

## LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS MORALES DEL DERECHO\*

Roberto M. JIMÉNEZ CANO

### I. INTRODUCCIÓN

Que las normas jurídicas contienen referencias a estándares morales es un hecho.<sup>1</sup> Basta hojear cualquier Constitución escrita para darse cuenta de ello. Las Constituciones están repletas de referencia a valores, principios morales, ideales de justicia o derechos fundamentales. Ahora bien, estas referencias no suponen una novedad jurídica ni de la época actual ni de los textos constitucionales. Más allá de las normas constitucionales acerca de valores y derechos, piénsese en las referencias a la moral o a las buenas costumbres de los diversos códigos nacionales, como los artículos 1255 y 1271 del Código Civil español, que sostienen respectivamente que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la moral o no tengan como objeto un servicio con-

\* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007 (Ministerio de Ciencia e Innovación de España).

<sup>1</sup> Ni siquiera los positivistas jurídicos excluyentes niegan la inclusión de conceptos morales en las normas jurídicas siempre que las haya, tampoco niegan que las normas jurídicas puedan estar motivadas por principios o valores morales, ni siquiera niegan que los operadores jurídicos estén obligados a aplicar su contenido cuando estén referidos en normas jurídicas o que éstos recurran a argumentos valorativos en sus tareas de decisión jurídica. Véase, por ejemplo, Kelsen, H., “Justicia y derecho natural”, traducción de E. Díaz, en Varios autores, *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966, p. 101; Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, p. 109; Escudero, R., “Arguments against Inclusive Legal Positivism”, en Moreso, J.J. (ed.), *Legal Theory, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, vol. I, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft 106, 2006, pp. 47; Jiménez Cano, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 198.

trario a las buenas costumbres. O en el artículo 444, fracción III, del Código Civil Federal mexicano, según el cual la patria potestad se pierde, entre otros motivos, cuando la moralidad de los hijos se comprometa debido a las costumbres depravadas de los padres.

La cuestión que aquí interesa no es desentrañar el significado específico que cada uno de esos ideales, valores, principios morales o derechos posee, ni a nivel filosófico ni en cada sistema jurídico particular, sino la fuente de significado de todos ellos con carácter general. En otras palabras, si interpretar un texto no es más que atribuir sentido o significado a un fragmento del lenguaje,<sup>2</sup> la pregunta que nos concierne es: ¿cómo se atribuye significado a los textos jurídicos con referencias morales?

La respuesta ni ha sido unánime ni específica para este tipo de textos jurídicos, de tal forma que las respuestas que puedan darse bien son esencialmente las mismas que para cualquier texto jurídico, bien están íntimamente relacionadas. Tales respuestas pueden sintetizarse en cinco.<sup>3</sup> En primer lugar, se podría acudir a aquello que consideraban moral o inmoral los redactores de las normas jurídicas o, en términos tradicionales, a la voluntad del legislador o del Constituyente. En segundo lugar, la cuestión podría resolverse atendiendo a lo que opinan la mayoría de los ciudadanos en el momento de la aplicación normativa, es decir, a la moral social vigente. En tercer lugar, cabría entender que las referencias a la moral son apelaciones a la moral objetiva y que, por ende, se deberían aplicar los preceptos pertinentes de este tipo de moral. En cuarto lugar, podría averiguarse el objetivo al que sirve el sistema jurídico en cuestión e interpretar la norma de acuerdo con la mejor manera de alcanzar dicho objetivo según el intérprete. En quinto y último lugar, es posible llegar a la conclusión de que los conceptos morales son tan controvertidos que ninguna de las anteriores respuestas es satisfactoria y que, por ende, la solución viene dada por el propio operador jurídico atendiendo a su discrecionalidad. En las siguientes páginas se analizarán las diferentes alternativas de respuesta, finalizando con unas palabras conclusivas.

<sup>2</sup> Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de M. Gascón y M. Carbonell, México, UNAM, 3a. ed., 2001, p. 2.

<sup>3</sup> En este sentido puede verse Moreso, J. J., “La lectura moral del derecho”, *Revista de Libros*, num. 142, octubre de 2008, pp. 11 y 12.

## II. LA LECTURA INTENCIONAL

La expresa alusión a los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecario, así como a la exigencia de pacto expreso, para extender a los supuestos que contemplan el alcance objetivo de la hipoteca, no permite albergar duda alguna acerca de la voluntad de los constituyentes del gravamen, y no ha oscuridad o sombra acerca de ésta que permita restringir dicha extensión, situando fuera de ella, conforme a la regla general del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, los bienes que servían a la explotación de la finca hipotecada y se hallaban al servicio de la industria que se desarrollaba en él, pues, según el conocido aforismo que rige en la labor hermenéutica, —*in claris non fit interpretatio*— tal claridad convierte en improcedente, por innecesaria, toda labor interpretativa [sentencia del Tribunal Supremo de España núm. 620/2008, Sala de lo Civil, Sección 1, del 30 junio de 2008, fundamento de derecho 2o].<sup>4</sup>

De acuerdo con este extracto, el texto del artículo 111.1 de la Ley hipotecaria refleja, en su redacción, tan claramente la voluntad de los constituyentes de la hipoteca que cualquier (otra) interpretación es improcedente por innecesaria. Tal opinión proyecta claramente la pretensión del conjunto de familias englobadas en la denominada “teoría cognitiva de la interpretación” y que consideran a ésta como una tarea consistente en descubrir y exponer el significado preexistente de los textos jurídicos. Los enunciados resultado de la interpretación pueden ser calificados de descriptivos y, por tanto, de verdaderos (o falsos) al ser empíricamente contrastados con la voluntad del legislador.<sup>5</sup>

Ahora bien, aunque en ocasiones las teorías cognitivas se presenten propiamente como teorías, es decir, como construcciones intelectuales dirigidas a describir el ser del proceso de aplicación e interpretación jurídica, lo cierto es que suelen tratarse de auténticas ideologías que prescriben cómo debe ser tal proceso. En efecto, las teorías cognitivas se fundamentan en las ideas, desarrolladas durante la Ilustración y en la Codificación, de la separación de poderes, el imperio de la ley, la certeza jurídica y del derecho como fruto

<sup>4</sup> El artículo 111 de la Ley Hipotecaria, texto refundido según decreto del 8 de febrero de 1946, prescribe que “Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá: 1. Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto [...]”.

<sup>5</sup> Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 13 y 14; Cuenca Gómez, P. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 338-367.

de la voluntad del legislador. El derecho es únicamente creado por el legislador, mientras que los jueces son su boca, sólo pueden aplicarlo, sin más.<sup>6</sup> Durante el iluminismo ninguna interpretación por parte del juez era aceptada, pues “interpretar” parecía implicar cierto ámbito de discrecionalidad judicial y, por ende, de creación judicial del derecho contraria a la doctrina de la división de poderes.<sup>7</sup> La literalidad del texto de la ley (el significado de las palabras que lo componían) reflejaba fielmente la voluntad de un legislador racional capaz de prever todos los problemas sociales y prescribir sus soluciones. Por ende, el juez debía atenerse a la literalidad del texto normativo, pues *in claris non fit interpretatio*, y, sin más, aplicarlo mecánicamente.<sup>8</sup> Tras la entrada en escena de la Escuela de la Exégesis, y sólo en caso de oscuridad textual, el aplicador podía interpretar esas palabras acudiendo a un criterio subjetivo como es el de descubrir la intención verdadera que se encuentra tras las palabras de la ley.<sup>9</sup> La función de la interpretación no es otra que averiguar el contenido de esa voluntad y poner de manifiesto las verdaderas ideas que el legislador quiso expresar.<sup>10</sup>

Este tipo de interpretación también es propia del denominado “originalismo” en el ámbito estadounidense, esto es, de la teoría que confiere fuerza obligatoria a las intenciones de quienes lo adoptaron y que determina que los jueces, en la aplicación e interpretación constitucional, deben guiarse por la intención de los redactores del texto constitucional o padres fundadores.<sup>11</sup> La idea central del originalismo no es otra que comprender la clara

<sup>6</sup> Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, traducción de R. de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993, p. 94; Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 14; Cuenca Gómez, P. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., p. 345.

<sup>7</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, traducción de M. Blázquez y P. de Vega, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, libro XI, capítulo VI, pp. 175-187.

<sup>8</sup> La literalidad (o interpretación literal) de la ley queda vinculada al adagio *in claris non fit interpretatio* en el fundamento jurídico 3o. de la sentencia del Tribunal Supremo de España (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3), del 29 de enero de 2008. Sobre la forma de aplicación formal o mecanicista de las normas jurídicas véase Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed. traducción M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 265-271.

<sup>9</sup> Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 340-342.

<sup>10</sup> Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pp. 49 y 50; Vernengo, R. J., “Interpretación”, en Garzón, E. y Laporta, F. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2000, pp. 252 y 253.

<sup>11</sup> Brest, P., “The Misconceived Quest for Original Understanding”, *Boston University Law Review*, núm. 60, 1980, p. 204; Maltz, E., “Forward: The Appeal of Originalism”, *Utah Law Review*, 1987, p. 773. Sobre el originalismo en general, y en lengua española, pueden verse Lora, P. de, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, y Dorado, J., *El debate*

línea divisoria entre el *significado original* de un precepto constitucional y su subsiguiente interpretación. Un originalista sería el intérprete que conoce tal diferencia y otorga autoridad a los redactores o padres fundadores en lugar de a sus sucesores.<sup>12</sup>

El “originalismo”, como teoría de la interpretación jurídica, en realidad envuelve dos pretensiones diferentes, una de teoría literaria y otra de teoría política.<sup>13</sup> El argumento literario se basa en la idea de que el significado de un texto no es otra cosa que aquello que su autor quiso comunicar. Ahora bien, la pretensión de que es posible conocer la voluntad original de los redactores de las normas jurídicas ha sido uno de los blancos de crítica a los que se ha tenido que enfrentar la teoría de la intención original. Este conjunto de críticas pueden catalogarse dentro de dos categorías diferentes, la empírica o historiográfica y la teórica o normativa.<sup>14</sup>

La crítica empírica se articula alrededor de dos frentes, uno sobre la cuestión de a quién se le puede atribuir la condición de redactores, promulgadores o padres fundadores, y otro acerca de la posibilidad de determinar “sus intenciones”.<sup>15</sup> Por un lado, no queda claro a quién cabe atribuir la autoría de las normas jurídicas. Piénsese por un momento en el caso de la Constitución Española. ¿A quiénes se puede considerar autores de ésta?, ¿a los ponentes constitucionales?, ¿a los miembros de las comisiones?, ¿a los diputados que votaron el texto?, ¿al pueblo que lo ratificó? Por otro, hablar de las intenciones de los autores no entraña desenmarañar la intención de cada autor individualmente —lo que cada uno pensaba que sus palabras significaban para otros—, cosa de por sí bastante difícil, sino que, realmente, requiere concretar la voluntad colectiva de dichos autores.<sup>16</sup> La labor de de-

*sobre el control de constitucional en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.

<sup>12</sup> Powell, H. J., “Rules for Originalists”, *Virginia Law Review*, núm. 73, 1987, p. 676.

<sup>13</sup> Goldford, D. J., *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 122.

<sup>14</sup> Goldford, D. J., *The American Constitution and the Debate over Originalism*, cit., pp. 146-153.

<sup>15</sup> Kay, R.S., «Adherence to the original intentions in constitutional adjudication: three objections and responses», *Northwestern University Law Review*, 82, 1988, pp. 243-250. Sobre la imposibilidad de obtener una única intención o un único significado véase esta misma obra en pp. 236-243. Véase, también, Lyons, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica*, traducción S. Álvarez, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 192 y 193. Acerca de las intenciones del legislador en general puede verse Marmor, A., *Interpretación y teoría del derecho*, traducción de M. Mendoza, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 201-236.

<sup>16</sup> En este sentido, a juicio de Larry Simon, el originalismo presupone tres pretensiones. En primer lugar, que, como un asunto de realidad psicológica e histórica, existió un estado mental colectivo de un grupo de personas que participaron en la redacción o en la adopción original de una constitución y que tal estado mental determina los significados que dichas

terminar tal intención colectiva y proyectarlas al futuro sería prácticamente imposible de realizar y no dejaría de ser un ejercicio de imaginación.<sup>17</sup> Por último, la voluntad del legislador requiere, en especial cuando su origen se aleja en el pasado, tanto de la consideración de una masa enorme de material que implica, además, una evaluación de su fiabilidad, como el adentrarse en la atmósfera filosófico-política, en las costumbres, las actitudes y los prejuicios de una época que no es la actual. Esto precisa del originalista una tarea más propia del historiador que del jurista.<sup>18</sup> Y tal investigación histórica es, para los críticos, una empresa muy complicada.<sup>19</sup> Finalmente, incluso si tal histórica intención colectiva pudiera conocerse, no podría determinarse aún sus intenciones sobre multitud de problemas actuales que ni siquiera pudieron imaginarse.<sup>20</sup> Además, cuando se está ante un texto normativo promulgado hace centenares de años, como es el caso de la vigente Constitución de los Estados Unidos, el significado actual de un término moral puede ser enormemente dispar al del revelado por la intención original.

La crítica teórica o normativa, por su parte, considera que el problema para descubrir (y describir) las intenciones no es tanto la dificultosa, cuando no imposible, tarea de investigación histórica, sino la imposibilidad de aprehender todo un contexto histórico ajeno sin recrear nuestro propio contexto presente. En este sentido, Ronald Dworkin ha considerado que no hay algo

personas —como grupo— pensaron que tenían los diferentes preceptos constitucionales. En segundo lugar, que los operadores jurídicos pueden actualmente, a través de una investigación histórica, llegar a comprender de manera razonablemente fiable y cierta ese estado mental relacionado con un número sustancial de preceptos constitucionales. Y, en tercer lugar, que el significado proporcionado por la investigación de este estado mental está dotados de autoridad, si no descriptivamente (porque los tribunales de hecho no dan a la constitución esos significados), sí al menos normativamente (es decir, al documento se le deben dar esos significados). Véase Simon, L., “The Authority of the Constitution and Its Meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation”, *Southern California Law Review*, num. 58, 1985, p. 636.

<sup>17</sup> Brest, P., “The Misconceived Quest for Original Understanding”, *cit.*, p. 221.

<sup>18</sup> Scalia, A., “Originalism: The Lesser Evil”, *University of Cincinnati Law Review*, núm. 57, 1989, pp. 856 y 857.

<sup>19</sup> Sobre estas objeciones véase Brest, P., “The Misconceived Quest for Original Understanding”, *cit.*, p. 204-254; Powell, H. J., “Rules for Originalists”, *cit.*, pp. 673 y 674; Kay, R.S., “Adherence to the original intentions in constitutional adjudication: three objections and responses”, *cit.*, pp. 250-253; Huston, J. H., “The Creation of the Constitution: The Integrity of the Documentary Record”, *Texas Law Review*, 65, 1986, pp. 1-39; Dworkin, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1986, pp. 318-327 y 363-369; Leonard, W., *Original Intent and the Framers' Constitution*, New York, Macmillan, 1988, pp. 1-30.

<sup>20</sup> Es cierto, no obstante, que todos estos inconvenientes “históricos” quedan muy reducidos si se trata de constituciones recientes, de las cuales se guardan un vasto material documental. Véase al respecto Tarr, G. A., *Comprendiendo las constituciones estatales*, traducción D. A. Barceló, México, UNAM, 2009, pp. 299 y 300.

así como una intención de los padres fundadores esperando a ser descubierta, tan sólo hay algo que espera ser inventado.<sup>21</sup> Por tanto, la intención no es tanto descubierta como construida y, por ende, más que describir cuáles eran las intenciones reales de los legisladores se prescriben.

Tal construcción o prescripción seguramente pretende asegurar el argumento político defendido también por el originalismo. Dicho argumento se fundamenta en la creencia de que, para evitar el activismo judicial, asegurar la separación de poderes, el imperio de la ley y preservar la democracia, lo único que se puede hacer es una aplicación neutral del derecho para así guardar fidelidad a la intención de los constituyentes.<sup>22</sup> En efecto, desde el momento en que los jueces no son responsables de sus decisiones ante las mayorías electorales, éstos deben ser responsables ante los padres fundadores. Si los jueces no se mantuvieran fieles a las intenciones de los legisladores, entonces no serían responsables en absoluto y su poder devendría antidemocrático. De la misma manera, afirmar que se está ante un gobierno de leyes y no de hombres necesita que los jueces, a la hora de resolver los casos, se atengan precisamente a la ley y no a sus propios valores.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, p. 39.

<sup>22</sup> Bork, R., *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990, pp. 146 y 153.

<sup>23</sup> Goldford, D. J., *The American Constitution and the Debate over Originalism*, cit., p. 125; Bork, R., *The Tempting of America*, cit., p. 143. Este razonamiento político del originalismo es la base del argumento contramayoritario frente al control de constitucionalidad de las leyes (*judicial review*). Sobre este debate puede verse Waluchow, W. J., *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basado en el Common Law: un árbol vivo*, traducción de P. de Lora, Madrid, Marcial Pons, 2009; Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter antimayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996; Linares, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid, Marcial Pons, 2009. No obstante, tal argumento político ha sido objeto de varias críticas, las cuales han orbitado sobre dos ejes, el dudoso carácter democrático de un proceso con escasa participación popular y la ilegitimidad de que las opiniones de esa parte reducida del pueblo obliguen a futuro. Aunque se invoque al pueblo como sujeto aceptante de la Constitución y obligado por ello, lo cierto es que, tratándose de Constituciones adoptadas hace siglos como la de los Estados Unidos, la versión intencionalista del originalismo no tiene en cuenta al Pueblo, sino a una mínima parte de él: a los redactores, promulgadores o fundadores, quedando fuera del proceso decisorio no sólo una gran parte de los varones adultos blancos, sino las mujeres, los niños, los esclavos y los indígenas. Además de esta falta de legitimidad política, se señala la dudosa legitimidad moral de ese pequeño grupo de personas que creó obligaciones político-jurídicas partiendo de ideas tales como que las mujeres no eran iguales a los hombres, que la esclavitud era una institución digna de perpetuarse o que los indios debían someterse. Finalmente, no existe justificación de cómo en esas condiciones las opiniones tomadas en el pasado pueden obligar a las personas del presente. Véase al respecto, Lyons, D., *Aspectos morales de la teoría jurídica*, cit., pp. 196 y 197. Obviamente todos estos problemas políticos decrecen en constituciones más democráticas y más cercanas en el tiempo, pero, en todo caso, el argumento político sólo sirve para las democracias y no para

En definitiva, el originalismo, pese a su apariencia de neutralidad política, es, en realidad, una teoría normativa de la interpretación jurídica cuyo propósito no es otro que regular la decisión judicial para impedir una interpretación política (diferente) de la Constitución.<sup>24</sup> El originalismo no considera que la intención original sea uno de los materiales a tener en cuenta a la hora de interpretar el texto constitucional, ni siquiera consideran que sea lo más importante, sino que entienden que es el que tiene fuerza obligatoria. En este sentido, el significado que *debe* atribuirse a las referencias morales contenidas en las normas jurídicas vigentes no es otro que el determinado por lo que los legisladores quisieron que tales referencias significaran.

### III. LA LECTURA LINGÜÍSTICA

El originalismo, no obstante, no siempre se presenta como aquella teoría que exige la atribución de significado a un texto legislativo de acuerdo con la intención original de sus autores. En ocasiones, atribuye fuerza obligatoria no a la intención original, sino a lo que los primeros lectores del texto legislativo entendieron que éste significaba.<sup>25</sup> O, en otras palabras, el significado de, por ejemplo, un término moral contenido en una norma jurídica vigente viene determinado por aquello que un hablante competente de la comunidad lingüístico-social apropiada en el momento de la promulgación de la norma entendía que significaba. A esta versión de originalismo, frente a al originalismo de la intención original, se le conoce con el nombre de originalismo semántico o, simplemente, textualismo.

El textualismo originalista se fundamenta en la misma teoría política que el originalismo intencional, pero, al volcarse meramente en significados, pretende escapar a la compleja tarea de determinar intenciones colectivas. Sin embargo, el originalismo semántico puede, en el caso de textos normativos antiguos, adolecer tanto de los mismos problemas empíricos que la versión intencionalista a la hora de investigar los usos y el léxico del pa-

los sistemas jurídicos de origen nodemocrático (Raz, J., “La intención en la interpretación”, trad. J. J. Moreso y P. E. Navarro, *Doxa*, 20, 1997, p. 208).

<sup>24</sup> Goldford, D.J., *The American Constitution and the Debate over Originalism*, *cit.*, p. 34. Que las teorías basadas en la intención original son teorías normativas por basarse en el citado argumento político véase Raz, J., “La intención en la interpretación”, *cit.*, pp. 210-212.

<sup>25</sup> Bork, R. H., *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990, p. 144; Scalia, A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 17; Barnett, R. E., *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, *The Presumption of Liberty*, 3a. ed. Princeton, Princeton University Press, 3a. ed., 2005, p. 89; Goldford, D. J., *ibidem*, p. 91.



sado como de equivalentes inconvenientes en la adecuación entre la moral vigente y la moral histórica.

Precisamente estos problemas empíricos son los que trata de evitar la concepción lingüística de la interpretación textual conforme a los usos ordinarios vigentes a la interpretación. De acuerdo con ésta, el significado relevante a los efectos de la comunicación lingüística, sea en general o específicamente jurídica, es el significado literal, esto es, el sentido (público, accesible y común) preexistente a la interpretación y que viene determinado por las convenciones tanto semánticas como sintácticas usadas, conocidas, reconocidas y compartidas por todos los hablantes competentes en un determinado lenguaje en cada momento.<sup>26</sup> La respuesta, entonces, sobre el sentido de un término moral contenido en una norma jurídica vendría establecido por el uso lingüístico social vigente en el momento de aplicación efectiva de la norma en cuestión.<sup>27</sup> De esta manera, las expresiones *moral*, *justicia* o *trato cruel* vendrán fijadas por las circunstancias de uso aceptadas por una comunidad lingüística. En el caso del concepto *moral*, una proposición del tipo *p es moral* es verdadera si, y sólo si, *p* es aplicable al conjunto de circunstancias *c* que son aceptados como casos de *moral* por una comunidad lingüística. Así, la proposición *p es moral en el caso c* es verdadera o falsa dependiendo de que *c* sea un caso aceptado de uso o aplicación de *p*.<sup>28</sup>

Ahora bien, los casos aceptados de uso de la expresión *moral* revelan la denominada moral social, es decir, la moralidad aceptada y compartida por un grupo social.<sup>29</sup> Por tanto, se podría afirmar que el significado de los términos morales contenido en las normas jurídicas se manifestará a través de la moral social, positiva o convencional. De hecho, esta idea es la que refleja la posición del Tribunal Supremo español, cuya Sala de lo Civil, en sentencia número. 371/1993 del 19 abril de 1993, dictaminó en el fundamento jurídico segundo que “para establecer la ilicitud de la causa ha de atenderse no sólo que sea contraria a la Ley, sino también a la moral social y buena fe necesarias en las relaciones humanas (art. 1255 del Código Civil)”. Recuérdese, como se vio en la introducción, que el artículo 1255 del Código civil español propugna que “los contratantes pueden establecer los

<sup>26</sup> García Amado, J. A., “La interpretación constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004, pp. 50-55; Un completo panorama de la interpretación literal puede verse en Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 423 y ss.

<sup>27</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 160.

<sup>28</sup> Horwich, P., *Meaning*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 43.

<sup>29</sup> Hart, H.L.A., *Derecho, libertad y moralidad*, traducción de M.A. Ramiro, Madrid, Dykinson, 2006, p. 113.

pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden públicos”. La literalidad de dicho artículo habla de “moral” y no de *moral social*. Aún así, el Tribunal da por sentado que el significado literal del término “moral” al que hace referencia dicho artículo reconduce a la moral social.<sup>30</sup>

A las mismas conclusiones se llega desde posiciones que consideran que cuando las normas jurídicas contienen palabras como “justicia” o “igualdad” u otras *palabras morales* éstas se refieren en realidad a conceptos jurídicos como *justicia* o *igualdad*. Tales palabras morales contenidas en las normas jurídicas no tendrían, por tanto, un significado moral, sino un significado jurídico referido a un concepto jurídico que, si bien guarda una íntima relación con su correlato moral, no coincide exactamente con él, sino con la comprensión social que de dicho concepto moral se tiene.<sup>31</sup>

Si bien es cierto que, en ocasiones, en aquellos casos en que las propias reglas y convenciones lingüísticas son indeterminadas, el significado literal no ofrece un sentido claro o unívoco no lo es menos que en tales situaciones el significado literal funciona de un modo negativo descartando ciertos resultados interpretativos inadmisibles.<sup>32</sup>

Por último, y aunque en ocasiones se ha considerado que el recurso al significado literal es necesario, imprescindible y hasta obligatorio.<sup>33</sup> tal obli-

<sup>30</sup> Otro tanto ocurre en la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 62/1982, del 15 de octubre de 1982, al analizar si la *moral* puede servir como límite al ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión. El Tribunal, en el fundamento jurídico tercero de la citada sentencia, afirma que “el principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el art. 21 de la Constitución”. Y ello porque “tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma del 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), para la protección del la moral pública [artículo 19.3 inciso b) Convenio de Nueva York], para la protección de la moral (art. 10 Convenio de Roma)”. Finalmente concluye “la moral pública —como elemento ético común de la vida social— es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social”. En definitiva, el Tribunal Constitucional otorga el mismo tratamiento o lee indistintamente “moral” como “moral pública” y “moral pública” como “moral social”.

<sup>31</sup> Priel, D., “Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 24, 4, 2005, pp. 681-685.

<sup>32</sup> García Amado, J.A., “La interpretación constitucional”, *cit.*, pp. 52 y 53; Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, *cit.*, pp. 410, 443 y 446.

<sup>33</sup> Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, *cit.*, pp. 439 y 440.

gatoriedad no debe confundirse con una prescripción dirigida al intérprete en el sentido de que éste únicamente debe interpretar de esta manera las normas jurídicas (y ello a pesar de que detrás de este modelo se encuentra el valor de la seguridad o la certeza jurídica), sino con una exigencia epistemológica. Me explico: si lo que se quiere interpretar es un texto jurídico, es decir, un enunciado o conjunto de enunciados lingüísticos la forma más apta de conocer su significado es acudir a su significado literal. De esta manera, los textos jurídicos son enunciados significativos. Negar esta premisa y entender que la interpretación de tales enunciados es una decisión totalmente arbitraria —no sometida ni siquiera a reglas semánticas y sintácticas— conlleva negar que cualquier otro tipo de enunciado (no jurídico) es significativo. Ahora bien, quien niegue esto —como algunos partidarios de los *Critical Legal Studies*— tendrá que buscarse para expresar esta idea un camino diferente al del lenguaje y, además, deberá intentar (sin recurrir al lenguaje) ser entendido. Y esto a no ser que se considere que los enunciados jurídicos adolecen siempre de un problema de absoluta indeterminación a diferencia de otro tipo de enunciados, cosa difícil de compartir si todos ellos son enunciados lingüísticos.<sup>34</sup>

Puede haber motivaciones políticas para defender el textualismo,<sup>35</sup> mas el problema para la viabilidad descriptiva de éste no procedería de aquéllas sino de los obstáculos empíricos con los que se tropezaría. Con anterioridad se ha equiparado, en lo que a los términos morales contenidos en las normas jurídicas se refiere, el significado literal de tales términos con la moral social del grupo. Sin embargo, en las sociedades pluralistas con falta de homogeneidad moral resulta dudoso afirmar que los operadores jurídicos emplean los instrumentos necesarios —especialmente estadísticos— para precisar qué moral mayoritaria o predominante tiene el grupo.<sup>36</sup> Así, suponiendo que este obstáculo fuera demasiado serio, la solución judicial a la hora de determinar el contenido de la moral referida en las normas jurídi-

<sup>34</sup> García Amado, J. A., “La interpretación constitucional”, *cit.*, pp. 51-53.

<sup>35</sup> El textualismo sería una estrategia acertada para atender a lo que Jeremy Waldron denomina “circunstancias de la política” en una sociedad democrática, esto es, a la necesidad de la acción o decisión colectiva cuando el acuerdo es imposible. En efecto, cuando hay un desacuerdo sobre el significado un texto jurídico la única manera plausible de salvar tal desacuerdo y llegar a una decisión es interpretar el texto conforme a su significado convencional. Véase Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, traducción de J. L. Martí y A. Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 102, 123, 124 y 187.

<sup>36</sup> Rodríguez Molinero, M., “La moral en el derecho vigente”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 28, 1998, p. 126; Ansuátegui Roig, F.J., *De los derechos y el Estado de derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 142.

cas podría ser acudir a la moral personal;<sup>37</sup> cuestión que se abordará en el último epígrafe de este trabajo.

#### IV. LA LECTURA MORAL

A juicio de algunos autores neoconstitucionalistas, las normas jurídicas, y en especial los términos morales en ellas contenidos, no deben interpretarse conforme a las intenciones o expectativas de los legisladores ni de acuerdo con las creencias de éstos o de otras personas; no se trata de acudir a la moral social actual ni pasada, es decir, de atender a lo que se cree que moralmente significan tales términos, sino, considerando que éstos se refieren a principios morales abstractos, se ha de ejercer un juicio moral para así atender a lo que tales principios realmente requieren. Por consiguiente, las referencias morales de las Constituciones demandan una lectura moral que exige interpretarlas como invocaciones a principios morales abstractos sobre la decencia política y la justicia.<sup>38</sup>

El derecho es, a juicio de Ronald Dworkin, todo el conjunto normativo fruto, tanto de las decisiones pasadas dotadas de autoridad, como de todos los derechos y obligaciones de los ciudadanos que sean coherentes con los principios de moralidad política que esas decisiones presuponen. De esta forma, el derecho se presenta con un esquema íntegro, único y coherente de justicia.<sup>39</sup> Los aplicadores del derecho están, pues, vinculados por las normas jurídicas positivas, pero también por los principios de justicia que subyacen a las normas jurídicas, que se ajustan a ellas y que las justifican, aunque en ocasiones salvaguardar tales principios subyacentes requiera apartarse de las decisiones del pasado.<sup>40</sup> Tales principios morales abstractos son propios de la moral objetiva, ya que se muestran como independientes de las deci-

<sup>37</sup> Comanducci, P., “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, traducción de Miguel Carbonell, *Isonomía*, núm. 16, abril 2002, pp. 11 y 112; Comanducci, P., “Las conexiones entre el derecho y la moral”, *Derechos y libertades*, núm. 12, 2003, pp. 21-23; Bulygn, E., *El positivismo jurídico*, cit., p. 120; Jiménez Cano, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., p. 242.

<sup>38</sup> Dworkin, R., “Comment”, en Scalia, A., *A Matter of Interpretation*, cit., p. 126; *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 7; *La justicia con toga*, traducción de M. Iglesias e I. Ortiz, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 139; Himma, K. E., “Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States”, *Journal of Law and Society*, vol. 4, núm. 2, 2003, p. 184.

<sup>39</sup> Dworkin, R., *Law’s Empire*, cit., pp. 131, 152, 219-243.

<sup>40</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 2a. ed., traducción de M. Gustavino, Barcelona, Ariel, 1989, p. 80.

siones y convenciones humanas. Dicho objetivismo moral se presupone no sólo por las posiciones éticas de Dworkin, sino también por su tesis de la única respuesta correcta y su teoría de los derechos, de acuerdo con la cual existen derechos morales, no siempre positivados, frente al gobierno.<sup>41</sup>

La moral objetiva, aunque denominada ahora como moral universalista o correcta en boca de Robert Alexy, también se abre paso en el sistema jurídico a través de los derechos fundamentales positivados;<sup>42</sup> o por medio de los principios constitucionales que presentan a las Constituciones occidentales actuales como un orden que corresponde a ideales objetivos de justicia que imponen deberes y se imponen tanto sobre las voluntades individuales como sobre el acuerdo de dichas voluntades basado en el principio de la mayoría. En presencia de estos principios constitucionales, pues, “la realidad expresa valores y el derecho funciona *como si* rigiese un derecho natural”.<sup>43</sup>

Por otro lado, al objetivismo moral y a la tesis según la cual algunos principios morales son jurídicos simplemente por su contenido o por su propia corrección moral se han adscrito numerosos positivistas incluyentes. Así, Kenneth Himma entiende que dicha adhesión representa la opción genérica dentro del positivismo jurídico incluyente.<sup>44</sup> Matthew Kramer, por su parte, considera que algunas proposiciones morales son correctas y que su corrección o incorrección es independiente de lo que los individuos crean

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 276-286 y 396 y ss.; “Objectivity and Truth: You’d Better Believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, Núm. 2, 1996, pp. 87-139; *La justicia con toga*, cit., pp. 49-54; Tabbitt, M., *Philosophy of Law*. Londres, Routledge, 2005, p. 55.

<sup>42</sup> Alexy, R., “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en Vázquez, R. (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 132.

<sup>43</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 94-97 y 119. Y, aunque sin aludir al derecho natural, la doctrina de muchos tribunales constitucionales es similar a este planteamiento. Así, tanto el Tribunal Constitucional Alemán, desde su sentencia del 15 de enero de 1958, y el español, ya desde las sentencias 9/1981 y 25/1981, del 31 de marzo y del 14 de julio respectivamente, consideran que la Constitución es un orden objetivo de valores. No obstante, como se verá más adelante, hay que tomar con cautela la retórica judicial contra la que ya advirtiera Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, traducción de L. Hierro, F. J. Laporta y J. R. de Páramo, *Sistema*, 36, 1980, p. 10; P.A. Bulloch, P.A. y Raz J. (eds.), *Post Scriptum al concepto de derecho*, traducción de R. Tamayo, México, UNAM, 2000, pp. 57-58) y, más recientemente, Posner, Richard *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 2.

<sup>44</sup> Himma, K.E., “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 250

acerca de tales proposiciones.<sup>45</sup> Jules Coleman no sólo ha abogado por un objetivismo moral moderado, sino que defiende el carácter jurídico de determinados principios morales correctos.<sup>46</sup> Y, finalmente, José Juan Moreso, además de considerar al objetivismo moral como una teoría creíble, sostiene que si se es escéptico respecto del objetivismo moral entonces se rechaza el positivismo jurídico incluyente. O, desde otro punto de vista, que si el objetivismo moral es una doctrina falsa, entonces el positivismo jurídico excluyente es una concepción del derecho adecuada.<sup>47</sup>

Por último, el caso de Gregorio Peces-Barba y de su positivismo corregido presenta unas dimensiones particulares y algo más complejas. De acuerdo con este autor, la definición de lo jurídico en la actualidad no puede mantenerse únicamente desde los criterios formales del órgano competente y del procedimiento establecido, sino que a esta definición se incorporan, como componente necesario, las dimensiones de moralidad que conforma la ética pública.<sup>48</sup>

Mi percepción de que esta teoría involucraba la idea de que la ética pública no era más que un entramado moral únicamente compatible con ciertos valores —en alguna medida objetivos— propios de los Estados constitucionales actuales,<sup>49</sup> me llevó a sostener que más que una teoría jurídica

<sup>45</sup> Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford University Press, 2004, nota 18, p. 73; *Moral Realism as a Moral Doctrine*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2009, pp. 23-85

<sup>46</sup> Coleman, J., “Second Thoughts and Other First Impressions”, en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 253; “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 126.

<sup>47</sup> Moreso, J. J., “Putting Legal Objectivity in its Place”, *Analisi e diritto*, 2004, pp. 248-250; *La Constitución: modelo para armar*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 69-93; Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M., *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 199 y 200.

<sup>48</sup> Se denomina positivismo corregido a la concepción que considera que el derecho, como conjunto de normas, es corregido a través de valores, principios y derechos presentes en las constituciones actuales. Por su parte, la ética pública conforma el conjunto de valores, principios y derechos, en definitiva, el contenido de la idea de justicia que el ordenamiento jurídico de la sociedad democrática debe realizar; la ética pública porta el conjunto de fines que debe realizar el poder político a través del derecho. Para todos estos extremos puede verse Peces-Barba, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1983, p. 13; “Ética pública-ética privada”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 533-536; *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 88 y 123.

<sup>49</sup> Así, la ética pública no sería más que el resultado de un proceso histórico (el tránsito a la modernidad) de consolidación de los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad imprescindibles para alcanzar la dignidad humana. De esta manera, la composición de estos contenidos valorativos de la ética pública es objetivamente comprobable desde un punto de vista histórico y racional, relacionándose así con las ideas de soberanía popular y Estado de

ca positivista se trataba, o bien de una dogmática jurídica comprometida con un particular sistema jurídico-político, o bien de una teoría prescriptiva que pretende la incorporación de dicha ética concreta en todos los sistemas jurídicos.<sup>50</sup> No obstante, y pese a que dicha percepción fuera correcta, en la actualidad Peces-Barba entiende por ética pública no unos concretos contenidos de moralidad, sino cualquier contenido de moralidad legalizada aunque ésta siga siendo necesaria para identificar la validez del derecho.<sup>51</sup>

Son muchas las críticas que se pueden hacer a las teorías que sostienen una lectura moral de los textos jurídicos, mas en estas líneas me ocuparé de lo que se puede denominar como crítica del auténtico contraste con la práctica.<sup>52</sup> Considérese que una autoridad final, como un tribunal supremo o un tribunal constitucional, hubiera de interpretar la siguiente norma jurídica:<sup>53</sup>

derecho. Véase Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, 91 y ss; *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1995, pp.; *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 64-74.

<sup>50</sup> Jiménez Cano, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 102-104. Esta opinión parecía respaldada por las palabras de Ansuátegui, quien duda de que el positivismo corregido sea realmente positivismo, pues no ofrece una definición neutral del derecho a no ser que se entienda no como un discurso de teoría del derecho, sino de dogmática jurídica referido a un concreto sistema jurídico (*De los derechos y el Estado de derecho*, cit., p. 124).

<sup>51</sup> Peces-Barba, G., “Una metateoría rigurosa, Prólogo a Jiménez Cano”, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., p. 13.

<sup>52</sup> Un desarrollo más amplio de esta crítica puede verse en Jiménez Cano, R. M., *ibidem* pp. 232-243.

<sup>53</sup> Una autoridad es autoridad última o final si y sólo si no hay ninguna otra persona o institución con autoridad subordinada para revisar o anular la decisión de aquella. En este sentido, si un tribunal tiene autoridad final sobre una decisión, entonces su decisión crea una obligación final, en cuanto que vincula a todas las personas a quienes se dirige dicha decisión, por ejemplo, a todos los ciudadanos y poderes públicos. Dichas decisiones vinculan incluso cuando el contenido de una decisión es contradictorio con el contenido de una decisión anterior (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 84 y Himma, K.E., “Final Authority to Bind with Moral Mistakes: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *Law and Philosophy*, núm. 24, 2005, p. 4). El Tribunal Constitucional Español sería un caso de autoridad jurídica final. De acuerdo con el artículo 164.1 de la Constitución Española “Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Dicha autoridad queda bien plasmada en el artículo 4.1. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (reformada por Ley Orgánica 6/2007, del 24 de mayo) al señalar que “en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o



“Se prohíben los tratos crueles, inmorales y degradantes”. En este caso, si el tribunal tuviera que atribuir significado a la norma, haciendo una lectura moral de la misma, acudiría a la moral objetiva, pero dicho tribunal podría equivocarse, como un asunto de moral objetiva, en la atribución de dicho significado. Pese a esta equivocación, tras la decisión del tribunal, el significado atribuido sería el significado de la norma y contaría como derecho a pesar de que dicho significado no satisficiera realmente el sentido de la norma.<sup>54</sup>

Tras esta breve explicación, cabe afirmar que los sistemas jurídicos que concedan autoridad final a un tribunal, como es el caso de la mayoría de los sistemas jurídicos constitucionales, asumen que, si las remisiones que sus preceptos constitucionales hacen a la moral lo son a la moral objetiva, entonces los tribunales finales se pueden equivocar a la hora de concretar dicha moral objetiva. La cuestión central aquí es la posibilidad de equivocación y, realmente, no se ve cómo un tribunal no podría hacerlo a este respecto. No se pretende sostener la inexistencia de la moral objetiva, esta cuestión ontológica excede los objetivos de las presentes páginas, sino las dificultades epistemológicas y metodológicas para aprehenderla. La clave, en este asunto, es la verificación empírica. En efecto, enunciados del *tipo de acuerdo con la moral objetiva es un trato inhumano pegar una bofetada a un niño* no admiten evidencia sensible alguna de su veracidad o falsedad, pues no hay método científico alguno que dé prueba de ello.

Cierto es que el método científico tampoco resuelve todas las discrepancias fácticas, pero no lo es menos que aunque puede haber un procedimiento o una metodología para alcanzar la verdad moral, dicho procedimiento no es un método generalmente aceptado por la comunidad científica y supera las capacidades *sensibles* de su descubrimiento.<sup>55</sup> Mas si la existencia de desacuerdos morales es un hecho y, como hecho, no se puede verificar quién tiene realmente la razón o qué decisión es la objetivamente correcta en esta materia tales decisiones quedan a la altura epistémica de la mera opinión y la objetividad moral deviene irrelevante.

resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia”.

<sup>54</sup> Un desarrollo previo y más complejo de esta idea puede verse en Himma, K. E., “Final Authority to Bind with Moral Mistakes: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, pp. 15 y 16.

<sup>55</sup> Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, *cit.*, pp. 211 y 212; Comanducci, P., “Las conexiones entre el derecho y la moral”, *cit.*, p. 20; Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, *cit.*, pp. 112 y 120.



## V. LA LECTURA PRAGMÁTICA

La mayor aportación del pensamiento estadounidense al campo jurídico ha sido, sin duda, el pragmatismo de finales del siglo XIX y de principios del siglo XX de filósofos como Charles S. Peirce, William James o John Dewey. Su influencia en el campo del derecho fue tal que algunos autores han utilizado la expresión “instrumentalismo pragmático” para referirse no únicamente al pragmatismo filosófico, sino también al movimiento de la jurisprudencia sociológica y del realismo jurídico norteamericano.<sup>56</sup> El instrumentalismo pragmático se caracterizaría, así, por varios rasgos principales tales como la defensa de una teoría del valor utilitaria, cuantitativa, convencionalista y mayoritaria; un compromiso con los métodos de las ciencias naturales; un enfoque tecnológico del derecho que permitiría verlo como un instrumento al servicio de metas sociales y a los juristas como ingenieros sociales; el sostenimiento de una teoría de la validez jurídica basada en fuentes positivas dotadas de autoridad junto a una radical separación entre derecho y moral; una visión centrada en la “teoría de la decisión judicial”, y, por último, un rechazo del modo formalista de la interpretación jurídica.<sup>57</sup>

De acuerdo con el pragmatismo jurídico actual, las normas jurídicas deben ser interpretadas de la forma que mejor favorezca determinadas consecuencias u objetivos a través de una continuación discursiva derecho-moral manteniendo una actitud crítica hacia la historia y la tradición.<sup>58</sup> La inter-

<sup>56</sup> Por los numerosos puntos comunes con estos grupos y, en especial por compartir la decisiva incidencia de la idiosincrasia y la ideología en la decisión judicial, podría integrarse en esta denominación también a los *Critical Legal Studies*. Véase, con carácter general, Kennedy, D., *Libertad y restricción en la decisión judicial*, traducción de D. E. López Medina y J. M. Pombo, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999; Pérez Lledó, J. A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

<sup>57</sup> De acuerdo con Robert Samuel Summers que la propuesta de lo que él denomina como instrumentalismo pragmático es la exploración de las facetas instrumentales y pragmáticas del fenómeno jurídico como tal (*Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982, pp. 12, 23, 42, 61-90, 117 y 157). Sobre el movimiento pragmático en el derecho en general y su rechazo al formalismo en particular véase Solar Cayón, J. I., *Política y derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2002.

<sup>58</sup> Posner, R. A., *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 4a. ed., 1997, p. 252. Compárese esta tesis con las ya clásicas de Oliver Wendell Holmes o Roscoe Pound. Holmes consideraba que las necesidades de la época, las teorías morales y políticas, las políticas públicas y hasta los prejuicios de los jueces son más importantes a la hora de determinar las reglas de la conducta que el propio silogismo judicial (*The Common Law*, Little, Brown, Boston, 1881, p. 1). Pound, por su parte, entendía que no podía hacerse una aplicación mecánica de los precedentes judiciales sin tener en cuenta las consecuencias de esta aplicación. De hecho, a la hora de la decisión judicial debía atenderse a las consecuencias sociales que pudiera ocasionar tal decisión (“Mechanical Jurisprudence”, *Columbia Law Review*, vol.

pretación pragmática o consecuencialista de las normas jurídicas implica que éstas no puedan interpretarse en abstracto, sino que necesitan adecuarse al contexto específico y único que posee cada caso. Por ello, el juez no ha de aferrarse a las decisiones jurídicas del pasado como fines en sí mismos, sino solamente como medios para obtener los mejores resultados del presente caso. En este sentido, el juez pragmático mira a la Constitución, a la ley o a los precedentes judiciales como fuentes de información potencialmente valiosas para el probable mejor resultado del caso que tenga entre manos, pero no se ve restringido por estas fuentes dotadas de autoridad jurídica a la hora de tomar su decisión.<sup>59</sup>

Esta idea hace del pragmatismo un movimiento antifundacionalista, perspectivista e idiosincrásico. La tesis epistemológica fundacionalista, trasladada a la decisión judicial, da como resultado que sólo están justificadas aquellas decisiones judiciales (creencias fundadas) que se derivan, indirectamente, por deducción de razones jurídicas justificadas directamente (creencias fundacionales) por su evidencia (su existencia jurídico-positiva). Pues bien, se ha considerado que los pragmatistas, al igual que los realistas norteamericanos, al considerar que las razones jurídicas —las creencias directas o fundacionales— son insuficientes (o indeterminadas) para justificar las decisiones —las creencias indirectas o fundadas—, han abrazado el antifundacionalismo.<sup>60</sup> Si las razones jurídicas y los métodos tradicionales de interpretación son insuficientes, el pragmatismo se abre, para fundamentar sus decisiones, en otra serie de métodos no jurídicas, donde los métodos económicos, aun siendo muy importantes, no son los únicos.<sup>61</sup>

8, 1908, pp. 605-623). Así, una comprensión del derecho alejado de la sociedad, que no tuviera en cuenta los efectos sociales de las leyes e ignorara que la verdadera precedencia del derecho se encontraba en los hechos sociales abriría una brecha entre el derecho de los libros —el alejado de la sociedad— y el derecho en acción —el derecho que de verdad se desarrolla en la práctica— (“Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, núm. 44, 1910, pp. 12-36).

<sup>59</sup> Posner, R.A., “Pragmatic Adjudication”, *Cardozo Law Review*, núm. 18, 1996, p. 5; Rosenfeld, M., “Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner’s and Rorty’s Justice Without Metaphysics Metts Hate Speech”, *Cardozo Law Review*, núm. 18, 1996, p. 98.

<sup>60</sup> Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 39-53 y 112-117. Véase, también, Jiménez Cano, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 131-133, 161 y 162; Butler, B.W., “Legal Pragmatism”, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/l/leglpraghtm> (consulta del 23 de mayo de 2009).

<sup>61</sup> Posner, R.A., *Overcoming Law*, *cit.*, pp. 400-405. Con anterioridad, el movimiento realista ya había promovido estudios psicológicos, sociológicos, económicos, políticos, estadísticos, terminológicos e incluso el uso —aunque humilde y auxiliar— de la lógica formal, sin descartar tampoco las aproximaciones histórico-jurídicas y comparativo-jurídicas para

A su vez, el pragmático jurídico adopta una postura perspectivista, es decir, considera que las fuentes jurídicas no se estructuran en un sistema lógico, cerrado y coherente, sino que el material jurídico está desordenado, su estructura es abierta y está sujeto a revisión a la luz de otras perspectivas o de ulterior información.<sup>62</sup>

Por último, se puede considerar al pragmatismo como idiosincrásico en el sentido de que las decisiones judiciales son más un fruto de su idiosincrasia que de las razones jurídicas antes señaladas. Si, para algunos realistas, las decisiones “correctas” eran producto de las intuiciones o de las corazonadas acerca de lo que resulta ser socioeconómicamente mejor una vez vistos los hechos del caso, intuiciones que remiten a la propia experiencia de los jueces y responden primordialmente a los estímulos que los hechos concretos les producen en lugar de quedar persuadidos por las generalizaciones y abstracciones de los tratados y manuales jurídicos,<sup>63</sup> para los pragmáticos la mejor manera de describir las prácticas reales de los jueces consiste en acudir a una variedad de teorías que acentúan sus actitudes políticas, su comportamiento estratégico y sus preconcepciones que forman, a menudo de manera, inconsciente, sus respuestas a la incertidumbre.<sup>64</sup>

El pragmatismo, al igual que el realismo jurídico estadounidense, puede verse como una teoría descriptiva de la interpretación, ya que se considera que los jueces no se comportan como los otros modelos consideran, sino que interpretan las normas y deciden los casos de la manera en que los juristas

así buscar la experiencia de otros tiempos y gentes en la resolución de casos o problemas similares. En resumidas cuentas, ambos movimientos utilizarán instrumentos empíricos para elaborar y contrastar sus conclusiones. Véase, a este respecto, Oliphant, H., “Current Discussions of Legal Methodology”, *American Bar Association Journal*, 7, 1921, pp. 241-243; Cook, W.W., “Scientific Method and the Law”, *American Bar Association Journal*, 13, 1927, pp. 308-309; y Radin, M., “Legal Realism”, *Columbia Law Review*, XXXI, 1931, p. 827. Algunas de estas herramientas son apuntadas también por Pound al caracterizar el movimiento realista (“The Call for a Realist Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 5, 1930, pp. 701 y ss.) y por Karl Llewellyn (“Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1931, pp. 1224-1233). No obstante, para la mayoría de los realistas el compromiso con la ciencia y sus métodos era más una cuestión de retórica y de metáfora que de práctica académica real, Leiter, B., “American Legal Realism”, en Golding, M. P., y Edmundson, W. A. (eds.), *The Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005, p. 51.

<sup>62</sup> Shutkin, W. A., “Pragmatism and the Promise of Adjudication”, *Vermont Law Review*, núm. 18, 1993, p. 66.

<sup>63</sup> Oliphant, H., “A Return to Stare Decisis”, *American Bar Association Journal*, núm. 14, 1928, p. 75 y 159; HUTCHESON, J.C., “The Judgment Intuitive: The Función of the «Hunch» in Judicial Decision”, *Cornell Law Quarterly*, núm. 14, 1929, p. 285; Leiter, B., “American Legal Realism”, *cit.*, 55 y *Naturalizing Jurisprudence*, *cit.*, 76 y 77.

<sup>64</sup> Posner, R. A., *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, pp. 11-35.

pragmáticos explican: los jueces no fundamentan principalmente sus decisiones sobre la base de los materiales jurídicos preexistentes, sino que —atendiendo a las circunstancias y consecuencias del caso— acuden a su propia idiosincrasia e ideología.<sup>65</sup> De hecho, algunas investigaciones empíricas parecen dar la razón tanto a los juristas realistas como a los pragmáticos. Así, se ha determinado que las decisiones judiciales están más influenciadas por la opinión política del juez que por los precedentes.<sup>66</sup> En un estudio se concreto en un 85% la tasa de éxito en las predicciones futuras de las decisiones basadas en los valores de los jueces<sup>67</sup> y, en otro, se concluyó que “los jueces del Tribunal Supremo no se ven influidos por los precedentes de referencia con los que están en desacuerdo”.<sup>68</sup>

El conjunto de estos y otros estudios empíricos podría genéricamente conformar lo que en concreto se ha denominado “modelo actitudinal” de decisión judicial. Este modelo ha sido, de hecho, elaborado tomando como base para la investigación las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos durante un periodo de treinta años. De acuerdo con este modelo actitudinal, la mejor explicación de las decisiones de dicho Tribunal viene ofrecida, por un lado, por una combinación entre los hechos del caso y, por otra, por los valores y actitudes ideológicas de sus magistrados. Dichos valores y actitudes fueron identificados gracias a los editoriales de la prensa diaria en el periodo de nominaciones presidenciales, y antes de la confirmación de los cargos por parte del Senado estadounidense. Durante más de treinta años de buscar y reunir datos el modelo actitudinal predijo correctamente el 71% de los votos de los magistrados. Este modelo fue comparado con otras alternativas de predicción de la decisión judicial y salió claramente vencedor. Una de estas alternativas es lo que los autores de la investigación denominaron “modelo jurídico”. Este último está formado por razones jurídicas, esto es, la combinación de las fuentes jurídicas válidas (legislación y precedentes judiciales) y los métodos válidos de interpretación aplicados a tales fuentes. Los autores comprobaron que el modelo jurídico

<sup>65</sup> Sobre el realismo jurídico como teoría descriptiva puede verse Jiménez Cano, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 159-161.

<sup>66</sup> Goldman, S., “The Effect of Past Judicial Behavior on Subsequent Decision-Making”, *Jurimetrics Journal*, núm. 19, 1979, p. 208.

<sup>67</sup> Rohde, D. W. y Spaeth, H. J., *Supreme Court Decision Making*, San Francisco, W. H. Freeman, 1976, p. 157.

<sup>68</sup> Segal, J. A. y Spaeth, H. J., “The Influence of Stare Decisis on the Votes of Supreme Court Justices”, *American Journal of Political Science*, núm. 40, 1996, p. 971.

podía apoyar cualquier interpretación de un caso y que, pudiendo explicar cualquier decisión, en realidad no explicaba ninguna.<sup>69</sup>

Ahora bien, el pragmatismo no se limita a señalar únicamente que los jueces interpretan las normas jurídicas de acuerdo con su idiosincrasia, su ideología o su propia concepción axiológica. Si simplemente dijeran esto y apoyaran su tesis con los estudios empíricos antes mencionados no habría problema en considerarla una genuina teoría descriptiva de la interpretación jurídica. El pragmatismo jurídico origina todo su discurso en una pretensión normativa: el derecho es una herramienta útil para fines sociales y debe ser interpretado de la mejor forma posible para alcanzar dichos fines. Por esta razón, creo que el modelo que mejor refleja las prácticas interpretativas de los operadores jurídicos y más aún respecto del significado de los términos morales encontrados en las fuentes jurídicas no es otro que el *modelo personal* que a continuación, y como conclusión, pasará a relatarse.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA LECTURA PERSONAL

Cuando en la introducción a estas páginas se hizo referencia a la discrecionalidad de las decisiones interpretativas, debido a que la moral es considerada esencialmente controvertida,<sup>70</sup> en realidad no se estaba aludiendo a una posibilidad diferente de las ya esbozadas con anterioridad, a no ser que la tarea de acudir a la propia discrecionalidad quiera revelar la idea de seguir la propia moral subjetiva o personal del intérprete. Puesto que los sistemas jurídicos no suelen contener obligación alguna acerca de la manera en la que interpretar sus propias normas jurídicas, en realidad atender a la moral de los redactores de la normas, a la moral social o a la moral subjetiva es discrecional. Si esto es así, y más allá de tales opciones, no parece plausible otra discrecionalidad que no sea la de acudir a la moral del operador jurídico involucrado en la decisión interpretativa.

<sup>69</sup> Segal, J. A., y Spaeth, H. J., *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 48-86 y 321.

<sup>70</sup> Y la falta de un método general de acceso a la moral objetiva ha sido reconocido incluso por autores incluyentes, como Himma, quien considera que “claro que nos falta una metodología general que nos habilite fiablemente a determinar objetivamente lo que la moral requiere en un caso dado”. El hecho de la discrepancia moral entre personas inteligentes —entiende este autor— muestra que no hay una prueba para determinar la respuesta correcta a las preguntas sobre lo que la moral requiere (Himma, K. E., “Final Authority to Bind with Moral Mistakes: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, p. 37). Sobre los conceptos esencialmente controvertidos puede verse Gallie, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 1956, pp. 167-198.

Por esta razón, la última alternativa que voy a acometer es aquella que considera que a las cuestiones acerca del significado de las expresiones morales contenidas en las normas jurídicas se responde con las opiniones y principios morales subjetivos del intérprete. Ni que decir tiene la idea de acudir a la moral subjetiva para resolver la indeterminación normativa en materia de referencias morales suele considerarse una “auténtica locura”<sup>71</sup> y el presente trabajo no es el lugar adecuado para tratar de todas las críticas que fundamentadas en razones de legitimidad, certeza y seguridad jurídica. Ahora bien, lo que aquí se presenta no es una teoría normativa acerca de la interpretación jurídica sobre cómo se deben dotar de significado las cláusulas morales contenidas en las normas jurídicas —y, en este sentido, pretende escapar de las críticas normativas que pudieran hacerse y con las que, en muchos puntos, seguro que coincidiría—, sino una hipótesis sobre cómo se decide realmente. La responsabilidad por esta hipótesis sólo debe verse sometida, entonces, al tribunal de la experiencia.

Sin embargo, desde ya adelante que no poseo una investigación empírica que respalde el presente discurso más allá de las aportaciones ya señaladas al respecto de la lectura pragmática o realista y a las que me remito. De hecho, lo que se pretende sostener es lo mismo que la lectura realista o pragmática, pero despojado de ideología. No mantengo, ni rechazo, que los intérpretes busquen determinadas consecuencias sociales con sus decisiones interpretativas ni, desde luego, afirmo que deban hacerlo, simplemente considero que en la línea de pensamiento que puede trazarse desde el movimiento del derecho libre,<sup>72</sup> pasando por la jurisprudencia sociológica y el realismo norteamericano, hasta el pragmatismo actual se ha venido afirmando que la personalidad y la idiosincrasia, principalmente de los jueces, en las tareas de decisión jurídica es fundamental.

El significado de las cláusulas morales de las normas jurídicas es buscado, entonces, en la propia moral subjetiva de quien interpreta. En esta afirmación, no obstante, parece topar con un problema de carácter epistemológico. Si los enunciados jurídicos, expresados a través del lenguaje, son significativos, existe cierta exigencia epistémica de atribuirles un significado público —y, en este sentido, equiparable a la moral social— y no privado —equiparable a la moral privada o personal—. ¿Por qué los términos morales

<sup>71</sup> Raz, J., *La ética en el ámbito público*, traducción de M. L. Melón, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 254.

<sup>72</sup> Sobre la influencia de la personalidad del juez en la decisión judicial en la escuela del derecho libre puede verse Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., 81-85, y Segura Ortega, M., “El movimiento del derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 10, 1993, pp. 447-455.

contenidos en las normas jurídicas habrían de interpretarse conforme a un *lenguaje privado* (moral personal) y los términos no morales acorde a un lenguaje público? En primer lugar, porque los ya aludidos problemas metodológicos y de verificación de la moral social (en el caso de que se pueda hablar de una moral social común), en especial en sociedades pluralistas, parecen hacer inevitable el recurso a la moral personal del intérprete.

En segundo lugar, y lo que es más interesante, porque la equiparación no es exacta. Sería extraño entender que la moral personal sea equiparable a un lenguaje privado, en el sentido de que sólo el intérprete tiene acceso al significado de tales expresiones morales. Asumir la imagen de una moral personal como una especie de lenguaje privado conllevaría la idea de que el agente no se equivoca nunca, mas esto no quiere decir, en sentido estricto, que sus respuestas siempre sean correctas, de hecho no habría significados correctos ni incorrectos, pues el agente carecería de parámetros independientes —ajenos a él mismo— de corrección. En breve, el lenguaje privado sería un lenguaje arbitrario no sometido a reglas y la moral personal sería una moral arbitraria.<sup>73</sup> Ahora bien, los juicios morales personales no son arbitrarios y, por ende, necesitan fundamentarse sobre razones.<sup>74</sup> Dicha fundamentación necesita, pues, de un proceso de deliberación sobre las circunstancias que rodean una cuestión moral hasta llegar a la conclusión de que “algo es moralmente correcto si es tal que el proceso de reflexionar sobre su naturaleza y consecuencias lleva a mantener un sentimiento de aprobación hacia ello en una persona tan razonable e imparcial como sea humanamente posible”.<sup>75</sup> Este pensamiento permite diferenciar entre discrecionalidad y arbitrariedad en las decisiones judiciales. Para no caer en la arbitrariedad los jueces deben desplegar algunas virtudes características de su posición y función, tales como la imparcialidad y la neutralidad al examinar las alternativas, la consideración de los intereses de todos los afectados y una preocupación por desarrollar un principio general aceptable como base razonada de la decisión.<sup>76</sup> Así, la moral personal está, de alguna manera,

<sup>73</sup> Para Ludwig Wittgenstein no hay significado en los lenguajes privados porque el significado en un concepto normativo sometido a reglas, las cuales sirven de parámetro de corrección de los usos lingüísticos. Acerca de esta crítica a los lenguajes privados véanse sus *Investigaciones filosóficas*, traducción de A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, pp. 243 y ss.

<sup>74</sup> Los juicios morales se diferencian de las meras expresiones arbitrarias de preferencia personal en su motivación racional. Véase Rachels, J., Subjetivismo, en Singer, P. (ed.), *Compendio de ética*, traducción de J. Vigil, Madrid, Alianza, 2004, p. 589.

<sup>75</sup> Rachels, J., “Subjetivismo”, *cit.*, p. 591.

<sup>76</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 253.

sometida a reglas que evitan la arbitrariedad y, más en concreto, a reglas públicas de lógica y probabilidad y depende del conocimiento de los hechos del caso de tal forma que una reflexión sobre todo ello conduzca a una opinión final con pretensiones de corrección. Además, no debe olvidarse que el intérprete del derecho no es una especie de Robinson Crusoe ajeno a la sociedad, de hecho, nos resultaría extraño hablar de un intérprete del derecho que no esté inmerso en alguna sociedad, y, por consiguiente, alguna noticia e influencia tiene de los valores morales de otros miembros de su grupo.

La idea de que los intérpretes acuden a su moral personal no es tan extraña. Hasta los propios sistemas jurídicos dejan explícitamente al prudente arbitrio del juez tomar decisiones, prohibiendo únicamente la arbitrariedad no prudente<sup>77</sup>. De entre las decisiones libres que los sistemas jurídicos dejan a la discrecionalidad judicial destaca, desde luego, el contenido del denominado “contenido esencial de los derechos fundamentales”. El artículo 53.1 de la Constitución Española señala que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales, pero nada más dice acerca de dicho contenido esencial. Así que tal contenido no existe hasta que no se lleva a cabo una interpretación;<sup>78</sup> y es el turno del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución (artículo 1o. de la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), quien ha considerado que dicho “contenido esencial” ha de ser fijado a través de dos vías complementarias. En primer lugar, acudiendo a su naturaleza jurídica, estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y “las generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en derecho [...] Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”.

<sup>77</sup> En efecto, el artículo 9.3 de la Constitución Española garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el artículo 66.2 del Código Penal dispone que “en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior”. El Tribunal Supremo español, por su parte, en sentencia del 25 de febrero de 1989, hace una llamada a los tribunales de instancia para que no confundan la discrecionalidad —que conlleva necesidad de motivación— con la arbitrariedad. Incluso se ha llegado a considerar que el puro arbitrio no motivado quedaría ajeno al recurso de casación (sentencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 1993).

<sup>78</sup> Asís Roig, R. de, “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, en Peces-Barba, G. Ramiro, M. A., *La Constitución a examen*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 292.



En segundo lugar,

tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.<sup>79</sup>

En definitiva, de tales palabras del Tribunal cabe extraer que el contenido de los derechos (típicas figuras de índole moral) surge de las convicciones generalmente admitidas entre los juristas. Tales convicciones no se extraen de la moral social de la totalidad del grupo, sino de la moralidad del subgrupo de los juristas, lo cual estaría a caballo entre la moral social y la moral personal de determinados individuos. Y esto, claro, siempre en el supuesto de que pudiera hablarse de la existencia real de un acuerdo general sobre las cuestiones de derechos. ¿Qué contenido darían los magistrados del Tribunal Constitucional a falta de dicho acuerdo general o por no querer o no poder consultar si existe tal acuerdo? La conclusión final le corresponde al lector de estas líneas.

<sup>79</sup> STC, 11/1981, del 8 de abril, fundamento jurídico octavo.