

Patricia CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Colección “Derechos Humanos y Filosofía del Derecho”, Madrid, 2008, 614 pp.

JAVIER DORADO PORRAS
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: sistema jurídico, validez, interpretación, positivismo.
Keywords: legal system, validity, interpretation, positivism.

El presente libro de Patricia Cuenca pretende justificar la idea de que en la determinación y justificación de la validez jurídica –hablando de validez jurídica como *pertenencia*– no puede prescindirse de la atención a los contenidos materiales de las normas. En este empeño, utiliza como vehículo la conocida distinción entre sistemas *estáticos* y sistemas *dinámicos* elaborada por el que creo que podría considerarse sin demasiada polémica, al menos dentro de los círculos positivistas, como el jurista más importante del pasado siglo: Hans Kelsen.

La conclusión más básica del trabajo será la posible consideración de todos los sistemas jurídicos como sistemas *mixtos* sin abandonar, a pesar de ello, la premisa básica de la metodología positivista, es decir, la separación conceptual entre Derecho y moral. La explicación del sistema jurídico como un sistema mixto se aborda desde dos referentes que no suponen ningún compromiso moral, el referente sistemático –es decir, la consideración del Derecho como un sistema, del que pueden predicarse las notas de unidad, coherencia y plenitud– y el referente funcional, la consideración del sistema jurídico como un fenómeno normativo cuya función principal o básica consistente en el control social y del que se deriva, necesariamente, el respeto a los contenidos de lo que Fuller denominó moral interna del Derecho¹.

¹ Vid. L. FULLER, *La moral en el Derecho*, trad. de F. Navarro, Trillas, México, 1967.



El primer capítulo se inicia con el estudio de lo que se denomina la “visión canónica” de la distinción entre sistemas *estáticos* y *dinámicos*, que acaba manejando una interpretación del sistema jurídico como un sistema puramente dinámico y, desde esa premisa, vinculando la validez jurídica con elementos exclusivamente formales o procedimentales. Para esta visión canónica, la distinción entre sistemas *estáticos* y *dinámicos*, aparece en la obra de Kelsen como criterio distintivo –desde el punto de vista de su estructuración sistemática– entre el Derecho y la moral. Los sistemas morales serían sistemas *estáticos*, es decir, sistemas en los que la norma fundamental tiene un contenido sustantivo –o material– desde el que deducir las normas que integran el sistema, de forma que las conexiones internormativas se contemplan como relaciones deductivas de naturaleza estrictamente material. Por el contrario, los sistemas jurídicos serían sistemas *dinámicos*, en los que la norma fundamental opera como una autorización formal que atribuye competencia al máximo órgano creador de normas, independientemente del contenido de sus decisiones, constituyendo el punto de partida de una cadena de autorizaciones. Aquí, por tanto, las conexiones normativas consisten en delegaciones de poder, incondicionadas desde un punto de vista material, para crear normas. En definitiva, mientras que los sistemas morales (*estáticos*) serían sistemas en los que la validez de las normas viene determinada por la posibilidad de deducción de las mismas del contenido de las normas superiores, en los sistemas jurídicos (*dinámicos*) la validez de las normas aparece determinada exclusivamente por el cumplimiento de criterios formales de validez (órgano competente y procedimiento adecuado) fijados en las normas superiores.

Sin embargo, según afirma Patricia Cuenca, esta visión canónica no es la única –y ni siquiera la mejor– interpretación posible de la distinción estático/dinámico diseñada por Kelsen, como demuestra la continuación de este primer capítulo. En este sentido, me parece muy esclarecedora su distinción entre la dimensión ontológica y metodológica de la dicotomía entre sistemas *estáticos* y *dinámicos*, expresión de la duplicidad de la doctrina kelseniana como una teoría del Derecho y una teoría de la Ciencia jurídica –e incluso de la ciencia normativa en general–.

De esta forma, en el plano de la ciencia normativa (dimensión ontológica), la dicotomía entre sistemas *estáticos* y sistemas *dinámicos* recoge la distinción entre dos modelos de “ciencia normativa”, el iusnaturalista y el positivista. Por un lado, el modelo iusnaturalista, basado en el cognoscitivismo



metaético, e identificado con la categoría sistemático-estática. Desde el punto de vista del relativismo kelseniano, este modelo no puede dar lugar a un auténtico conocimiento científico, al estar fundado en juicios de valor eminentemente subjetivos. Por el contrario, el modelo positivista de ciencia normativa, expresado en el concepto de sistema dinámico, se convierte en el único modo viable de ciencia normativa. Para Kelsen, la única forma de llevar a cabo una aproximación científica tanto a la moral como al Derecho consiste en reducir la misma al conocimiento de las normas positivas creadas por actos de voluntad humanos, con la importante excepción de la norma fundamental, cuya vinculación con la realidad empírica queda satisfecha, en todo caso, con la apelación a la eficacia. El concepto de sistema dinámico, aparece aplicable tanto al Derecho como a la moral, en tanto sistemas normativos positivos, y se presenta como el resultado de la epistemología neokantiana utilizada por Kelsen para construir una teoría jurídica positivista. Desde este punto de vista, los sistemas dinámicos se vinculan con dos tesis centrales del positivismo kelseniano : 1) El carácter formal de la norma fundamental (expresión de la separación conceptual entre Derecho y moral; 2) y el origen de las normas jurídicas en hechos empíricamente verificables (expresión de la tesis de la exclusividad del Derecho positivo).

Por lo que respecta al plano de la teoría del Derecho (dimensión metodológica), el concepto de sistema normativo se centra en la problemática de los criterios de validez (como pertenencia) que la ciencia normativa debe emplear, y que, por tanto, son aplicables a la metodología jurídica. Aquí sí que el modelo de sistema dinámico puede considerarse como definitorio de las normas jurídicas, mientras que el modelo estático lo sería de las normas morales. Aunque en el plano ontológico el concepto de sistema dinámico resulta válido para describir todos los órdenes normativos positivos (tanto jurídico como morales), en el plano metodológico no resulta apropiado para explicar las relaciones entre normas en sistemas morales positivos, ya que en éstos, la validez de las normas depende de que su contenido se configure como una derivación material a partir del contenido de la norma suprema. Por el contrario, el modelo de sistema dinámico tiene por finalidad la explicación de la estructura peculiar del sistema jurídico, como un sistema complejo e institucionalizado que regula su propia producción. Así, finalmente, los sistemas dinámicos se relacionan, con una tercera tesis del positivismo kelseniano, la auto-regulación del Derecho, expresión de la concepción sistemática de lo jurídico.

Desde este punto de vista, se concluye este primer capítulo afirmando que si bien las diferentes tesis positivistas del pensamiento kelseniano hacen necesaria en el Derecho la presencia de criterios formales de validez, ninguna de ellas supone necesariamente la comprensión del sistema jurídico como un sistema exclusivamente dinámico.

Por lo que respecta al carácter exclusivamente formal de la norma fundamental, éste está claramente relacionado con la tesis de la separación conceptual entre Derecho. Ahora bien, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral implica la inexistencia de una vinculación necesaria entre el Derecho y unos determinados contenidos materiales, pero es perfectamente compatible con la existencia de una vinculación contingente o aleatoria entre ambos órdenes normativos. El positivismo jurídico – y Kelsen no es aquí una excepción – no desconoce que todo sistema jurídico recoge unos contenidos materiales, sino que simplemente vincula la validez de los mismos con su incorporación en el proceso de creación y no con el juicio que merezca la opción moral que representan. Desde este punto de vista, nada impide que tanto la Constitución, como el resto de normas generales, puedan determinar no sólo el órgano competente y el procedimiento adecuado para la elaboración de normas inferiores, sino también el contenido de las mismas. La naturaleza de la norma fundamental supone contemplar el acto primario de producción de Derecho autorizado por la norma básica como absolutamente discrecional desde el punto de vista de los contenidos, pero no exige que los demás actos derivados de creación jurídica tengan que contemplarse también como decisiones materialmente incondicionadas.

Si la visión canónica interpreta la dinamicidad de los sistemas jurídicos como la existencia en el Derecho de criterios de validez exclusivamente formales, es porque incurre en el error de derivar lógicamente de la estructura formal de la norma fundamental, la existencia de criterios exclusivamente formales para determinar las relaciones entre las normas positivas del sistema (validez). Sin embargo, de la estructura formal de la norma fundamental sólo se deriva la atribución a una autoridad normativa superior de poder establecer cualquier contenido como Derecho, lo que no significa que las autoridades inferiores no tengan que respetar, para producir normas válidas, los contenidos de dicha norma superior.

En cuanto a la tesis de la exclusividad del Derecho positivo, esta se plasma en la teoría kelseniana en el rechazo del concepto de sistema estático como modelo del iusnaturalismo y en la adopción del sistema dinámico como



modelo del Derecho positivo. Así, el carácter dinámico supone que en los sistemas jurídicos –a diferencia de lo que ocurre en los sistemas estáticos– no es suficiente que una norma pueda ser inferida lógicamente del contenido de otra superior para ser considerada como válida, sino que es necesario que tal norma sea creada por una determinada voluntad, la del órgano competente habilitado para ello por la norma superior y a través del procedimiento establecido en la misma. Ahora bien, la existencia de estos criterios formales de validez, no excluye, desde ningún punto de vista, la aparición paralela de contenidos materiales de validez: los establecidos precisamente por esa voluntad, y en la medida –independientemente de su consideración moral– en que son incorporados al Derecho por quien es competente para ello y a través del procedimiento establecido.

Por lo que respecta al rasgo de la autoproducción del Derecho, que sitúa a Kelsen en una concepción sistemática de lo jurídico, está claro que la regulación de la producción constituye el nexo específico que vincula a las normas en un sistema dinámico y es el fundamento de la doctrina de la construcción gradual del ordenamiento jurídico. La dinamicidad del sistema jurídico supone que entre las normas que regulan la producción jurídica existen normas de competencia que habilitan a determinados sujetos a producir, a través de determinados procedimientos, normas jurídicas. Pero de nuevo, estos criterios formales no tienen por qué ser exclusivos, y nada impide que una determinada relación material con la norma superior pueda ser condición necesaria para la validez de una norma inferior, aunque no condición suficiente.

Se va todavía más allá cuando, en el segundo capítulo, se califica de insostenible la tesis del carácter puramente dinámico del Derecho si éste se considera desde los referentes sistemático y funcional. Dichos referentes –asumidos por Kelsen– suponen necesariamente la presencia de contenidos sustantivos en el Derecho así como la relevancia de los mismos en la cuestión de la validez jurídica.

En cuanto a la primera cuestión, la defensa del sistema jurídico como un sistema dinámico puro supondría que la función de control social del Derecho se desarrollaría a través de decisiones *ad hoc* emitidas por quien –de acuerdo a las reglas jurídicas formales– tienen conferidos poderes normativos para ello, ya que se afirma la presencia de contenidos materiales exclusivamente en las normas inferiores de la cadena de producción normativa. Sin embargo, la generalidad de las normas –vinculada con la seguridad jurídica

ca- es un requisito imprescindible para que el Derecho pueda desarrollar de forma correcta su función de control social. Desde este punto de vista, se hace necesario que el control jurídico de las conductas humanas se realice, predominantemente, a través de normas que incluyan contenidos materiales generales. Ésta, además, es la concepción dinámica del sistema jurídico que maneja el propio Kelsen, quien considera necesarias tanto las normas generales como las concretas. Las normas generales –jerárquicamente superiores- proporcionarían una orientación normativa genérica de las conductas, mientras que las individuales surgirían de la necesidad de resolver las posibles disputas que se planteen en torno al cumplimiento o al contenido de las primeras.

Ahora bien, en el plano de la producción jurídica, las normas materiales generales que regulan las conductas de los ciudadanos deben ser consideradas como normas destinadas a los órganos encargados de la creación de normas jurídicas individuales para producir dichas normas sobre la base de las primeras. En este sentido, los contenidos materiales generales incluidos en las normas generales –y superiores-, son relevantes a la hora de determinar la validez jurídica de las individuales –e inferiores-. Incluso, cuando estos contenidos materiales generales se incluyen en los escalones más altos de la pirámide normativa, no sólo determinan materialmente la producción de normas individuales, sino también la de normas generales de inferior jerarquía. Esto es, por ejemplo, lo que ocurre cuando las Constituciones incorporan dimensiones materiales entre sus preceptos. A partir de aquí, todos los operadores jurídicos con competencia para la producción de normas jurídicas en el resto de escalones de la pirámide normativa están materialmente determinados.

En definitiva, para Kelsen, como creo que demuestra Patricia Cuenca, la condición dinámica del sistema jurídico no excluye la incorporación de contenidos materiales (elementos de estaticidad) y su relevancia para la cuestión de la validez. Esta es la razón por la que se aboga en el presente trabajo por configurar al sistema jurídico como un sistema mixto, en el que operan conjuntamente criterios de validez formales (dinamicidad) y materiales (estaticidad).

Ahora bien, la comprensión del sistema jurídico como un sistema mixto, puede enfocarse, todavía, desde puntos de vista muy diferentes. En este sentido, el capítulo tercero profundiza en el significado de atribuir al sistema jurídico una naturaleza mixta, analizando otros modelos alternativos



que también califican al sistema jurídico como un sistema mixto y fundamentando por qué, no obstante, el modelo defendido por la autora muestra una mayor virtualidad explicativa del fenómeno jurídico.

Un primer modelo alternativo de sistema mixto sería aquél en el que operan conjuntamente los criterios de legalidad y deducibilidad. Este modelo implica interpretar la habilitación para crear normas como una autorización restringida según la cuál “para toda autoridad normativa x del sistema, x es competente, exclusivamente, para emitir normas determinadas, a saber, todas aquéllas que constituyan consecuencias lógicas del sistema”. Con ello, la competencia normativa de los órganos jurídicos se limita a la emisión de consecuencias lógicas, bloqueándose cualquier posibilidad de innovación de los contenidos del Ordenamiento, que queda configurado como un sistema “absolutamente” cerrado, en el que la norma suprema determina totalmente el contenido de las demás normas pertenecientes al sistema. Ciertamente, este modelo es incapaz de describir el funcionamiento general de los sistemas jurídicos, ya que no todos los poderes normativos tienen que demostrar que su producción normativa se deduce del contenido de las normas superiores y, en última instancia, del contenido de la norma constitucional.

Frente a este modelo de sistema mixto, el propuesto por Patricia Cuenca, aunque también considera limitada la autorización para la producción normativa desde un punto de vista material, no lo hace a partir del criterio de deducibilidad, sino del de compatibilidad. La visión mixta del sistema jurídico manejada por la autora, se identifica, de esta forma, con un sistema solo “relativamente” cerrado, en el cuál, “para toda autoridad normativa x del sistema, x es competente exclusivamente para emitir todas aquellas normas que no sean incompatibles con el contenido de las normas superiores”.

Un segundo modelo alternativo de sistema mixto es aquél representado por la operatividad disyuntiva de los criterios de legalidad y deducibilidad. En la perspectiva dinámica, este modelo coincide con la visión mixta manejada por la autora, puesto que el criterio de legalidad incluye una dimensión material que se cifra en la exigencia de compatibilidad. La diferencia principal radica en la perspectiva estática, en la que el modelo alternativo de operatividad disyuntiva del criterio de legalidad y deducibilidad utiliza una noción más amplia de validez sistemática, que considera normas válidas las consecuencias lógicas de las normas pertenecientes al sistema en virtud del criterio de legalidad. De nuevo aquí, este modelo no describe adecuadamente



te la realidad del fenómeno jurídico, ya que si bien esas consecuencias lógicas pueden ser normas del sistema jurídico, lo son sólo en la medida en que un órgano competente escoge entre diferentes interpretaciones y reglas de inferencia haciéndolas explícitas.

Se defiende así un modelo mixto en el operan, conjuntamente, criterios de validez de carácter formal (de naturaleza dinámica) relativos al órgano competente y el procedimiento adecuado para producir las normas jurídicas y criterios de carácter material (de naturaleza estática) que limitan la validez de esas normas a aquéllas que sean compatibles con las normas superiores. Esa exigencia de compatibilidad se presenta como un requisito interpretativo, y no estrictamente lógico. De ahí, que para determinar el alcance de su incidencia resulte imprescindible analizar la cuestión de la interpretación jurídica.

A esto se dedica el cuarto capítulo, en el que Patricia cuenca presenta las insuficiencias de las principales teorías interpretativas y propone una teoría alternativa según la cual el sistema jurídico es mínimamente determinado y, por tanto, sólo puede predicarse la validez de las decisiones interpretativas cuando las mismas no vulneran ese significado mínimo de los enunciados jurídicos superiores.

La crítica a las diferentes teorías interpretativas se inicia con las teorías cognitivas, defensoras de un concepto estricto de interpretación y para las que interpretar consiste en descubrir el significado preexistente de un precepto. Para las teorías cognitivas, el Derecho es, si no totalmente determinado, al menos objetivamente determinable a través de métodos puramente racionales, y el proceso de aplicación del Derecho consiste, así, en una función meramente mecánica, lógica o deductiva. Dentro de estas teorías puede encuadrarse la teoría interpretativa del positivismo decimonónico, que concibe al Derecho como un sistema pleno y coherente, y en el que el Derecho está absolutamente determinado. La función judicial –con la que se relaciona la interpretación jurídica– consiste, exclusivamente, en derivar lógicamente el contenido de sus pronunciamientos de las normas materiales generales. De esta forma, el sistema jurídico es concebido como un sistema mixto definido por la operatividad conjunta de los criterios de legalidad y deducibilidad que no sirve para dar cuenta de la dimensión estática del sistema más allá de las relaciones entre las normas generales y las normas individuales expresadas en decisiones judiciales.

La teoría interpretativa del positivismo decimonónico no puede dar cuenta de la labor interpretativa de otros operadores jurídicos distintos a los



jueces, como ocurre, por ejemplo, con la labor interpretativa de la Constitución que, en los Estados constitucionales, lleva a cabo el legislador. Pero además, también es un modelo irrealizable en cuanto a la función judicial. La inevitable indeterminación del lenguaje jurídico, y la existencia de lagunas y contradicciones en el sistema jurídico, a pesar de la apelación a la voluntad del legislador como criterio interpretativo, suponen abrir la puerta, inevitablemente, a la discrecionalidad judicial.

También puede encuadrarse dentro de estas teorías interpretativas cognitivas el modelo interpretativo propuesto por Ronald Dworkin -con su tesis de la “única respuesta correcta”, del juez Hércules y del Derecho como “integridad”- ya que si bien desde postulados muy diferentes, también defiende la consideración de la interpretación jurídica como una labor estrictamente racional y la tesis de la no creación judicial del Derecho.

Su modelo “principal” es un modelo mixto, aunque difiere de forma importante del modelo mixto defendido por la autora en la justificación, operatividad y sentido que su concepción del Derecho atribuye a la dimensión estática del sistema jurídico. Para Dworkin, la dimensión estática del sistema jurídico no está compuesta exclusivamente por los contenidos materiales incorporados en los sucesivos niveles jerárquicos por los órganos competentes, sino que incluye también otras referencias sustantivas, los principios, identificados por los jueces a través del test, en parte moral, de la integridad. Así, el método dworkiniano para la identificación de los principios es incompatible con la concepción de validez kelseniana que se asume en este trabajo. Además, la unidad de respuesta correcta exige la existencia de criterios que permitan decidir de forma objetiva cuál de las teorías que compiten como instancias de justificación del Derecho establecido y de la moralidad política es la mejor. Sin embargo, la teoría dworkiniana no suministra estos criterios, sino que quedan a opción del intérprete. Este planteamiento sustrae la decisión a cualquier género de control intersubjetivo y tampoco logra, según la opinión dominante, fundamentar la existencia en todos los casos de una única respuesta correcta. En definitiva, y en contra de lo que pretende, Dworkin termina ampliando la discrecionalidad judicial planteando problemas evidentes desde la óptica del principio de publicidad, la idea de certeza del Derecho y el principio de legalidad que hacen incompatible esta teoría con la concepción de lo jurídico que maneja Patricia Cuenca.

No obstante, si las teorías cognitivas no parecen adecuadas para describir la interpretación jurídica, situándose en lo que Hart llamaba “el noble

sueño” de la determinación total del Derecho, tampoco parece que las teorías escépticas, y la “pesadilla” de la indeterminación total o de la irrelevancia de la determinación, sean un camino adecuado². Estas teorías surgen como reacción frente al formalismo jurídico y su modelo interpretativo y cuestionan la virtualidad de las reglas jurídicas para restringir las elecciones de los intérpretes desde tres argumentos. Por un lado, la consideración – desde una determinada interpretación de la filosofía del lenguaje del segundo Wittgenstein- de que el lenguaje de las reglas jurídicas es totalmente indeterminado, por lo que no es posible conocer un significado previo capaz de delimitar los resultados de la interpretación. De otro, que aunque existiera ese significado, debido a la forma en que los intérpretes conciben su función, en la que utilizan las reglas exclusivamente para racionalizar *ex post* las opciones interpretativas que los jueces consideran deseables, sería absolutamente inviable pensar que éste podría condicionar su actuación, por lo que la determinación del lenguaje sería irrelevante. Finalmente, la discrecionalidad judicial no sólo resulta inevitable, sino también deseable para alcanzar una solución justa en los casos concretos.

Estos argumentos, planteados ya en su inicio por los realistas, y que serán llevados a su máxima expresión por los *Critical Legal Studies*, no sólo suponen, como afirma Patricia Cuenca, una visión voluntarista, decisionista y, en definitiva, antisistemática, del fenómeno jurídico, incompatible con la visión manejada en este trabajo, sino que, además, plantea problemas evidentes. En cuanto a la tesis de la indeterminación total del Derecho, o de la irrelevancia de esta determinación, hay que recordar que las teorías escépticas surgen frente al formalismo jurídico para dar cuenta de la práctica real del Derecho, frente a la imagen ficticia de la función judicial que, a su modo de ver, maneja este último. Sin embargo, las posiciones escépticas resultan en este punto, afirma la autora, “poco realistas”. La tesis de la indeterminación total incapacita a estas corrientes para explicar el funcionamiento del Derecho como técnica de control social al margen de la intervención de los tribunales y lo que es aún más chocante, hace inviable la contemplación del Derecho –como se suponen que pretenden estas teorías- como un medio solucionador de conflictos, ya que si no se puede conocer el significado de la ley, tampoco el de las sentencias judiciales que resuelven los litigios, que se-

² Vid. H. L. A. HART, “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”, en J. J. MORESO y P. CASANOVAS (editores), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento político contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 327-350.

rían a su vez, enunciados susceptibles de interpretación, así como las propias reglas de competencia de los jueces y tribunales. Además, en cuanto a la forma en la que los propios intérpretes conciben su función, una observación mínimamente detallada de la práctica jurídica nos demuestra que las autoridades jurídicas reconocen una obligación de desarrollar su actuación dentro del marco de las normas jurídicas vigentes, y que sienten como relevantes las reglas jurídicas en la adopción de las decisiones.

Todas estas razones dificultan los planteamientos escépticos radicales, y de hecho, la mayoría de ellos son conscientes exageraciones que pretenden, precisamente, hacer patentes las exageraciones a las que, desde el otro lado, nos llevan las teorías cognitivas. Por eso, un análisis más detallado de las corrientes escépticas revela que las mismas acaban admitiendo la existencia, la relevancia, e incluso la conveniencia de ciertos límites materiales sobre la actividad interpretativa de los jueces, acercándose a planteamientos interpretativos más moderados que sostienen la tesis de la relativa determinación –o determinación parcial– del Derecho. Esta es, sin duda, la teoría interpretativa de Hart y el desarrollo de la misma por algunos de sus seguidores –a través de la dicotomías núcleo de certeza/zona de penumbra, casos claros/casos oscuros, y comprensión/interpretación– que pretende situarse en la “vigilia” frente a los extremos del “noble sueño” del cognitivismo interpretativo y la “pesadilla” del escepticismo. Ciertamente, esta teoría interpretativa tiene el atractivo de ser compatible con la concepción de lo jurídico manejada por la autora. La tesis de la determinación parcial y la existencia de casos claros se fundamenta, precisamente, en la viabilidad funcional del Derecho. Además, el referente sistemático ocupa un lugar de primer orden en la justificación de esta teoría interpretativa y en la visión de la función judicial que se deduce de la misma.

Sin embargo, creo que acertadamente, la autora del trabajo también ve posible imputar una serie de críticas a esta teoría interpretativa. Para dicha teoría, en la zona de certeza del lenguaje jurídico, los jueces carecen de discreción y la aplicación del Derecho es, como pretende el formalismo, una cuestión de declaración del Derecho preexistente que no implica interpretación de las normas jurídicas, ya que éstas se “comprenden” por los operadores jurídicos. Por el contrario, en la zona de penumbra, nos encontramos con casos dudosos en los que es necesaria la interpretación, que aparece contemplada como una actividad eminentemente volitiva y creativa, ejerciendo los jueces una discreción fuerte.



Las primeras objeciones tienen que ver con la actividad interpretativa en los casos claros. La distinción entre “comprensión” e “interpretación”, tal y como es concebida por el positivismo hartiano (y post-hartiano³), supone que en este tipo de casos, la “comprensión” de la norma por el operador jurídico es un proceso “directo” y “no mediatizado” por la interpretación. Sin embargo, la comprensión de un enunciado jurídico, por muy inmediata e irreflexiva que sea, no deja de ser equivalente a una interpretación literal que le atribuye sentido a través de las expresiones que lo integran y las conecta entre sí en función de las reglas y convenciones semántica y sintácticas del lenguaje en que tal enunciado se expresa. Además, incide Patricia Cuenca, la propia distinción entre casos claros y difíciles no parece ser una distinción objetiva, de forma que los inciertos confines entre el núcleo de certeza y la zona de penumbra de las normas jurídicas serían, en realidad, definidos, también de manera discrecional, por los propios intérpretes. Incluso, es posible que un caso sea considerado difícil aunque no caiga propiamente en la zona de penumbra, es decir, aunque el enunciado jurídico aplicable tenga un significado cierto en relación con tal supuesto. Precisamente cuando la aplicación de tal enunciado, en su significado más inmediato, se enfrenta con valores del intérprete. De acuerdo con esta visión, el intérprete dispondría de una opción primaria y discrecional entre problematizar, o no, un texto o un caso, también cuando se presentan revestidos de una presunta claridad *prima facie*.

Si las objeciones anteriores revelan, según nuestra autora, que la interpretación es una tarea necesaria, en todo caso, en la actividad aplicativa del Derecho, y descartan su definición como una actividad estrictamente cognoscitiva o racional en los casos claros, la última de las críticas a la concepción interpretativa “intermedia” pone en tela de juicio los términos excesivamente voluntaristas en los que parece concebir la labor interpretativa en los casos difíciles. La importante labor que cumple la idea de sistema como guía positiva (en las interpretaciones posibles) y negativa (respecto a las interpretaciones no posibles) de la interpretación jurídica y de la creación normativa judicial debe ser tenida en cuenta de forma más relevante de lo que lo hace esta teoría.

Así, Patricia Cuenca opta por una concepción interpretativa alternativa, capaz de dar respuesta a las objeciones que plantea la teoría interpretativa

³ Vid., por ejemplo, A. MAMOR, *Interpretación y Teoría del Derecho*, trad. de M. Mendoza, Gedisa, Barcelona, 2001.



hartiana pero sin abandonar el rasgo de la relativa determinación del Derecho. A esta misión dedica el último apartado del cuarto capítulo, con la defensa de la tesis de la determinación mínima del Derecho. Se trata de una teoría de la interpretación jurídica que maneja un concepto amplio de interpretación y una concepción interpretativa sólo moderadamente escéptica, susceptible de dotar de relevancia a la tesis de la relativa determinación del Derecho. Desde estos presupuestos, la interpretación es *siempre* el resultado de una decisión *nunca* absolutamente discrecional con la que el intérprete contribuye a la conformación gradual del ordenamiento. De nuevo Kelsen, parece ser el camino, al menos inicial, para explorar esta concepción interpretativa. Para él, la interpretación jurídica arroja como resultado la determinación del marco que expone el derecho por interpretar y, por tanto, el conocimiento de varias posibilidades dentro de ese marco. Cuando la interpretación se realiza en aras a la aplicación, la autoridad competente tiene que escoger una de las significaciones de la disposición jurídica en cuestión, con el fin de alcanzar una decisión que no es la *única correcta* pero sí una entre las posibles. Lo relevante, según la autora, de la imagen del marco, más allá del poco desarrollo que encuentra en la propia teoría kelseniana, es que supone que determinadas interpretaciones quedan fuera del mismo: aquellas que se enfrentan con el lenguaje de las normas o con la idea de sistema. El significado literal y el criterio sistemático operan, así, no sólo como guías en la interpretación, sino también como límites a las opciones interpretativas.

Las operaciones interpretativas no se desarrollan sobre la nada, sino sobre la base de una estructura lingüística que condiciona en alguna medida sus resultados. El texto es un vínculo para el intérprete, aunque sea ciertamente débil. Todo texto jurídico admite una pluralidad de interpretaciones, pero ninguno admite cualquier interpretación si tenemos en cuenta las reglas, usos y hábitos vigentes en una determinada comunidad lingüística. Así, el significado literal proporciona una información positiva (lo que el enunciado jurídico dice) que puede considerarse suficiente y satisfactoria (la interpretación declarativa de los llamados casos fáciles) o insuficiente o insatisfactoria (la interpretación correctora restrictiva o extensiva de los casos difíciles). En estos casos, la operatividad negativa del criterio sistemático excluye de los significados posibles del enunciado –conforme a su tenor literal– aquellos que sean contrarios a las normas superiores.

Pero el significado literal también proporciona, en todo caso, una información negativa (lo que el enunciado no puede decir). Las decisiones inter-

pretativas válidas pueden, insiste Patricia Cuenca, no tomar en consideración la intención del legislador, o los fines de la ley, pero no pueden atribuir a los enunciados jurídicos un significado en total contraste con el significado literal que ellos expresan. La única excepción a esta operatividad negativa del significado literal –que no opera en la interpretación de los enunciados constitucionales, al no tener estos un marco normativo superior de referencia- es su juego con el criterio sistemático de interpretación, de nuevo como límite a las interpretaciones posibles. La apelación a la idea de sistema es, desde la visión de lo jurídico que maneja la autora, el único argumento que puede justificar que se adjudique a un enunciado un significado enfrentado con su tenor literal.

Con todo, la tesis del carácter mixto del sistema jurídico, aunque supera la difícil prueba de la interpretación jurídica, sale de este trance –y así lo reconoce la autora- fuertemente debilitada. El sistema jurídico sólo puede ser, en el plano de la validez de las decisiones jurídicas, un sistema normativo “mínimamente” mixto. La exigencia de compatibilidad como condición material de validez se reduce, dada la relativa indeterminación de los enunciados jurídicos superiores, a la no transgresión de su significado literal. La validez de la elección entre las opciones interpretativas que no vulneran este límite depende, en exclusiva, de la dimensión dinámica, es decir, de la competencia del órgano que escoge.

Surge ahora un problema final de gran relevancia teórica y práctica, el de las consecuencias que se derivan de la vulneración de ese límite sustantivo mínimo representado por el significado literal de los enunciados jurídicos, que nos traslada al campo de la teoría de la invalidez de las normas jurídicas y las normas irregulares. En este contexto, al que la autora dedica el quinto y último capítulo, se plantea un último desafío a la consideración del sistema jurídico como un sistema mixto: la tesis del carácter “en última instancia” dinámico del ordenamiento jurídico. Esta tesis, defendida por el propio Kelsen, se basa en dos argumentos para mantener, finalmente, la supremacía de los criterios formales de validez. El primero, sostiene que sin la concurrencia de un pronunciamiento “oficial” (del órgano competente y a través del procedimiento adecuado), una norma incompatible con el sentido determinado de los preceptos superiores no puede considerarse inválida. El segundo, sostiene que la invalidez material sólo opera a partir del significado que los órganos competentes “en última instancia” atribuyen a los contenidos sustantivos de las normas superiores y se apoya en la consideración



de que tal interpretación vale, finalmente, cualquiera que sea su sentido. Desde estos parámetros, las decisiones interpretativas últimas son absolutamente discrecionales y su validez descansa exclusivamente en aspectos formales, es decir, en el poder interpretativo supremo y, consecuentemente, no cuestionable que posee el órgano que las emite. El expediente de la cláusula alternativa tácita en la teoría kelseniana se erigiría como corolario imprescindible de los dos argumentos presentados.

Sin embargo, estos argumentos son refutados por Patricia Cuenca. En cuanto al primero, la objeción parece clara: “Lo que vale para el contenido vale también para el órgano y para el procedimiento”. Efectivamente, si se asume la anulabilidad (como hace Kelsen) como regla exclusiva en el ámbito de la teoría de la invalidez jurídica, es cierto que una norma nunca sería nula por contradecir el contenido de las normas superiores, sino solamente anulable. Pero sería igualmente cierto que tampoco sería nula por haber sido establecida por un procedimiento diferente al prescrito en una norma superior o por un sujeto distinto del habilitado por dicha norma. El problema de la irregularidad que Kelsen intenta resolver recurriendo a la cláusula alternativa tácita no se plantea únicamente en relación con los requisitos materiales de validez y, por ello, no puede solucionarse identificando la validez con la conformidad exclusivamente formal con las normas superiores. Esto exigiría sostener que las normas jurídicas no pueden por definición dejar de ajustarse formalmente al Derecho.

Por supuesto, este primer argumento puede ser defendido, en vez desde tesis monistas sobre la invalidez como la de Kelsen, desde planteamientos dualistas (la tesis de la bipartición entre nulidad y anulabilidad) o trialistas (la tesis de la tripartición, que añade a las categorías anteriores la de la inexistencia). Bastaría, para ello, incluir los defectos formales entre los supuestos de nulidad de pleno derecho o de inexistencia y situar los defectos materiales entre supuestos de mera anulabilidad. Sin embargo, entender que las irregularidades de carácter formal son supuestos de nulidad de pleno derecho o de inexistencia y los materiales casos de mera anulabilidad, implicaría mantener –dados los criterios de gravedad y evidencia, en los que se basa la distinción entre estas categorías– que las primeras son más graves y/o más fáciles de constatar que las segundas. No obstante, y respecto al criterio de gravedad, esto no solamente no parece fácil, sino que se torna especialmente difícil sobre todo en el ámbito de los sistemas jurídicos constitucionales, en los que la violación de los preceptos materiales de la

Constitución suele incluirse entre los supuestos de nulidad de pleno derecho. Si, por el contrario, utilizamos el criterio de la evidencia, esto supondría entender que la identificación de los vicios formales resulta siempre evidente, al no exigir una actitud interpretativa, mientras que la constatación de los defectos materiales descansa siempre en una previa interpretación, que excluye cualquier evidencia, idea esta que, como se verá más abajo, no representa la realidad.

Finalmente, en cuanto al segundo de los argumentos, la primera objeción es, de nuevo, bastante clara. También los intérpretes últimos tienen el deber de respetar el mínimo significado determinado de los enunciados jurídicos y cuando lo dejan de lado, emiten decisiones que no se adecuan desde un punto de vista objetivo al contenido del Derecho aplicable. Que este deber en ocasiones no se cumpla y que, finalmente, no pueda ser internamente garantizado, no implica, afirma Patricia Cuenca, que no exista. Además, y esta sería, la segunda objeción, de nuevo “lo que vale para el contenido vale también para el órgano y para el procedimiento”. Los juicios de validez formal suelen ser contemplados como juicios fácticos, que dependen de la comprobación objetiva de un hecho, frente a los de validez material, que requerirían una actividad interpretativa y que, en consecuencia, al menos en parte, dependen de una valoración subjetiva del intérprete. Sin embargo, esta diferenciación es incorrecta, ya que la comprobación de la validez formal implica también la interpretación de normas superiores. Las normas formales de competencia y procedimiento suelen ser semánticamente más precisas que las materiales, pero manifiestan –incluso aunque sea en menor medida– los mismos problemas de indeterminación semántica, discrecionalidad interpretativa, y referencia a parámetros valorativos más o menos determinados.

De esta forma, la respuesta al fenómeno de las normas materialmente irregulares de hacer descansar su validez en los criterios formales resulta insuficiente y simplificadora, al obviar el problema de las irregularidades formales que afectan al órgano y al procedimiento y construir una imagen no sistemática y difícilmente funcional del fenómeno jurídico. Por un lado, conlleva una visión de la exigencia de coherencia que termina alterando sustancialmente la jerarquía normativa del sistema, al mantener que esta exigencia supone el deber de las autoridades jurídicas de respetar el contenido de las normas superiores tal y como son interpretadas –discrecionalmente– por el último órgano competente, lo que implica una inversión de la pirámide normativa. Además, el elemento clave para la determinación de la validez jurí-



dica no es tanto la conformidad de las normas inferiores con las superiores como la opinión que sobre esta cuestión manejan los órganos competentes, empleándose así un concepto subjetivo de validez absolutamente insostenible a no ser que se mantenga una concepción radicalmente escéptica de la interpretación jurídica. Finalmente, los presupuestos desde los que se defiende la primacía de los criterios formales de validez, o bien impiden la determinación de los órganos competentes, o bien no proceden a su identificación sobre la base de las normas superiores del sistema que instituyen y distribuyen poderes normativos.

Frente a todos estos problemas, la mejor opción parece ser, como hace la autora, afirmar que el sistema jurídico es, también “en última instancia” un sistema normativo mixto donde las dimensiones dinámicas y estáticas poseen la misma relevancia en la determinación final de la validez jurídica. Esta es, según Patricia Cuencia, la mejor explicación del modo en que funciona y se contempla socialmente el Derecho, por dos razones. En primer lugar, porque se trata de un modelo que permite, con carácter general, describir el comportamiento real y efectivo de los operadores jurídicos. Y en segundo lugar, porque, aunque de manera excepcional podamos encontrarnos con decisiones reales y efectivas que se reconocen como Derecho a pesar de no satisfacer los criterios formales y/o materiales de validez, es decir, con decisiones jurídicamente inválidas, tales decisiones siempre, y en todo caso, se justifican apelando conjuntamente a ambos tipos de criterios.

JAVIER DORADO PORRAS
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: javier.dorado@uc3m.es

