

INTERPRETACIÓN JURÍDICA E IMPERIO DE LA LEY

Oviedo, 31 de enero de 2017.

1.

Agradezco mucho a Paz Andrés sus palabras de bienvenida a esta Academia Asturiana de Jurisprudencia. Y se lo agradezco particularmente por el trabajo que se ha tomado para recabar todos los datos que ha utilizado en su presentación que, dicho en términos hermenéuticos, es un buen ejemplo de en qué consiste interpretar: en asumir un punto de vista interno a aquello que se interpreta y presentar la mejor versión posible del objeto interpretado. El riesgo de esa actitud, como es obvio, es que en lugar de la mejor versión lo que resulte sea una versión exagerada, por no decir exageradísima, pero yo creo que el auditorio (sobre todo, un auditorio de asturianos) sabe muy bien que los elogios, en circunstancias como ésta, hay también que “interpretarlos”, y ahora en una operación de signo –digamos- contrario, aunque la misma no tiene por qué consistir exactamente en buscar la peor versión posible sino, simplemente, en rebajar los elogios hasta poner las cosas en su lugar. Y no hace falta decir más, porque todos entendemos (interpretamos de la misma manera) lo que eso quiere decir.

Quiero mostrar también un agradecimiento muy sincero a Leopoldo Tolivar, el presidente de esta institución, porque a él se debe la iniciativa para que yo esté aquí hoy. Y tengo que decir que se trata, por su parte, de un interés completamente desinteresado, porque ni siquiera nos conocíamos personalmente hasta hace unos pocos minutos, aunque sí nos conocíamos de nombre, porque tenemos algunos amigos en común. De manera que muchísimas gracias, a él y a todos ustedes que han decidido aceptarme en esta Institución.

Yo estudié aquí la carrera de Derecho, fui profesor ayudante en el departamento de filosofía del Derecho, y obviamente me siento muy honrado por pasar a formar parte de esta Academia Asturiana de Jurisprudencia. He tenido y sigo teniendo contacto con muchos profesores

de filosofía del Derecho asturianos. Uno de ellos, Jesús Vega, es ahora compañero mío en Alicante. Con Juan Antonio García Amado he tenido una amistosa y yo creo que provechosa polémica sobre un tema muy conectado con el de la interpretación, el de la ponderación; y me parece que en la misma se trasluce, por cierto, algo de lo que considero típico del humor (el buen humor) asturiano: una tendencia a ser sarcástico, pero procurando no herir al otro. Y, en fin, aquí en Oviedo hice mi tesis de doctorado con Elías Díaz que, como saben, tanto hizo por recuperar el krausismo español, un movimiento de tanta importancia para la cultura de nuestro país y al que perteneció, de manera muy destacada, el grupo de Oviedo. Personalmente me considero, como muchos otros iusfilósofos españoles, heredero de esa tradición krausista, que empezó siendo liberal para luego convertirse en socialista. Recuerdo que muchas de las clases de Derecho (en el viejo edificio de la Universidad) las teníamos en el “Aula Clarín”. Y he leído varias veces el prólogo que Clarín (en 1881) le hizo a la traducción castellana (a cargo de Adolfo Posada) de *La lucha por el Derecho*. Digo esto porque Ihering (el segundo Ihering) es quizás el jurista por el que siento una mayor admiración. Y Clarín y los krausistas asturianos fueron sin duda quienes más contribuyeron a introducir y difundir la obra de Ihering en España. ¡Lástima que esa influencia se haya en buena medida perdido, porque con ello, yo creo, hemos perdido también la posibilidad de entender adecuadamente el Derecho! En mi opinión, entender el Derecho significa, ir más allá del modelo puramente normativista, digamos, a lo Kelsen. Ihering fue también un autor iuspositivista, pero de un tipo muy distinto al que encarnó Kelsen: de hecho, en Ihering está el origen de la corriente del realismo jurídico, empezando por Holmes, y, en nuestros días, de una concepción –de la que luego diré algo por la importancia que tiene para nuestro tema-, como la de Dworkin.

Me parece que no es usual que una conferencia tenga una dedicatoria. Pero yo quiero dedicar ésta a un viejo amigo, a alguien a quien todos ustedes conocen, Bernardo Fernández, el presidente del Consejo Consultivo del Principado de Asturias. Bernardo es un poco mayor que yo (de un curso anterior en la Facultad); una diferencia de edad que con el transcurso del tiempo se vuelve completamente irrelevante, pero

que no lo era durante los tres años (entre 1973 y 1976) en los que coincidimos como profesores ayudantes: él de Derecho político (como entonces se llamaba) y yo de filosofía del Derecho. Con Bernardo tuve larguísimas conversaciones en aquellos años; muchas de ellas al final de la mañana, mientras subíamos hacia nuestras casas, caminando por la acera de la calle Marqués de Santa Cruz. Y en ellas aprendí mucho, muchísimo, de él: que ya entonces era una persona enormemente culta, inteligente, refinada y abierta a todos los ámbitos de la cultura. Hace poco, al cabo yo creo de unos 40 años de esas conversaciones, en una visita a Oviedo, tuve la impresión de proseguir aquel diálogo interrumpido (interrumpido, porque yo me fui de aquí en 1976), como si efectivamente fuera cierto que veinte años no es nada y dos veces veinte tampoco...al menos a ciertos efectos. Y esta alusión tanguista me recuerda que juntos conocimos, Bernardo y yo, en el verano de 1976, en Oxford, a Carlos Nino, el iusfilósofo argentino que, en mi opinión, está entre los tres o cuatro más importantes de la segunda mitad del siglo XX y que representa la concepción de la filosofía del Derecho de la que yo me siento más próximo.

Quiero también explicar, antes de entrar en el tema de la conferencia, por qué mi exposición no va a consistir en leer un texto. He escrito, por cierto, un texto, y las ideas a las que ahora me referiré son, naturalmente, las que ahí figuran. De manera que no se trata ni mucho menos de improvisar. Y tampoco de que yo sea un fanático de la oralidad frente a la escritura; creo, por cierto, que en el Derecho procesal –especialmente en Latinoamérica- se está construyendo un peligroso mito de la oralidad: como si siempre hubiese que preferir la oralidad a la escritura, cuando lo cierto es que cada una de esas dos formas de expresión tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Pero el caso es que muy pocas veces uno tiene la oportunidad de dirigirse a un público no sólo culto, sino formado por juristas expertos en muy diversas materias, y me parece que de alguna forma sería desperdiciar la ocasión si yo me limitara a leer un texto que, naturalmente, cualquiera podría leer también por su cuenta sin necesidad de venir aquí. Ya sé que después de que yo hable no va a haber una discusión sobre la conferencia; y entiendo que así sea. Pero la exposición oral tiene un componente de espontaneidad, de vivacidad y de capacidad

de interactuar con el auditorio, que yo no quisiera perder en esta ocasión. Ya me entienden: en una exposición oral uno puede darse cuenta de que hay ciertas cosas que deben resaltarse más, otras que puede ser mejor omitir o referirse a ellas sin abundar en detalles, y sobre todo, uno se da cuenta de cuando conviene terminar para no terminar también con la paciencia de quienes le escuchan.

2.

El tema de esta conferencia lo hemos elegido al alimón entre Paz Andrés, Leopoldo Tolivar y yo mismo: Interpretación jurídica e imperio de la ley. Es manifiestamente un tema de enorme complejidad e importancia; por el que me había interesado antes de ahora: creo que se puede decir que está en el núcleo de lo que constituye la cultura jurídica del mundo moderno y de la contemporaneidad, de lo que suele llamarse el constitucionalismo jurídico; y sobre el cual, obviamente, no pretendo más que apuntar algunas ideas que, me parece, pueden tener cierto interés. Para ello empezaré por decir algo sobre el primero de los dos conceptos, interpretación jurídica, para referirme luego al otro, el imperio de la ley, y terminar poniendo a ambos en conexión.

3.

Que la noción de interpretación es fundamental para los juristas es algo que puede considerarse obvio, si bien esa obviedad no es siempre tomada en cuenta, ni mucho menos, en la enseñanza del Derecho. Por lo que yo recuerdo, cuando era estudiante en la Facultad (y creo que lo mismo ocurriría en las otras universidades españolas), lo que uno tenía que saber sobre interpretación era bastante poco. Casi diría que bastaba con recordar los cuatro tipos (que en realidad eran fases o estadios) de interpretación que Savigny distinguía: gramatical, lógica, histórica y sistemática. Eso valía para todas las ramas del Derecho (para todas las asignaturas), con alguna especificidad del tipo de que las normas penales debían interpretarse de manera restrictiva, en Derecho del trabajo era esencial el principio pro operario, etc. Con la modificación del título preliminar del código civil las cosas cambiaron algo (yo estudié antes de ese cambio), pero me parece que no demasiado, como se echa de ver, por

ejemplo, en los programas de oposiciones para jueces. Lo que se exige a nuestros jueces que sepan en materia de interpretación yo diría que es escandalosamente poco (absurdamente poco en relación con lo que se supone han de saber sobre muchísimas otras cosas, de lejos mucho menos decisivas para desempeñar la función que tienen que desempeñar). Me parece que esta es una, la primera, de las ideas en las que, yo creo, es esencial incidir. En nuestra cultura jurídica, y en nuestra manera de entender el Derecho (algo, por cierto, que está muy en sintonía con una concepción como la de Kelsen), hemos relegado el tema de la interpretación, y ese es un grave error.

El filósofo del Derecho (quizás el jurista) más influyente de las últimas décadas ha sido Ronald Dworkin, y uno de sus trabajos más conocidos se titula precisamente "Law as interpretation". Lo que quiere decir con ello, y expresado de manera rápida, es que el Derecho no consiste fundamentalmente en un conjunto de normas (reglas y principios); eso constituye más bien los materiales en bruto del Derecho. El Derecho es una práctica social que consiste en interpretar esos materiales para contestar a las preguntas de qué es lo que el sistema jurídico tal establece en relación con tal o cual cuestión. El Derecho, en definitiva, es una práctica interpretativa. Bueno, se podría quizás objetar que Dworkin utiliza una noción muy amplia de interpretación y que cuando habla del Derecho, en lo que está pensando es en el Derecho en relación con los casos difíciles que se les presentan a los jueces. De manera que tendría sentido decir que, en una acepción algo estricta de la expresión "interpretación", la mayoría de los casos (los casos fáciles) son resueltos por los jueces sin necesidad de interpretar (in claris...); y que, además, el Derecho no es sólo el Derecho judicial. Todas esas consideraciones pueden llevarnos a pensar que hay cierta exageración en el planteamiento de Dworkin. Pero al mismo tiempo estoy muy convencido de que conocer con un mínimo de detalle la teoría de Dworkin sobre la interpretación jurídica tendría que ser un componente esencial en la cultura de cualquier jurista. Precisamente porque le suministra una serie de criterios indispensables para manejarse con los casos difíciles que, al fin y al cabo, son los que requieren de los juristas una especial pericia, un especial

conocimiento; y le permite también entender a fondo en qué consiste el Derecho.

Me parece que aproximadamente lo contrario es lo que puede decirse de la manera kelseniana de plantear la interpretación. Como se sabe, para Kelsen las normas son marcos abiertos a diversas posibilidades de interpretación, y de ahí que la interpretación implique siempre también creación del Derecho: en el caso del juez, determinar una norma individual dentro de ese marco. En realidad, Kelsen distingue entre la interpretación doctrinal, la llevada a cabo por el científico del Derecho, que no puede consistir más que en señalar los límites de ese marco; y la interpretación operativa, la que efectúa el juez al crear, de manera discrecional, una norma individual que se sitúa dentro de esos límites. De manera que lo que viene a decir Kelsen es que la teoría del Derecho (la razón jurídica) puede servirle de muy poco al práctico, al juez; y que las decisiones interpretativas que este último toma son precisamente eso, decisiones, puros actos de voluntad, sobre los cuales no cabe ejercer un control racional. Aunque a muchos les pueda resultar extraño oírlo, en materia de interpretación y aplicación del Derecho, Kelsen fue un autor irracionalista que llegó a sostener, nada más y nada menos, que la lógica no se aplica a las normas; o sea, que no existiría algo así como el silogismo judicial (que es un silogismo práctico, no teórico, pues su premisa mayor es una norma). Y esta es, creo yo, una muy buena razón para pensar que, aunque Kelsen haya sido el jurista genial que todos sabemos, si se quiere, el mayor jurista del siglo XX, su concepción del Derecho es manifiestamente inadecuada para dar cuenta de nuestros Derechos; especialmente, de los Derechos del Estado constitucional, en los que la interpretación adquiere un especial relieve. Luego volveré sobre esto.

Decía antes que relegar o, al menos, situar en un plano secundario el tema de la interpretación es y ha sido un rasgo característico de nuestra cultura. Pero en relación con esto quisiera añadir lo siguiente. Cuando estudiábamos, me refiero a mi época de estudiante, la parte general del Derecho civil recuerdo que el libro que se nos recomendaba (al menos para los primeros temas) era el de Federico de Castro y Bravo. La verdad es que no creo que hiciéramos un esfuerzo muy serio por estudiar a fondo

ese libro, pero me parece que todos o casi todos los estudiantes entendíamos muy poco de aquellas páginas que considerábamos sumamente abstrusas. Luego oí también a grandes juristas (uno de ellos, Julio González Campos) hablar con gran admiración de De Castro, el gran maestro del Derecho civil español, pero la verdad es que dada la poca comunicación que suele haber entre las diversas disciplinas jurídicas (por ejemplo, entre los civilistas que son los que siguen teniendo a su cargo los temas de la teoría general del Derecho, y los filósofos del Derecho, que explicamos ahora –como sustituto del antiguo “Derecho natural”- una materia que lleva por título “teoría del Derecho”), nunca había vuelto a leer aquellas páginas, hasta hace algunos días, para preparar esta conferencia. Y la verdad es que me he llevado toda una sorpresa. Si uno prescindiese de alguna que otra referencia estrambótica e innecesaria a la ley eterna, del sesgo ideológico que rezuman algunos párrafos y de cierta obsesión antipositivista, con lo que se encuentra es con un tratamiento de la interpretación (dentro de lo que denomina “la realización del Derecho”) de considerable interés y que, me parece, si fuera tomado a fondo, se vería que es incompatible con mucho del formalismo jurídico que sigue aquejando a la práctica judicial y, en general, jurídica, en España. Yo creo que ese fondo formalista de nuestra cultura es tan fuerte que sigue estando presente incluso cuando los jueces actúan (interpretan las normas) de una manera que habría que llamar no formalista.

Estoy pensando en una sentencia de 3 de junio de 2014 de la sala primera del Tribunal Supremo, que cambió la línea jurisprudencial que hasta entonces había defendido, y aceptó que el maltrato psicológico era también causa de desheredación, aunque el art. 853, ap. 3 del Código civil se refiere únicamente al maltrato de obra. En mi opinión, la decisión del Tribunal fue acertada (y, como digo, poco o nada formalista en cuanto al fondo), pero su justificación es, casi podría decir, una contradicción en los términos: o sea, por un lado, fundamento segundo, 3, afirma que las causas de desheredación no son susceptibles “de analogía ni de interpretación extensiva”, pero al mismo tiempo (fundamento segundo, 4) al tribunal le parece que eso no es contradictorio con aceptar que “el maltrato psicológico...debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra” . Ahora bien –

tendría uno que preguntarse- ¿cómo no va a ser un ejemplo de uso del argumento analógico, a simili, si lo que se está haciendo es extender un caso previsto por la ley (el maltrato de obra) a otro no previsto (el maltrato psicológico)? ¿Por qué el tribunal siente, de alguna forma, la necesidad de ocultar lo que realmente está haciendo? Se podría quizás replicar que no hay en realidad contradicción, porque el Tribunal Supremo lo que estaría haciendo (lo que dice que ha hecho) es simplemente una interpretación del art. 853.3 (el que habla de maltrato de obra) de acuerdo con la realidad social del momento (utilizando uno de los criterios de interpretación del art. 3.1), y, por tanto, no usando la analogía o la interpretación extensiva. Pero eso denotaría, me temo, un error conceptual, puesto que analogía, interpretación extensiva e interpretación evolutiva no son términos o conceptos antitéticos, sino que suelen caminar juntos: en este caso, efectivamente, el Tribunal realizó una interpretación evolutiva que produjo el efecto de ampliar el significado de la expresión “haberle maltratado de obra” (del art. 853.3) incluyendo también el maltrato psicológico (interpretación extensiva), y para lo cual se sirvió del argumento por analogía.

Y esto me lleva a señalar un segundo punto, a propósito de la interpretación, que también tiene su importancia: la necesidad de distinguir entre diversas nociones de interpretación y de clarificar la estructura de lo que puede entenderse por “problema de interpretación”.

Sobre lo primero. No cabe duda de que hablamos de “interpretar” en varios sentidos distintos; se trata, pues, de un término ambiguo. Dos de esos significados revisten particular importancia, porque se conectan también con dos maneras características (relativamente antitéticas) de concebir la interpretación en general, y la interpretación jurídica en particular. En un primer sentido, en un sentido muy amplio de la expresión, interpretar equivale a entender, a comprender. Por ejemplo, yo creo ahora haber interpretado, comprendido, mejor el libro de Derecho civil de Federico de Castro. Es aproximadamente, sin entrar en detalles, la noción de interpretación que manejan los partidarios de la hermenéutica y la que esencialmente tiene en cuenta también Dworkin (o la que tenía en cuenta Betti) cuando decía que el Derecho es una práctica

interpretativa. Pero hay también otra acepción de interpretación (en un sentido más restringido) que es básicamente la que suele usarse en el Derecho, cuando decimos que tal problema jurídico entraña una dificultad interpretativa. Queremos decir con ello (recordemos el ejemplo anterior) que el problema en cuestión se resuelve aplicando una determinada disposición (un artículo), pero esa disposición utiliza algún término cuyo significado es dudoso. La estructura de un problema interpretativo (en este segundo sentido) consiste entonces en dar el paso de una disposición (un enunciado sin interpretar) a una norma, esto es, al significado que se le atribuye a la disposición, al enunciado interpretado. Y para dar ese paso necesitamos recurrir (se puede hacer de manera explícita o implícita) a algún argumento interpretativo. Ejemplos de esos argumentos: a contrario, por analogía, a fortiori, ad absurdum, a coherencia, a completudine, psicológico, sistemático, ab autoritate... Por otro lado, en un argumento puede distinguirse una forma o estructura, un contenido (el contenido de las premisas), y el uso del argumento para obtener ciertos propósitos. Y eso es lo que explica que en el caso anterior nos encontráramos con que su estructura era una analogía, una de cuyas premisas (la que se refiere a la identidad de razón) habría sido establecida aduciendo la razón, el criterio interpretativo, que hace referencia a la realidad social del momento, etc. y cuyo uso tenía el propósito de ampliar el sentido de la expresión "maltrato de obra". Y explica también que quien perseguía otros propósitos (el abogado de la parte perdedora) se esforzara por negar la analogía, etc.

Pues bien, en la filosofía del Derecho de las últimas décadas pueden distinguirse quizás dos grandes maneras de entender la interpretación. Una es la característica de los iusfilósofos analíticos como, por ejemplo, Guastini. Lo que él hace es clarificar los extremos que acabamos de ver, pero sin pretender más que construir una teoría descriptiva-explicativa de la interpretación. El teórico del Derecho, a la manera de Kelsen, tendría que limitarse a señalar en qué consiste esa estructura, qué argumentos pueden usarse para obtener tal propósito, pero nada más. O sea, no cabría una teoría normativa que sirviera de orientación al jurista, en el sentido de que le indicara hacia donde debería dirigirse la interpretación; o, mejor dicho, la única orientación que puede darle ese tipo de teoría

sería de carácter técnico o instrumental (si quieres lograr F debes utilizar M), pero no puede decir nada sobre los fines y valores de la interpretación, porque eso quedaría fuera del ámbito de la razón. Dicho en la terminología al uso, la razón práctica, en el sentido estricto de la expresión (y esto es también lo mismo que pensaba Kelsen), es una contradicción en los términos; no existe tal cosa: la razón se limita al ámbito de lo puramente formal y de lo empírico.

Y la otra manera de entender la interpretación es la encarnada paradigmáticamente por Dworkin. Éste no presta mayor interés a lo anterior, a los aspectos técnicos de la interpretación, sino que considera que resolver un problema de interpretación en el Derecho significa esencialmente, dentro de los límites fijados por los materiales jurídicos, optar por el significado que suponga potenciar al máximo los valores que definen la práctica de que se trate. Y eso supone que el jurista necesita acudir a la filosofía moral y jurídica que mejor permita dar cuenta del Derecho y, en primer lugar, de la Constitución. Como es bien sabido, Dworkin piensa que siempre, o casi siempre, hay una única respuesta correcta para cada caso, y esa respuesta correcta es precisamente lo que ha de servir como guía para el jurista. De manera que se trata ahora de una teoría esencialmente normativa de la interpretación. Lo que debe hacer el jurista que tiene que resolver un problema de interpretación es esforzarse por encontrar esa respuesta correcta.

Ahora bien, esas dos maneras de entender la interpretación jurídica no tienen por qué ser consideradas como incompatibles entre sí, sino que en cierta medida (pero sólo en cierta medida) se complementan: los problemas de interpretación tienen una dimensión técnica, pero también una práctica en sentido estricto. Para decirlo con Ihering, el Derecho es una idea de fin y, por ello, la racionalidad práctica es tanto una racionalidad de medios como de fines. Pongo un ejemplo para aclararlo.

En este caso se trata de una sentencia muy reciente de la sala segunda del Supremo (18/01/2017), en la que se condenó a un cantante a un año de prisión y a seis años y seis meses de inhabilitación absoluta por haber publicado una serie de twitters que el Tribunal consideró caían dentro de lo establecido por un artículo del código penal que se refiere a lo que suele llamarse "discurso del odio". El artículo hacía referencia, en concreto, a las acciones de

enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas. La estructura del problema difiere algo del anterior, pues aquí hay también involucrado un problema de calificación, de interpretación de los hechos. Pero, en fin, de lo que se trataba era de decidir si las expresiones "enaltecimiento del terrorismo" y "humillación de las víctimas" debían entenderse en el sentido de incluir todas las que, de acuerdo con el sentido usual de las palabras, significaran eso¹ ; o bien debía exigirse también (como defendió el magistrado que suscribió un voto disidente: Perfecto Andrés Ibáñez) que lo escrito en los twitters tuviera alguna virtualidad para producir algún tipo de efecto, o sea, que él estaría apuntando al nivel perlocucionario del acto lingüístico².

No entro en los detalles, que seguramente muchos de ustedes conocen. Y me limito a hacer el siguiente comentario. Parece claro que ambas interpretaciones respetan el marco normativo al que se refería Kelsen, ¿pero significa eso que entonces, desde el punto de vista jurídico, de una teoría de la interpretación jurídica, no hay ninguna razón para considerar que una de esas interpretaciones es mejor que la otra o, dicho de otra manera, que una es la respuesta correcta al problema, y la otra no lo es? A mí me parece que hay muy buenas razones para pensar que el magistrado disidente es el que tenía de su lado la razón jurídica. Pero se trata de razones que, desde luego, uno no podría encontrar acudiendo a Kelsen o a Guastini ni, en general, a quienes suscriben ese tipo de concepción

¹ En el fundamento 6 se señala que: "Afirmaciones como las difundidas en la red por César Montaña, alimentan el *discurso del odio*, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano".

² "Perlocucionario" hace referencia a los efectos o consecuencias de un acto lingüístico, y se distingue de "locucionario" (lo que se dice) e "ilocucionario" (lo que se hace al decir algo).

Entresaco algunos párrafos del voto particular: "Según lo que acaba de exponerse, 'justificar' es un tipo de actividad que reclama como vehículo un cierto discurso mínimamente articulado. Y comoquiera que este verbo figura unido al de 'enaltecer' por la conjunción disyuntiva 'o' (expresiva de una idea de equivalencia), es obvio que la acción susceptible de ser de este segundo modo denotada con fines incriminatorios, habrá de ser equiparable a la primera, en lo relativo a la aptitud para producir efectos y a la calidad de estos". "Las frases recogidas en los hechos no tienen la mínima consistencia discursiva y, según se ha dicho, no pasan de ser meros exabruptos sin mayor recorrido, que se agotan en sí mismos; desde luego, francamente inaceptables, pero esto solo. Pues carecen, por su propia morfología y por razón del contexto y del fin, de la menor posibilidad de *conexión práctica* con algún tipo de actores y de acciones técnico-jurídicamente susceptibles de ser consideradas terroristas. En cualquier caso, pero más en el momento de nuestro país en que fueron escritas y difundidas". "En el caso de las relativas a las víctimas, debería tratarse de formulaciones capaces de hacer que una víctima hipotética pudiera considerarse directamente concernida y sentirse vilipendiada por ellas".

de la interpretación jurídica y del Derecho (hablando en general, los autores positivistas). Simplemente porque esas razones suponen acudir a los valores de la práctica, o sea, a los del Derecho penal de un Estado de Derecho, que necesariamente deben estar ligados a la idea de un Derecho penal mínimo.

4.

Y con eso llegamos a la segunda de las expresiones que aparecen en el título de la conferencia: el imperio de la ley, como aspecto esencial del Estado de Derecho. El caso anterior se conecta con la noción de Estado de Derecho, no sólo porque nos remita a ciertos valores que asociamos a esa noción. También porque cualquier jurista (iuspositivista o no) diría que, aunque equivocada³, la sentencia es vinculante y es la última razón (pero última no quiere decir correcta) que el Derecho provee para ese caso (salvo que fuera susceptible de ser recurrida, el recurso se interpusiera debidamente, etc.) en virtud de un principio vinculado al Estado de Derecho: el de la separación de poderes. Y finalmente porque seguramente habrá no pocos juristas (y no juristas) que considerarán que la sentencia de la mayoría es la respuesta correcta, la que los jueces tenían que dar, precisamente en virtud del imperio de la ley, que viene a ser algo así como el núcleo del Estado de Derecho. O sea -y así en cierto modo es como viene a argumentar la mayoría del Tribunal- a uno puede gustarle o no ese artículo del Código penal, considerar incluso que constituye una vulneración injustificada de la libertad de expresión. Pero dado que ese artículo fue establecido en forma debida, de acuerdo con ciertos procedimientos, y a no ser que (siguiendo también determinadas pautas) fuera declarado inválido, inconstitucional, es el Derecho en España, y lo que los jueces están obligados a aplicar.

Pues bien, el año pasado se cumplieron 50 desde la publicación, la primera edición, de un libro de Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, que sigue leyéndose y editándose hoy y que tuvo una gran influencia en nuestra cultura jurídica y política, y también en la redacción de la Constitución. La tesis fundamental que se defiende en ese libro es que un Estado de Derecho supone el cumplimiento de una serie de requisitos, a saber: el imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general; la separación de poderes; la legalidad de la Administración; y el

³ Pero es importante recalcar que, desde una concepción como la de Kelsen, no cabría hablar en esos términos; o sea, todas las sentencias que caen dentro de los límites de ese marco serían igualmente correctas.

respeto a los derechos fundamentales del hombre. Lo que quería decir también que "no todo Estado es un Estado de Derecho" (con esa frase empieza el libro) y que, en particular, no lo era el Estado franquista de la época (de 1966); eso, por cierto, es lo que explica que aquella primera edición del libro fuera secuestrada (fue el primer secuestro que se llevó a cabo en aplicación de la ley de prensa de Fraga), lo que era una manera de mostrar con los hechos que, efectivamente, en España no existía un Estado de Derecho.

Y la otra tesis fundamental del libro era que el Estado de Derecho había atravesado dos fases, la del Estado liberal y la del Estado social de Derecho, y a ellas debía sucederle (esa era la propuesta de filosofía política de Elías Díaz) una nueva forma que él llamó "Estado democrático de Derecho" y que vendría a ser una suerte de fusión entre el socialismo y la democracia. No coincide exactamente con lo que en nuestra Constitución se llama "Estado social y democrático de Derecho" o con alguna otra más o menos equivalente como la de "Estado constitucional", pero está muy próxima a ellas, en el sentido de que son compatibles: o sea, el socialismo democrático cabe dentro del Estado social y democrático de Derecho.

5.

Y volvamos de nuevo al tema de la interpretación. ¿Qué exigencias supone el Estado de Derecho, en particular, el imperio de la ley, en relación con la interpretación? ¿Son las mismas, con independencia de cuál sea el modelo de Estado de Derecho de que se trate? ¿Cómo deberíamos entender hoy el imperio de la ley y la interpretación?

Es imposible contestar de una manera breve a esas preguntas tan complejas, y con eso no quiero tampoco dar la impresión de que podría suministrar una respuesta completamente adecuada si dispusiera del tiempo suficiente para ello. Pero, en fin, me voy a limitar ahora a indicar, en forma inevitablemente algo dogmática, cuáles son las tesis que, en mi opinión, habría que defender al respecto.

1) La primera es que las anteriores notas del Estado de Derecho, las señaladas por Elías Díaz, nos permiten, creo yo, dar cuenta del por qué y el para qué de la interpretación jurídica. O sea, como en alguna ocasión he escrito, las dos primeras notas representan la dimensión de autoridad del Derecho, y explican por qué en el Derecho es tan importante la interpretación, a diferencia de lo que ocurre en la moral. Esa importancia deriva, pues, de la existencia de

textos dotados de autoridad, que es algo que no se da en la moral (me estoy refiriendo, claro está, a la moral autónoma, la moral justificada), pero sí en la teología. Y las dos últimas notas (la legalidad de la Administración viene a equivaler a la interdicción de la arbitrariedad) parecen vincularse con la dimensión valorativa del Derecho, con el contenido de justicia plasmado en la garantía de los derechos y de las libertades fundamentales. De manera que, cabría concluir de lo anterior, la autoridad es la respuesta al por qué se interpreta y marca unos límites a la interpretación, pero no puede serlo (o no puede serlo del todo) a la pregunta de para qué se interpreta, qué objetivos deben perseguirse con esa actividad; la respuesta a esto último es que se interpreta para mejorar la práctica en que consiste el Derecho, para obtener una respuesta a un problema jurídico que sea satisfactoria en términos de los fines y valores del Derecho.

2) La segunda tesis vendría a ser esta. El constitucionalismo contemporáneo (entendiendo por tal un tipo de realidad, una forma de ser de los ordenamientos jurídicos, y no una teoría del Derecho) significa un cambio bastante radical en materia de interpretación. Ese cambio, en países como el nuestro y en muchos otros, significa que la constitución –como dice Rubio Llorente- pasa a ser un texto susceptible de ser interpretado jurídicamente (por parte de los jueces y demás operadores jurídicos), mientras que antes sólo podía ser interpretada políticamente, por el legislador. Y si se tiene en cuenta que las constituciones constan, de manera muy preponderante, de enunciados que no son reglas en sentido estricto, sino principios y enunciados valorativos, y que, además, la primacía de la constitución lleva a que todas las otras normas del ordenamiento deban interpretarse conforme a ella, se llega inevitablemente a la conclusión de que en las últimas décadas (a medida que ha ido cobrando fuerza ese modelo del constitucionalismo), la interpretación haya asumido también una importancia decisiva para entender el Derecho y para operar en él. Eso se refleja inevitablemente en las maneras de entender el Derecho (en la teoría del Derecho), y de ahí la tendencia a que las corrientes muy estrictamente normativistas (imperativistas) como la de Kelsen, hayan perdido también el papel que tuvieron en otro tiempo.

3) Ahora bien, el cambio que se acaba de mencionar entraña también ciertos riesgos, y muchos juristas han visto en ese cambio una amenaza para el Estado de Derecho y, en particular, para el

imperio de la ley y la división de poderes. De acuerdo con esa opinión, el imperio de la ley significa que el Derecho tiene que estar conformado de manera muy esencial por reglas (o sea, no por principios, sino por pautas específicas de comportamiento), pues en otro caso no sería posible lograr la previsibilidad de la conducta a la que solemos llamar certeza jurídica; y es importante subrayar que este valor no es simplemente formal, puesto que la certeza es condición indispensable para la autonomía, para que los individuos puedan trazarse planes de vida y puedan controlar su existencia. Si por imperio de la ley se entendiera el imperio de los principios, o sea, del Derecho entendido fundamentalmente como un conjunto de principios y de valores, entonces a los jueces se les estaría atribuyendo un poder que iría en contra de otra de las notas del Estado de Derecho: de la división de poderes. Y esto es así, porque al tener que manejar un Derecho con tal grado de indeterminación, los jueces vendrían a ser en realidad los señores del Derecho: no se limitarían a aplicar normas previamente existentes, sino que las crearían al resolver los casos sobre los que tienen que decidir.

Yo creo que quien mejor ha expresado todos esos riesgos ha sido Francisco Laporta, en un libro de 2006, *El imperio de la ley. Una versión actual*, que es sin duda una obra importante y que todo jurista debería leer. Laporta traza ahí una serie de contraposiciones clásicas del pensamiento jurídico: normativismo frente a decisionismo; ley frente a constitución; subsunción frente a ponderación; positivismo frente a constitucionalismo; interpretación literal frente a interpretación teleológica y valorativa; etc. Y resalta el valor profundo que se encuentra en el primer término de cada diada: normativismo, ley, subsunción, positivismo, interpretación literal.

En ese libro se concede también una considerable importancia a una contraposición que anteriormente había hecho Dworkin entre dos maneras de ver el imperio de la ley: la “concepción-libro de reglas” y la “concepción-derechos”. De acuerdo con la primera, el poder del Estado sólo puede ejercerse contra los individuos si se hace de acuerdo con reglas preestablecidas en un libro público accesible para todos. Mientras que la segunda pone el énfasis en el reconocimiento de derechos para todos los ciudadanos, en la accesibilidad de los tribunales para reivindicarlos, en la importancia de los principios y de la justicia sustantiva como algo que está más allá de la justicia puramente formal. Esta segunda es la concepción que asume Dworkin, mientras que Laporta es un convencido defensor de la primera, de la concepción-libro-de-reglas, entre otras cosas porque le parece que el imperio de la ley tal y como él lo

entiende es condición necesaria para la persecución de todo ideal de justicia.

Pues bien, a pesar de reconocer el valor de las tesis de Laporta (y de los valores del legalismo), yo me inclino aquí más bien del lado de Dworkin y de los autores a los que solemos llamar hoy “postpositivistas”, como Nino, Alexy o el segundo MacCormick. Y lo hago por la misma razón que ya antes señalaba: porque me parece que el legalismo (el imperio de la ley entendido en el primero de los sentidos) constituye un componente esencial de un sistema jurídico, pero no es el único. El Derecho, fundamentalmente, es una práctica social con la que se trata de lograr ciertos valores (valores formales y sustantivos), y para ello resulta preferible adoptar el segundo tipo de concepción que, efectivamente (en esto lleva razón Laporta), presupone la otra.

4) Y con ello, y sin abandonar el libro de Laporta, llego a mi cuarta tesis. En el cap. XVIII, “La interpretación de la ley”, Laporta califica a su concepción como formalista; considera que “someterse a la letra de la ley, al significado propio de las palabras de la ley es algo implícito en ese ideal. El imperio de la ley sería así también una justificación del formalismo, de igual modo que el sentido de otras expresiones, tales como imperio de la justicia o imperio del derecho (concebido ‘derecho’ aquí como un conjunto abierto de reglas, principios y valores) podrían ser adelantar justificaciones a otros acercamientos distintos a los procesos de aplicación” (p. 191); y concluye que “la mejor visión de la interpretación” consiste en dirigir esta actividad “hacia el sentido propio de las palabras de la ley” porque, aunque pueda parecer paradójico, “el textualismo y el literalismo formalista es mejor en términos de consecuencias”(p. 192).

Bueno, yo creo que hay aquí cierta exageración por parte de Laporta (con el que he tenido oportunidad de discutir sobre este asunto en los últimos años) o, si se quiere, una ambigüedad que consiste en lo siguiente. Yo estoy desde luego plenamente de acuerdo con él en que lo mejor sería “decidir los casos, cuando ello es posible, de acuerdo con reglas mejor que de acuerdo con estándares, apegándose al significado más evidente de los textos legales y poniéndose el énfasis en valores como la certeza jurídica y la adhesión al entendimiento usual de los mandatos legales y constitucionales” (p. 192). Y la ambigüedad estriba en el “cuando ello es posible” de la anterior frase. O sea, estamos de acuerdo en que, en relación con los casos fáciles, esa es la actitud que debe adoptarse. Pero, en realidad, los casos fáciles son precisamente

aquellos en los que no surge una duda interpretativa. Quiere decirse con ello que cuando propiamente, en sentido estricto, hay que interpretar es más bien cuando eso “no es posible”, o no está claro que sea posible. ¿Y qué hacer entonces? Pues yo diría que abandonar el literalismo aunque, claro está, no hasta el punto de prescindir de los textos establecidos (establecidos por la autoridad), pues entonces no estaríamos ya interpretando, desarrollando coherentemente el Derecho, sino inventándolo. Y ese no puede ser el cometido de un juez.

Pero manteniéndose dentro de los límites del Derecho (del Derecho de un Estado constitucional) es mucha la capacidad de maniobra que le queda al juez y al intérprete en general. Me limito a poner un ejemplo sobre un asunto que he estudiado con cierto detalle en un trabajo de hace unos años. En relación con el problema que se planteó a propósito de los desahucios, los jueces españoles (antes de la famosa sentencia del Tribunal de Luxemburgo), habrían podido hacer mucho más de lo que hicieron, si hubiesen interpretado adecuadamente el Derecho español y hubiesen utilizado un instrumento que forma parte de nuestro Derecho: la figura del abuso del derecho. No habrían podido resolver el problema que se había planteado (eso sólo estaba, desde el punto de vista jurídico, al alcance del legislador), pero sí paliar algunas de las consecuencias más injustas de sus decisiones si no se hubiesen limitado a actuar (como expresivamente dijo el presidente de un Tribunal Superior de Justicia) “como los cobradores del frac de los bancos”.

5) Una consecuencia de todo lo anterior, de la manera de entender la interpretación y el Derecho dentro del constitucionalismo, es la importancia que adquieren las razones morales. O, dicho de otra manera, la tesis positivista de la separación (separación estricta, conceptual) entre el Derecho y la moral resulta, en mi opinión, insostenible. Nino mostró brillantemente cómo las razones jurídicas no podían servir por sí mismas como razones justificativas, lo que quiere decir que cualquier argumento justificativo efectuado por un juez (en eso consiste la obligación de motivar: en justificar la decisión) incluye un fragmento moral. Y esa relevancia de la moral (y, por tanto, de la filosofía moral y política para dar cuenta de nuestras prácticas jurídicas y poder participar en ellas de manera competente) adquiere una particular importancia en los casos difíciles en los que surgen problemas interpretativos. Me limitaré también aquí a dar un par de ejemplos.

Uno es el de la sentencia del Tribunal Constitucional español que declaró (aunque con varios votos disidentes) la constitucionalidad de la modificación del código civil para introducir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ni la mayoría ni los disidentes hicieron ninguna referencia expresa a argumentos morales, pero es obvio que las motivaciones que formularon tenían, como premisas implícitas, razones morales. En el caso de la mayoría, lo que sirvió para justificar lo que llamó “interpretación evolutiva” no fue otra cosa que la apelación a la moralidad social, al hecho de que la mayoría de la población española aceptaba esa institución; apelación, por cierto, que a su vez presuponía, por parte de los magistrados de la mayoría, la aceptación de que la opinión pública no se dejaba llevar, en relación con ese asunto, por puros prejuicios, o sea, que esas opiniones morales estaban justificadas.

Y otro ejemplo llamativo, sobre el que también he escrito recientemente, es el de la maternidad subrogada. Como se sabe (mejor dicho, no se sabe, porque se suele decir que ese tipo de contrato está prohibido en España, cuando no es así, sino que es nulo de pleno Derecho; la nulidad no equivale –o no siempre- a la ilicitud) la ley española niega validez a esa práctica, y eso ha llevado a que diversas parejas de españoles (sobre todo, de homosexuales varones) hayan ido a celebrar contratos de ese tipo a lugares en los que se le reconoce validez (por ejemplo, en California), y luego han tenido el problema de que no han podido inscribir a los niños nacidos de ese modo en el registro español. Hay un caso célebre que llegó al Tribunal Supremo y resolvió la sala tercera en 2014, también con algunos votos disidentes. La argumentación del fallo mayoritario, en lo esencial, consistió en dar por sentado que esa práctica estaba prohibida en España (primer error), para pasar luego a sostener (segundo error) que la prohibición integraba el concepto de orden público español, de manera que no se podía proceder a la inscripción. Omito otros detalles del caso y me limito a recordar que para dar este segundo paso (la incompatibilidad con el orden público español), el Tribunal Supremo se refiere a la dignidad humana que, como parece bastante obvio, es un concepto moral donde los haya: yo diría que la base de cualquier sistema moral justificado. Pero no pensó que tuviera que dar alguna razón de por qué atentaba contra la dignidad, de qué entendía por dignidad, etc. Para decirlo rápidamente: los magistrados se limitaron a exponer sus prejuicios, en lugar de construir –como requería el caso- un argumento moral cuidadoso...lo que, por cierto, les habría llevado, en mi opinión, a la conclusión de que la maternidad subrogada, en sí misma

considerada, no supone ningún atentado contra la dignidad humana.

6) Y termino ya con una tesis que resume lo que he tratado de defender en esta conferencia. La interpretación, entendida la expresión en un sentido algo amplio, es probablemente el concepto central del Derecho. Y prueba de ello es, yo diría, que cuando un jurista participa en foros, comisiones, etc. con otros profesionales, la seña de identidad de la profesión es precisamente esa: cierta capacidad para entender y para resolver problemas de interpretación. Esa importancia y centralidad se ha visto incrementada como consecuencia del constitucionalismo contemporáneo. Y lleva a entender el imperio de la ley, el Estado de Derecho, de una manera que permita dar cuenta del carácter autoritativo del Derecho y de la necesidad de que la mayoría de las cuestiones jurídicas tengan una respuesta basada en reglas en sentido estricto; pero también de la existencia de casos que no pueden decidirse justificadamente sin tomar muy en cuenta los principios y valores del sistema, y sin recurrir a procedimientos interpretativos (incluida la ponderación), precisamente para poder satisfacer lo que, en fin de cuentas, viene a ser el ideal regulativo del Estado de Derecho: la justicia a través del Derecho.

Paz Andrés se refirió en su presentación a que, en buena medida, uno es también aquello a lo que renuncia en su vida; decidir hacer algo significa normalmente descartar muchas alternativas, muchos otros posibles cursos de acción. Yo renuncié en su momento a desarrollar mi vida profesional aquí en Asturias, y mi contacto con esta institución ha contribuido mucho a que se haya agudizado la percepción de lo que con ello perdí. Confío, de todas formas, en que haya conservado algo de las virtudes que uno puede observar en la gente de esta tierra, en mis paisanos. Una de las cuales es la extraordinaria amabilidad que uno se encuentra por todas partes y de la que han hecho gala ustedes al escucharme con tanta paciencia y durante tanto tiempo.
Muchas gracias.