e) ¿Cómo sabemos que el conocimiento es verdadero? Nos detendremos en este último, pues es el que nos llevará a conectar al tema del conocimiento las dos cuestiones que hemos seleccionado como guía en este análisis: las nociones de verdad y lógica que emplean los representantes de la teoría procesal de la prueba judicial.

La verdad en la concepción del conocimiento que estamos presentando –en la que se establece una relación directa entre sujeto y objeto– es la coordinación que existe entre el contenido del pensamiento con el objeto. Según Hessen, “la idea básica según la cual el conocimiento representa una relación entre un sujeto y un objeto, ha resultado sostenible. Pero con este concepto del conocimiento queda justificado también, en principio, el concepto de la verdad que tiene la conciencia natural. Para ésta es esencial la relación del contenido del pensamiento con el objeto. Esta relación no significa, empero, una reproducción, sino una coordinación regular, y aquí es donde la concepción natural sufre una corrección.” (Hessen 1979: 113).

Pero el problema más interesante para este tipo de posiciones teóricas no es determinar qué es la verdad, sino dar una explicación plausible de cuando podemos predicar con certeza que un juicio es verdadero. Este es el problema del llamado criterio de verdad. Hessen diferencia el criterio de verdad a emplear según se trate de conocimiento empírico o de conocimiento teórico. Nos centraremos en el conocimiento empírico, que es el que se busca también en un proceso penal. “Detengámonos ante todo en los datos de la conciencia. Poseemos una certeza inmediata del rojo que vemos o del dolor que sentimos. Aquí tenemos otro criterio de la verdad. Consiste en la presencia o realidad inmediata de un objeto. Según esto, son verdaderos todos los juicios que descansan en una presencia o realidad inmediata del objeto pensado.” (Hessen 1979: 114).

¿Cómo se entiende la lógica en esta posición y que función puede cumplir en relación con los criterios de verdad en este tipo de posiciones? Hessen responde de la siguiente manera: “Sin duda hay también una evidencia en la esfera del pensamiento. Juicios como “todos los cuerpos son extensos” o “el todo es mayor que la parte”, son juicios cuya verdad brilla inmediatamente para nosotros. Pero no puede considerarse la evidencia como la verdadera base de la validez de estos juicios. La evidencia sólo es la forma en que lo lógico se hace sentir en nuestra conciencia... El fundamento lógico de los dos juicios citados no reside en la evidencia, sino en las leyes lógicas del pensamiento... Si preguntamos cuál es el fundamento de las mismas leyes supremas del pensamiento, es evidente que estas leyes tienen que fundarse a sí mismas. Pero esta autofundamentación, no reposa a su vez en la evidencia, sino en el carácter de supuestos necesarios de todo pensamiento y conocimiento que tienen esas leyes. En estas leyes se revela la estructura, la esencia del pensamiento. No son otra cosa que formulaciones de las leyes esenciales del pensamiento.

Su negación significa, por ende, la anulación del pensamiento mismo. Todo pensamiento y conocimiento son imposibles sin ellas. En esto reside su justificación.” (Hessen 1979: 117-118).

En líneas generales, hemos hallado la concepción general respecto del conocimiento que se encuentra presupuesta en el patrón teórico común a todas las teorías que se consideren exponentes de la concepción procesal en materia de prueba judicial. Lo que corresponde hacer ahora es valorar la elección tácita realizada por los procesalistas al buscar fundamentos epistemológicos para sus explicaciones. Para ello tendremos en cuenta, por un lado la plausibilidad de las tesis filosóficas que hemos identificado, y por otro, su consistencia con los objetivos prácticos que persiguen los procesalistas con las explicaciones de la actividad probatoria que proponen. No pretendemos ingresar en la discusión filosófica de fondo, pues por esa vía no creemos que se puedan encontrar razones de peso para cuestionar las elecciones filosóficas que subyacen en la concepción heredada. Pero partiendo de aquello que consideran valioso preservar en una concepción de la prueba todos los autores analizados, sí se puede juzgar si la posición filosófica que han adoptado de manera tácita es la que mejor responde a sus expectativas. Esto no implica hacer un juicio sobre el valor filosófico de las posiciones fenomenológicas en teoría del conocimiento –pues significaría trasladar esta investigación directamente al centro de esa disciplina –, sólo evaluar su funcionalidad respecto de la finalidad que persiguen los procesalistas cuando construyen sus teorías de la prueba en el proceso penal.

## **¿ES COHERENTE LA TEORÍA DE LA PRUEBA?**

Los autores que elaboran una teoría procesal de la prueba, en su mayoría defienden como un logro político irrenunciable la vigencia del sistema de la libre convicción o la sana crítica racional para la valoración de la prueba. Las dos razones fundamentales que los llevan a apoyar este sistema sobre los otros dos que consideran –prueba tasada e íntima convicción- es que con él se garantizan la justicia del fallo y se evita la arbitrariedad judicial. Esto es así porque en el sistema de la íntima convicción el juez debe motivar sus decisiones en materia probatoria, y además debe hacerlo valiéndose de las reglas de la sana crítica, que no son otras que las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, o resumiendo, las reglas del recto entendimiento humano. La lógica, de esta manera, es uno de los garantes de la racionalidad en la administración de justicia.

Si este es uno de los rasgos que los procesalistas consideran más valiosos de los sistemas procesales que describen, entonces, cada vez que se enfrentaran a una elección interpretativa deberían optar por aquella que fuera consistente con esa característica, y no por aquella que pudiera actuar en su desmedro. Las opciones interpretativas incluyen la elección de los supuestos filosóficos desde los que dan sentido a las explicaciones del contenido del sistema normativo que proponen. La pregunta que debemos contestar en esta última parte es, en consecuencia, si una teoría del conocimiento tradicional de naturaleza fenomenológica como aquella que escogen como presupuesto de sus teorías de la prueba resulta adecuada para maximizar el control de racionalidad sobre la actividad probatoria que consideran el rasgo más valioso de los sistemas procesales cuyo contenido describen.

Comencemos con la concepción de la lógica que se defiende en ese tipo de teorías del conocimiento, pues la lógica constituye una de las herramientas fundamentales para la tarea de valoración de la prueba, y su vigencia irrestricta es una de las razones más importantes para evitar que



los jueces posean un elevado grado de discrecionalidad en materia probatoria. La identificación de las leyes de la lógica con las leyes del pensamiento –común en todos los procesalistas- entraña una grave confusión. Colocar a las leyes de la lógica en el mismo plano que las leyes que rigen el pensamiento humano significa defender una concepción psicologista de la lógica que ya fue abandonada hace más de un siglo. Como señalara oportunamente el profesor Carlos Alchourrón “Sería realmente insensato intentar justificar las leyes de cualquier teoría lógica apoyándose en las propiedades que pudieran descubrirse observando los procesos psicológicos efectivos de argumentación que los hombres realizan a diario. El resultado de tal investigación, de naturaleza claramente empírica y contingente, que seguramente exhibiría características muy distintas frente a individuos de grupos humanos heterogéneos, sería impotente para dar cuenta del carácter necesario y a priori de las leyes lógicas...” (Alchourrón 1995: 4-5)

La lógica moderna se desarrolla una vez que abandona el enfoque psicologista –que tuvo incidencia principalmente en los siglos XVII a XIX- y se suele hacer coincidir su nacimiento con la publicación de Conceptografía de Gottlob Frege en 1879. La lógica, como ciencia formal, enuncia leyes y reglas, pero desde hace más de un siglo ningún lógico de relevancia ha pretendido con ello describir las leyes del pensamiento humano (Cf. Bochenski 1966).

Los términos “ley lógica” o “regla de la lógica” tienen un sentido muy preciso en la disciplina tal como se la concibe en la actualidad. El psicologismo ya no es una opción teórica razonable. Esta afirmación sólo resulta verdadera si por psicologismo entendemos una posición que considera que la lógica es descriptiva de los procesos mentales, esto es, que sus leyes describen cómo pensamos –o incluso sugieren como tendríamos que pensar. Pero esta no es la única manera de entender las tesis psicologistas. Sobre la relación entre lógica y pensamiento se pueden distinguir tres posiciones (Haack 192:264): (1) el psicologismo fuerte, al que hago alusión en el texto y fue presentado en detalle en el inicio de esta nota; (2) el psicologismo débil, que afirma que la lógica prescribe como deberíamos pensar, excluyendo toda pretensión descriptiva o empírica; y (3) el antipsicologismo, que afirma que la lógica nada tiene que ver con los procesos mentales, posición que podemos atribuir a Frege y que se ve reflejada en la cita del Alchourrón que hice en el texto principal. Susan Haack, por ejemplo, sostiene que no es descabellado defender una posición psicologista débil, en la que se puede hacer compatible una concepción de la lógica adecuada a sus desarrollos contemporáneos con la pretensión de que además sus leyes puedan también considerarse reglas sobre las formas correctas del pensar. La autora solo señala las líneas principales de los argumentos con los que se podría apoyar esta posición, pero no desarrolla la cuestión en detalle (ver Haack 1982: 263-267).

Una ley lógica es un enunciado de la lógica formalmente verdadero, esto es, verdadero para cualquier interpretación, o para cualquier asignación de los valores de verdad. En la lógica de enunciados se los denomina tautologías y constituyen, en consecuencia, formas válidas de razonar. El término “regla de la lógica” se suele utilizar en el sentido de “regla de inferencia”, que son enunciados sobre cómo se aplican las leyes lógicas en un contexto de deducción. Las leyes lógicas pertenecen al lenguaje objeto de la lógica; las reglas de inferencia se formulan en su metalenguaje (Cf. Deaño 1989, Garrido 1997). Las leyes de la lógica se pueden utilizar para evaluar argumentos, pues sirven para distinguir los argumentos válidos de los que no lo son. En este sentido –y no en el que presuponen los procesalistas de la concepción heredada- la lógica puede ser una herramienta fundamental para aumentar el control de racionalidad de la justificación de las premisas fácticas que realizan los jueces en sus sentencias.

Los argumentos probatorios, para que se puedan aplicar las leyes de la lógica tal como se las concibe hoy en día para evaluar su corrección, se deben entender como fragmentos de discurso y no como procesos mentales (Cf. Haack 1982: 32). Un argumento es un conjunto de enunciados en el que un subconjunto de dichos enunciados constituye las razones para aceptar otro de los enunciados que lo componen. A los enunciados que constituyen las razones se los denomina “premisas”, y al enunciado que se pretende apoyar con estas se lo llama “conclusión”. Los “enunciados” son expresiones lingüísticas de las que se puede decir que son verdaderas o falsas porque se proponen informar acerca de algo. Este rasgo, que aquello de lo que se predica verdad o falsedad sean entidades lingüísticas y no entidades mentales, resulta fundamental para la pretensión de lograr cierto grado de control intersubjetivo sobre la forma en la que se justifica la aceptación de una afirmación. La lógica es una herramienta capaz de servir de guía en la valoración de la prueba, porque sirve para evaluar los argumentos con los que se apoyan las afirmaciones sobre los hechos relevantes en una sentencia judicial – o en la fundamentación de otro tipo de resoluciones que involucre cuestiones probatorias a lo largo de un proceso judicial.

El juez justifica adecuadamente la adopción de las premisas fácticas que describen los hechos relevantes objeto del proceso, cuando las justifica en su sentencia mediante un argumento sólido. La solidez de un argumento requiere la concurrencia de los dos primeros aspectos de la valoración que hemos señalado: lógico y material. Un argumento es sólido si todas sus premisas son verdaderas y su estructura es lógicamente correcta. Si falla alguna de estos elementos, cualquiera sea, el argumento deja de ser sólido, lo que significa que su conclusión carece de una justificación adecuada. La lógica es una herramienta importante para evaluar la corrección lógica de los argumentos, pero nada tiene que decir en relación con la verdad de los enunciados que se emplean como premisas.

Para poder considerar a la lógica como una herramienta fundamental en el sistema de valoración de la libre convicción como pretenden los procesalistas de la concepción heredada, la verdad debe ser entendida como una propiedad de los enunciados que se emplean como premisas en los argumentos probatorios. Para ello, se debe adoptar una concepción de la verdad que la entienda como la concordancia entre lo que se afirma en un enunciado y la realidad. Esto significa que, para que su explicación del contenido de la sana crítica sea consistente con los presupuestos epistemológicos que emplean para formularla, deberían abandonar la concepción fenomenológica de la verdad, y con ella, la concepción general del conocimiento en la que se asienta. Los presupuestos epistemológicos que escogen, al hacer del conocimiento y la verdad una cuestión mental, impiden acudir a la lógica como parámetro objetivo de valoración. La lógica no tiene nada que ver con los procesos mentales, pues sus procedimientos de valoración son objetivos y públicos –precisamente como deben serlo en el sistema de la libre convicción según todos los autores de la concepción heredada-, mientras que los procesos mentales son subjetivos y privados. Si el conocimiento del juez sobre los hechos es una cuestión subjetiva y privada, no puede existir el control racional e intersubjetivo sobre el resultado de la actividad probatoria que se puede obtener mediante el uso de la lógica. Los procesalistas deben elegir entre sacrificar sus presupuestos epistemológicos o renunciar a las principales características del sistema de la libre convicción o sana crítica para la valoración de la prueba. Dada la importancia que tiene este último en sus exposiciones, consideramos que la única alternativa razonable que les queda a los teóricos de la concepción heredada es abandonar la concepción general sobre el conocimiento y la verdad que escogen como fundamento de sus teorías de la prueba judicial.

Los presupuestos filosóficos en los que se fundamenta el patrón teórico subyacente en las teorías procesales de la prueba, no solo resultan desafortunados si se tiene en cuenta el estado actual de la discusión filosófica –lo cuál solo fue probado para su concepción de la lógica, siendo con ello suficiente para los fines del argumento que hemos presentado-, sino que también deberían ser abandonados si se pretende conseguir el objetivo práctico de aumentar el control racional sobre la valoración de la prueba que se pregona en esas teorías como uno de los objetivos políticos más valiosos de los actuales sistemas procesales.

## REFERENCIAS

- ABBAGNANO, Nicolás. 1982. *Historia de la Filosofía*, Barcelona, Hora, 3 vols.
- ALCHOURRÓN, Carlos. 1995. “Concepciones de la lógica”. En Carlos E. Alchourrón, José M. Méndez y Raúl Orayen, eds. *Lógica*, Madrid: Trotta-C.S.I.C., pp. 11-48.
- BOCHENSKI, J. M. 1966. *Historia de la lógica formal*. Madrid: Gredos.
- DEAÑO, Alfredo. 1989. *Introducción a la lógica formal*. Madrid: Alianza.
- FERRATER MORA, J. 1994. *Diccionario de Filosofía*, 4 tomos, edición revisada, aumentada y actualizada por el prof. Joseph-Maria Terricabras, Barcelona, Ariel.
- GARRIDO, Manuel. 1997. *Lógica simbólica*. Madrid: Tecnos.
- HAACK, Susan. 1982. *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Cátedra.
- HEGEL, G. W. F. 1971. *Fenomenología del espíritu*, México, F.C.E.
- HESSEN, Johannes. 1979. *Teoría del Conocimiento*, Madrid, Espasa-Calpe.
- HUSSERL, Edmund. 1962. *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica (Ideas I)*, México, F.C.E.
- MAIER, Julio B. J. 1989. *Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo 1, Fundamentos*, Bs. As., Hammurabi, 2 volúmenes.

# SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO ARGUMENTO Y COMO NORMA<sup>1</sup>

Juan Antonio García Amado

*Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León (ESPAÑA)*  
*jagara@unileon.es*

## Resumen

Se diferencian las claves argumentativas y normativas del autoprecedente y del heteroprecedente judicial y se muestran las relaciones con el argumento de autoridad.

**Palabras clave:** precedente, autoprecedente, heteroprecedente, argumentación, argumento de autoridad.

Un vecino mío observa un día que estoy regando las plantas de mi jardín. Me pregunta por qué las riego precisamente ese día. Le respondo que cuando han pasado tres días seguidos de sol, sin lluvia y con una temperatura superior a veinte grados, riego las plantas del jardín. Ese mismo vecino poco tiempo más tarde cae en la cuenta de que han transcurrido tres o cuatro días desde la última vez que me vio regando las plantas y que esas jornadas han sido soleadas, sin lluvia y con altas temperaturas. Eso defrauda una expectativa que él tenía y que se basaba en dos elementos: la conducta que en una ocasión había observado en mí y la regla que como razón de esa conducta mía yo le había comunicado. Si, además, esa regularidad de mi conducta (regar cuando han pasado tres días de sol, sin lluvia y con más de veinte grados) la ha apreciado en varias ocasiones consecutivas antes de esta que ahora lo sorprende, su expectativa se hallaría aún más reforzada. Esa regla de mi conducta tendría su supuesto fáctico (tres días soleados, etc.) que actúa como desencadenante de la acción mía con la que cumplo la regla. No importa, a estos efectos, que sea una regla mía, una regla autónoma.

Ahora que aconteció la excepción y que el vecino me pregunta, yo puedo responderle –si es que quiero responderle- de varias maneras:

a) Puedo darle una respuesta impertinente, del tipo “yo me pongo las reglas y yo las incumplo y las cambio cuando me da la gana, pues para eso soy yo el señor de mis reglas y el dueño de mi conducta”.

b) Puedo explicarle que se trata de un incumplimiento involuntario de aquella regla mía, por causas tales como que me olvidé de regar o que algún suceso me lo impidió.

c) Puedo darle cuenta de que hay razones para introducir una excepción a la regla, como que la luna está en cuarto menguante y que en esa coyuntura sólo se debe regar cada cinco días, aunque

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado “Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial”.

concurran las otras circunstancias. En ese caso le estoy proporcionando una versión más completa de la regla, que integra en ella esta excepción y, a su vez, la reglamente, la convierte en parte de la propia regla: Riego cada tres días cuando se dan aquellas circunstancias anteriormente citadas (días soleados, sin lluvia, con más de veinte grados) y no se está en cuarto menguante, en cuyo caso riego cada cinco días. Su expectativa, basada en mi regla, será, a partir de ahí, más completa y más segura.

d) Puedo explicarle que he cambiado aquella regla por la que me orientaba y que ahora sigo otra. Si me pregunta cuál, cabe que le haga saber cuál es la nueva; por ejemplo, que, cuando se dan esas circunstancias referidas (sol, etc.) el riego lo hago cada cuatro días. Si me pregunta por qué he cambiado de regla, le puedo indicar las razones por las que esta nueva me parece más apropiada.

En situaciones como las que estamos glosando se aprecia que se dan dos elementos en mi comportamiento: una regularidad en el mismo y una pauta que gobierna dicha regularidad y permite explicarla. Si la razón de que yo riegue cada tres días fuera el puro azar, la mera casualidad o una conducta enteramente irreflexiva, tendríamos la regularidad -mientras dure-, pero no habría pauta rectora, no habría regla. En tal caso, a la pregunta de mi vecino a propósito de mi acción sólo podría responder que no sé por qué lo hago así.

El vecino puede interrogarme sobre mis razones cuando me ve regar la primera vez. En ese caso se interesa por razones de mi acción, no por las de una regularidad de la que no tiene ninguna constancia. Cuando, entonces, yo le respondo mencionándole la regla, le doy un fundamento de mi acción que engendrará en él la expectativa de una futura regularidad de mis conductas. Pero el vecino también se puede interesar cuando ha percibido la regularidad de mis acciones pero desconoce la clave explicativa de la misma. O puede preguntarme cuando se ha acostumbrado a esa regularidad cuya clave desconoce, pero la ha visto romperse. Quiere todo esto decir que él da por sentado que mi conducta o que la repetición de una conducta mía responden a alguna razón y que yo -si quiero- puedo explicitar esa razón que lo ayudará a comprender mi acción. Esa comprensión será plena cuando descubra que mi acción es regular y que tal regularidad viene de una regla. Y ello con total independencia de que esté de acuerdo con el contenido de la regla o que piense que debería regirme por otra más apropiada (por ejemplo, regar con más frecuencia, para que mis plantas crezcan o florezcan más lozanas).

Mi comportamiento le parecerá tanto más racional cuando se sumen estos elementos: a) la constatación de una regularidad; b) la constatación de que esa regularidad obedece a una pauta deliberada, a una regla consciente; c) el acuerdo con el contenido de esa regla.

La actitud de mi vecino ante esa regla que yo aplico también puede estar influida por otro dato. Si yo tengo en el vecindario una gran fama de jardinero muy experto, es más probable que mi vecino dé por buenos mi modo de actuar y la pauta en que se basa, y hasta es de esperar que, si él no se considera tan avezado en asuntos de jardinería, la incorpore y la aplique en su propio jardín.

Ahora vayamos a una decisión judicial. Yo soy juez y he fallado de determinada manera un caso. Otro juez ve mi sentencia y se pregunta por qué he emitido precisamente ese fallo. En el caso concurren dos tipos de datos, fácticos y normativos. Los datos fácticos se refieren a las concretas circunstancias de los hechos del caso, que fueron las circunstancias  $C^1$ ,  $C^2$  y  $C^3$ . Los datos normativos se refieren a la norma (o normas) cuya consecuencia jurídica apliqué a ese caso, la norma N.

Las preguntas que ahí se me pueden plantear son varias, sucesivamente.

(i) La primera, la de por qué apliqué N. A esto puedo contestar que porque no me quedaba más remedio, si se dan dos datos: a) que, como juez, esté obligado a elegir las normas con las que resuelvo mis casos de entre un repertorio determinado y que me viene impuesto, y b) que para estos hechos de este caso sólo era aplicable N y no podía elegir ninguna otra.

Esa contestación mía puede ser cuestionada por relación a cualquiera de esos dos puntos. Se podrá decir, por un lado, que no es cierto que sea ese que yo menciono el repertorio de las normas que me vinculan, o que el repertorio es más amplio de lo que yo entiendo. Así suelen argumentar los iusmoralistas contra la concepción estricta de la vinculación del juez a la ley (a las normas del sistema jurídico-positivo) y del principio de legalidad de la decisión judicial. Alegan que ciertamente el juez está sometido a la ley (al sistema de normas jurídico-positivas), pero también al Derecho, y que el Derecho es un conjunto de normas más amplio o extenso que el sistema de legalidad, pues incluye normas morales que tienen incluso capacidad correctora o de enmienda de las normas del sistema de legalidad. Estamos ante una cuestión de selección normativa referida a la configuración del sistema jurídico.

Por otro lado, también se me puede contraargumentar que, aun dentro del repertorio normativo de referencia, y sin cuestionar dicho repertorio, yo sí disponía de una norma N' alternativa a N, bajo la cual los hechos del caso también podían encajar o, incluso, habrían encajado mejor. Nos hallamos aquí bajo un asunto de calificación de los hechos por referencia a las normas del sistema normativo.

(ii) Asumiendo, con o sin discusión, mi repertorio de normas y mi calificación de los hechos mediante la norma seleccionada, cabe aún que se suscite otra duda: la de por qué extraje de N precisamente ese resultado que se trasluce en el fallo, y no otro de los posibles. Otros resultados habrían sido posibles si hubiera otorgado un significado distinto a los términos y expresiones con que N aparece enunciada en el sistema de referencia. Pongamos que las interpretaciones razonablemente posibles de N para el caso fueran dos, que representamos como N<sup>i1</sup> y N<sup>i2</sup>. Se me pide, pues, que dé razones de la preferencia de N<sup>i1</sup> frente a N<sup>i2</sup>. Esas razones también deberán aparecer en la motivación de la sentencia, si es una adecuada motivación.

Las razones que al juez se le demandan no se le piden, en lo que para el sistema jurídico importa, en una conversación informal y no sujeta a más reglas que las de la cortesía, como aquella entre mi vecino y yo. Al juez se le exige que dé esas razones de sus opciones, al menos en lo que éstas puedan resultar dudosas o discutibles, en la motivación de su sentencia.

Pero, por lo demás, están implícitos muchos de aquellos presupuestos del diálogo informal. Veamos:

a) Se presupone que la acción decisoria del juez se basa en reglas en todo lo que no esté determinada, en todo lo que tenga de opción entre alternativas posibles (posibles dentro de su cometido como juez, cometido reglamentado).

b) Se presupone que tales reglas se sientan y se aplican mediante una acción consciente y reflexiva. Por ejemplo, que el juez no dirime entre esas alternativas de las que dispone a base de lanzar una moneda al aire e inclinarse por una u otra alternativa según que salga cara o cruz.

c) Sentado lo anterior, se presupone que el juez es capaz de dar cuenta de las reglas que guiaron su decisión, en lo que tales reglas tengan de rectoras de sus elecciones posibles.

d) Se presupone que, puestas tales reglas, el juez: (i) considera que son las más adecuadas para fundar sus decisiones posibles en un caso como ese y (ii) asume que son las que han de aplicarse a los casos como ese.

e) Se presupone, en consecuencia, que las reglas deben engendrar regularidad decisoria del juez para casos como ese con ellas decidido y que, si no se aplican, si se rompe esa regularidad mediante la introducción de excepciones, se debe argumentar: o bien con las razones que hacen preferible la regla nueva sobre la antigua, o bien con las razones que justifican que había una variación relevante de las circunstancias que da lugar a una regla nueva que complete la anterior introduciendo en su enunciado completo una excepción; o que propiamente no es la regla anterior, sino otra, la que tiene que aplicarse a ese caso que, como consecuencia de esa peculiaridad diferenciadora, es un caso distinto a tales efectos.

Cuanto acaba de exponerse tendría que ver con la justificación del *autoprecedente* judicial y con el tipo de exigencias que es posible presentar a la ruptura del mismo. También se ha identificado, al menos en parte, el campo, en que, en sentido muy amplio, podemos ubicar decisiones de un juez que sienten alguna forma de autoprecedente. Tratemos ahora de delimitar ese autoprecedente en sentido amplio.

En tal sentido lato, podemos ver autoprecedente en toda decisión que, para la resolución de un caso, tome un juez, con estas características: a) tenía varias alternativas; b) la opción entre esas alternativas no era ni enteramente aleatoria ni ceñida nada más que al caso mismo y sus circunstancias, sino que presupone o puede reconducirse a reglas que se apliquen a decisiones del mismo tipo en otros casos a esos propósitos iguales o similares.

Siempre que estemos ante esas condiciones del autoprecedente en sentido lato, podemos asumir, al menos en un plano de racionalidad argumentativa ideal (ideal en sus propósitos explicativos o justificadores), dos requisitos normativos: que el juez debe dar de sus opciones razones capaces de expresar reglas tendencialmente generales y que ese mismo juez, cuando en casos futuros acontezcan circunstancias iguales relevantes para esa opción, debe inclinarse por la misma alternativa, la que aplica la regla anteriormente usada, o justificar el porqué del cambio de regla o de la introducción de una excepción en la regla. Su situación básica, en términos de racionalidad social y comunicativa, no es distinta de la mía en el ejemplo de inicio, cuando mi vecino observa cómo y por qué me conduzco de una forma u otra y trata de ver si soy perfectamente arbitrario o si me orienta alguna regla comprensible y mínimamente defendible.

¿De qué decisiones hablamos? No es fácil tasarlas. Pero, sin ánimo totalmente exhaustivo, enumeremos varias de las posibles:

(i) Decisiones atinentes a la admisión de pruebas propuestas por las partes o -cuando el juez tenga competencia para ello- a la solicitud de pruebas por el juez.

(ii) Decisiones relativas a la valoración de las pruebas practicadas

Aquí la cuestión versa sobre si se trata de decisiones puramente casuísticas, completamente determinadas por circunstancias peculiares del caso y no susceptibles de sometimiento a regla decisoria en términos universales, o si el razonamiento decisorio correspondiente puede verse como gobernado por una regla de ese tipo, en términos de: si se dan las circunstancias A, B, C, entonces se debe hacer X (aceptar una prueba propuesta, solicitar una prueba, valorar de tal o cual manera una prueba...).

(iii) Decisiones relativas a la selección de la norma aplicable y, correlativamente, sobre la calificación normativa de los hechos.

(iv) Decisiones sobre la interpretación de la norma aplicable.

En nuestra vigente cultura jurídica los problemas del autoprecedente y del heteroprecedente (del que luego hablaremos) se suelen remitir a ese segundo tipo de cuestiones, las cuestiones que tratan sobre la norma y su aplicación. Posiblemente es así por causa de que rige una concepción de la prueba basada en una noción de la libre apreciación o valoración que se concibe como convicción enteramente subjetiva y circunstancial del juez, motivo por el que también sobre ese particular se aflojan las exigencias de motivación, de argumentación.

Hasta aquí hablamos del autoprecedente como sumisión, en lo que quepa, de esas decisiones del juez a una regla de su cosecha. Son esferas decisorias en las que opera la discrecionalidad judicial, pero la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad se pone precisamente en ese punto: en que el juez tome esas decisiones particulares para el caso guiado por una regla que, tendencialmente o en su propósito y su posible reconstrucción, vaya más allá del caso y aparezca como genuina regla dirigida a fundar decisiones idénticas para casos iguales en lo que importe. De ahí que la modificación del autoprecedente se vea como reemplazo de la regla anterior por una regla nueva, reemplazo que debe ser justificado para alejar la sospecha de arbitrariedad.

Problemas especiales relacionados con el autoprecedente se pueden suscitar cuando un mismo órgano judicial se halla dividido en varias salas compuestas por magistrados distintos o cuando un mismo tribunal o sala ha cambiado su composición, cuando han cambiado sus magistrados. Pero no vamos a entrar ahora en tal asunto.

Es posible enfocar el tema desde el punto de vista de los justiciables. Es el planteamiento que suele hacerse en la doctrina y la jurisprudencia, especialmente la constitucional, al ver en la ruptura del autoprecedente un atentado contra el derecho a la igualdad en la aplicación de las normas. Tampoco en este tema, bien conocido, nos vamos a parar aquí.

Tratemos seguidamente del *heteroprecedente*. Y comencemos retornando al ejemplo inicial de mis tratos con aquel vecino. Él constató mis decisiones sobre el riego de mis plantas de jardín y conoció la pauta o regla que las encauza. Cuestión diversa, ya lo vimos, es que esté de acuerdo con esa regla y la aplique para el riego de su jardín o que se guíe por otras bien distintas. ¿Qué motivo puede tener para asumir mi regla? Puede haberlo de dos tipos. Uno, que se convenza de que es mi pauta la acertada para esa finalidad de tener las plantas en las mejores condiciones. Otro, que algo lo obligue a atenerse a la misma regla que yo aplico.

Que siga por convicción mi regla puede deberse básicamente a dos motivos. Una, que me considere una autoridad en la materia y que se pliegue a mis superiores conocimientos de jardinería, reales o supuestos, pero para él efectivos. Entonces, si alguien le pregunta a él por qué riega de esa forma, responderá que porque así lo hago yo. Y si su interlocutor vuelve a la carga, hará ver que yo soy un especialista reputado. Estará empleando, como justificación de su elección de la regla, un argumento de autoridad. Más aún, puede ocurrir que él ni siquiera esté seguro de si esa regla será realmente la más conveniente o de que mi autoridad en la materia sea tanta, pero puede usar dicho argumento de la autoridad que su interlocutor me reconoce a mí.



También es concebible que él llegue, por sus propias reflexiones o su propia experiencia, a la convicción de que esa misma regla que yo aplico es la mejor de las posibles. En ese caso, no decidirá seguirla por homenaje a mi autoridad, sino por sus propias razones. Pero eso no quita para que la invocación de mi autoridad, si es reconocida por su interlocutor y supuesta en él, sirva como argumento de refuerzo de sus propios argumentos.

La otra situación mencionada es la de que mi vecino esté obligado a seguir la pauta mía. Para ello tendrá que haber una norma que así lo disponga. Esa norma convertirá el fundamento de mis decisiones en la materia, mi regla, en regla obligatoria para él. Si sobre el asunto de que se trate, en este caso el riego de las plantas de jardín, yo ya he tomado una decisión, él deberá averiguar o reconstruir la regla que a mí me orienta y aplicarla a sus propias decisiones sobre el asunto. Una vez que así haya procedido, si se le pide que justifique su hacer y la regla que hay detrás, no utilizará propiamente un argumento de autoridad al referirse a mi regla como la suya, sino un argumento directamente normativo. ¿Dónde está la diferencia? En que el argumento de autoridad sirve como argumento justificatorio de una opción decisoria de entre varias posibles: elijo esta opción, pudiendo inclinarme por otra, porque es la misma que escogió quien tiene autoridad en la materia, equivaliendo aquí la autoridad a la condición de experto de aquel al que se imita o con el que se coincide. En cambio, un argumento directamente normativo es aquel que justifica una decisión indicando que en realidad no se tenía opción: se decide así porque se estaba obligado a decidir así, porque estaba preestablecida por la autoridad (en este caso autoridad normativa) la regla imperativa para esa decisión. Aquí la alusión a esa regla imperativa, como justificación, exonera de dar otras razones justificadoras. Si acaso, habrá nada más que acreditar que la regla resultaba aplicable porque el caso encajaba en el supuesto de hecho de la misma: se trataba de saber con qué frecuencia se regaban las plantas cuando se suceden días de sol y temperaturas de más de veinte grados y yo, autoridad normativa, ya había puesto, con mi propia decisión, la regla de que cada tres días.

Vayamos con los jueces y el heteroprecedente. La distinción correspondiente, que suele aparecer en la doctrina, es la que versa sobre el precedente (en adelante, cuando digamos precedente nos referiremos al heteroprecedente) persuasivo y el precedente imperativo.

Se llama precedente persuasivo aquel que un juez no está obligado a respetar, pero que sigue y cita por razón de la autoridad de quien lo emitió, en el sentido de su prestigio o reconocimiento. Ahí el argumento del precedente es una variante del argumento de autoridad. Comparte esa condición de argumento de autoridad con otros, como el argumento doctrinal o el argumento de derecho comparado. El argumento de autoridad se basa en el prestigio, fundado o presupuesto, de la fuente que se cita con ese propósito. Aquí prestigio equivale a la atribución de especial cualificación, capacidad o conocimiento a esa fuente, a ese sujeto u órgano cuyas decisiones se asumen como pauta de justificación de las propias.

El argumento de autoridad merece una consideración detenida que aquí no emprenderemos, por lo que nos conformaremos con unas pocas consideraciones incidentales. La clave se halla en los mecanismos de atribución de esa competencia o notable capacidad. En el trasfondo aparece una jerarquización social del prestigio y los saberes. Si nos fijamos en el argumento de derecho comparado, veremos que siempre se van a tomar como referencia sistemas jurídicos de países que se estiman como más desarrollados o poseedores de una cultura jurídica tan elevada como la del propio o más. Así, nunca veremos que en España se cite como dato relevante de derecho comparado una normativa africana, y sí se aludirá a derechos europeos o de América del Norte.

En cuanto al argumento doctrinal, aparecerá más o menos según cómo se estipule en cada lugar la correlación de prestigio y saber entre judicatura y doctrina de los tratadistas. En España este argumento aparece escasamente, y tanto menos cuanto más se asciende en la escala de los tribunales. ¿Por qué? Probablemente por la secular rivalidad entre jueces y profesores y por la tradicional separación de ambas carreras. Sin embargo, en muchos países latinoamericanos es más común este argumento en las sentencias y tiene particular eficacia y se emplea con singular fruición cuando es doctrina europea la que se trae a colación.

Por las mismas, el precedente judicial no imperativo, persuasivo, acostumbra a darse de tribunales colegiados, y más de los de más alto nivel formal, viéndolos o presuponiéndolos como detentadores de mayor prestigio y capacidad. A fin de cuentas, la eficacia del argumento de autoridad depende no tanto de la excelencia o capacidad especial que a esa “autoridad” asigne el que trae el argumento, sino de la que le atribuya el interlocutor al que se quiere persuadir o convencer de lo razonable de la decisión.

¿Y el precedente *imperativo*? Ya se ha visto que requiere una norma de ese sistema normativo que eleve la pauta decisoria de un sujeto u órgano a pauta obligatoria para la decisión de otro. Esas normas tienen una estructura peculiar y podemos denominarlas normas de remisión. Su esquema podría ser así:

*Cuando el órgano X decida un caso sometido a su competencia y un caso igual haya sido decidido previamente por el órgano Y, X deberá decidir su caso de la misma manera que Y decidió el suyo.*

Decimos que es una norma de remisión puesto que remite a otra norma. ¿A cuál? No a una de contenido determinado, sino a cualquiera que para el caso igual haya creado y aplicado el órgano Y.

Reparemos en que Y ha debido crear por sí esa norma que será norma obligatoria de referencia para X, sometido X al precedente imperativo de Y. No hay precedente normativo imperativo sin ese elemento de creación de una norma. Por tanto, el asunto es qué norma es esa que Y, el órgano engendrador del precedente, crea y qué notas características tiene la misma.

En todo caso, Y ha de estar rellenando un espacio normativo vacío o incompleto. Esto es, tiene que estar completando una dimensión normativa necesaria para la resolución de los casos. Esto puede darse en algunas de las situaciones siguientes: laguna normativa, antinomia de segundo grado, selección de la norma aplicable o, sobre todo, interpretación de la norma aplicable (o seleccionada como aplicable). En cualquiera de esas situaciones el juez parte de un repertorio normativo previo y que lo vincula como base de sus fallos, pero a ese repertorio tiene que añadir una regla R, sin la que el caso no puede ser decidido o no puede ser decidido adecuadamente. Es R la que se constituye en norma precedente a la que queda vinculado X para los casos futuros iguales y a los efectos que importen. Esto es, para X aquel repertorio normativo de partida queda integrado con una nueva norma, R. R se suma a ese repertorio, ya sea colmando una laguna, fijando un modo de resolver una antinomia o precisando el sentido de otra norma que se aplica a esos casos o estableciendo una prioridad entre las normas que pueden ser seleccionadas para resolver tales casos.

Pongamos un supuesto de interpretación. La norma preestablecida en el sistema y que viene al caso es N. N admite razonablemente dos interpretaciones posibles, I<sup>1</sup> e I<sup>2</sup>. Y, en su sentencia que crea precedente obligatorio para X, ha decidido que debe prevalecer la interpretación I<sup>1</sup> y, si la motivación de su sentencia es adecuada, habrá argumentado esa preferencia con argumentos admisibles. Esa decisión interpretativa de Y, cuando engendra precedente, cobra valor normativo

para X, pues hace nacer una norma R que se añade a N. Cuando X resuelva un caso igual en lo que importe, tendremos que se encuentra sometido a dos normas complementarias:

a) La norma N, preestablecida en el sistema tanto para Y como para X.

b) La norma R, establecida por Y e incorporada así al sistema, que rige desde entonces para X y que prescribe cómo debe interpretarse N, al menos para esos casos.

Lo que da su impronta al precedente imperativo y marca la diferencia esencial con el precedente persuasivo es lo siguiente: que la vulneración de R (norma del precedente) por X (órgano vinculado al precedente) se contempla por una norma del sistema -referida al modo cómo los órganos judiciales tienen que decidir, a la base normativa de sus decisiones a la que deben someterse- como causa de que pueda ser anulada la decisión de X que aplica la norma N pero no se atiende a la norma R -por ejemplo porque opta por una interpretación de N diferente de la que queda fijada en R-. Por tanto, propiamente no habrá precedente imperativo si el sistema jurídico no dispone vías procesales para reclamar la anulación de la decisión judicial que no respete el precedente. En ordenamientos como el español esa vía ha venido siendo el recurso por infracción de jurisprudencia, también llamado, según las épocas y las leyes procesales, recurso por infracción de doctrina.

En ese sentido se debe entender también la mención que el Código Civil hace de la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, atribuyéndole función complementaria. Naturalmente, cada sistema jurídico podrá regular de distinta manera las condiciones para que las decisiones de un órgano judicial determinado alumbren precedente obligatorio para otros órganos judiciales. Por ejemplo, unas veces se exigirá que haya dos o más sentencias coincidentes y otras veces bastará una sola sentencia para tal resultado. Lo primero viene ocurriendo tradicionalmente al exigirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea “reiterada” y se manifieste en dos o más sentencias coincidentes. Lo segundo sucede respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional en las que se interpreten preceptos constitucionales. También tienen presencia en nuestro ordenamiento actual otros mecanismos de producción de precedente judicial vinculante, como es el caso de los recursos para la unificación de doctrina, tal como juegan en el orden laboral o administrativo.

Hasta aquí lo que podría llamarse el mecanismo externo del precedente y su modo de insertarse en el sistema jurídico. Pero nos queda tratar su problema interno, el problema del contenido de R.

Regresemos una vez más a la comparación con la jardinería y aquella relación entre vecinos. Hasta aquí, habíamos puesto que yo enunciaba, ante la pregunta de mi vecino, la regla que seguía en materia de periodicidad del riego de mis plantas, dadas determinadas circunstancias (días de sol, temperatura...). Modifiquemos ahora la situación. Imaginamos que, por la razón que sea, mi vecino no puede preguntarme por esa regla que fundamenta mi acción. Sólo le cabe contemplar mis decisiones, traducidas en acciones de riego, y tratar de extraer por sí mismo la regla que las rige, de la misma manera que el órgano judicial sometido al precedente puesto por otro no puede ir y pedirle que le enuncie con toda precisión R, sino que ha de conformarse con leer su sentencia o sentencias sobre los casos en cuestión y reconstruir por sí mismo aquella regla, R. El problema se halla en “los casos en cuestión”. Cada sentencia versa sobre un caso específico y los casos se contemplarán como iguales o diferentes según el punto de vista que se tome, según el término de comparación.

Mi vecino ve aquella frecuencia con que yo riego las plantas de mi jardín. Presupone que no lo hago aleatoriamente o a humo de pajas, sino que aplico un criterio, una pauta. Anota las circunstancias (número de días, sol, temperatura...) y (re)construye esa pauta, la regla, R. Puesto que,

por alguna razón que aquí no importa, está obligado a guiarse por esa misma pauta por mí puesta, R, hace lo mismo en adelante en su jardín: cuando hay sol y temperaturas por encima de los veinte grados, riega cada tres días y, por tanto, aplica R. ¿Es adecuada esa (re)construcción suya de R y es correcta su consiguiente aplicación a su caso (el riego de su jardín)? Depende de si en el supuesto de R ha incluido todas las circunstancias que a mí me determinan cuando yo tácitamente he puesto R como criterio de esas decisiones propias.

En mi jardín tengo nada más que petunias. ¿Debería el vecino haber incluido ese dato en R? Él tiene en el suyo peonías y pensamientos. ¿Es ese detalle diferenciador suficientemente importante para alterar el sentido de la aplicación por R de mi vecino? La fórmula de riego contenida en R será válida o no dependiendo de la relevancia de tal diferencia. Si los pensamientos requieren un régimen de riego más frecuente que las petunias, la diferencia resultará dirimente y R tendrá solamente sentido para los jardines con petunias.

De este modo, indicamos dos dificultades emparentadas y relacionadas con la reconstrucción de la regla que late bajo la decisión que crea precedente vinculante: por una parte, la reconstrucción de la propia regla a partir de la decisión del caso por el tribunal que produce el precedente, y, por otra parte, el establecimiento del supuesto de dicha regla, del que va a depender su aplicación a los casos futuros por los tribunales atados al precedente.

Todo caso presenta originariamente una lista prácticamente infinita de circunstancias que pueden especificarlo. Son los hechos brutos, que el juez somete a una selección basada en un juicio de relevancia y que los convierte en hechos del caso. Esa operación acontece de la mano de la selección e interpretación de la norma que se va a aplicar al caso y sirve para facilitar el encaje de los hechos bajo el supuesto de la norma en la que se va a basar el enjuiciamiento. Cuando se trata de una norma general y abstracta que precede al enjuiciamiento, se cuenta con ese elemento y los problemas son básicamente de interpretación y, correlativamente, de acomodo de los hechos brutos como hechos del caso que puedan subsumirse -o no- bajo tal norma. Pero en el precedente no hay enunciada de esa manera una norma general y abstracta, sino que generalmente hace falta reconstruirla. Reconstruirla quiere decir enunciarla en términos generales y abstractos para que bajo ella puedan ser subsumibles otros casos, aquellos que el juez subsiguiente y vinculado tiene que resolver con arreglo al precedente. Por tanto, una cosa es la decisión que cuenta como precedente y otra la extracción, a partir de esa decisión, de lo que propiamente va a servir como norma: la que subyace a esa decisión precedente.

Ya se dijo más atrás que la regla que con el precedente se crea puede referirse a diversos aspectos. Volvamos a quedarnos con el más habitual, que es la determinación de la interpretación de la norma aplicable al caso. La regla que con el precedente nace, a la que seguimos llamando R, se reconstruye conforme al siguiente esquema de razonamiento:

- (i) En el caso resuelto y que sienta precedente, se aplicó la norma N.
- (ii) De las circunstancias del caso, contaron como relevantes las circunstancias a, b y c.
- (iii) Para el caso con esas circunstancias a, b y c, el tribunal interpretó N en el sentido N<sup>ii</sup>.
- (iv) Por tanto, la regla que como precedente vincula es la siguiente:

*En todo caso en el que las circunstancias relevantes sean a, b y c y sea aplicable la norma N, N se deberá interpretar en el sentido N<sup>ii</sup>.*

Puesto que, tal como ya se ha expuesto, cuando hay precedente vinculante su invocación cuenta como argumento normativo, la regla puesta en el precedente vinculante exonera de ulteriores argumentos justificatorios de esa opción, aquí esa opción interpretativa. Esa opción no necesita justificarla el tribunal que aplica el precedente, porque lo obligatorio no necesita ser argumentativamente justificado. Como razones a favor de R, de esa regla interpretativa, contarán las que el tribunal que pone el precedente haya manejado. Sin embargo, R obliga no en función de los argumentos con que en origen fue respaldada, sino por razón de la autoridad atribuida por el sistema al tribunal emisor. En cuanto autoridad normativa productora de tal norma general y en lo que se relaciona con la justificación de su creación de R, ese tribunal emisor no necesita más fundamento que su autoridad, igual que sucede con el legislador. Sí que pudo, en su caso y en su momento, atacarse su decisión por deficiente fundamentación, pero, una vez firme la sentencia que provoca R, R cuenta como una norma más del sistema.

Puestas así las cosas, el tribunal llamado a aplicar el precedente se halla en la misma situación en la que se encuentra respecto de cualquier otra norma del sistema que pueda venir al caso: deberá determinar si se cumplen las condiciones del supuesto de hecho, esto es, si concurren en el caso todas las circunstancias presentes en el supuesto de hecho de R y si no se da ninguna otra que excluya la aplicabilidad de esa norma. Una diferencia reseñable se halla en que, respecto de las normas generales del sistema, la no aplicabilidad de una suele conducir a la aplicación de otra de las en principio concurrentes como candidatas para la subsunción del caso, mientras que la no aplicabilidad de las reglas del precedente, cuando no se dan todas las circunstancias de su supuesto o hay alguna circunstancia adicional relevante para excluir esa aplicación, se traduce en una vuelta a la discrecionalidad del juez en esa cuestión, por ejemplo en esa cuestión interpretativa.

# NOMENCLATURE DEL DIRITTO (MODELLI, ARCHETIPI, PROTOTIPI, METAFORE)<sup>1</sup>

**Gianfranco Ferrari**

*Profesor de la Università Degli Studi di Trento (ITALIA)  
gianfranco.ferrari@soc.unitn.it*

## Resumen

Para esta breve reflexión asumo como punto de partida que las disciplinas que se interesan por el estudio de la dimensión jurídica están históricamente condicionadas por la exigencia teórica de nuclear la entidad del derecho. Existe una arraigada convicción, más allá de cualquier tesis ontológica, de que el derecho es evanescente, de modo que requiere el auxilio de fórmulas conceptuales que puedan devolverle cierta esencialidad. Por ello, bien en el ámbito de las ciencias sociales, bien en el ámbito filosófico, como también en la teoría general, asistimos a la producción de una más que abundante nomenclatura del “derecho”. En esta pluralidad de nociones, además de vislumbrar una esperada distribución disciplinar de los significados asociados al término derecho, se pueden captar elementos que caracterizan tanto las dimensiones multidisciplinares como las transdisciplinares

**Palabras Clave:** Metáfora, arquetipos, nomenclatura, concepto de derecho.

1. Prendo spunto, per questa mia breve riflessione, dal fatto che le discipline interessate allo studio della dimensione giuridica sono storicamente condizionate dall'esigenza teoretica di enucleare l'entità del diritto.

Vi è infatti una radicata convinzione, fuori di ogni assunzione ontologica, che il diritto sia evanescente (una sorta di wittgensteiniana *mistica ineffabilità*<sup>2</sup>), tale da richiedere l'ausilio di formule concettuali capaci di restituire ad essa una qualche essenzialità.

Così, sia nell'ambito delle scienze sociali, sia in ambito filosofico, come pure entro la teoria generale, si assiste alla produzione di una sovrabbondante nomenclatura del “diritto”. In questa pluralità di nozioni, oltre che intravedere un'attesa distribuzione disciplinare dei significati associati al termine diritto, si possono cogliere, in alcune di esse, elementi caratterizzanti sia dimensioni di multidisciplinarietà, sia dimensioni di transdisciplinarietà.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado “Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial”.

<sup>2</sup> Cfr. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Routledge and Kegan Paul, London, 1921: “v'è davvero dell'ineffabile. Esso mostra sé, è il mistico ” (6.522).

Il tema può con una certa approssimazione essere ricondotto (benché non ridotto) alla questione della *visibilizzazione* del diritto.

Vorrei fare alcune brevi premesse, partendo da due classiche affermazioni:

- [ἡ] φύσις κρύπτεσθαι φιλεῖ  
(*la natura ama nascondersi*<sup>3</sup>),
- *naturae non imperatur nisi parendo*  
(*alla natura non si comanda se non obbedendole*<sup>4</sup>).

Due affermazioni relativamente in contrasto tra loro, ma che tuttavia hanno in comune un principio: che la natura si rivela, si manifesta attraverso le proprie regole, attraverso la propria *icononomia*.

La percezione come atto intellettuale si attua attraverso il *concetto*: il concetto (*Begriff*) serve a prendere (la radice di *Begriff* è, per l'appunto, *Greifen*) ciò che si presenta come visibile. Il concetto serve a raccogliere, come *nomos* che serve a raccogliere: serve innanzitutto a riconoscere prima ancora che distribuire e produrre (*Nehmen, Teilen, Weiden*)<sup>5</sup>.

La visione è una presa (concetto) e la visibilità è la condizione di disponibilità alla cattura concettualizzativa; “*Esse est percipi?*”, essere è essere percepito attraverso le categorie della coscienza<sup>6</sup>.

Qui devo sottolineare il fatto che la visibilità è un processo che si articola sulla base di uno strumento di percezione e di conoscenza (ma anche di giustificazione cognitiva) che è il *modello*.

Il nostro vedere, il nostro guardare, è strutturato sulla base di modelli, articolazioni di condizioni informative/regolative, che ci orientano a vedere ciò che siamo capaci di vedere, sulla scorta del nostro apprendimento<sup>7</sup>.

Anche le situazioni visive che destano meraviglia (lo stesso *θαυμάζειν* condizione del filosofare) si depositano su uno sfondo d'esperienza codificata.

Ora, questi scarni appunti sono parte integrante di una riflessione che può essere fatta sul diritto, sulla problematica condizione di visibilità del diritto.

Le norme, le leggi, le sentenze, sono formule linguistiche, sono parole, concetti, astrazioni, generalizzazioni, che nel contempo rivelano e occultano, non raffigurano ma esigono raffigurazioni.

Il diritto si rivela attraverso un processo *diaiconico*.

---

<sup>3</sup> Eraclito, fr. 116 = DK, 22 B 123.

<sup>4</sup> F. Bacon, *Novum Organum*, L.I, af. LXXIX.

<sup>5</sup> Cfr. C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Greven, Köln, 1950.

<sup>6</sup> Cfr. J-P. Sartre, *Immagine e coscienza. Psicologia fenomenologica dell'immaginazione*, tr. It. Einaudi, Torino, 1948.

<sup>7</sup> Da questo punto di vista, l'idea che la metafora consista essenzialmente nel “vedere per rassomiglianza” è fortemente limitativa delle potenzialità cognitive di questo straordinario strumento metodologico: “grandissima fra tutte le cose è la padronanza della metafora” Aristotele). Come, tra le altre cose, ben sottolinea Richards, in che modo possiamo trattare ciò che è la materia e le sue avventure, tutti i derivati oggetti di contemplazione, dal momento che sono finzioni, di differente dignità perché di differente utilità? Cfr. I.A. Richards, *The Philosophy of Rhetoric*, Oxford University Press, New York, 1965. p 87.

Il diaiconismo del diritto si configura attraverso le icone della legge<sup>8</sup> e della giustizia, ma in forme metaforiche, tipiche, archetipiche, prototipiche, attraverso modelli, appunto, e simboli (ricordo la classica formula di Durkheim: “il diritto è simbolo visibile della solidarietà”<sup>9</sup>).

Il diaiconismo del diritto non è riducibile agli *exempla* della fenomenologia sociale, ma esige di autorappresentarsi nelle fattispecie, che sono virtualità.

Il diritto ha tuttavia bisogno del “dove” (come suggerisce Irti<sup>10</sup>) ha bisogno della collocazione spaziale, ha bisogno di abitare lo spazio, non di possederlo: se lo possedesse non sarebbe il vincolo del perimetro, ma sarebbe vincolato dallo stesso.

Il diritto è visibile solo se ha lo spazio della società come sfondo (come suggerisce Simmel<sup>11</sup>) se ha su questo sfondo l’agire degli uomini che riempie lo spazio, costituendo la forma degli aggregati umani, l’evidenza esteriore dei processi psichici e storici.

Il diritto vincola, obbliga, vieta, autorizza, nelle formule che hanno nella concezione di Michel Foucault<sup>12</sup> la forma religiosa, politica, quasi magica dell’esercizio del potere.

Ed è così che la direzione del percorso del diritto è nella prospettiva anamorfica: il soggetto destinatario interpreta la figura giuridica (la norma, la legge, la sentenza) da un punto prefissato: la prospettiva è adeguata al punto dell’osservatore/destinatario, in una sorta di retorica estetica geometrica.

Questa prospettiva artificiosa, che tende non a includere, ma escludere lo spazio del diritto, come vuole ad esempio la posizione critica di Hans Kelsen, tracciando un solco tra il razionalismo iconoclastico e l’empirismo iconofilo, impedisce un’autentica visione della natura del diritto: la natura del diritto tende, in tal modo, a nascondersi.

2. Al fine d’indicare preliminarmente alcune tracce del percorso d’analisi, ho redatto, in via del tutto provvisoria, una nomenclatura (affatto incompleta) di concetti di “diritto”, tentando di prefigurare moduli interpretativi sia a livello intra-disciplinare, sia a livello inter-disciplinare:

1. natura
2. volontà
3. ragione (*logos*)
4. linguaggio
5. sistema

---

<sup>8</sup> Rinvio a un testo ricco di suggestioni: M. Cacciari, *Icone della legge*, Adelphi, Milano 1985 (nuova edizione 2002)

<sup>9</sup> Cfr. E. Durkheim, *De la division du travail social*, (1893), Puf, Paris, 1973.

<sup>10</sup> Cfr. N. Irti, *Norma e luoghi: problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

<sup>11</sup> Cfr. G. Simmel, *Über soziale Differenzierung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1890.

<sup>12</sup> Ecco dunque il *symbolon*, come uno strumento di potere, di esercizio del potere, che consente a chi detiene il potere, a chi detiene il segreto, di rompere in due parti un oggetto: la coincidenza dei frammenti consentirà, dunque, di riconoscere la continuità del messaggio, la continuità del potere. Il potere si manifesta, completa il suo ciclo e conserva la sua unità grazie a questo gioco di piccoli frammenti separati gli uni dagli altri, di uno stesso insieme, la cui configurazione generale è la forma manifesta del potere. I messaggi, i messaggeri che invia il potere giustificheranno il loro vincolo con il potere stesso, poiché ciascuno possiede un frammento dell’opera che si combina perfettamente con gli altri. I greci –sottolinea Foucault- chiamavano questa tecnica giuridica, politica e religiosa, *symbolon*.

Cfr. M. Foucault, *La verità e le forme giuridiche*, introduzione di Lucio d’Alessandro, La città del sole, Napoli 1994.



6. azione
7. norma (misura)
8. istituzione (soggettività/costitutività/oggettività)
9. fatto (evento)
10. potere (autorità/competenza)
11. sopraffazione (violenza, *ûbris*)
12. decisione
13. relazione (rapporto)
14. paradigma
15. esperienza sociale (socialità)
16. ente
17. diritti
18. giustizia
19. sanzione (pena, premio)
20. conflitto (dialettica)
21. dialogo (simpatia)
22. organizzazione (ordinamento)
23. spazio – tempo (vedi: fatto/evento)
24. ordine (equilibrio)
25. misura (perimetro, *témenos*)
26. valore
27. verità
28. prassi
29. gioco
30. forma (logica, purezza)
31. tecnica (*téchnē*)
32. mezzo-scopo (*praxeologia*)
33. controllo sociale (ordine, equilibrio sociale)
34. comunicazione (performatività)
35. simbolo (simbolizzazione)
36. disciplinamento (organizzazione – integrazione)
37. terapia sociale (sicurezza)
38. persuasione (argomentazione, retorica)
39. forza (vedi: potere/ragione)
40. macchina (azione, processo, implementazione, *praxeologia*)

3. In questa rassegna compaiono figure semantiche tra loro eterogenee. Alcune sono modelli teorici, archetipi, metafore, altre pure finzioni (nel segno del finzionalismo: “*come se*”, con funzione e valenza pragmatica<sup>13</sup>), altre sineddochi, e via dicendo<sup>14</sup>.

Il quesito che rileva, in prima approssimazione, è se sussista un *prototipo* di ogni concettualizzazione del diritto (esattamente come accade nel linguaggio comune cosale), più o meno rappresentata o rappresentabile, a livello disciplinare, nelle forme e nei modi della categorizzazione disciplinare, pur tenendo debitamente conto del fatto che i prototipi non sono sottoposti a variazioni contestuali.

Ritenendo la questione relativa alla individuazione o elaborazione di prototipi d’indubbia centralità nella discussione che intendo sviluppare, non posso nascondere le difficoltà metodologiche che riserva la cattura degli effetti prototipici e la loro sistematizzazione sul piano cognitivo. In altre parole, non v’è un solo percorso, solidamente governato da una teoria, ma ve ne sono diversi.

Non mi soffermo ora su queste questioni; esse saranno oggetto di disamina in un successivo ampliato percorso della mia indagine (sulla scorta, ad esempio, delle formulazioni di E.E. Smith - D.L. Medin, G.L. Murphy, e altri autori<sup>15</sup>).

Lo scopo della rassegna tematica è quello d’indicare alcuni elementi d’analisi meta-teorica, per evidenziare, sia sul piano puramente strutturale, sia diacronicamente, come queste figure abbiano svolto un ruolo espressivo non indifferente, mediando il linguaggio tecnico (giuridico, politico, sociologico) con il linguaggio comune.

Va detto, in ogni caso, che le osservazioni qui formulate sono frutto di intuizioni, di sensazioni. Si tratta, dunque, più di emozioni avvertite dal ricercatore, che di vere e proprie cognizioni razionali, ponderate e metodologicamente organizzate in solidi ragionamenti e giustificazioni epistemiche; le quali, tuttavia, possono trasparire dal tentativo di ricorrere all’uso di categorie retoriche come la metafora, la sineddoche, l’analogia, la metonimia, la similitudine, l’identità e altre forme linguistiche di proporzione.

4. In questo mio lavoro d’analisi, mi occupo principalmente di metafore (seguendo le tracce analitiche di autori -per citarne alcuni- come I.A. Richards<sup>16</sup>, di Max Black<sup>17</sup>, di G. Lakoff e M. Johnson,<sup>18</sup> di Paul Ricoeur<sup>19</sup>, di Hans Blumenberg<sup>20</sup>), *del diritto*, tenendo conto del fatto che in varie occasioni i giuristi hanno trattato e trattano di metafore *nel diritto*, come recentemente hanno fatto, ad

---

<sup>13</sup> Una specificità, questa, nella tradizione da Wolff, Baumgarten a Kant, della *facultas fingendi* (*Einbildungskraft*), come capacità di produrre immagini.

<sup>14</sup> Devo sottolineare, comunque, che la sovrapposizione, o quanto meno l’intreccio, di queste nozioni è frequentemente riscontrabile, soprattutto in campi di riflessione aperti (non rigidamente “disciplinati”), rendendo in tal modo assai fertile il tentativo di rappresentazione fenomenologica del diritto, ma, al contempo, notevolmente problematico il disegno cruciale di una sua sistematizzazione teoretica.

<sup>15</sup> Cfr. E.E. Smith, D.L. Medin, *Categories and Concepts*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1981; G.L. Murphy, *The Big Book of Concepts*, The MIT Press, Cambridge (Mass), 2002.

<sup>16</sup> Cfr. I.A. Richards, cit.

<sup>17</sup> Cfr. M. Black, *Models and Metaphors*, Cornell University Press, 1962.

<sup>18</sup> Cfr. G. Lakoff, M. Johnson, *Metaphors We Live By*, The University of Chicago Press, Chicago, 1980.

<sup>19</sup> Cfr. P. Ricoeur, *La métaphore vive*, Seuil, Paris, 1975.

<sup>20</sup> Cfr. H. Blumenberg, *Paradigmi per una metaforologia*, Il Mulino, Bologna, 1991.

esempio, alcuni studiosi italiani con diverse finalità teoretiche e differente indirizzo metodologico<sup>21</sup>; e in tal caso, è possibile e frequente che metafore (o archetipi) del diritto assumano la funzione di modelli di riferimento (se lo scopo dell'uso metaforico è proprio quello di restituire una visibilità al diritto); ovvero, per quanto può rilevare sotto il profilo retorico, le metafore possano assumere una rilevante funzione semantica nei modelli di ragionamento.

Ribadisco che il tema della metafora si presta ad una serie di approfondimenti, riguardo, in particolare, l'accostamento, in taluni casi perfino la sovrapposizione (la con-fusione) con figure (tropi), precedentemente menzionati, come la similitudine/identità, l'analogia, la metonimia e altre, di cui qui tuttavia non mi occupo.

5. Per entrare ora nel vivo della questione primaria qui posta, se, ad esempio, intendiamo il diritto come *linguaggio* (ma poi, come *comunicazione*, come *logos*, come, in ultima istanza modello *retorico* che culmina nella dimensione *persuasiva*), allora, sulla scorta di quanto sostiene Black, le proprietà del soggetto secondario (linguaggio) vanno ascritte al soggetto primario (diritto, che -si noti- è, nel caso specifico, una mera astrazione); con la conseguenza di “definire” qualità semantiche e pragmatiche entro un contesto semiotico, nel quale difficilmente possono fare ingresso dinamiche relazionali ed esperienze extra-linguistiche. Nondimeno, risulta impraticabile una esportabilità del modello rappresentativo del diritto come comunicazione entro contesti teorico-analitici quali, ad esempio, quelli formalistici.

In secondo luogo, e di conseguenza, è ritenuta relevantissima la relazione tra metafore e contesto, in particolare per quanto concerne la posizione e funzione attiva/passiva delle metafore.

Pertanto, va fatto notare che le metafore *nel diritto* sono condizionate dal contesto in cui operano. In tale contesto operano infatti in *forma aperta*, in virtù della mutevolezza del contesto, della sua permeabilità concettuale. Al contrario, le metafore *del diritto* svolgono un ruolo costitutivo del contesto, come per lo più accade a livello metateorico, e dunque operano in *forma chiusa*, per un'esigenza di delimitazione relativamente costante del campo concettuale.

6. Altro aspetto che rileva a livello metateorico è quello che vede una diversificazione metodologico-funzionale della metafora (intesa come metafora immagine<sup>22</sup>) del tipo:

a- *Metafora produttiva*: creativa (costitutiva) di nuovi significati meta-teorici del diritto<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Cfr. Francesco Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010 e Claudio Sarra, *Lo scudo di dioniso. Contributo alla studio della metafora giuridica. Principi di filosofia forense*, F. Angeli, Milano, 2010.

<sup>22</sup> Qui ribadisco l'essenziale criterio di metodo adottato per lo sviluppo della mia indagine, che è tutta compresa nel tentativo di identificare il diritto, di darne una rappresentazione, con le peculiarità semantiche ch'esso assume, attraverso l'uso di metafore, entro i vari contesti teoretici disciplinari: guardando e affrontando, insomma, il problema dall'interno. Non considero, dunque, al momento, formulazioni ben note e assai suggestive, quali quelle offerteci da Blumenberg, che trattano della “metafora assoluta”.

Su questi aspetti, cfr. di H. Blumenberg, oltre che la precedente opera, anche: *La leggibilità del mondo. Il libro come metafora della natura*, Il Mulino, Bologna, 1984; nonché: *Elaborazione del mito*, Il Mulino, Bologna, 1991.

<sup>23</sup> E' questa, per certi aspetti, la concezione espressa da Paul Ricoeur in: *La metafora viva*, (tr. It. Jaca Book, Milano, 2001), che rifacendosi a J.L. Austin, *How to do Things with Words* (The Clarendon Press, Oxford, 1962), considera la peculiarità locutoria della metafora, la quale non si limita a “dire”, ma esprime un “fare”: appunto, una produzione (innovazione) semantica.

b- *Metafora ri-produttiva*: iconizzazione (non allegorica, ma figurazione semantica) di nozioni già prodotte del diritto;

cui si aggiungono forme del tipo:

b.1 *Metafora riduttiva* (sineddotica): ad esempio “il diritto è sentenza)

b.2 *Metafora ampliativa* : ad esempio “il diritto è ordine sociale”

7. Vi sono stati tentativi di risolvere la questione della metaforizzazione *nel* diritto. Ad esempio, il realismo giuridico (segnatamente, quello di Karl Olivecrona<sup>24</sup>), ha ritenuto di aggirare le fantasiose e illusorie (metaforiche) credenze che il diritto si risolve in rapporti giuridici, in norme, in obblighi e diritti; che sia cioè intrappolato nelle metafore del linguaggio giuridico (legislativo, giudiziario, giurisprudenziale), opponendo/proponendo un concetto come quello di “fatto”, il quale altro non è che una metafora *del* diritto (spesso non solo descrittiva, bensì prescrittiva), palesando, in tal modo, l’ineludibile dipendenza di senso nell’uso delle metafore *nel* diritto dall’assunzione di un senso metaforico *del* diritto.

8. Aggiungo poi che per tradizione, nel nostro linguaggio monodisciplinare (teorico, filosofico, sociologico) abbiamo avuto e abbiamo a che fare con dualismi, dicotomie, soprattutto di segno divisionistico (ad esempio: *Sein vs. Sollen, Is vs Ought, cognitivo vs. normativo, descrittivo vs. prescrittivo, positivo vs. naturale*).

In tal senso, credo che un approccio cognitivo, meta-teorico interdisciplinare -come ho più volte sottolineato- ai concetti di diritto, consenta quanto meno di eludere la trappola di tali dualismi e dicotomie divisionistici.

Inoltre, va sottolineato che la molteplicità di metafore e degli usi che ne sono fatti e ne sono stati fatti variano in ragione delle culture storicamente individuabili proprio attraverso questi contrassegni semantici e pragmatici che sono, appunto, le metafore del diritto.

Un esempio per tutti, quello del diritto come macchina (oggi assai ricorrente, ma altrettanto discusso) che ha caratterizzato il secolo scorso e che riemerge costantemente nelle culture giuridiche, teoriche, filosofiche e sociologiche, anche quelle odierne, quale “eterno ritorno del diritto come macchina”<sup>25</sup>. Ebbene, il significato metateorico di questa metafora ha rivelato consistenti differenze metodologiche, a seconda che si trattasse di linee di tendenza e di contesti argomentativi di stampo organicistico, ovvero di stampo meccanicistico. Ed entro, ad esempio, l’organicismo si è proposta una differenza di configurazione statica della struttura del funzionamento, rispetto alla configurazione dinamica del sistema funzionale (quella che evidenzia, per intenderci, la funzionalità del sistema).

I tentativi, poi, di sottolineare l’immaterialità della rappresentazione del diritto come macchina<sup>26</sup>, ribadendo la sua essenziale intelligibilità sotto il profilo normativo, la sua “validazione” tecnica (efficienza-efficacia) per scopi sociali, attestano la debolezza di tradurre esplicitamente il potere e il

---

<sup>24</sup> Cfr. K. Olivecrona, *Law as Fact*, Copenhagen 1939 (ried.: Wildy and Sons, London, 1962).

Su questi aspetti della questione, cfr. anche M. Jori, *Del diritto inesistente*, Edizioni ETS, Pisa, 2010.

<sup>25</sup> E’ evidente l’assonanza con il titolo della notissima opera di Heinrich Rommen sul diritto naturale (*Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Lipsia, 1935).

<sup>26</sup> Cfr. G. Tuzet, *Sul possibile moto della macchina*, in “Annali dell’Università di Ferrara”, sez.V, vol. XXI, 2007, pp. 107-125.

processo di decisione giuridica in un edulcorato complesso, in cui le parti assumono ordinatamente ruoli e definiscono le proprie responsabilità nello svolgerli.

9. Tra i quesiti che più frequentemente s'impongono alla nostra riflessione vi sono quelli che concernono la capacità dei concetti metaforici di rendere visibile l'entità giuridica; e per contro quelli che concernono la capacità di questi concetti metaforici di diritto di rendere visibili entità extra-giuridiche, attraverso la produzione di modelli che siano immagini, esempi, rappresentazioni, tipi o tipologie, processi reificativi.

Mutuando formule ricorrenti, va sottolineato che alla metafora compete il ruolo metateorico, esprime la sua capacità di elicere la *vis veritatis*, ovvero di operare il trasferimento del senso dal piano di conoscenza mitologica a quello in cui opera la potenza espressiva del *logos*<sup>27</sup>.

Così, per una costituzione cognitiva del piano fenomenologico del diritto, è possibile integrare concetti e ragionamenti pluridisciplinari, sulla base di una negoziazione semantica dei loro contenuti.

10. A margine di questa breve introduzione allo studio delle metafore del diritto, vorrei mostrare un esempio di una duplice classica metaforizzazione, i cui concetti, per effetto di un intreccio semantico<sup>28</sup>, si sono via via rivelati funzionali ad una perspicua rappresentazione (visibilizzazione) del diritto, in una dimensione operativa: le metafore sono quelle classiche di "giustizia" e "gioco".

Certamente classica quella di giustizia, che pervade la cultura greca e che consente allegoricamente di configurare la dimensione del *nomos*, attraverso la potenza simbolistica della *dike*, come ordine cosmico (armonia, misura) nelle varie accezioni, ad esempio, della *politiké areté* platonica, ovvero della *mesótes* aristotelica<sup>29</sup>.

Nel corso dei secoli che separano le classiche posizioni dei pensatori greci e romani, la tradizione ebraico-cristiana, dai giorni nostri, l'idea di giustizia ha contrassegnato teorie apparentemente contrapposte, con un fulcro comune (a parte qualche palese eccezione dei formalisti) quello dell'*equità*, della legalità quale combinazione di legge giuridica e legge morale<sup>30</sup>; la qual cosa ha favorito l'elaborazione dell'impianto operativo della giustizia, culminante nella versione processuale agonistica.

Questa idea della competizione che molti autori hanno assunto per configurare la dinamica processualistica rivela comunemente, sia in forma esplicita, sia in forma implicita, la caratterizzazione della struttura del gioco<sup>31</sup>.

Huizinga<sup>32</sup>, ad esempio, ha ben illustrato come l'effettivo rapporto tra diritto e gioco, già nelle culture arcaiche, sia classificabile da tre diversi punti di vista: il processo è un gioco d'azzardo, il

---

<sup>27</sup> Su questi aspetti, cfr. H. Blumenberg, *Elaborazione del mito*, cit.

<sup>28</sup> Rinvio alla precedente nota (9).

<sup>29</sup> Su questi aspetti, rinvio ad alcune brevi considerazioni contenute nel mio saggio *Termini di giustizia*, CEDAM, Padova, 2004.

<sup>30</sup> Formulazione originariamente di stampo aristotelico-tomistico del *nóminon dikaion*; cfr. di nuovo, *Termini di giustizia*, pp.49 e ss.

<sup>31</sup> Dell'ormai abbondante letteratura sull'argomento mi limito a citare: G. Ferrari, *Law as a Game*, in C. Faralli, E. Pattaro (a cura di), *Reason in Law*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 259-271; e Van de Kerchove, Michel - Ost, François, *Le droit ou Les paradoxes du jeu*, PUF, Paris, 1992.

<sup>32</sup> Cfr. J. Huizinga, *Homo ludens*, tr.it. Einaudi, Torino, 2002.

processo è una gara, il processo è una lotta a parole. E queste tre modalità del gioco, distinte ma confuse, risaltano con estrema evidenza in forme più accentuate per l'una o per l'altra nelle rappresentazioni che ne sono state date. Huizinga stesso, poi, curiosamente, ribadisce che insieme con le forme più caratteristicamente ludiche del processo, quali gioco d'azzardo e competizione o scommessa, la pratica processuale conserva anche quella di gara nella parola.

Questa è certamente la forma metaforica più autentica nella quale la pratica della giustizia processuale si configura odiernamente, attraverso il percorso del confronto dialettico-retorico, nella consapevolezza e con l'intento di ottenere "ragione" (il vincere), facendo appello alle modalità della persuasione<sup>33</sup>.

Troviamo, dunque, nel *frame* semiotico di questa metaforizzazione del diritto, proponibile attraverso la combinazione delle nozioni di giustizia e di gioco, un coacervo (ordinato) di formule concettuali rappresentative (d'uso multidisciplinare: sia in ambito teorico e filosofico-giuridico, sia nell'ambito delle scienze sociali), tra le quali spiccano, innanzi tutto, nella dimensione linguistico-comunicativa, la *parole* (in tutta la sua valenza performativa), tecnicamente regolata dalla *misura* come perimetro, come *temenos* di uno *ierós kúklos*<sup>34</sup> (spazialità, appunto, delimitata-vincolata); la tecnica in dimensione *praxeologica*, come razionalizzazione teleologica (scelta di mezzi adeguati per il conseguimento di determinati fini); e, appunto, la *persuasione* come "definizione", come terminazione del gioco dialettico-retorico, come svelamento della *verità* processuale: ovvero, come contenuto di senso di ciò che è stato suggestivamente denominato "*diritto giustiziato*"<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Si veda, a questo riguardo, la proposta contenuta in: C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966.

<sup>34</sup> Cfr. J. Huizinga, *Homo ludens*, cit., p. 91.

<sup>35</sup> Così aveva ben formulato Enrico Opocher l'autentica dimensione assiologica della processualità del diritto. Cfr. E. Opocher, *Il diritto nell'esperienza pratica: la processualità del diritto*, in: *Lezioni di Filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1984.



# *HARD CASES MAKE BAD LAWS: JUECES Y LEGISLADORES EN EL CASO ENGLARO*<sup>1</sup>

**Roger Campione**

*Profesor Titular de Universidad, Universidad Pública de Navarra (ESPAÑA)*  
*roger@unavarra.es*

## **Resumen**

A través de un recorrido por los avatares judiciales del caso Englaro se delinearán dos tipos de razonamientos, el de los jueces que en múltiples instancias se han ocupado de este asunto y el de los legisladores que se encuentran en la recta final del procedimiento de aprobación de la normativa que regulará el consentimiento informado y las declaraciones anticipadas de tratamiento.

**Palabras Clave:** Caso Englaro, interrupción de tratamiento sanitario, razonamiento judicial, proyecto de ley Calabrò.

## **LOS HECHOS Y LAS PERSONAS**

A las tres y media del 18 de enero de 1992 Eluana Englaro sufre un accidente de coche; el tac que le realizan en el hospital de Lecco evidencia gravísimas lesiones cerebrales. Sus padres comprenden que no se recuperará. Cuatro días después les informan de que a Eluana se le practicará una traqueotomía para la reanimación a ultranza. Su padre, Beppino, se opone desde el principio a tal medida. Infructuosamente. Eluana permanece en reanimación durante cuatro meses en el hospital de Lecco, luego la trasladan a una planta de larga hospitalización en Sondrio donde es repetidamente estimulada por su familia y amigos a través del contacto humano. A los dos años del accidente, en enero de 1994, el diagnóstico-pronóstico de Eluana es el de Estado Vegetativo Permanente. El largo ciclo de rehabilitaciones, como era de esperar, no ha surtido efecto y hay que buscar otro sitio para la paciente ya que no puede quedarse indefinidamente en ese hospital. Una opción sería llevarla a casa y dejar que ocurra en la clandestinidad de las paredes familiares lo que no puede suceder legalmente en la estructura sanitaria. Y en este momento pasa algo que convertirá la historia de Eluana Englaro en un *leading case* jurídico pues, más allá de la ausencia de una ley específica, es uno de esos casos que marcan “la historia del derecho constitucional y permiten su avance”: los padres se oponen a este “protocolo habitual” del *arte di arrangiarsi*, no han sido ellos los que han decidido mantener a Eluana en ese estado, sino la medicina, y por ello reivindican una solución clínica. Y legal. De allí el atinado paralelismo señalado por Rodotà entre Beppino Englaro y la “lucha por el derecho” de Ihering: lo

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-01 financiado por el MICINN titulado “Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial”.



jurídicamente extraordinario de la historia es que Beppino no libra la lucha para *poder* hacer algo (ya que en la práctica puede) sino para *tener derecho* a hacerlo. Decir que se trata de una actitud insólita, al menos en Italia, es minimizar la realidad. Mientras tanto, Eluana es trasladada a la clínica *Città di Lecco*, la misma en que había nacido. Un año después, ingresa en el Hospital de Bérgamo, en la unidad dirigida por el Dr. Defanti que es también el presidente de la *Consulta di bioetica* de Milán. El Dr. Defanti confirma el diagnóstico de estado vegetativo permanente; así lo describirá después de forma no técnica: “por lo que sabemos, Eluana no tenía consciencia de estar viva, no experimentaba sensaciones de ningún tipo, lo único que sobrevivía era su cuerpo, cuyas funciones viscerales se desarrollaban de modo casi normal. Tenía el aspecto de una joven mujer bien alimentada y bien cuidada cuyas extremidades yacían rígidas e inertes en la cama; solo su rostro manifestaba algún movimiento automático pero ninguna expresión humanamente significativa. Jamás se había logrado establecer un contacto con ella”. En ese contexto, Beppino emprende los primeros pasos legales para conseguir la suspensión del tratamiento de nutrición e hidratación artificial que mantiene a su hija en el estado vegetativo permanente. Así pues, en el año 1996 empieza los trámites judiciales para ser nombrado tutor de Eluana y empieza un nuevo, largo y trabajoso camino entre tribunales, congresos de bioética, intervenciones en programas de televisión y periódicos, que solo terminará en 2009.

## EL RAZONAMIENTO DE LOS JUECES

Los elementos que mejor explican y aclaran las cuestiones realmente más relevantes –las jurídicas– del caso Englaro son las decisiones de los órganos judiciales y por eso, a partir de este momento y al fin de explorar una forma de razonamiento distinta respecto a las personas directamente involucradas, conviene centrarse en tales decisiones. Amén del nombramiento de Beppino Englaro como tutor de Eluana (Sentencia del Tribunal de Lecco de 19 de diciembre de 1996), la primera decisión judicial –haré referencia al menos a diez, en la que podemos definir una “carrera de obstáculos”– llega en marzo de 1999.

1) Beppino solicita al Tribunal de Lecco, *ex art.* 732 del *Codice di Procedura Civile* (Ley de Enjuiciamiento Civil), la autorización para expresar, en nombre de su hija, el consentimiento a que, exceptuando los fármacos necesarios para paliar los efectos provocados por la ausencia de líquidos, se interrumpan los tratamientos que prolongan el estado vegetativo, mediante interrupción de la alimentación artificial. El Tribunal declara inadmisibile el recurso por considerar la petición del tutor contraria a los principios fundamentales del ordenamiento (Trib. Lecco, decreto de 2 de marzo de 1999). La argumentación parte de una consideración de orden general, en la que el juez asimila sin titubeos –y a mi modo de ver inmotivadamente– la interrupción del tratamiento a una forma de eutanasia, y se apoya esencialmente en la inviolabilidad e indisponibilidad del derecho a la vida. Su inviolabilidad derivaría del art. 2 de la Constitución italiana, que tutela la vida como el primero entre todos los derechos inviolables y cuya dignidad se refleja en el valor absoluto de la persona, amén de cualquier circunstancia empírica. La indisponibilidad del derecho, en cambio, se deduciría del art. 579 del Código Penal que tipifica el delito de “homicidio consentido”: si ni siquiera el titular del derecho puede disponer de su vida con mayor razón no podrá hacerlo un tercero. Además, la suspensión de la alimentación artificial desembocaría en la supresión del paciente por omisión de los más elementales deberes de cuidado y asistencia.

2) En el recurso con el que impugna la decisión ante el Tribunal de Apelación de Milán Beppino Englaro plantea dos cuestiones que vertebrarán todo el desenlace jurisprudencial posterior: en primer lugar, pregunta si el tutor tiene la facultad de expresar el consentimiento en representación del sujeto que no tiene autonomía y, en segundo lugar, si las condiciones médicas de la paciente –el estado vegetativo irreversible– justifican el mantenimiento de los tratamientos sanitarios. Los jueces contestan positivamente a la primera cuestión (despejando las dudas de inconstitucionalidad del art. 357 Código Civil), a diferencia de lo que ocurrirá en sentencias posteriores, pero rechaza el recurso por “perplejidades ético-jurídicas” que vuelven dudosa la posibilidad de encontrarnos ante un caso de encarnizamiento terapéutico; en concreto, porque estiman que no está claro si la alimentación artificial aplicada a Eluana es un tratamiento médico o una medida de cuidados básicos y, por ello, tras citar extensamente el precedente británico *Bland v. Airedale NHS Trust* (1993), consideran necesario “un debate científico-ético-jurídico sobre la calificación de la nutrición e hidratación artificial en el paciente en estado vegetativo permanente (tratamiento terapéutico proporcionado o desproporcionado-fútil) con especial atención a los intereses del sujeto a la luz de los principios constitucionales y a la corrección científica y relacional del proceso decisional médico” (Trib. Apelación Milán, decreto de 31 de diciembre de 1999).

Al año siguiente es instituido con Decreto del Ministro de Sanidad de 20 de octubre de 2000, el *Grupo de trabajo sobre nutrición e hidratación en los sujetos en estado de pérdida irreversible de la consciencia* que en su informe, retomando las fuentes médicas ya examinadas en la decisión del Tribunal de Apelación, destaca como elemento esencial que en la nutrición e hidratación artificial aplicada a individuos en Estado Vegetativo Permanente se les suministra un compuesto químico necesario para la supervivencia, “que solamente los médicos pueden prescribir y que solo los médicos están en condiciones de introducir en el cuerpo mediante una sonda nasogástrica u otra modalidad y que solo los médicos pueden controlar en su evolución, aunque se encargue de su ejecución el personal de enfermería u otros”.

3) Además, no se olvide que con la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 145, el Parlamento italiano autoriza la ratificación y ejecución del “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina” (Convenio de Oviedo) que en su art. 6 incluye el principio del consentimiento informado para las personas que no tengan capacidad para expresarlo. Armado con estos nuevos argumentos jurídicos, Beppino Englaro vuelve a la carga y acude nuevamente al Tribunal de Lecco solicitando la autorización ya requerida con anterioridad; sin embargo, en una escueta sentencia, la sección II del Tribunal desestima la petición del tutor alegando que la noción de “guarda” del sujeto incapacitado –*ex* art. 357 y 424 del Código Civil– implica “un *quid* positivo dirigido a la conservación de la vida del sujeto mismo y, con toda seguridad, no a su supresión”( Trib. Lecco, secc. II, Sentencia de 15-20 de julio de 2002). Y, retomando las motivaciones expuestas por el mismo Tribunal en el primer decreto sobre el caso Englaro, los jueces van más allá: la institución de la tutela de los incapacitados está dirigida a salvaguardar la vida, el derecho humano más importante, precisamente e incluso en situaciones extremas tales como los estados vegetativos persistentes y permanentes. Sobre el motivo de recurso basado en los resultados del informe del grupo de trabajo ministerial, diría sin rodeos que el Tribunal hace sustancialmente caso omiso, limitándose a declarar que sus conclusiones no cierran el debate

sobre la calificación de la nutrición artificial y validando, de este modo, la argumentación del Tribunal de Apelación de Milán de 1999.

4) Beppino Englaro, que por lo visto no es un tipo que se rinde fácilmente, insiste y acude por segunda vez al Tribunal de Apelación de Milán. Partiendo de la premisa (que, como se verá, es también una conclusión) de que la cuestión planteada por el recurrente es especialmente compleja por la ausencia de una disposición normativa que regule el supuesto, el juez termina desestimando de nuevo el recurso. Mencionando tan solo los elementos que no reproducen los argumentos ya expuestos en instancias anteriores cabe señalar, en primer lugar, que el tribunal no comparte la invocación del Convenio de Oviedo, al fin de reivindicar para el representante legal el ejercicio del consentimiento informado del paciente incapacitado, por una razón formal: la mencionada Ley n. 145/2001 no vale como instrumento de eficacia jurídica interna del Convenio porque no ha sido depositada en el Consejo de Europa y, por tanto, es una ley de “autorización a la ratificación” y no de ratificación en sentido estricto; así pues, el Convenio sobre derechos humanos y biomedicina técnicamente no está en vigor en el ordenamiento italiano. En segundo lugar, la Corte no pone en duda la condición médica de Eluana como paciente en estado vegetativo permanente y cita numerosas sentencias alemanas que o bien han autorizado la interrupción del tratamiento de alimentación e hidratación artificial sobre la base del consentimiento como expresión principio de autodeterminación (entre las cuales una del Tribunal Supremo), o bien la han denegado aduciendo que las facultades del tutor solo tienen cabida dentro de la obligación de conservación de la salud del sujeto representado y el resultado de la muerte tendría como consecuencia el incumplimiento de dicho deber. En tercer lugar, el Tribunal arranca de esta disyuntiva para plantear, *de iure condendo*, la hipótesis normativa de las directivas anticipadas: “el testamento biológico”, se dice en la sentencia, “no entra dentro de los casos atípicos [de testamento] explícitamente previstos y con toda seguridad no es un acto dispositivo en sentido estricto, aún así es una expresión de voluntad motivada por intereses dignos de la máxima consideración” (Sent. Trib. Apelación de Milán de 18 de diciembre de 2003). Sin embargo, tras exponer la división de opiniones presente en la doctrina italiana –por un lado el Comité Nacional de Bioética, contrario a otorgar valor vinculante a las directivas anticipadas y, por el otro, la Consulta de Bioética que en cambio propone atribuir relevancia jurídica a la voluntad del sujeto– la apertura que los magistrados parecían mostrar hacia el testamento biológico se esfuma en la argumentación final en la que el tribunal manifiesta su perplejidad sobre la legitimidad de una interpretación integrativa del principio de autodeterminación para los pacientes en estado vegetativo y, por ello, termina sugiriendo, dada la complejidad y delicadeza de la cuestión, una intervención legislativa sobre la materia.

5) Con esta enésima respuesta negativa debajo del brazo Beppino Englaro llama a la puerta de la *Corte di Cassazione* recurriendo contra la susodicha sentencia por violación de las normas del Código Civil en materia de tutela (arts. 357 y 424) en relación con los ya mencionados artículos de la Constitución –replantando, en vía subsidiaria, la cuestión de constitucionalidad– y por omisión e insuficiencia de la motivación.

El Tribunal Supremo, en el auto que resuelve el recurso, destaca que cuando el sujeto no puede expresar de forma autónoma su voluntad, debe ser aplicado el art. 78.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece el nombramiento de un *curador especial* para el representado “cuando existe un

conflicto de intereses con el representado”. Ahora bien, la Casación no precisa los términos del conflicto existente entre el padre y la hija pero se lanza sosteniendo que es “de inmediata evidencia que la autorización solicitada, que según el tutor se corresponde con el interés del incapacitado, puede sin embargo no coincidir con tal interés”( *Corte di Cassazione*, Auto de 20 de abril de 2005, n. 8291). Agudo razonamiento que traduciría de este modo en aras de la comprensión: como no dispongo de elementos concretos para demostrar que algo es posible, sentencio que es impecable y de paso obligo a una *probatio diabolica* el que mantenga que no hay conflicto (porque a ver cómo convenzo yo a los jueces de que actúo en nombre de mi hija si el hecho de estar incapacitada no le permite en ningún caso validar mi petición. Y añadiría: si no existiera la imposibilidad empírica de la no coincidencia de intereses no tendría sentido la institución de la representación jurídica...). Más allá de esta dudosa argumentación, la Corte apoya su conclusión en otras normas del ordenamiento que atestiguan la imposibilidad de configurar, en ausencia de disposiciones específicas, un poder general de representación respecto a los llamados actos personalísimos. Como esta opción no parece compatible con el art. 6 del Convenio de Oviedo (Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento), aún admitiendo su eficacia normativa en el ordenamiento interno, seguirían valiendo los argumentos expuestos en contra de la autorización a la suspensión del tratamiento, porque nada impide que los Estados puedan fijar condiciones específicas para la validez del consenso sustitutivo que el propio Convenio no haya previsto.

6) De conformidad con lo estimado por la *Cassazione* al declarar inadmisibile el recurso por defecto de contradictorio, Beppino Englaro vuelve a acudir al Tribunal de Lecco solicitando el nombramiento de un curador especial al que reitera la petición de interrupción del tratamiento de alimentación forzada. El Tribunal, investido por tercera vez del asunto, zanja la cuestión planteada por la Corte Suprema negando que pueda existir un conflicto de intereses, desatendiendo lo mantenido por el curador (la abogada Franca Alessio) que se ha adherido al recurso del tutor y declarando inadmisibile el recurso porque ni el curador, ni el tutor, están legitimados para actuar en nombre de la paciente ya que en el ordenamiento no tiene cabida la representación jurídica cuando nos hallamos ante los llamados derechos personalísimos. El argumento, sostiene el Tribunal, es coherente con el dictado constitucional porque entre los dos derechos fundamentales en pugna, el de autodeterminación y la vida, el conflicto solo puede ser hipotético cuando el paciente está incapacitado para ejercer el primero. En este caso siempre prevalece el segundo. De nuevo los jueces (que, en este caso, más que al Hércules dworkiniano se parecen al Hipócrates más paternalista) se exhiben en un razonamiento de esos que te sacan las castañas del fuego sin demasiado esfuerzo: como es difícil, incluso trágico, resolver una disputa entre dos derechos de tan hondo calado como la libertad individual y la vida conviene cortar por lo sano y salir del entuerto negando la misma existencia del conflicto. Milagros de la ponderación: negando apodícticamente, en contra de lo estimado por la *Cassazione*, la tutela de la libertad individual para los sujetos incapacitados los jueces el Tribunal de Lecco se libran de entrar en la espinosa cuestión de qué significa libertad y qué significa vida para los pacientes en Estado Vegetativo Permanente. De nada sirve, continúa el decreto, que Eluana se haya manifestado con anterioridad en contra del tratamiento en objeto –una especie de declaración anticipada- porque equivaldría a una petición de eutanasia por omisión, ilícita de necesidad (*sic*) y, en cualquier caso, estaríamos hablando de una manifestación de voluntad no unívoca ni irrevocable; por ende, absolutamente irrelevante (Trib. Lecco, Decreto de 20 de diciembre de 2005 – 2 de febrero de 2006, n. 727).

7) Y llegamos otra vez al Tribunal de Apelación de Milán: ante el nuevo recurso presentado por Beppino Englaro que lamentaba, en primer lugar, la incongruencia de lo establecido por el Tribunal de Lecco respecto al *decisum* de la *Cassazione* –que al imponer un curador especial como garantía del contradictorio implícitamente reconocía la legitimación del tutor– la *Corte d'Appello* da la razón al recurrente: sobre la base de las normas vigentes (arts. 357 y 424 del Código Civil) el consentimiento informado a las terapias médicas entra sin duda dentro de los poderes de actuación del representante legal del incapacitado y, aún más importante a mi juicio, el derecho a rechazar los tratamientos “no puede encontrar ninguna limitación cuando la persona interesada no está en condiciones de [auto]determinarse, como en este caso concreto” (Trib. Apelación Milán, Decreto de 16 de diciembre de 2006). Los jueces, por tanto, deben dar una respuesta a la petición del recurrente de poder demostrar la voluntad expresada por Eluana con anterioridad al accidente. A tal fin, la *Corte d'Appello* admite los testimonios de tres amigas depositarias de sus confidencias. La primera cuenta que Eluana, tras visitar un amigo entrado en coma después de un accidente de coche, había encendido una vela pidiendo su muerte antes que seguir viviendo así. A la segunda le había dicho que era mejor que el amigo en cuestión muriera porque aquella no podía ser llamada vida. Y el mismo concepto se lo había reiterado a la tercera amiga. El Tribunal niega el valor probatorio de los testimonios al considerar que de ellos no cabe deducir una voluntad indudablemente contraria a la suspensión del tratamiento que la mantiene con vida: el motivo del rechazo estriba en el carácter genérico, emotivo e inmaduro de las presuntas declaraciones de Eluana. En este sentido, se lee en la sentencia, “la posición de Eluana es asimilable a cualquier sujeto incapacitado que nunca ha dicho nada respecto a los cuidados y los tratamientos médicos a los que ha de ser sometido”.

Debido a que Beppino Englaro pedía ser autorizado a interrumpir la nutrición artificial aún en ausencia de una voluntad precisa de la paciente, por considerar el tratamiento lesivo de la dignidad y la integridad psicofísica de la persona, la *Corte d'Appello* entra a ponderar (*bilanciamento di interessi parimenti garantiti dalla Costituzione*) el derecho de autodeterminación y el derecho a la vida y se decanta por la primacía del segundo con los argumentos siguientes: a) la suspensión del tratamiento conduciría seguramente y en pocos días a la muerte de la paciente y equivaldría a una eutanasia indirecta por omisión (de nuevo los jueces italianos definen como eutanásica la negación del encarnizamiento terapéutico, llevando a cabo una asimilación impropia); b) una interpretación sistemática que otorga mayor tutela al derecho a la vida, por estar contemplado en el art. 2 de la Constitución, respecto a los demás derechos involucrados, incluidos en el art. 13 y el art. 32; c) el alcance jurídico de los tipos penales relativos al homicidio consentido y a la instigación al suicidio; d) el art. 5 del Código Civil que prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo; e) la jurisprudencia interna e internacional que excluye tajantemente la existencia de un *right to die*. En definitiva: recurso admitido pero rechazado en el mérito.

8) Esta vez, por tanto, los jueces deniegan el permiso por el que Beppino Englaro ha luchado infructuosamente durante años, pero no cierran la puerta con doble candado ya que, pese a haber desatendido su petición, al menos la han considerado admisible y la han valorado. Así pues, el recurrente (*rectius*: los recurrentes, porque la curadora también se adhiere) vuelve a dirigirse a la *Cassazione* que producirá la sentencia más “famosa” del caso Englaro, la n. 21748 de 2007.

En el recurso, el tutor pide dos cosas al Tribunal Supremo: en primer lugar, que declare el principio de prohibición del encarnizamiento terapéutico representado por la alimentación y la hidratación mediante sonda nasogástrica y, en segundo lugar, si se puede suspender el tratamiento cuando lo solicite el tutor conforme a la voluntad de Eluana. Veamos esquemáticamente los puntos en mi opinión más relevantes del razonamiento de los jueces del Tribunal Supremo:

a) Aunque se realice en el interés del paciente, una intervención médica desprovista del consentimiento informado es seguramente ilícita; esto significa que en la relación médico-paciente prima el derecho de autodeterminación.

b) El consentimiento informado implica la facultad de rechazar las terapias incluso en la fase terminal, porque según la Constitución la persona es “un valor ético en sí” y, además, esto es coherente con la nueva dimensión de la salud entendida ya no como ausencia de enfermedad sino como bienestar global, tanto físico como psíquico. La salud, por tanto, no puede ser objeto de imposición (sí de persuasión); por otra parte, el consentimiento informado debe ser auténtico y actual para poder vincular al médico (FJ 6.1).

c) El rechazo del tratamiento, es decir, que la enfermedad siga su curso no puede confundirse con la eutanasia pues esta implica una conducta positiva que acorta la vida (FJ 6.1).

d) La cuestión es distinta cuando el paciente no es autónomo, no está en condiciones de manifestar su voluntad y cuando, incluso en ausencia de una normativa específica que regule este supuesto, el rango de los derechos involucrados es tal que “impone al juez una delicada tarea de reconstrucción de la regla de juicio en el marco de los principios constitucionales” (FJ 7).

e) Hay que establecer los límites de la intervención del representante legal; en este sentido, el carácter personalísimo del derechos a la salud implica un doble vínculo: a) actuar en el interés exclusivo del incapacitado, b) el representante debe decidir no “en lugar” (*al posto*) del incapacitado ni “para” (*per*) el incapacitado, sino “con” el incapacitado, es decir, tiene que reconstruir la voluntad presunta del paciente teniendo en cuenta los deseos expresados o deducirla de su personalidad, valores, convicciones y estilo de vida (FJ 7.3).

f) Un Estado organizado sobre el pluralismo de los valores no puede sino respetar la elección de quien es contrario a seguir viviendo en condiciones de no percepción del mundo exterior y, en caso de representación legal, una decisión tal es admisible tan solo en casos extremos, esto es, cuando el estado vegetativo es clínicamente permanente y siempre que tal estado sea contrario a su (del paciente) forma de entender la dignidad de la persona (FJ 7.5).

g) No hay duda de que la hidratación y la alimentación por sonda son tratamientos sanitarios, puesto que presuponen ciertos conocimientos científicos, los ponen en marcha médicos que utilizan determinados procedimientos tecnológicos y, además, esta noción está avalada por la comunidad científica internacional y la jurisprudencia constitucional (FJ 7.5).

h) Al juez no se le puede pedir que ordene la desconexión del tratamiento ya que la sonda nasogástrica, de por sí, no es encarnizamiento terapéutico sino más bien una forma de mantenimiento del “soplo vital”. La intervención judicial sirve para verificar la legitimidad de la elección en el interés del sujeto incapacitado. Teniendo en cuenta todos estos argumentos, el juez *solo* puede autorizar la interrupción del tratamiento si se dan los siguientes dos requisitos: 1) que el estado vegetativo permanente sea irreversible y sin fundamento médico de recuperación de consciencia; 2) siempre que la petición sea la expresión de “la voz del representado” (FJ 8).

i) Por consiguiente, los recurrentes tienen razón en que la *Corte d'Appello* ha omitido reconstruir la voluntad de Eluana y, de este modo, no ha averiguado si la petición de desconexión del padre reflejaba los deseos de la hija. Por primera vez, Beppino Englaro ve estimado su recurso y la *Cassazione* lo remite a otra sección del Tribunal de Apelación que, según lo dispuesto en la sentencia, tendrá que decidir de conformidad con el siguiente principio de derecho: si el enfermo lleva muchísimos años en estado vegetativo permanente y sobrevive gracias a la sonda, a petición del tutor (y en contradictorio con el curador) el juez puede autorizar la desconexión solo en presencia de los dos requisitos enunciados en el punto anterior (FJ 10).

9) La cuestión es devuelta a la *Corte d'Appello* de Milán, en este caso a la I sección civil que, aplicando el principio jurídico dictado por la *Corte di Cassazione*, estima el recurso presentado por el tutor (al que se ha adherido la curadora especial) y reforma el anterior Decreto 727/2005 del Tribunal de Lecco, autorizando la interrupción del tratamiento. Acerca de los dos requisitos requeridos por la *Cassazione*, el Tribunal de Apelación argumenta lo siguiente: a) la verificación del primero, la irreversibilidad del estado vegetativo, existe con claridad ya desde el Decreto de la *Corte d'Appello* de 16 de diciembre de 2006 que certifica que el estado vegetativo permanente de Eluana continúa sin modificaciones desde 1992 y es irreversible. Sobre este punto no hay más que decir puesto que tal averiguación es definitiva y resultaría procesalmente inadmisibile por su efecto de cosa juzgada “interna”; b) resulta confirmada la “interpretación auténtica” de la voluntad de Eluana por parte del tutor (y ratificada por la curadora) pues la reconstrucción de esa voluntad presunta indica que la elección del tutor es conforme al *best interest* de la enferma tal como ella misma lo entendía (*Corte d'Appello* de Milán, Decreto de 9 de julio de 2008, n. 88).

10) Las dos Cámaras del Parlamento plantean sendos conflictos de poderes ante la *Corte Costituzionale* alegando, aparte de argumentos ya presentes en las decisiones jurisprudenciales sobre el caso, que la *Corte di Cassazione*, en la sentencia 21748/2007 “ha traspasado los límites de la función que el ordenamiento le encomienda, ejerciendo de hecho un poder legislativo en una materia no disciplinada por ley y fundamentando su decisión en presupuestos no deducibles del ordenamiento vigente, ni tan siquiera mediante la aplicación de criterios hermenéuticos”. Se reincide en la indebida creación por parte del Tribunal Supremo de un principio de derecho “en aparente contradicción con las únicas normas aplicables, en la actualidad, a un caso como este” (nótese bien que el principio contestado es, por supuesto, la prohibición del encarnizamiento terapéutico). Por tanto, la magistratura habría sobrepasado su función “nomofiláctica” cumpliendo, de forma ilegítima, una tarea “nomogenética” adoptando un acto sustancialmente legislativo que “introduce en el ordenamiento italiano la autorización a la finalización de la vida del paciente en estado vegetativo permanente”. Para los recurrentes la *Cassazione*, escudándose en la imposibilidad del *non liquet*, habría violado el principio de división de poderes puesto que es el Parlamento el órgano competente para regular la disciplina del final de la vida y las numerosas propuestas de ley planteadas en la materia serían una muestra más del vacío normativo en el que ha operado la Suprema Corte.

El Tribunal Constitucional declara inadmisibles los conflictos, por falta de requisito objetivo, básicamente sobre la base de un doble razonamiento: en primer lugar, hay que tener en cuenta que el instrumento del conflicto de poderes ha lugar cuando haya indicios de que los jueces se sirven de las decisiones como meros esquemas formales para ejercer funciones de producción normativa, pero no

puede en ningún caso ser utilizado como “un medio atípico de impugnación contra las decisiones judiciales”, mientras que los recurrentes, si bien niegan querer sindicar supuestos *errores in iudicando*, en realidad “avanzan múltiples críticas al modo en que la *Cassazione* ha seleccionado y utilizado el material normativo relevante para la decisión y como lo ha interpretado”; en segundo lugar, la historia judicial no parece aún del todo cerrada y, en todo caso, el Parlamento tiene en cualquier momento la facultad de adoptar una normativa específica sobre la materia, buscando un equilibrio entre los intereses constitucionales involucrados (*Corte Costituzionale*, Auto de 8 de octubre de 2008, n. 34).

Con la decisión de la *Corte Costituzionale* podría considerarse cerrado el recorrido judicial del caso Englaro: finalmente, tras muchos años y muchas aulas de juzgado, Beppino obtiene la autorización para suspender la nutrición e hidratación artificial. Sin embargo, nuevas dificultades acechan y la historia aún dará coletazos que, como intentaré mostrar en la última parte del *paper*, desbordan el ámbito jurídico-positivo y afectan de lleno al marco político-institucional, como ya se ha visto con el último recurso presentado ante el Tribunal Constitucional. Pero vayamos por orden: el Fiscal General del Tribunal de Apelación de Milán impugna ante el Tribunal Supremo el Decreto 88/2008 que autoriza la suspensión del tratamiento que mantiene en vida a Eluana. El motivo básico es que los jueces de la *Corte d'Appello* no habrían cumplido con el principio jurídico enunciado en la Sentencia 21748/2007 de la *Cassazione* por no haber procedido a la averiguación del estado clínico de Eluana, aduciendo como argumento una preclusión endoprosesal. En cambio, los jueces deberían haber dispuesto una pericia técnica al respecto. La *Cassazione* no admite el recurso del Fiscal por falta de legitimación a plantearlo en un caso como este, de juicio civil, en el que la presencia del Fiscal tiene un carácter excepcional estando normativamente prevista tan solo en controversias que involucren también un “interés público” (*Corte di Cassazione*, Sala plenaria de lo Civil, Sentencia de 11-13 de noviembre de 2008, n. 27145, FJ 7 y 8).

Con posterioridad, un grupo de personas físicas (tutores de personas en estado vegetativo) y jurídicas (asociaciones de familiares y amigos, médicos, abogados y psicólogos que les asisten) presentan recursos ante el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) lamentando que la ejecución de la decisión de la *Corte d'Appello* n. 88/2008, que autoriza la suspensión del tratamiento de nutrición e hidratación artificial aplicado a Eluana Englaro, podría tener efectos negativos sobre ellos. El TEDH estima inadmisibles los recursos por falta de legitimación pasiva en cuanto, según lo dispuesto en el art. 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la propia jurisprudencia del Tribunal, para poder ser “víctima” de una violación del Convenio, en teoría, no es suficiente que una ley viole con su mera existencia los derechos de los que disfruta conforme al Convenio, sino que su aplicación tiene que haberle provocado un daño. No procede quejarse en abstracto contra un acto normativo por ser contrario al Convenio, pues es condición necesaria un perjuicio directo. Así pues, para ser víctima legitimada a recurrir “se deben presentar pruebas razonables y convincentes sobre la probabilidad de que se vaya a realizar una violación relativa a algo que le afecta personalmente; las simples sospechas y las conjeturas no son suficientes”. En este caso, a juicio del TEDH, las partes recurrentes no cumplen esa condición dado que la decisión impugnada afecta solo a las partes constituidas en el juicio (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección II, 16 de diciembre de 2008).

Mientras tanto la familia Englaro solicita a la Región de Lombardía que le indique una estructura sanitaria en la que sea posible ejecutar la sentencia 88/2008 del Tribunal de Apelación de Milán, es decir, interrumpir de forma definitiva la nutrición e hidratación por sonda. El Director General de



Sanidad del gobierno regional, el 3 de septiembre de 2008, niega con acto formal que el personal del Servicio Público Sanitario Regional pueda proceder, dentro de sus estructuras, a la suspensión de las medidas de sustento vital de la paciente porque, si así fuera, el personal sanitario incumpliría sus obligaciones profesionales, considerando además que la decisión judicial que se pide ejecutar no contiene ningún deber específico a cargo de sujetos o entidades determinadas. La consecuencia inmediata es que ningún hospital público lombardo acepta a Eluana. El Tribunal Administrativo Regional de Lombardía, interpelado por el enésimo recurso del tutor, anula la decisión administrativa de la Región, ordenando que la Administración cumpla la petición en objeto, argumentando que el “derecho constitucional de rechazar los tratamientos sanitarios es, como ya ha descrito la Corte Suprema, un derecho de libertad absoluto, cuyo respeto se impone *erga omnes*, frente a cualquiera que mantenga una relación de cuidado con el enfermo, no importando si opera en una estructura sanitaria pública o privada”. Y el rechazo opuesto por la Administración a la solicitud del representante de la paciente tampoco se puede justificar con razones de objeción de conciencia, pues las íntimas convicciones del médico particular no eliminan la necesidad de que la estructura hospitalaria garantice en cualquier caso la obligación del *satisfacere officio* (T.A.R. Lombardía, Sección III, Sentencia de 26 de enero de 2009, n. 214, FJ 5.4).

Antes de que saliera esta última sentencia, el Ministro del *Welfare*, Maurizio Sacconi, firmaba el 16 de diciembre un *atto di indirizzo* dirigido a las regiones al fin de “garantizar a cualquier persona discapacitada el derecho a la nutrición e hidratación” en todas las estructuras del servicio sanitario nacional, precisando que la interrupción de los tratamientos en estas sedes es “ilegal” y, por tanto, sancionable. Aquí la consecuencia es que Eluana, tras ser rechazada por los hospitales de Lombardía, se enfrenta a la renuncia también de la clínica *Città di Udine*, que previamente había aceptado llevar a cabo el protocolo, por el enredo de normas y disposiciones administrativas que complican la tarea, sobre todo después de la nota del Ministro que podría poner en peligro el puesto de trabajo de más de trescientas personas. Finalmente, el 3 de febrero de 2009, Eluana es trasladada a la estructura *La Quiete* de Údine, donde se cumplirá el protocolo previsto y Eluana fallecerá el día 9.

## **EL RAZONAMIENTO DEL LEGISLADOR (SOBRE TODO GUBERNAMENTAL PERO NO SOLO)**

El mismo día del ingreso en la clínica, la trama de esta historia abandona las aulas de tribunal y empieza recorrer los meandros del poder ejecutivo y, por arrastre, del legislativo. El Gobierno, con “nocturnidad y alevosía”, decide presentar un Decreto Ley para detener la ejecución de la sentencia de la *Corte d'Appello*; ya tenía preparado un proyecto de ley en discusión en la comisión del Senado, pero la “necesidad y urgencia” de intervenir en el caso de Eluana hace que el Consejo de Ministros apruebe el día 6 el texto del Decreto (Disposiciones urgentes en materia de alimentación e hidratación): “En espera de la aprobación de una completa y orgánica disciplina legislativa sobre el final de la vida la alimentación y la hidratación como formas de sustento vital y fisiológicamente destinadas a paliar los sufrimientos, no pueden en ningún caso ser suspendidas por quien asiste a sujetos que no están en condiciones de valerse por sí mismos”. Se trata, evidentemente y más allá de los términos generales y abstractos, de una norma *ad hoc*, es más, *ad personam*, cosa que tampoco extrañará al lector aficionado a la política italiana de los últimos años, aunque en este caso no se refiere a la *persona* habitual... Ahora bien, para decirlo de la forma más sintética y menos sarcástica

posible (digamos la verdad, aún sin ser un experto en derecho constitucional esto cuesta creérselo), el Decreto es manifiestamente inconstitucional: como ha resumido Groppi, “o existe la necesidad y urgencia de un Decreto Ley para «salvar» a Eluana Englaro. Pero haciendo esto el gobierno incide indebidamente en una sentencia definitiva. O se trata de una normativa general, que prescinde del caso de Eluana. Pero entonces el Decreto Ley no cumple los requisitos de necesidad y urgencia previstos en el art. 77 de la Constitución”. En ambos casos, y esta es la cuestión decisiva, se estaría violando el principio de la separación de poderes. El Presidente de la República, ejerciendo la función de “guardián de la Constitución”, como ya había ocurrido en el pasado según una praxis tradicionalmente admitida, no ratifica el Decreto. Las fuerzas de gobierno, fallida la vía de la decretación de urgencia y con un tesón digno de Beppino Englaro, presentan un proyecto de ley (ponente: el Senador R. Calabrò) con el mismo contenido ante el Senado con el objetivo de aprobarlo antes del desenlace fatal. De hecho, una vez sobrevenido el fallecimiento de Eluana, el día 9, el procedimiento parlamentario se interrumpe y se decide retomarlo dentro del más amplio proyecto de ley relativo a las declaraciones anticipadas de tratamiento. Y al examen de este proyecto de ley (que a día de hoy, julio de 2011, aún no ha concluido su accidentado recorrido parlamentario) voy a dedicar la parte conclusiva de este *paper*.

## **Dos cuestiones bioéticas**

Después de haber leído la historia de los avatares judiciales del “caso Englaro” se puede decir que hay ciertos puntos neurálgicos que han salido a flote y que han marcado el debate jurídico. Ha habido sentencias muy dispares en sus conclusiones y en sus argumentaciones. Se pueden compartir los razonamientos de unos o de otros e incluso parte de unos y parte de otros y se ha visto que todos procuran, al menos, anclar las decisiones en los cánones normativos pertinentes, esto es, las leyes y la jurisprudencia. Todas las sentencias, como es preceptivo, están motivadas, bien o mal según los criterios del comentarista, pero hay una evolución: una de las consecuencias razonables de que existan distintos grados de juicio es la “acumulación de conocimientos fáctico-jurídicos” y en este caso, desde luego, la sentencia 21748/2007 de la *Cassazione* representa el punto de llegada. En cualquier caso, como se ha visto, las distintas instancias de juicio han resuelto el caso de forma distinta básicamente porque han interpretado en un sentido u otro las normas, y también los hechos, aplicables al supuesto concreto. A riesgo de simplificar pero en aras de la comunicación del mensaje, podríamos agrupar las cuestiones más problemáticas suscitadas por la petición de Beppino Englaro alrededor de dos vectores “bioéticos” que han marcado las oscilaciones de las numerosas decisiones judiciales y que sustancialmente coinciden con las dudas por la cuales Beppino Englaro interpelaba al Tribunal de Apelación jueces en 1999: uno médico (relativo a la definición y calificación de determinadas medidas sanitarias para saber si se pueden rechazar o no) y el otro jurídico (quién tiene la facultad de decidir sobre ello cuando el paciente no puede hacerlo por sí mismo). Veamos cómo se resuelven estas cuestiones en el proyecto de ley ahora en discusión en la Cámara de los Diputados.

Antes de nada una consideración de orden general pero clave para entender los detalles: el primer apartado del art. 1 del texto (ya aprobado en las dos ramas del Parlamento) se estrena diciendo que “La presente ley, teniendo en cuenta los principios de los artículos 2, 3, 13 y 32 de la Constitución: *a*) reconoce y tutela la vida humana, como derecho inviolable e indisponible (...)”. Ahora bien, que el derecho utiliza un lenguaje persuasivo, ideológico y no solo preceptivo es cosa sabida, pero en

ocasiones la retórica oculta directamente la mentira. Cuando nos hallamos ante una ley que regula temas como el consentimiento informado en materia sanitaria y las declaraciones anticipadas de tratamiento, hablar de “indisponibilidad” de la vida solo puede significar que el legislador está quitando el bien vida de la disponibilidad, por ponernos analíticos, de Alguien<sup>1</sup>, Alguien<sup>2</sup>, Alguien<sup>3</sup> o Alguien<sup>n</sup>, pero no puede hacerlo respecto de todo el universo de campo Alguien  $\lim(n \rightarrow \infty)$  porque no puede eliminar la disponibilidad *tout court*. La razón es bien sencilla: en esta tipología de casos, en que la propia “existencia en marcha” (*ongoingness*) de la vida depende de una decisión ajena, si se establece el principio según el cual el sujeto interesado (o su representante) no pueden disponer de su vida, en realidad se pretende desviar la atención del hecho de que “otro” sujeto dispone *de facto* de esa vida, ya sea el médico, el Gobierno, el Estado o la parroquia. Alguien(x) tiene que tomar (y de hecho lo hace) la decisión; por tanto, aquí de lo que se trata en realidad es de establecer *quién* ha de tomarla.

### *Nutrición e hidratación artificial: ¿Cuidados básicos o tratamientos sanitarios?*

Con respecto a las dos cuestiones problemáticas a las que aludía antes, la primera queda resuelta en el art. 3.5 del proyecto de ley: “También en cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, alimentación e hidratación, en las distintas formas que la ciencia y la técnica puedan proporcionarle al paciente, deben ser mantenidas hasta el final de la vida, exceptuando el caso en que ya no resulten eficaces para suministrarle al paciente los factores nutricionales necesarios para las funciones fisiológicas esenciales del cuerpo. No pueden formar objeto de declaración anticipada de tratamiento”. La invocación de la Convención de ONU sobre las personas con discapacidad ya había aparecido en el famoso *atto di indirizzo* del Ministro de Sanidad. En concreto, la primera parte y la letra e) del art. 25: “los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad (...) e) impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”. Es de toda evidencia, como también había afirmado la sentencia del T.A.R. Lombardía 214/2009, que el principio de no discriminación de las personas con discapacidad no es necesario buscarlo en una norma internacional pues se deduce “ágilmente” de la Constitución italiana y, sobre todo, que para nada es incompatible con el derecho al rechazo de los tratamientos sanitarios “ya que, al contrario, si se siguiera el planteamiento ministerial [y volcado en el proyecto de ley], es decir, si al discapacitado (incapacitado) no se le reconociera tal derecho, precisamente en ese caso se vería injustamente discriminado en el ejercicio de una libertad constitucional” (T.A.R. Lombardía, Sección III, Sentencia de 26 de enero de 2009, n. 214, FJ 5.2). Mi sospecha es que no sabiendo a qué agarrarse para fundamentar lo que dice a continuación el artículo, al impulsor de la ley no se le ha ocurrido otra cosa que buscar algún texto normativo que obligara a dar de comer al hambriento y de beber al sediento; y se le habría visto demasiado el plumero si hubiera remitido directamente al Evangelio... Lo que viene después es en cierto sentido sensacional porque representa la “excepción italiana” en medicina: ningún juez, a lo largo del “caso Englaro” ha encontrado elementos para alcanzar la definición colocada en el proyecto de ley; las únicas instancias judiciales que ponían en duda la calificación de la alimentación e hidratación artificial como “tratamiento sanitario” o como medida de “sustento vital” habían sido la *Corte d’Appello* de Milán en 1999 y el Tribunal de Lecco en 2002, mostrando ciertas perplejidades que

requerían un debate científico-ético-jurídico sobre la definición de tales terapias (*vid. supra* los puntos 3 y 4 del apartado 3). Se ha visto que la *Cassazione* ha cerrado definitivamente ese debate alineándose a la máxima parte de la comunidad científica y la jurisprudencia internacionales: la nutrición por sonda nasogástrica es un tratamiento sanitario porque su aplicación exige un “saber científico” (*vid. supra* el punto 8 del apartado 3). Yo, que soy abogado y no médico ni enfermero, no podría llevarla a cabo; en cambio, al igual que cualquier otra persona sin conocimientos sanitarios, puedo suministrar una medida de sustento vital como darle de comer a mi hijita con una cuchara porque ella no puede valerse por sí sola. ¿Y por qué puedo hacer esto? Porque lo que suministraría sería comida y bebida de toda la vida y no estaría, como en el caso de la alimentación e hidratación artificial, practicando maniobras quirúrgicas en las venas o en el aparato digestivo ni proporcionando como nutrientes productos farmacológicos muy especiales, a menudo portadores de complicaciones, preparados, prescritos y controlados por personal especializado. En efecto, la letra del artículo aprobado por el Senado, antes de pasar por la Comisión en la Cámara de Diputados, calificaba a la alimentación y nutrición artificial como “formas de sustento vital”. Tal vez, percatándose de que la tesis científica subyacente en el proyecto de ley originario podía resultar peregrina y de que, al margen de tal calificación, queda abierta la cuestión aquí no discutida pero discutible de por qué un sujeto no debería tener derecho a rechazar unas determinadas medidas indiferentemente de si son “tratamiento” o mero “mantenimiento”, se ha modificado el texto estableciendo la prohibición absoluta de suspenderlas (“deben ser mantenidas hasta el final de la vida”) y, por si fuera poco, de incluirlas en las directivas anticipadas (“no pueden formar objeto de declaración anticipada de tratamiento”). El legislador se toma la revancha contra los jueces del “caso Englaro”.

#### *La Declaración Anticipada de Tratamiento*

El segundo asunto, relativo a quién y cómo decide sobre el final de la vida, ha sido a mi juicio la cuestión más peliaguda que han tenido que afrontar los jueces que han intervenido en esta larga historia. En este ámbito se han registrado las mayores divergencias entre instancias judiciales y no es necesario reiterarlas. Sin embargo, para comparar de nuevo la labor jurisprudencial con la gubernamental-legislativa, voy a citar un fragmento de una de las sentencias que, y quiero subrayar esto, *no estima* el recurso de Beppino Englaro: “no hay duda de que en virtud del derecho a la salud y a la autodeterminación en campo sanitario, el sujeto capacitado puede rechazar incluso los cuidados indispensables para mantenerle en vida, [pero] en el caso de un sujeto incapacitado (del que no se conoce con seguridad la voluntad, como E. E.) al que solo se le está aplicando un tratamiento de nutrición que, independientemente de las modalidades invasivas con que se ejecuta (sonda nasogástrica) es ciertamente indispensable por la imposibilidad del sujeto de alimentarse de otra forma y que si se suspendiera lo conduciría a la muerte, el juez –llamado a decidir si suspenderlo o no– no puede dejar de considerar la consecuencias irreversibles de la suspensión solicitada (muerte del sujeto incapacitado), debiendo buscar necesariamente un equilibrio entre derechos igualmente garantizados por la Constitución como el de autodeterminación y dignidad de la persona y el de la vida”. En efecto, la averiguación de la voluntad de Eluana ha sido un problema central en el desenlace del proceso y no faltan argumentos, a mi juicio, razonables que recomiendan ir con pies de plomo por la senda de la valoración de las pruebas cuando se trata de reconstruir y valorar judicialmente los indicios de voluntad presunta. Admitamos que es delicada la cuestión del *substituted*

*judgement* como posible fuente de decisiones heterónomas y no autónomas. Parece que las dos posturas en conflicto son: la de quien sostiene que la voluntad presunta a través del juicio sustitutivo es del todo equiparable a la voluntad declarada por el paciente plenamente capaz y la de quien mantiene que el caso de un sujeto incapacitado del que no se conoce con certeza la voluntad (es decir, que no ha dejado una declaración anticipada) no puede ser equiparado al caso de un sujeto plenamente capaz. Me parece una disyuntiva admisible y, de hecho, los jueces se han mojado en un sentido u otro. ¿Cómo la resuelve el legislador en el proyecto de ley Calabrò? Como la relativa a la calificación de la nutrición artificial: yendo más allá del horizonte jurídico visible. Art. 7 del texto: “1. Las voluntades expresadas por el sujeto en su declaración anticipada de tratamiento serán tomadas en consideración por el médico referente que, tras oír al fiduciario, apuntará en la historia clínica los motivos por lo que estima cumplirlas o no. 2. El médico no puede tomar en consideración las indicaciones dirigidas a provocar la muerte del paciente o contrarias a las normas jurídicas o la deontología médica. Las indicaciones serán valoradas por el médico, oído el fiduciario, en ciencia y conciencia, en aplicación del principio de la inviolabilidad de la vida humana y de la tutela de la salud, según los principios de precaución, proporcionalidad y prudencia. 3. En caso de controversia entre el médico y el fiduciario, la cuestión será sometida a la valoración de un colegio de médicos (...) Este colegio deberá escuchar al médico referente. Queda en todo caso vigente el principio de la inviolabilidad y de la indisponibilidad de la vida humana (...)”. Conclusión: no solo no se admite como vinculante para el médico un juicio por subrogación como el del “caso Englaro”, sino que en virtud de esta ley ni tan siquiera el paciente perfectamente capacitado para tomar decisiones puede tutelarse mediante el testamento biológico. No solamente, como reza el art. 3, la suspensión de la alimentación e hidratación artificial no puede ser objeto de declaración anticipada sino que la propia declaración no es vinculante para el médico. La cosa roza la tomadura de pelo si tenemos en cuenta que mientras el título de la ley es “Disposiciones en materia de alianza terapéutica, consentimiento informado y declaraciones anticipadas de tratamiento”, el texto niega de forma tajante y sistemática tanto el consentimiento informado como las declaraciones anticipadas. La llamada alianza terapéutica es en realidad una especie investidura del médico como *dominus* de la vida del paciente y bajo cuyo poder se desplaza el centro de las decisiones. De este modo, al adueñarse del cuerpo del ciudadano eliminando el derecho a la autodeterminación, degradando el consentimiento informado al nivel de orientación sin valor vinculante y trasladando la decisión al médico, el Estado se convierte en científico y dicta preceptos éticos. De aquí al recuerdo del concepto foucaultiano de biopolítica –la creciente implicación de la vida natural del hombre en los mecanismos de poder– hay un paso.

Ahora bien, ¿es necesaria una ley sobre esta materia? Se ha criticado la perspectiva neoconstitucionalista según la cual la Constitución es directamente aplicable por el juez en las controversias entre privados. Y se ha mostrado sorpresa ante la actividad de un juez que opera una elección discrecional para llenar una supuesta laguna y lo hace desaplicando normas positivas como el art. 5 del Código Civil y los arts. 579 y 580 del Código Penal. En definitiva, se ha lamentado que el juez se transforme en legislador. No me parece que haya que ser neoconstitucionalista para desmentir esta tesis, basta con interpretar el derecho existente. Si atendemos al *excursus* jurisprudencial trazado en este *paper* vemos que la *Corte di Cassazione* ha dictado una sentencia fundamentada en normas jurídicas existentes, constitucionales, internacionales, jurisprudenciales y deontológicas y creo que no ha obrado en una situación de vacío normativo en la resolución del caso Englaro. En este sentido, una reciente decisión judicial recuerda que los arts. 2, 23 y 32 de la Constitución poseen el carácter de

imperatividad y de inmediata aplicabilidad sin necesidad de ninguna intervención por parte del legislador ordinario (Tribunal de Florencia, Decreto de 22 de diciembre de 2010).

Por otra parte, una ley de mínimos –en sociedades pluralistas no debería ser de otra manera cuando se legisla en temas bioéticos– serviría para identificar de forma más clara el área que debe quedar ajena de la reglamentación jurídica y que garantiza la autonomía del sujeto. Claro que una legislación más bien de principios implicaría la adaptación a los casos por parte de los jueces. Pero esto parece precisamente el peligro a evitar por parte de ciertos sectores institucionales y, por ello, el Gobierno se ha visto obligado a intervenir en la materia del final de la vida: Silvio Berlusconi, en vistas de la llegada del proyecto de ley Calabrò a la Cámara, ha escrito una carta a *su*s diputados avisándoles de que “la gran mayoría de nosotros considera que sobre el final de la vida, cuestión sensible y vinculada a la esfera más íntima y privada, no se debería legislar y yo también pensaría así si no hubiera tribunales que, aduciendo presuntos vacíos normativos, en realidad pretenden saltarse el Parlamento y usurpar sus funciones. No podemos olvidar que la ley que estamos a punto de debatir surge de un evento que ha traumatizado la opinión pública y todos nosotros: la muerte de una mujer, establecida –por primera vez en Italia– a través de una sentencia”. Al final, las cuentas encajan: esta nueva invectiva contra los jueces es una de las batallas más cruentas que el Gobierno ha librado en este terreno durante los últimos años. Y no estoy seguro de si el trauma al que se refiere el Presidente del Gobierno proviene de la muerte de una mujer o de que haya intervenido en ella una sentencia.



# LA ABDUCCIÓN EN LA CONCEPCIÓN DE WALTON<sup>1</sup>

**Pablo Raúl Bonorino Ramírez**

*Profesor Titular de Universidad, Universidad de Vigo (ESPAÑA)  
bonorino@uvigo.es*

## Resumen

Este trabajo se propone examinar algunas cuestiones relacionadas con la concepción de la abducción que Douglas Walton ha defendido en su libro *Abductive Reasoning* (Tuscaloosa: The Alabama University Press, 2004). Consiste en una serie de notas sobre algunos de los aspectos más polémicos contenidos en dicho libro. No aspira a proponer una reconstrucción sistemática de su posición (si tal cosa fuera posible) ni a ser exhaustivo sobre las cuestiones controvertidas suscitadas por su propuesta para reconstruir los razonamientos abductivos.

**Palabras Clave:** Abducción – Walton – Salto a la mejor explicación – Araucaria - Derrotabilidad.

En su libro *Abductive Reasoning* (2004), Douglas Walton explora distintas formas de reconstruir la abducción. Se trata de un texto formado por varios artículos publicados previamente, lo que permite explicar la variedad de enfoques adoptados y la ausencia de una propuesta uniforme y sistemática para abordar la cuestión (algo que, por ejemplo, podemos encontrar en el trabajo de Atocha Aliseda *Abductive Reasoning* (2010), a pesar de tener un origen similar). Digo esto para justificar la diversidad y el carácter poco sistemático de mis propias reflexiones sobre el libro. Seguramente deberé abordar sus aportes por separado en ulteriores trabajos, pero me parece interesante dejar plasmadas estas primeras impresiones y someterlas a discusión cuando aún no están del todo consolidadas.

## ABDUCCIÓN Y SALTO A LA MEJOR EXPLICACIÓN

Walton dedica un importante espacio a examinar los enfoques sobre la abducción que la asimilan a las inferencias caracterizadas como un “salto a la mejor explicación”. El predicado “mejor que” (como “ser amigo”) es diádico, requiere la existencia de -cómo mínimo- dos elementos de la clase a la que se pretende aplicar para que pueda construirse con él un enunciado con sentido. Por lo tanto, entre las premisas de un argumento de este tipo deberían figurar (a) un enunciado disyuntivo en el que se presenten las explicaciones alternativas, (b) otros enunciados en los que se evalúe comparativamente el valor epistemológico de cada una de ellas. La alternativa que resulte

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto DER2010-19897-C02-02 financiado por el MICINN titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.



comparativamente más plausible podrá ser defendida como la conclusión, porque será considerada “la mejor explicación”. Si no se explicita (como ocurre en ocasiones en las argumentaciones formuladas en lenguaje natural), esa premisa disyuntiva debe presuponerse. Pongamos un ejemplo de la vida cotidiana:

P1: El marcador de gasóleo marca “vacío”.	[Hecho a explicar]
P2: El marcador de gasóleo está estropeado o el tanque de gasóleo está vacío.	[Explicaciones alternativas posibles]
P3: El marcador no está roto	[Evaluación de las explicaciones]
Conclusión: El tanque de gasóleo está vacío.	[Mejor explicación]

Cuantas más alternativas se tengan en cuenta en la segunda premisa –y se rechacen en las siguientes- mayor apoyo tendrá la conclusión. Desde el punto de vista lógico no hay ninguna diferencia, pues tanto si se construye la disyunción con dos proposiciones como con cinco, el esquema argumentativo es el mismo: un silogismo disyuntivo (argumento deductivo válido). ¿Qué es lo que marca la diferencia? La diferencia es epistemológica, tiene que ver con el carácter revisable de nuestro conocimiento del mundo. Cuantas más opciones hayamos barajado, menos posibilidades hay de que cometamos un error al explicar un fenómeno. Pero esta posibilidad siempre está presente, por más esquemas deductivos que empleemos para relacionar las afirmaciones que hacemos sobre la realidad. Algunos podrían pensar que de la misma manera que se habla de condicionales derrotables, también se puede hablar de disyunciones derrotables (aquellas en las que no se pueden listar todas sus alternativas). Pero esta peculiaridad no debe llevarnos a realizar filigranas lógicas, sino a constatar una vez más que cuando hablamos de argumentos formulados en lenguaje natural y con contenido empírico, no basta con determinar la validez del esquema argumentativo empleado, sino que se debe determinar la fuerza del argumento. Esta noción exige evaluar epistémicamente las premisas utilizadas, y sus resultados no influyen sobre el aspecto lógico del argumento, sino sobre su capacidad para justificar ciertos enunciados como conocimiento fiable.

### **“Mejor explicación” y modelo dialógico (o dialéctico)**

Walton (2004: 173) afirma que para determinar cuál es la “mejor explicación” en un caso concreto se deben “pesar” las distintas explicaciones propuestas por las partes. Esto significa que, para considerar la abducción como un argumento “salto a la mejor explicación”, se debe cambiar la forma de entender el concepto de “argumento”. Ya no se puede definir como un conjunto de enunciados (definición estática, sincrónica), sino como un intercambio de enunciados en un contexto determinado de diálogo (definición dinámica, diacrónica). Si la distinción entre argumentos deductivos e inductivos no alude a características propias de cada argumento sino a la teoría con que se los identifica y evalúa (Gustason 2001), entonces nada impide hablar de “argumentos plausibles” (entre los que estaría la abducción) y que dependerían de la adopción de posiciones pragma-dialécticas para comprender la argumentación. Pero hay que resaltar que el concepto de “argumento” ya no sería el mismo (al emplear la lógica deductiva o inductiva se identifican los argumentos de

manera similar, sólo difieren en los procedimientos de evaluación que proponen –pues en la lógica inductiva es necesario incorporar conocimiento sobre la instancia particular de argumento que se pretende evaluar, como son el contenido de sus premisas y el contexto epistémico de su formulación.). En las posiciones pragma-dialécticas, al momento de identificar los argumentos el acento pasa del argumento a la argumentación, y de sus aspectos estáticos a los dinámicos. En cambio la evaluación mantiene puntos de contacto importantes con la lógica inductiva, pues el caso particular y el contexto –epistémico y de emisión- resultan fundamentales en esa tarea. Es esta ambigüedad a la hora de utilizar la expresión “argumento” lo que puede llevar a pseudodisputas sobre la afirmación “hay tres tipos de argumentos: deductivos, inductivos y abductivos.”

### **Abducción y explicación**

Si definimos abducción como un argumento de la forma “salto a la mejor explicación”, y entendemos la explicación como algo que puede asumir muchas formas pero que en todas ellas asume la forma de un argumento, entonces “abducción” pasa a ser un concepto innecesario en las reconstrucciones que se lleven a cabo aplicando esta propuesta: (1) habría tantos tipos de abducciones como de explicaciones, y (2) habría tantas estructuras argumentativas para la abducción como las hubiera para las explicaciones. ¿Para qué utilizar entonces el término “abducción”? ¿Por qué no aplicar la navaja de Occam y hablar directamente de explicaciones?

Para evitar estas consecuencias se debería adoptar una concepción de la explicación que no la presentara como un tipo de argumento (o como una estructura argumentativa). ¿Pero qué sería entonces? Un tipo de enunciado... una actividad... un proceso... La mayoría (pero no todas) las concepciones de la explicación la reconstruyen como esquemas argumentativos (clasificándolas por el tipo de premisas y la conclusión que los forman). Si esta maniobra fuera inevitable –que no lo es-, entonces explicar la abducción como inferencia explicativa no resultaría adecuada. A menos que ese salto “a la mejor” explicación trajera aparejado algún rasgo en la estructura argumentativa de la abducción capaz de hacerla entender como una entidad lógica superior a una simple explicación. Estaríamos entonces ante un esquema argumentativo meta-explicativo en el que anidarían como mínimo dos explicaciones y cuya conclusión sería la adopción de una de ellas como la mejor (a partir de ciertos criterios epistemológicos expresados en otra de sus premisas, en este caso evaluativa o normativa). Este es uno de los desafíos que debería enfrentar quien pretendiera defender que la abducción se puede entender como un “salto a la mejor explicación”.

### **ARGUMENTO Y ABDUCCIÓN**

Walton trata de justificar que la abducción sería un tipo de argumento lógicamente diferenciable de la deducción y la inducción (siguiendo en esto la estela de Peirce). Las preguntas de Walton (2004) sobre la naturaleza plausible o por presunciones de la abducción (y sus diferencias con la deducción y la inducción) parecen presuponer que hay algo en los argumentos que se formulan en lenguaje natural que los hace ser deducciones, inducciones o la categoría que se quiera proponer. Pero siguiendo a Gustason (2001), quien afirma que es mejor hablar de lógica deductiva o inductiva y no de argumentos deductivos o inductivos, el problema cambia. No habría nada en los argumentos

mismos que los hiciera deductivos, inductivos, plausibles o abductivos. Cualquier argumento podría ser reconstruido y evaluado utilizando una – o varias – de estas propuestas normativas. Lo que no significa que sólo una de ellas sea la más adecuada para los fines que nos proponemos con el análisis.

Para apoyar este nuevo punto de partida bastaría con tomar un argumento formulado en lenguaje natural y mostrar todas sus posibles reconstrucciones. Pero es muy importante resaltar que las reconstrucciones mismas dependen de la teoría lógica desde la que se pretenda evaluar los argumentos. Son ellas las que nos proveen de las definiciones de los esquemas de argumentos que nos servirán de guía para reconstruir los argumentos y argumentaciones a partir de textos formulados en lenguaje natural. Esto no significa que el resultado de la evaluación este asegurado de antemano – o condicionado siquiera-, sino que los presupuestos lógicos hacen posible cierto tipo de reconstrucción en lugar de otra. Esto es especialmente importante en la tarea de identificar las llamadas premisas tácitas en un argumento, que no se puede llevar a cabo a menos que se presuponga un modelo ideal de argumento. Las evaluaciones producidas pueden mostrar la inutilidad de ciertos enfoques (por ejemplo, decir que un argumento de apelación a la autoridad es inválido es verdadero si empleamos la lógica deductiva como marco teórico, pero absolutamente inútil desde el punto de vista práctico).

Podemos hacer un simple ejercicio para demostrar lo dicho. Si partimos del texto de Conan Doyle sobre el perro que estaba en los establos (y que al no ladrar permitió a Sherlock Holmes inferir que quien robó el caballo era un conocido de la familia), podremos reconstruirlo utilizando distintas lógicas (o incluso diversas partes de la misma lógica), y en cada caso tendremos tipos de argumentos lógicamente diferentes. Que serán evaluados de manera diversa en cada caso. Este ejercicio permitiría mostrar que la pregunta sobre la naturaleza argumentativa de la abducción requiere una respuesta pragmática y no lógica en sentido estricto.

### **Definición de “argumento” y abducción**

Si definimos “argumento” apelando a la teoría de los actos de habla, entonces resulta coherente definir de la misma manera “explicación” (tal como hace Walton en el capítulo 2 de su libro). Pero si la definición es semántica (o sintáctica) se debe tratar de definir “explicación” de la misma manera. Para poder fijar el alcance que tiene la tesis “la abducción es un argumento de la forma salto a la mejor explicación”, se debe definir previamente con precisión que se entiende por “argumento” y que se entiende por “explicación”. Y sobre todo, dichas definiciones deberían ser coherentes no sólo en el plano de su formulación, sino también en el plano más profundo: el de sus presupuestos filosóficos. Por ejemplo, toda la maniobra puede colapsar si se adoptara una concepción de la explicación nomológica-deductiva. ¿Es esto inevitable? ¿Hay que rechazar sólo ese modelo o hay otros igualmente problemáticos?

Relacionar conceptualmente abducción y explicación podría llevar a aceptar que existen tantos tipos de abducciones como clases de explicaciones. ¿No lleva esto a considerar a la abducción un tipo de explicación y no una clase de argumento? Para que la estrategia tenga sentido la explicación no puede ser entendida como un argumento –pues en ese caso la abducción sería sólo una forma exótica de llamar a las explicación- y mucho menos como un argumento deductivo –pues el problema de la abducción surge cuando se la pretende caracterizar al margen de los esquemas

deductivos e inductivos tradicionales. A lo mejor al final del camino descubrimos que hay que abandonar esta forma de enfrentarse al problema de la abducción, tal como propone Hintikka (1998). Se la podría caracterizar como un argumento inválido pero con cierta fuerza inductiva dependiendo de sus premisas –en un análisis similar (pero que también debería poder defender su especificidad) de lo que se hace en el caso de otras inferencias inductivas como la analogía o la inferencia estadística.

### **Abducción como argumentación**

¿Y si en lugar de tratar de caracterizar la abducción como un tipo de argumento se la caracterizara como un tipo de argumentación (en la que entran en juego distintos tipos de argumentos estructurados de una manera determinada)? Así caracterizan la argumentación judicial Alchourrón y Bulygin (1991), por ejemplo. También Atienza (1991) en el capítulo final de su libro sobre teorías de la argumentación (enfoque que ha defendido independientemente en varias publicaciones). En el caso de la abducción deberíamos preguntarnos cuáles serían los subargumentos típicos y cuáles sus conexiones, de manera tal de dar con un esquema general diferenciable de otros tipos de argumentación. Pero si volvemos a los esquemas judiciales antes mencionados, podemos apreciar que la abducción podría jugar un papel relevante en el plano interpretativo y en el plano de determinación de los hechos sólo si la concibe como un argumento de naturaleza diferente (y no como una argumentación). Todo parece llevar a que vale la pena tratar de aislar un esquema del argumento abductivo en lugar de explorar la posibilidad de considerarlo una argumentación.

En su resumen final, Walton (2004: 272-75) se refiere a la abducción como “proceso”, como “esquema argumentativo”, como “inferencia”, como “forma de inferencia”, y como “argumento”. No está muy claro si pretende diferenciar distintos sentidos de “abducción”, incluso en planos teóricos diversos, o si incurre en una flagrante falacia de ambigüedad generada por la ambigüedad proceso-producto de la noción misma de “argumentación”. Si estamos ante un proceso no tiene por qué existir una “forma de argumento” abductivo. El uso de “esquema argumentativo” sería consistente en la medida en la que también se aludiera en ella a la argumentación como proceso. En muchas partes del libro se caracteriza al argumento abductivo como un “modus ponens derrotable” –o al menos eso parece. Resumiendo: para Walton “abducción” es un proceso dialógico caracterizado como una “inferencia a la mejor explicación” que puede asumir dos variantes (hacia delante y hacia atrás), pero también significa *Modus Ponens Derrotable*. No estoy seguro de haberlo interpretado correctamente. Si mi interpretación es fiel al texto se podría intentar aplicar al campo jurídico la primera acepción, y cuestionar duramente la segunda –tal como se hizo en notas precedentes-. Pero esto sería volver al concepto de abducción como proceso de descubrimiento, y no como forma de justificación, posición que la haría mucho más interesante.

### **PROGRAMA ARAUCARIA Y ABDUCCIÓN**

Walton dedica un capítulo de su libro a la diagramación de argumentos con el Programa Araucaria, porque considera que su utilización podría dar algunas claves para entender la naturaleza de los argumentos abductivos. La presentación que hace Walton (2004: Cap. 1) del uso del programa

“araucaria” para la diagramación de argumentos confirma en parte lo que he plasmado en mis notas precedentes. Para que el programa funcione, uno debe:

- (A) identificar los enunciados relevantes para la argumentación, presentándolos en forma completa e incluyendo las premisas tácitas;
- (B) identificar sus relaciones lógicas, señalando –en otras palabras- que subgrupos de enunciados forman argumentos y que relaciones de apoyo mantienen entre ellos;
- (C) introducir esquemas de argumentos y atribuírselos a los argumentos identificados en el paso anterior.

Yo me pregunto cómo Walton puede afirmar en la página 50 que esta técnica de representación puede ser útil para investigar la naturaleza de los argumentos abductivos; o cómo puede decir en la página 43 que empleando el programa en cuestión puede fundar la propuesta de un nuevo esquema argumentativo para los argumentos abductivos. Por la forma en la que el propio Walton describe la utilización de dicho programa informático, todo parece indicar que sin una adecuada concepción del esquema argumentativo que se pretenda aplicar al analizar el texto inicial dicho programa no sirve para nada. Las principales decisiones que debe tomar un intérprete enfrentado a la labor de reconstruir y evaluar una argumentación formulada en un texto argumentativo redactado en lenguaje natural son cinco: (1) identificar los enunciados relevantes, reformulándolos de manera completa y con un lenguaje consistente, (2) identificar argumentos y subargumentos, (3) atribuirles a estos argumentos una estructura lógica según la lógica que se desee emplear, (4) explicitar las premisas tácitas aplicando criterios semánticos y lógicos, (5) evaluar los argumentos en el plano lógico (validez, fuerza inductiva) y en el plano epistemológico (solidez). Las cuatro primeras decisiones deben ser tomadas con independencia del uso del programa, el que resulta incapaz de ofrecer criterios para llevarlas a cabo. Sin haber resuelto esas cuestiones previamente –apelando a las lógicas y la semántica- no se puede introducir la información inicial en el programa. En el caso de la abducción, sería necesario primero poder identificar su esquema o estructura lógica para luego poder representarla empleando el programa “araucaria”.

Resumiendo: todo parece indicar que el uso del programa “araucaria” al que apela Walton en su libro no puede servirle de ningún fundamento para responder las preguntas sobre la naturaleza de la abducción que plantea en el inicio del texto.

## **DERROTABILIDAD Y ABDUCCIÓN**

Walton (2004: cap. 4) sostiene que esquemas argumentativos muy comunes en la prueba judicial poseen una estructura de *modus ponens* (Si P entonces Q, y P, entonces Q). Pero cree que –dado el carácter de su premisa condicional- dichos *modus ponens* no se pueden considerar estructuras válidas (o deductivas). Los tres ejemplos que brinda (testimonios y peritos en el capítulo 1, indicios en el capítulo 4) parecen apoyar su interpretación. Pero para determinar el carácter derrotable del *modus*

*ponens* en esos casos, se deben evaluar epistemológicamente las premisas del argumento. ¿Por qué distinguir los casos en los que las premisas son falsas de aquellos en los que dichas premisas no se han formulado de forma completa antes de evaluar su valor de verdad? Un *modus ponens* con premisas falsas sigue siendo un *modus ponens*. Un *modus ponens* con premisas derrotadas no derrotadas es un *modus ponens* con premisas verdaderas, y uno con premisas derrotadas derrotadas es un *modus ponens* con premisas falsas. ¿Por qué hablar de un tipo especial de *modus ponens*? A lo mejor estamos ante un argumento con otra estructura, en ese caso ¿podríamos llamarlo abducción?

Siguiendo con la línea argumental que desarrolla Walton: ¿Qué impide hablar de silogismos disyuntivos derrotados cuando es un hecho que la mayoría de las disyunciones que formulamos no suelen agotar todas las alternativas posibles en una situación determinada? Si tomamos un condicional derrotado (Si A ENTONCES B) y le aplicamos las leyes de interdefinición para obtener una disyunción equivalente desde el punto de vista lógico, que sería (NO A O B). ¿No estamos ante una disyunción derrotada? ¿Qué impide dar con un fórmula lógica bien formada equivalente expresada como una conjunción? ¿Estamos ante una conjunción derrotada? Este probablemente sea el origen de los trabajos que creen que lo que hay que desarrollar una lógica de la derrotabilidad al completo. Pero todo el análisis parte de un examen del contenido de las premisas, de su relación con el mundo que pretenden describir. Al evaluar el contenido de las premisas –y no su estructura lógica– nos salimos de esfera de la lógica deductiva y nos adentramos en el terreno de las llamadas lógicas inductivas (que basan en este tipo de tarea todo su empeño evaluativo). Si lleváramos este empeño a sus extremos –para retomar el tema del *modus ponens*–, nos encontraríamos con que dicha estructura sólo podría ser utilizada en las ciencias formales, porque aún las llamadas leyes científicas resultan generalizaciones no absolutas (resuena aquí el trabajo clásico de Nancy Cartwright titulado “cómo mienten las leyes de la ciencia”).

En sus conclusiones (2004: 129), Walton afirma que si la apelación a expertos se entiende como un *modus ponens* entonces estamos aceptando el carácter infalible de la autoridad (estaríamos mostrándole un respeto incondicional, para emplear sus propias expresiones). Pero esto no parece razonable, porque el respeto que se le estaría mostrando sería condicional –sólo que es nuestra tarea listar todas las condiciones bajo las que debemos mostrarle respeto a esa autoridad. Si hecho esto vemos que en el caso en cuestión se cumplen las condiciones (todas ellas, incluyendo las meramente contribuyentes), entonces se podría aceptar la verdad de la conclusión (la opinión del experto en cuestión). Y si no lo son, hay razones para rechazarla –si su aceptación descansara en el apoyo de ese sólo argumento. A lo mejor es razonable pensar que hay que considerar otro tipo de condicional para formular estas peculiaridades del razonamiento en lenguaje natural con enunciados que pretenden hacer afirmaciones verdaderas sobre la realidad: pero los intentos realizados hasta ahora logran esta tarea a costa de perder la ley de refuerzo del antecedente y con ella al propio *modus ponens*. Algo así como pegarle un tiro al perro para matarle las garrapatas.

### **El argumento que apela a las consecuencias y la derrotabilidad**

Walton (2004: 132-133) sostiene que el argumento que apela a las consecuencias también es derrotado. Su fundamento es el siguiente:

(A) El esquema del argumento que apela a las consecuencias es el siguiente:

P1: Si tomar la decisión A trae buenas consecuencias, entonces se debería tomar la decisión A.

P2: Tomar la decisión A traerá buenas consecuencias.

C: Se debería tomar la decisión A.

(B) Se deben evaluar sus premisas mediante tres preguntas – no resultan relevantes para la argumentación general por eso no las reproduzco (ver Walton 2004: 133).

(C) Si un argumento tiene esa estructura, y sus premisas son aceptables, entonces también su conclusión lo será.

Esta es la conclusión que deriva de su análisis: “This form of argument, however, is not absolute, or closed, like deductively valid argument. It is open a critical questioning... In other words, the argument from consequences is defeasible in a dialogue.” (Walton 2004: 133).

Lo que debemos preguntarnos es si las características que señala Walton afectan a la estructura del argumento (como él cree) o sólo al contenido de sus premisas (como parece que ocurre). ¿Un esquema deductivo es “absoluto”, “cerrado” o “no críticamente cuestionable”? ¿Un *modus ponens* en sentido estricto no podría ser “derrotable en un diálogo”? Claro que sí, y siempre de la misma manera: cuestionando la verdad de sus premisas o el carácter incompleto de su formulación. Dicha situación de “diálogo” implica considerar nueva información, sea para determinar la verdad o falsedad de las premisas, sea para cuestionar su misma formulación. Pero una vez terminado dicho diálogo nos encontraremos con un *modus ponens* con premisas falsas, o bien con un nuevo *modus ponens* en la que su premisa condicional ha sido ajustada para dar cuenta de todas las condiciones (que se hayan podido detectar hasta ese momento). ¿Es necesario pensar que estamos antes una estructura lógica de naturaleza diferente que guarda sólo cierta similitud con el *modus ponens*? Me parece que no hay buenas razones para hacerlo –o al menos las que presupone Walton no lo son. La posibilidad, siempre abierta, de cuestionar la “solidez” de un argumento - esto es, cuestionar la verdad (verosimilitud, aceptabilidad, etc.) de sus premisas-, no requiere poner en entredicho la “validez” de su estructura o forma lógica.

Si Walton diferenciara “solidez” y “validez” (o “fuerza inductiva”) no necesitaría afirmar que sus esquemas no son deductivos sólo para explicar las vías por las que podrían ser sometidos a crítica los argumentos formulados en lenguaje natural que los adoptarían como estructura. Le bastaría con afirmar que dicha crítica resulta fundamental para determinar su solidez –que es lo relevante en un diálogo argumentativo-, pero que dicha labor no requiere cuestionar las formas lógicas subyacentes (en el caso de esquemas deductivos como el *modus ponens*). Por ejemplo, la forma lógica de un dilema es deductiva. ¡Pero eso no significa que un dilema sea “absoluto”, “cerrado” o “incuestionable” como supone Walton! Tampoco hay que decir que todos los dilemas son “derrotables” (esto es, que su premisa disyuntiva es derrotable), para decir que un argumento formulado en lenguaje natural con la estructura lógica de un dilema en realidad puede llevar a una conclusión falsa –si alguna de sus

premisas también lo es. Para ello basta con afirmar que estamos ante un argumento con la forma dilema que no es sólido, que en el caso concreto algunas de sus premisas puede ser cuestionada (por ser falsa o por estar formulada de manera incompleta para el conocimiento que se posee de la cuestión). Es por ello que un análisis de los dilemas (que pretenda ser una herramienta útil en la argumentación en lenguaje natural) no se puede reducir a una evaluación de su estructura lógica apelando a la lógica deductiva. Exige un trabajo teórico de naturaleza diferente. ¿Es necesario afirmar que estamos en presencia de un esquema lógico diferente para poder hacer esta tarea? Creo que no, y este puede ser el camino para enfrentarse al problema de la abducción en el futuro.

## REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, Carlos, y Eugenio BULYGIN. 1991. "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALISEDA, Atocha. 2010. *Abductive Reasoning. Logical Investigations into Discovery and Explanations*. Dordrecht: Springer.
- ATIENZA, Manuel. 1991. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GUSTASON, William. 1994. *Reasoning from evidence. Inductive logic*. New York: Macmillan College Publishing Company.
- HINTIKKA, Jaakko. 1998. What is Abduction? *Transactions of the Charles S. Peirce Society* 34: 503-533.
- WALTON, Douglas N. 2004. *Abductive Reasoning*. Tuscaloosa: The Alabama University Press.