

El Concepto de Derecho.* De la argumentación a la comunicación

Por FERNANDO GALINDO, JOSÉ ANGEL MORENO, JOSÉ FÉLIX MUÑOZ

Zaragoza

I

En la crisis parece como si no fuera posible discurrir acerca de conceptos. Cuando hay crisis no sirven ni los nuevos ni los viejos. Hay quien manifiesta, incluso, que deberíamos renunciar a cualquier construcción que pudiera explicar la vida en general en una sociedad compleja como la presente, y limitarnos a hacer una hermenéutica de lo cotidiano¹. En un momento de crisis como el presente resulta especialmente evidente que no hay mundos únicos, ni siquiera dos mundos enfrentados con radicales diferencias absolutas. En consecuencia, en Derecho hay desde hace tiempo una cierta renuncia a presentar explicaciones; se dice que tan sólo cabe plantear problemas². Las respuestas pueden ser dadas por todos y nadie puede erigirse en árbitro único o en poseedor de la respuesta correcta. Por ello no caben conceptos y

* Para esta investigación se han recibido fondos de la CICYT, proyecto PB90-0582.

1. Está notablemente extendida esta posición en la Filosofía del Derecho. Ejemplo de una aproximación fundamentada puede encontrarse en: SHINER, R., *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992. Shiner establece las bases de una teoría del Derecho no convencional: «Ha de ser tan sólo una metateoría de teorías jurídicas, que muestre cómo la teoría del Derecho misma está, en forma similar a la práctica profesional, en un proceso constante de movimiento y ajuste entre teorías que ensalzan los principios de certeza/procedimiento y teorías que ensalzan los principios de flexibilidad/sustancia» (*ibidem*: p. 326). De la conexión entre saber y sociedad habla Luhmann: «el saber se constituye como resonancia de los acoplamientos estructurales del sistema social». Ver: LUHMANN, N., *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 122.

2. Sigue siendo ilustrador para con las limitaciones de las «explicaciones»: VIEHWEG, T., *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, quinta edición, München, Beck, 1974, pp. 111-119.

ni siquiera teorías. Parece como si el punto de referencia fuera el caos. Pero, por otro lado, se convive atendiendo a ciertas reglas e instituciones: el caos está ordenado en determinados sitios; en otros, en cambio, el orden tan sólo se mantiene por la fuerza de las armas (en ocasiones, las de la ONU). Esto significa que cabe explicar y reconstruir el orden. El filósofo del Derecho, además, ha de ocuparse por profesión de reflexionar sobre el Derecho.

La discusión sobre el concepto de Derecho permanece, si bien en una sociedad plural donde conviven distintas convicciones, creencias o morales, y por ello, la confianza en distintas reglas u órdenes de conducta. El problema real reside en que el concepto positivista de Derecho (Derecho es lo mismo que sistema de normas escritas promulgadas por una autoridad que tiene conferido el poder de legislar por haber sido elegida mediante un procedimiento racional³), establecido en consonancia con un mundo con una única moral: la cristiano-rationista del siglo XVIII, apenas sirve en estos momentos.

La reflexión sobre el concepto no es, por tanto, artificial o meramente académica. Se ha hecho precisa cuando la firmeza de las propuestas ilustradas ha comenzado a ponerse en cuestión. Ello no quita fuerza a la razón o a la construcción de teorías; sólo que el concepto tiene que servir para las varias razones, incluso los fundamentalismos, que están vivas y son legítimas en una sociedad democrática a la hora de establecer las reglas de la convivencia o del ejercicio de poder en el que en definitiva consiste el Derecho. Todo lo cual implica asumir que esta razón no puede tener objetivos absolutos, o lo que es lo mismo pretender construir explicaciones totales, detalladas, pormenorizadas de un mundo concreto a partir del análisis de un único principio⁴.

Hablando en términos políticos, cuando han pasado ya los enfrentamientos entre los dos bloques, los habitantes del Tercer Mundo emigran de sus lugares de nacimiento y realizan las labores que no quieren los del Primero, cuando nos encontramos con la convivencia obligada de distintas culturas, es difícil seguir restringiendo la idea del Derecho a la de un imperativo abstracto o proposición normativa, justificada por el principio de universalidad o por su creación por representantes parlamentarios. Más bien aparece la idea del Derecho como organismo vivo, preocupado mediante la actuación de sus agentes por asegurar la convivencia de todos los ciudadanos, sea cual sea su individualidad o pe-

3. La frase resume cualquier estado de la cuestión. Véase la coincidencia, por ejemplo, en el señalado en: WEINBERGER, O., *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1987, pp. 109-112.

4. «La filosofía analítica ha dado pasos importantes, bajo el influjo del análisis lingüístico, en la introducción de los condicionamientos sociales en la teoría del conocimiento, especialmente a la hora de reseñar que la 'frase' y el 'discurso público' son formas de encontrar la verdad. El problema de la misma reside en que al no contar con una adecuada teoría de la comunicación queda reducida a ser una mera orientación del lenguaje": LUHMANN, N., *Die Wissenschaft cit.*, p. 7. Resulta de interés la autocrítica a esta forma de estudiar la realidad realizada en: VON WRIGHT, G. H., «'Analytische Philosophie'. Eine historisch-kritische Betrachtung», *Rechtstheorie*, 1992, pp. 3-25.

culiaridad, y aceptado por todos no por su legitimación abstracta sino porque satisface para cada caso concreto, en mayor o menor grado, la idea de justicia. Esto supone que la definición de Derecho, en primer lugar, ha de hacerse; pero también que ha de contar con las características técnicas y políticas de las actividades de los juristas. Por otro lado, para ser una teoría mínimamente consistente ha de poder explicar todas estas actividades y no conformarse con ser una mera exposición de problemas; ha de apoyarse en fundamentos firmes que la capaciten para ser el punto de partida de explicaciones válidas para todos los juristas y los ciudadanos que son parte o intervienen en un acto jurídico concreto.

Atendiendo a la heterogeneidad de los miembros de nuestras sociedades, a su diferencia de culturas y creencias, ya no es posible establecer órdenes fuertes que vinculen dictatorialmente a todos desde la razón universal. Es preciso admitir que hay muchas razones o creencias que son igualmente legítimas en una sociedad democrática, pese a quien pese. Están las creencias de los gitanos, pero también las de los musulmanes, o las de las minorías marginales de todo tipo, o las de los enfermos, o las de los parados, o las de los que tienen empleo, o las de los que tienen capital, o las de los pensionistas... Todos ellos tienen Derecho a participar en la configuración de las reglas de la convivencia: a elegir a los parlamentarios, a -en su día, cuando ello sea posible- formar parte del jurado, a ser tenidos en cuenta en los procedimientos administrativos. Las reglas jurídicas han de ser, por ello, mínimas: han de permitir especialmente la participación de todos, desde sus creencias, en el gobierno de la libertad de los demás. Para solucionar cada problema, mejor para cada acción conflictiva concreta, ha de ser posible articular la participación de todos los interesados; lo que supone que todos, sea cual sea su cultura, puedan conocer los problemas con aquellas particularidades, notas o características en las que cada uno pueda estar interesado, y, a la vez, decidir en libertad respetando la libertad de los demás, participando del poder que acumulan los organismos o instituciones que precisan las reglas que actúan las relaciones sociales.

De ahí que sea conveniente discurrir sobre un concepto de Derecho que permita actuar en el marco señalado. De ello se trata en este trabajo donde, en primer lugar (II), se hacen propuestas acerca de dos conceptos de Derecho, en consonancia con la discusión filosófico-jurídica más reciente, y, en segundo lugar (III), se comprueba la efectividad de ambos mediante el estudio de una actividad jurídica concreta: una sentencia del Tribunal Constitucional. Al final (IV), se establecen unas conclusiones generales.

II

Se viene a convenir en los manuales y escritos de filósofos del Derecho más recientes ⁵, que es preciso considerar el fenómeno jurídico

5. Soriano viene a hablar de norma, valor y sociedad (SORIANO, R., *Compendio de teoría general del Derecho*, segunda edición, Barcelona, Ariel, 1993, p. 26).

en su triple dimensión, por orden de importancia, como norma, hecho y valor (positivistas). Las propuestas tradicionales, en cambio, ordenaban dichos elementos de la siguiente manera: valor, hecho y norma (naturaleza de la cosa: iusnaturalismo), o valor, norma y hecho (iusnaturalistas normativistas). Por otra parte, también hay quien ha estimado conveniente, atender al fenómeno jurídico, entendido como hecho, valor y norma (realismos).

Todas estas posiciones tienen en común que, admitiendo la unidad del fenómeno jurídico, se refieren a él considerando su separación en elementos aislados, desvinculados unos de otros. Sólo que tras esa toma de postura, el elemento que sitúan en primer lugar es el que caracteriza, sistematizándolos, a los demás. El Derecho queda identificado así por el elemento considerado más significativo y se traslada a aquél la parcialidad del método de conocimiento por el que éste es estudiado. Eso explica que las doctrinas positivistas consideren el Derecho especialmente como norma, la cual, a su vez, es entendida como frase o proposición prescriptiva.

Paulatinamente, sin embargo, va cobrando fuerza la tesis de que lo relevante no es la discusión en torno a la división del fenómeno jurídico en elementos o siquiera mundos distintos, o a las varias dimensiones del Derecho, o incluso al orden que han de ocupar los diversos componentes en la definición del fenómeno. Lo realmente relevante es asumir la hipótesis de que todos esos mundos están y deben estar conectados intersubjetivamente con la mayor claridad posible, tanto en la teoría como en la práctica jurídicas, dada la irremediable pluralidad cultural del momento presente, que exige, por lo mismo, la necesidad de tener en cuenta distintos órdenes normativos y sociales a la hora de actuar o regular las concretas relaciones sociales. Lo más importante, en este sentido, es asumir el hecho de la necesaria comunicación sucedida entre todos los elementos del Derecho con motivo de una actividad jurídica concreta. Esta es la posición que denominamos comunicativa. A ella nos referiremos, tras examinar algunas de las posiciones tradicionales (positivistas) más recientes.

Un cierto precedente para la consideración comunicativa del Derecho bien cabe encontrarlo en las propuestas que realizara Hart a comienzos de los años sesenta. En congruencia con las características del sistema jurídico inglés, y los principios de la filosofía analítica, este autor se aproximó al Derecho considerando que había de ser definido

Bobbio de norma y sociedad, «estructura» y «función» (ver «Prólogo a la edición castellana», 1987, BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 10). De dimensiones valorativa, normativa y social del Derecho habla Javier de Lucas (DE LUCAS y otros, *Introducción a la teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 37). Reale hablaba de aspectos normativo, fáctico y valorativo del Derecho (REALE, M., *Licoes preliminares de direito*, Sao Paulo, Saraiva, 1980, p. 64 ss).

atendiendo a lo que se ve ⁶. Para Hart Derecho es lo que los jueces reconocen como tal en su concreta actuación profesional, en coherencia con sus usos, convicciones y prejuicios ⁷. El Derecho se viene a identificar así con el reconocimiento, o, lo que es lo mismo, con la actividad profesional típica de los juristas por excelencia en el sistema anglosajón: los jueces. Pero Hart se alejó pronto de este punto de partida y pasó a estudiar únicamente el producto del reconocimiento, las reglas, definiendo el Derecho como sistema, estableciendo la distinción entre reglas primarias y secundarias ⁸, y situando dentro de las últimas la regla de reconocimiento. A partir de ahí, realizó un estudio normativo del Derecho.

La necesidad de renovación de este paradigma de conocimiento ha sido defendida, en los últimos años, por las teorías de la argumentación jurídica. Consideran éstas que a la hora de definir el Derecho no ha de atenderse tan sólo a las normas, sino también a su marco: a aquél en el que conviven normas, actividades de los juristas y valores, en concreto la justicia. Esto significa hacer explícito como objeto jurídico de interés el reconocimiento al que se refería Hart. Conviene recoger, a estos efectos, dos definiciones de Derecho que son consecuentes con lo que acaba de expresarse.

La primera de ellas, formulada por Dreier a comienzos de los años ochenta, dice lo siguiente: «Derecho es la totalidad de las normas que pertenecen a la Constitución de un sistema normativo organizado estatal o cuasiestatalmente, una vez que este sistema de normas es socialmente real, en general y en su totalidad, y satisface mínimamente la justificación ética o la justificación en general, y las normas que son creadas en desarrollo de esta Constitución, una vez que éstas incorporan en sí mismas una mínima referencia a la realidad social o a la posibilidad de realidad social y a la justificación ética o a la posibilidad general de justificación» ⁹.

Esta definición es normativa, sin duda alguna, pero como puede apreciarse hace referencia en forma genérica a actividades («normas que son creadas») y también a la justicia, si bien ésta queda limitada a la justificación ética en general, o, lo que es lo mismo, a que las normas superen los métodos admitidos generalmente como prueba en ética.

6. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, México, Editora nacional, 1980, p. XI: «En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados[...] El jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica[...] A pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva[...]».

7. *Ibidem*: pp. 144 ss.

8. *Ibidem*: p. 99: «El derecho como unión de reglas primarias y secundarias».

9. DREIER, R., «Der Begriff des Rechts», *Neue juristische Wochenschrift*, 1980, p. 896.

La definición de Alexy, propuesta en mil novecientos noventa y dos, dice: «El Derecho es un sistema normativo, (1) llamado a la justicia, (2) integrado por la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución reconocida socialmente, y no son absolutamente injustas, así como por la totalidad de las normas que han sido dictadas en virtud de esa Constitución, muestran un mínimo de realidad social o posibilidad de realidad social y no son absolutamente injustas, y por (3) los principios y los argumentos normativos especiales en los que se fundamenta y/o debe fundamentarse el procedimiento de aplicación jurídica para satisfacer las exigencias de justicia»¹⁰.

En ella se hace explícito lo que estaba presente en la definición de Dreier y también, en cierta forma, en la concepción de Hart. No hay duda de que identifica el Derecho con las normas: sistema normativo integrado por la Constitución, las normas y los principios. Su mayor novedad reside, no obstante, en que apela explícitamente a la justicia (1), a la realidad social (2) y a una actividad jurídica concreta: la aplicación del Derecho (3). Esta última consideración, la referencia a la actividad, estaba implícita en la definición de Dreier, pero es Alexy quien la hace explícita.

Ambas definiciones, pese a no traspasar el ámbito de lo normativo, tienen en cuenta también el amplio marco en el que hoy precisan moverse las normas jurídicas. Dicho de otra forma: integran el polimorfismo del fenómeno jurídico que ha sido puesto de relieve por las distintas aproximaciones que se producen al mismo. Esto significa que se remiten al escenario de la argumentación jurídica, al que consideran el único capaz de dotar al fenómeno jurídico de una racionalidad que lo explique y, a su vez, lo articule. Ahora bien, estos autores trasladan las características de las normas a las argumentaciones que las generan, las cuales no sólo están integradas por los textos normativos explícitos en los textos jurídicos, sino también por los principios jurídicos, desarrollados por la dogmática o los órganos jurisdiccionales como precedentes, o los argumentos éticos en general.

Y en esto último reside la limitación de sus propuestas: continúan centradas exclusivamente en realizar un tratamiento normativo de las argumentaciones, propugnando un estudio meramente analítico de las mismas. No admiten que se pueda realizar también una consideración del Derecho a partir de las actividades de los juristas, que siguen quedando fuera de sus apreciaciones. En consecuencia siguen realizando construcciones universalistas, descontextualizadas, del Derecho. Así, por ejemplo, Alexy¹¹ explica las normas por las argumentaciones jurídicas, proponiendo que las reglas de ambas están constituidas por las prescripciones siguientes:

10. ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, Alber, 1992, p. 201.

11. ALEXY, R., «Rechtssystem und praktische Vernunft», *Rechtstheorie* 1987, p. 418.

- 1) actuar ante problemas concretos utilizando la mayor claridad conceptual y lingüística posibles;
- 2) utilizar información empírica en la mayor medida;
- 3) actuar con generalidad, y
- 4) actuar en lo posible con libertad de prejuicios.

De este modo, el estudio del Derecho queda reducido a la consideración del mismo como sistema de normas o textos escritos, sean éstos leyes o principios. Pese a todo, su atención a las argumentaciones implica que está en la línea de dar pistas ciertas sobre la manera posible de resolver esta complejidad.

En efecto, la definición de Alexy —también la de Dreier— se fija de una u otra manera en la actividad de los juristas en relación con los textos jurídicos. Esto comporta la remisión a actividades y por lo mismo posibilita articular los estudios sobre la teoría y la práctica jurídicas que, recogidos en los tratados de Filosofía del Derecho, se refieran a interpretación, aplicación, construcción de dogmas y construcción de «la» teoría del Derecho. Se puede encontrar así en la doctrina referida una cierta sensibilidad respecto a las necesidades sociales, que requieren un Derecho que asuma la heterogeneidad social y la evolución experimentada por la reflexión filosófico-jurídica tras la segunda guerra mundial. Lo único preciso para profundizar en esta propuesta es renunciar al énfasis racionalista puesto en los sistemas normativos abstractos, y fijarse en lo que las definiciones implican: la necesidad de atender en las acciones concretas a la comunicación intersubjetiva, desde las distintas culturas, entre los diversos elementos del fenómeno jurídico.

Para lo cual se requiere añadir una regla más a las prescritas por Alexy a la argumentación jurídica. Regla cuya formulación depende de las precisiones que presta a esta doctrina la teoría de la acción comunicativa. De acuerdo con ella, es necesario atender a las notas propias de cada una de las distintas actividades jurídicas, que han de ser actuadas en un ambiente cultural pluralista ¹². En consecuencia, las reglas anteriores han de completarse con la elaborada a partir de dicha teoría ¹³:

- 5) atender a la pluralidad cultural de los sujetos que intervienen en las actividades jurídicas o al fenómeno de la intersubjetividad.

12. La denominada teoría de la argumentación jurídica, en cambio, ha sido construida con el único fin de proponer criterios de racionalidad generales («reglas del discurso») a la construcción de proposiciones normativas. Ver: ALEXY, R., «Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft», *Rechtssystem und praktische Vernunft. Plenarreferate. 15. Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie*, Göttingen, 1991, pp. 12s.

13. HABERMAS J., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983, pp. 144-152.

Lo cual da pie a considerar como objeto de conocimiento propio del filósofo del Derecho, distinto a las normas, las actividades «justas» —abiertas al entendimiento o intersubjetivas— de los juristas en relación con los textos jurídicos. Bajo la expresión «justas» se consideran incluidas tanto las actuadas aplicando el procedimiento democrático, establecido en el Estado de Derecho dirigido por el consenso, como las que participan de los criterios mayoritarios para la acción, respetuosos con los minoritarios, expresados en sus formas más plurales y complejas: normas y principios jurídicos, principios morales y usos sociales¹⁴. Estos criterios son sistematizados atendiendo a categorías filosóficas o valores (igualdad —justicia—, libertad, seguridad jurídica y comunidad), conceptos jurídicos fundamentales (legitimidad de la actividad estatal, contrato, tráfico de bienes y servicios, propiedad, proceso y pena) y preferencias o concepciones políticas (por ejemplo, las de eficiencia, imparcialidad y comunicación¹⁵).

De ahí que pueda ser definido el Derecho a partir de la idea de acción/ relación comunicativa entre todos los elementos implicados en su realización: en concreto, el sujeto que lo genera y aquél al que está dirigido, los textos en los que se explica, los criterios a los que todos ellos apelan y muy especialmente la congruencia de éstos con el consenso o la aceptación establecida por las distintas culturas que están presentes cuando la actividad se realiza. Así, una definición adecuada del Derecho en estos momentos, inspirada en una reflexión filosófica participativa o comunicativa, bien podría ser la siguiente: *Derecho es la actividad justa de los juristas en relación con textos jurídicos*. Esto es lo mismo que decir que Derecho es la acción abierta al entendimiento de los participantes que la realizan.

14. Esta consideración política de las actividades jurídicas, aceptada hasta por quienes propugnan en exclusiva una consideración racional del Derecho, que se limitan a rechazar como extrajurídica la consideración de la cualidad política de las actividades jurídicas, es compatible con los resultados que ofrecen sobre su caracterización los estudios realizados por las corrientes de reflexión jurídica que se han producido en la cultura occidental a lo largo de los dos últimos siglos, en el momento en el que la Filosofía del Derecho ha utilizado para el estudio de la práctica jurídica las consideraciones filosóficas habidas para con otro tipo de acciones. Quede claro que sin duda alguna dichas reflexiones han puesto de relieve la simultaneidad en las actividades jurídicas de su carácter argumentativo -político-, sus virtudes sistemáticas y sus cualidades típicas (vease: ZIPPELIUS, R., *Rechtsphilosophie*, Munchen, Beck, 1989, pp. 244-270). En este sentido han quedado manifiestas en toda su complejidad las notas principales de las actividades de interpretación y aplicación del Derecho; también las de la construcción de dogmas o de los distintos paradigmas de ciencia jurídica que han sido puestos en práctica desde el establecimiento y consolidación como tal del Estado de Derecho desde finales del siglo XVIII; más recientemente la de la construcción de proposiciones normativas; ahora la del acceso a los textos jurídicos.

15. Esta es una clasificación posible de las preferencias más significativas en nuestra cultura, otra puede ser la que, con relación a la justicia, habla de concepción libertaria, socialista, socialdemócrata, feminista y comunitaria. Así en: STERBA, J.P., *How to make people just. A Practical Reconciliation of Alternative Conceptions of Justice*, Totowa, New Jersey, Rowman & Littlefield, 1988, pp. 11-82.

Esta definición, ambigua en el contenido a la vez que suficientemente clara en la estructura, permite explicar el Derecho desde una perspectiva cultural plural, permeable a las características de una sociedad heterogénea integrada por personas muy diferentes, con ideas muy diversas sobre los principios sentidos como fundamentales. Fijémonos en que el primer énfasis de la definición reside en las actividades, dejando en un segundo plano el elemento normativo, que, recogido a través de la formulación más amplia «textos jurídicos», permite considerar incluidas tanto las normas, primarias y secundarias, como los principios. Las actividades, acotadas porque se ciñen a las realizadas por los juristas, están ligadas, al mismo tiempo, a la justicia¹⁶. Observemos también que se ha eliminado el elemento de la imperatividad recogido explícitamente cuando se hace referencia a las normas¹⁷. Lo más conveniente de la definición reside, no obstante, en que gracias a su ambigüedad limitada es posible dar juego a su admisión por sujetos de muy distinta peculiaridad.

De este modo, la idea de sistema normativo no tiene ya la importancia que tenía para las concepciones positivistas. Pero esto no apunta a una disminución de la razón; más bien se habla de una razón democrática, propulsora de la conciencia de la diferencia más que de la universalidad¹⁸. Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el sistema en este caso ya no es el integrado únicamente por las normas, pues a partir del concepto comunicativo es difícil hablar de un único sistema: hay diversos sistemas constituidos por las notas características de las distintas actividades jurídicas y por su respectiva participación por la justicia, es decir, por el conjunto de criterios aceptados socialmente para cada caso en forma respetuosa con los propugnados por las minorías¹⁹.

16. Es importante insistir en que la apelación a la justicia no significa reconocer que para el concepto comunicativo de Derecho todas las actividades de los juristas son justas sino que tan sólo lo son las que apelan a «la aplicación de alguna concepción de justicia». Ver: BRUDNEY, D., «Two Links of Law and Morality», *Ethics*, 103, 1993, p. 300. En el trabajo de Brudney se continúa y critica las posiciones de Fuller, Hart y Soper sobre el concepto de Derecho (*ibidem*: pp. 280-298).

17. La verdad es que este elemento no debe caracterizar al Derecho propio de una sociedad democrática, regida por la idea de consenso -a diferencia de lo que sucedía a lo largo del positivismo jurídico. Sin que ello suponga olvidar el aparato jurídico sancionador que en nuestra definición está implícito en la expresión «juristas» una vez que éstos pueden en sus acciones utilizar la fuerza del Estado.

18. Véase en este sentido: HOMANN, K., *Rationalität und Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1988, pp. 284 ss.

19. La fundamentación epistemológica de esta posición queda recogida en: GALINDO, F., «La Teoría de los Sistemas Sociales como Teoría de la práctica jurídica. Primeros pasos para la construcción de un concepto de Derecho», en ALEXY, R., y DREIER, R., (eds), *Rechtssystem und praktische Vernunft. ARSP-Beiheft 51*, 1993, pp. 129-135. Sobre el amplio reconocimiento filosófico de esta aproximación, dando cuenta de la más reciente literatura al respecto versa el trabajo: GOLDMAN, A. I., «Ethics and Cognitive Science», *Ethics*, 103, 1993, pp. 337-360. En todo caso ha de quedar claro que la apelación que aquí se hace a sistemas, como luego se demuestra, no significa el reconocimiento como único procedimiento de la teoría de los sistemas sociales, esta teoría precisa del complemento de la Filosofía del Derecho: véase al res-

Al hablar de actividades de los juristas nos referimos, en conformidad con lo que mantiene prácticamente toda la literatura jurídica, a las siguientes: acceso a los textos jurídicos, interpretación del Derecho, aplicación del Derecho, construcción de Dogmas y construcción de normas.

Con la denominación acceso a los textos jurídicos se hace referencia a la actividad mediante la cual los juristas obtienen la documentación pertinente para el desempeño de su actividad profesional. Para la opinión tradicional esta actuación no era considerada jurídica; más bien se trataba de una actividad meramente técnica o, incluso, documentalística. Distinta consideración tiene, en cambio, tras el estudio detallado de la misma que se realiza en monografías y artículos de revista desde hace unos años²⁰, por lo que en estos momentos cabe considerarla como una actividad jurídica más con sus notas particulares. Puede decirse, por tanto, que es la actividad más común a todos los juristas, una vez que en el Estado de Derecho, por prescripción constitucional, todos ellos están obligados a documentar o motivar sus actuaciones profesionales²¹.

Se entiende por interpretación jurídica la operación realizada por un profesional del Derecho, en el ejercicio de cualquier función jurídica típica, con el fin de explicar o expresar el contenido de los textos jurídicos. Según se admite generalmente, la interpretación está orientada

pecto: KRAWIETZ, W., «Zur Einführung: Neue Sequenzierung der Theoriebildung und Kritik der allgemeinen Theorie sozialer Systeme», en KRAWIETZ, W., WELKER, M., (eds.) *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, pp. 26 s.

20. Por ejemplo: TANGUY, Y., *La recherche documentaire en droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, 283 pp.; MELONCELLI, A., *Come si cerca il diritto*, Dogana, Titanedi, 1990, 187 pp.: exposición de instrumentos y métodos (bibliotecas, bibliografías y bancos de datos) por medio de los cuales se investiga el contenido de las leyes, la jurisprudencia y la literatura jurídica; PETIT, B., *Introduction générale au Droit*, Grenoble, Presses Universitaires, 1991, 160 pp.: estudio sobre las fuentes jurídicas y sobre los derechos subjetivos. Véase también a Alexy (ALEXY, R., *Rechtssystem cit.*) que se refiere a cómo los elementos materiales del acceso a documentación jurídica son los textos, los principios y los valores. Peczenik reflexiona filosóficamente sobre la doctrina de las «fuentes del Derecho» en: PECZENICK, A., *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, 443 pp. Guastini presta una atención directa a las fuentes del Derecho (leyes, reglamentos, normas corporativas, costumbres) y a partir de las mismas revisa problemas jurídicos fundamentales ligados con anterioridad al estudio de la ley (publicación de las leyes, irretroactividad, interpretación e integración del Derecho, límites a la integración mediante la analogía, derogación): GUASTINI, R., *Produzione e applicazione del Diritto. Lezioni sulle «prelegi»*, Torino, Giappichelli, 1989, 137 pp. Giacomo estudia las fuentes del Derecho desde la filosofía analítica y la dogmática: GIACOMO, C., *Fonti diritto e regole*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, 137 pp.

21. PERELMAN, Ch., *Ethique et Droit*, Bruselas, Editions de l'Université, 1990, pp. 667-680. Ha de recordarse a estos efectos que la Constitución española en su artículo 120, párrafo 3, refiriéndose a las actuaciones judiciales, dice: «Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública».

hacia la aplicación del Derecho, que tiene lugar a través de la realización de un proceso judicial ordinario. De ahí que el objetivo de la actividad interpretativa sea eliminar las contradicciones presentes en los textos jurídicos, tratando de hacer patente para el caso concreto la voluntad del legislador, mediante el uso de las técnicas de interpretación correspondientes. Subyace a dicha concepción la idea de que los textos han de ser aplicados tan sólo a través de la subsunción, operación en virtud de la cual un determinado caso o supuesto de hecho ha de ser integrado en un único texto o proposición normativa deducida de los textos jurídicos, produciéndose en virtud de dicha integración la construcción de una conclusión, que en todo caso es la extensión del texto legal. Sin embargo, tras los estudios que sobre la interpretación en general ²², y la jurídica en concreto, se están realizando prácticamente a lo largo de todo el presente siglo, tras la crítica de la jurisprudencia conceptual, esta versión ilustrada o racionalista de la actividad está siendo reemplazada por la que considera que la interpretación siempre es deudora de las valoraciones y prejuicios en los que cree el sujeto que la realiza ²³. Al igual que sucedía con el acceso a los textos jurídicos, la actividad de la interpretación es realizada de forma habitual, con las características que le suministra cada actividad profesional, por todos los juristas.

La actividad de la aplicación del Derecho es puesta en práctica por un menor número de juristas, y, además, está ligada en mayor medida que las anteriores a las valoraciones en las que creen los diversos sujetos que participan en su realización. Ha de tenerse en cuenta que siempre se realiza con ocasión de casos o asuntos conflictivos cuya resolución, en principio, no depende tanto del razonamiento o, incluso, del acuerdo de las partes implicadas, cuanto de la resolución de la autoridad competente, fundamentalmente del juez. En este caso nos encontramos con un procedimiento tasado por las leyes procesales, en forma más o menos rígida y por las leyes sustantivas o criterios de justicia. El proceso exige comportamientos típicos, técnicos, pero también de carácter argumentativo de los participantes en el mismo -el

22. Véase en este sentido la descripción de su situación hecha en: VATTIMO, G., *Ética de la interpretación*, Barcelona, Paidós, 1991, 224 pp.

23. Dworkin propone que constituyen una unidad las teorías del Derecho, la interpretación y la aplicación jurídicas: DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986, pp. 49-53. Aarnio señala el papel de la reflexión jurídica en la interpretación y cómo ambas están condicionadas por la forma de vida (Lebensform) o el mundo de vida (Lebenswelt): AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 289-296. Ackerman realiza un ejemplo de interpretación del Derecho atendiendo consecuentemente al fenómeno del intervencionismo estatal: ACKERMAN, B. A., *Del realismo al constructivismo jurídico*, Barcelona, Ariel, 1988, 150 pp. Frosini, sin olvidar a Betti, señala las características de la interpretación a partir del estudio de problemas concretos: la ciencia de la legislación, el negocio jurídico y los Derechos Humanos: FROSINI, V., *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Roma, Bulzoni Editore, 1992, 241 pp.

juez, el fiscal y los juristas representantes de las partes en conflicto- y concluye con una resolución del juez²⁴. La cual, pese a que puede ser revisada o recurrida, lo que le obliga a estar en correspondencia con los criterios de justicia admitidos mayoritariamente, se caracteriza por ser emitida atendiendo a los argumentos expuestos en el proceso y, en última instancia, a la «conciencia»: uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho es el de la independencia de los jueces²⁵. La actividad se realiza por juristas que colaboran en la generación de decisiones jurídicas.

La dogmática es la ciencia del Derecho «normal» desde el siglo XIX. Está integrada por el conjunto de afirmaciones o «dogmas» creados por los científicos del Derecho, articulados especialmente en forma de instituciones, que a su vez están formadas por normas o conjuntos de normas, propiamente técnicas o jurídicas en sentido estricto, y por valoraciones, creencias o ideologías acerca de la realidad jurídica y social²⁶. La construcción de dogmas es llevada a cabo fundamentalmente por los científicos del Derecho, sobre todo por profesores universitarios especialistas en las distintas ramas en las que se divide convencionalmente el ordenamiento jurídico.

La actividad de construir teorías del Derecho o sistemas normativos es, en verdad, una actividad alternativa a la del acceso a los textos jurídicos, ya que —en teoría— pretende propiciar el mejor acceso posible al Derecho. Esto se logra cuando el Derecho es construido a través de los métodos estándares o racionales de conocimiento, y muy

24. BAADER, E., *Vom richterlichen Urteil. Reflexionen über das 'Selbsverständliche'*, Köln, Carl Heymanns Verlag K.G., 1989, pp. 55-58.

25. El proceso de aplicación del Derecho necesita mayores precisiones. Una propuesta ilustradora en este sentido es la de Günther quien, atendiendo a las propuestas de la teoría de la acción comunicativa, estudia la aplicación y considera que las propuestas sobre la generalidad como criterio de la misma, que expresara Kant, no dan respuesta a los problemas morales y jurídicos de carácter práctico, si en cambio la da el principio de aplicación imparcial de las normas, que exige ponderar todas las circunstancias que confluyen en una determinada situación: ver GÜNTHER, K., *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt, Suhrkamp, 1988, 410 pp. Es interesante el estudio detallado que sobre la aplicación judicial realizó Wróblewski (WROBLEWSKI, J., *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992, 357 pp.).

26. AARNIO, A., *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien, Springer-Verlag, 1979, pp. 33-40. Schlapp muestra las posibilidades de acomodación de las figuras dogmáticas a las condiciones cambiantes de la realidad social: SCHLAPP, T., *Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik. Ansätze zu einer strukturalistischen Theorienbildung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 234 pp. (ver en especial p. 215). Günther estudia la acomodación de las figuras dogmáticas a los cambios valorativos, contemplando las propuestas de la teoría de la argumentación jurídica: GÜNTHER, K., «Ein normativer Begriff der Kohärenz für einer Theorie der juristischen Argumentation», *Rechtstheorie*, 1989, pp. 163-190, (ver en especial pp. 188 s). Desde otra perspectiva Teubner realiza una propuesta sistémica de formalización de la dogmática con varios ejemplos: TEUBNER, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, pp. 149-185.

especialmente de la aplicación de los mecanismos de la lógica, gracias a la transformación de los textos jurídicos explicitados en un lenguaje depurado: proposiciones prescriptivas o frases normativas. En este sentido, no interesan los textos jurídicos, sino tan sólo las proposiciones normativas elaboradas a partir de aquéllos. Las proposiciones son axiomas a partir de los cuales, aplicando las reglas de la lógica, sean las de la lógica proposicional o las de la lógica de predicados en su subclase lógica deóntica, cabe realizar construcciones deducidas de los referidos axiomas para cada caso concreto. Estas construcciones son sistemas normativos o redes semánticas que ofrecen al jurista alternativas oportunas para cada caso concreto, a través de un proceso cuya consideración no tiene interés, por lo general, para el elaborador de teorías del Derecho²⁷. Los autores de la construcción de normas a través del mencionado procedimiento son fundamentalmente los teóricos o filósofos del Derecho.

Todas estas actividades tienen entidad propia, como demuestra el estudio más simple de la práctica jurídica, y son consideradas además como tales por los manuales al uso²⁸. Sin embargo, son tratadas en mayor o menor medida en virtud de la experiencia histórica del siglo XX, las exigencias sociales que se hacen a las actividades profesionales y las líneas de reflexión que se han producido en la Filosofía del Derecho fundamentalmente en los dos últimos siglos. Como consecuencia de todo ello en un momento histórico se ha puesto énfasis en un tipo de actividades, en otro momento en otros. Pues bien, cualquier actividad jurídica encuadrable en las categorías mencionadas se caracteriza por cumplir las notas técnicas puestas de relieve por la reflexión filosófico-jurídica más reciente: las actividades de los juristas son actividades generales, mínimamente precisas, sometidas a reglas y procedimientos.

Esta reflexión enlaza con la consideración que hacia las actividades jurídicas en general se ha tenido especialmente en los dos últimos siglos, desde el momento en el que se ha situado al jurista en el papel auxiliar de intérprete de las leyes, las cuales son creadas por los representantes parlamentarios. Pese a todo, hoy cualquier actividad jurídica ha de ser considerada, además, una actividad política, comunicativa o abierta a consenso o aceptación. Y ello porque en el Estado de Derecho todas las actividades desempeñadas por profesionales del Derecho, con independencia de cuáles sean sus características estructurales, están obligadas a su legitimación o, lo que es lo mismo, a ser susceptibles de obtener el consentimiento o la aceptación de la mayoría de los que intervienen en ellas, tal y como establecen las normas y

27. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 14 s.

28. Por ejemplo: WEINBERGER, O., *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Viena, Manz Verlag, 1988, 251 pp.

principios fundamentales de los sistemas jurídicos -democráticos- actuales, en especial el principio de la autodeterminación. Lo que requiere fundamentación jurídica -textual- de todas las actividades en todas las instancias: han de estar basadas en criterios generales pertinentes, reconocidos o aceptados por la mayoría²⁹.

Llegamos así al final del presente apartado. Comprobaremos ahora mediante el estudio de una actividad jurídica concreta, una sentencia del Tribunal Constitucional, las ventajas e inconvenientes de utilizar un concepto de Derecho u otro de los aquí mencionados como instrumento capaz de explicar los fenómenos jurídicos en toda su complejidad³⁰. La sentencia seleccionada lo ha sido porque permite poner en juego los problemas jurídicos estudiados hasta este momento, al tener relación directa con la consideración de la pluralidad de culturas propia del presente momento histórico. En ella queda clara la distinta toma de posición que se produce entre las partes implicadas respecto al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Su contenido es expuesto en el siguiente apartado.

III

1) *La sentencia*

El 16 de noviembre de 1992, el Pleno del Tribunal Constitucional pronunció sentencia en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra la Ley 2/1986, de 10 de diciembre, del Parlamento de Galicia, por la que se prorrogaba el régimen de determinados arrendamientos rústicos para Galicia³¹. En síntesis, el Tribunal sostiene que la competencia autonómica gallega para desarrollar su Derecho civil foral o especial se extiende a la conversión en Ley Autónoma, y modificación, de meras costumbres, concluyendo que «la Ley impugnada no es contraria a la Constitución»³².

29. HART, H.L.A., *The Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 1961, p. 113.

30. Este procedimiento es consecuente con la idea de que la mejor prueba de los conceptos que tienen como fin ayudar a explicar y articular la realidad, se produce, tras el establecimiento de su consistencia, con su uso.

31. El recurso había sido promovido a tenor de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC): «Si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad».

32. Sentencia 182/1992 (B.O.E. de 18 de diciembre).

El recurso había sido presentado por el Abogado del Estado el 16 de marzo de 1987, haciendo invocación expresa de lo previsto en el artículo 161.2 de la Constitución ³³, y tenía por objeto el artículo único de la Ley 2/1986, del Parlamento de Galicia, que establecía lo siguiente: «La regla 33 de la Disposición transitoria primera de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, se entenderá prorrogada y vigente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, hasta el 31 de diciembre de 1988» ³⁴.

De este modo, el Parlamento gallego alargaba dos años más la prórroga prevista en la Ley estatal, que decía así: «Los arrendamientos concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935, en que se hubiere perdido memoria del tiempo por el que se concertaron, cuando el cultivador sea personal, se entenderán prorrogados por dos períodos de tres años; durante estos períodos el arrendatario podrá hacer uso del derecho de acceso a la propiedad en los términos establecidos en el párrafo primero del art. 98 de esta Ley» ³⁵.

Para defender su tesis —que la norma autonómica suponía una invasión en la competencia del Estado en materia civil—, el Abogado del Estado apoyaba su argumentación en diversas consideraciones. En primer lugar, la Ley gallega no partía de un concepto contractual diferente al previsto en la Ley estatal, ni de una modalidad arrendaticia distinta, ni de un efecto jurídico ajeno al contemplado en la Ley general y común de arrendamientos rústicos, limitándose únicamente a disponer un efecto concreto en el ámbito temporal de una regla estatal. Tomando como presupuesto una Ley del Estado, y aceptando sus supuestos y efectos, se alteraba pura y simplemente una de las consecuencias normativas explícitas en la misma y se sustituía por un efecto diferente en cuanto a la duración temporal de la prórroga.

Por otra parte, el título competencial invocado en la Ley impugnada era el contenido en el art. 27.4 del Estatuto de Autonomía, que atribuye competencia a la Comunidad Autónoma para «la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones de Derecho civil gallego». Pero este precepto ha de ponerse en relación con el art. 149.1.8 de la Constitución, que atribuye competencia exclusiva al Estado sobre «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Ahora bien, en la Compilación gallega de 2 de diciembre de 1963 no hay la más mínima huella que

33. «El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses».

34. Diario Oficial de Galicia núm. 243, de 15 de diciembre.

35. Ley 83/1980, Disposición transitoria primera, regla tercera.

permita entender vigente ninguna particularidad en materia arrendatícia rústica.

Finalmente, la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la Ley 1/1987, de 12 de febrero, que prorrogaba por un periodo de cinco años más los arrendamientos rústicos vigentes que se hubieran concertado con anterioridad a la Ley de 15 de marzo de 1935, siempre que el arrendatario fuera cultivador personal, ponía más en evidencia la invasión competencial de la Ley gallega, pues —por tratarse de una norma que tiende a conseguir un objeto análogo a la impugnada— no cabe una mayor identidad de contenidos ni, por tanto, mayor grado de incompatibilidad.

Por providencia del 25 de marzo de 1987, el Tribunal Constitucional acordó la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad, dar traslado de la demanda a los órganos previstos en el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³⁶ y publicar en los boletines oficiales correspondientes la formalización del recurso y la suspensión de la Ley.

Como cabía esperar, la Junta de Galicia presentó escrito de alegaciones. Tras examinar de forma particularmente detenida el artículo 149.1.8 de la Constitución, partiendo de una interpretación literal del mismo que ha de ser también leída a la luz de la Disposición adicional primera de la Constitución³⁷, llega a la conclusión de que la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma no se restringe a la situación actual de la compilación vigente de Galicia, por tratarse de un derecho esencialmente consuetudinario vinculado al patrimonio familiar y las viejas estructuras organizativas agrarias. En este sentido, el propio artículo 149.1.8 de la Constitución se refiere a la determinación de las fuentes del Derecho foral³⁸, lo que tiene especial significación para el Derecho consuetudinario.

36. «Admitida a trámite la demanda, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas». (LOTC, art. 34.1).

37. «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

38. El párrafo segundo de dicho artículo atribuye competencia exclusiva al Estado, «en todo caso, [sobre] las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial».

Una vez establecida la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de arrendamientos rústicos, se lleva a cabo por el Gobierno de Galicia un análisis de la Ley objeto del recurso. En ella se establece una prórroga respecto a arrendamientos históricos, de carácter consuetudinario, que, por sus claras especificidades, requieren una consideración distinta y propia como institución jurídica propia del Derecho especial de Galicia. En consecuencia, la Ley gallega parte de un concepto contractual diferente al de la Ley estatal, el arrendamiento rústico gallego, al que, como la doctrina ha indicado, no puede aplicarse la legislación estatal. No se invade, por tanto, competencia estatal alguna, ni se toma como presupuesto una Ley del Estado para modificarla.

El Presidente del Parlamento de Galicia, por su parte, formuló también escrito de alegaciones. Tras rechazar la interpretación del Abogado del Estado —que califica de restrictiva— en relación con la competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, sostiene la competencia de determinadas Comunidades Autónomas para legislar en materia civil sin otros límites que los consignados en el párrafo segundo del artículo 149.1.8 de la Constitución.

Recuerda asimismo que la legislación arrendaticia rústica es sumamente respetuosa con los derechos autónomos, supeditando su aplicación a la existencia de derechos civiles propios de las Comunidades Autónomas y que la compilación gallega no regula la totalidad de las instituciones o peculiaridades del derecho civil gallego, del cual forman parte, sin ninguna duda, los arrendamientos rústicos³⁹. No se trata, pues, de invadir competencias estatales, sino de hacer uso de una competencia propia reconocida tanto en el Estatuto de Autonomía como en la Disposición adicional de la Ley 83/1980⁴⁰.

En el mes de julio de ese mismo año (1987), tras conceder audiencia a las partes, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la Ley impugnada⁴¹.

El asunto vino a complicarse con la publicación de la Ley estatal 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, que disponía la prórroga de los citados arrendamientos hasta el 31 de di-

39. Así se reconoció en el debate de la Ley de Arrendamientos de 1935 y en la tramitación parlamentaria de la Ley 83/1980, y han reflejado diversas reuniones científicas. Lo que ocurre es que los arrendamientos rústicos históricos, regulados tradicionalmente por el Derecho consuetudinario, fueron ignorados por el legislador, al no encajar en la categoría clásica del arrendamiento rústico liberal de la codificación, sin que la Ley de 1935, ni la de 1980, afrontaran la regulación de estas situaciones.

40. La Disposición adicional primera de esta Ley establece su aplicabilidad en todo el territorio, sin perjuicio de: 1) la aplicación preferente de los derechos civiles forales o especiales en todos los territorios donde existan normas particulares al respecto, y 2) la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de las normas de su Derecho civil relativas a las materias reguladas por la Ley.

41. Auto de 21 de julio de 1987.

ciembre de 1997. Así las cosas, en septiembre de 1992, el Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84 de la LOTC, acordó conceder un plazo a las partes para que alegaran lo que estimasen oportuno acerca de la incidencia que sobre el recurso de inconstitucionalidad pudiera tener la publicación de dicha Ley.

La Junta de Galicia afirmó su titularidad competencial y mantuvo, por ello, la necesidad de que el Tribunal pronunciara Sentencia en el recurso. La Abogacía del Estado, por su parte, observó que si bien la legislación estatal sobrevenida disponía para la Comunidad de Galicia la prórroga de los arrendamientos rústicos históricos hasta el 31 de diciembre de 1997, subsisten en su integridad los motivos que dieron lugar a la interposición del recurso contra la Ley 2/1986 —la falta de competencia de la Comunidad Autónoma para prorrogar los citados arrendamientos— y, por tanto, debía mantenerse el recurso. Finalmente, el Parlamento de Galicia reiteró sus anteriores argumentaciones, afirmando que la regulación de los arrendamientos rústicos llevada a cabo por la Ley 1/1992 debía tener únicamente el carácter de Derecho supletorio, por lo que concluyó suplicando que se desestimara el recurso.

2) *La sentencia a través del concepto argumentativo*

Como ya se ha dicho, la definición argumentativa del Derecho continúa las formuladas por el positivismo jurídico. Si para el positivismo Derecho es lo mismo que sistema de normas escritas, promulgadas por una autoridad que tiene conferido el poder de legislar por haber sido elegida mediante un procedimiento racional, la novedad de la definición argumentativa reside en reconocer explícitamente que Derecho es lo mismo que norma llamada a la justicia o a la justificación⁴².

La norma está compuesta por el sistema integrado por los textos jurídicos, recogidos en la Constitución o derivados de la misma, y por los principios. La justicia se actúa mediante la aplicación de la norma por los agentes jurídicos, siguiendo las reglas y principios prescritos por la Constitución o las normas que la desarrollan y los argumentos normativos especiales que garantizan la satisfacción de las exigencias de justicia. En este sentido, una norma puede considerarse justificada o participada por la justicia cuando se atiende en su proceso de creación a las reglas de justificación tanto interna como externa. En la justificación interna se trata de ver si la decisión jurídica se sigue lógicamente

42. Ello para Alexy implica reconocer que el concepto de Derecho requiere elementos morales; por lo cual califica su posición, frente a los positivistas, como postura «no positivista» (ALEXY, R., *Begriff cit.*, p. 17). Para nosotros es positivista porque sigue utilizando como principal referencia del concepto de Derecho la calificación de «sistema normativo».

de las premisas, mientras que el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas ⁴³.

Aquí se va a estudiar el grado de justicia —o lo que es lo mismo de normatividad— de la sentencia considerada, teniendo en cuenta, primero, el modo en el que se ha atendido a las reglas de justificación externa, y, segundo, a las de la interna. Alexy propone la utilización de seis grupos de reglas y formas de argumentos para la justificación externa: (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general, (5) de la argumentación empírica y, por último, (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos (la analogía, por ejemplo) ⁴⁴.

El argumento del que parte la sentencia es común a todos los que intervienen en el conflicto: el uso de los métodos «clásicos» de interpretación de las leyes. Tanto las partes contendientes como el Tribunal coinciden en que el ámbito de la Ley autonómica recurrida es el régimen de arrendamientos rústicos de Galicia. Dicho régimen había sido precisado por el texto del artículo único de la Ley gallega, que se limitaba a prorrogar hasta el 31 de Diciembre de 1988 el plazo establecido por una Ley del Estado. Esta fijaba el período otorgado a los titulares de arrendamientos históricos para que se convirtieran en propietarios. Lo que supone que también existió coincidencia en el argumento dogmático: se trataba de la transformación de la «propiedad útil» en simple propiedad, en su concepto moderno.

El anterior argumento se complementa con la consideración hecha por el Tribunal de que si bien la Ley de Galicia 2/1986 se presenta hoy como norma ordenadora de una situación ya plenamente consumada y cuya finalidad ampliatoria ha sido conseguida, con creces, por otras dos Leyes estatales que han sido objeto de aplicación en la Comunidad Autónoma de Galicia, su examen no puede considerarse inútil por dos razones: 1.^a) El precepto impugnado puede ser susceptible, caso de ser declarado conforme a la Constitución, de aplicación jurisdiccional, con relación a supuestos ordenados por él durante el breve período que transcurrió entre la entrada en vigor de la Ley y su suspensión, una vez impugnada; y, 2.^a) siendo lo único que se plantea en el presente recurso un problema competencial respecto a una determinada disposición de Ley y manteniéndose viva la controversia en los alegatos de las partes, se puede aplicar al caso el criterio sostenido por el Tribunal en relación a los conflictos de competencia: que la pérdida de vigencia o eficacia de la disposición objeto de conflicto no supone necesariamente y en todos los casos la desaparición sobrevinida de su objeto.

43. ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1978, p. 273 (hay traducción: ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989); ALEXY, R., *Begriff cit.*, p. 206.

44. ALEXY, R., *Theorie cit.*, p. 285.

Uno de los argumentos jurídicos de la sentencia del Constitucional se centra en el reconocimiento de que estamos ante dos ordenamientos, común y foral, nacidos en momentos muy diferentes, y cuya aceptación por la comunidad nace de modos muy diversos. Desde la óptica de Alexy cabe considerar que nos encontramos ante dos «Constituciones» diferentes: una hunde sus raíces en el tiempo y ha regido sin interrupciones hasta hoy, en base a un acuerdo plasmado en la costumbre; la otra, moderna, basada en la idea de Estado y aceptada por plebiscito.

El Parlamento de Galicia afirmó que tiene, al igual que los demás Parlamentos forales, competencia para legislar en materia civil, sin otros límites que los expresamente fijados por el artículo 149.1.8 de la Constitución. De ello se sigue que las Comunidades que conservan un derecho histórico ganan por ese simple hecho una cierta «soberanía» en el ámbito civil. Este privilegio equivale a reconocer la existencia de una «Constitución», en el sentido de la definición de Alexy; ella establece la diferencia entre las Comunidades Autónomas de derecho común y las forales, y es la base sobre la que estas últimas pueden desarrollar sus propios ordenamientos.

Lo hasta aquí observado podría hacernos pensar que la justificación de los argumentos de la sentencia está exclusivamente ligada a las reglas de interpretación de las leyes o, a lo sumo, al uso de los precedentes, pero ello no es así porque, según lo que expresamos a continuación, el argumento fundamental es el dogmático. Se demuestra al considerar los motivos en los que se apoya el Tribunal para desestimar el recurso.

Básicamente son dos: 1.^o) que los arrendamientos rústicos «históricos» constituyen Derecho propio de Galicia y, por tanto, la Comunidad Autónoma puede someterlos, en la medida en que hayan estado sujetos a usos y costumbres propios, a una regulación específica; y, 2.^o) que entre tanto se realiza esa labor, y de forma transitoria, ha de entenderse que, ante el riesgo de que el Estado no adoptara las medidas pertinentes, la fórmula de mantener unas situaciones o derechos sobre cuya regulación es competente entra dentro de sus competencias ⁴⁵.

Respecto al primer punto, la sentencia señala que la competencia autonómica para la «conservación, modificación y desarrollo» del propio Derecho civil puede dar lugar a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico, lo cual resulta aún más claro visto el enunciado del art. 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia, pues en la idea de

45. «Aunque lo pretendido regular no sea, pura y simplemente, el Derecho consuetudinario, sino la conservación de contratos sometidos al mismo, con ello se trata de evitar la resolución de arrendamientos «históricos» al agotarse el plazo previsto originariamente en la Ley de 1980, intención análoga, por lo demás, a la que subyacía a la Disposición transitoria de la Ley 6/1986, de las Cortes Valencianas, estimada, en este punto, conforme a la Constitución por la reciente STC 121/1992 (fundamento jurídico 5.^o)».

«institución» jurídica, presente en tal precepto, se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias ⁴⁶.

Esta consideración, sin embargo, no es concluyente en orden al concreto alcance y naturaleza, en Galicia, del régimen consuetudinario arrendaticio que pudiera ser, llegado el caso, conservado, desarrollado o modificado mediante Ley, pero sí ha de ser tomada en cuenta para enjuiciar esta Ley, como dato corroborador de la existencia, en el territorio de Galicia, de un tal régimen consuetudinario para los arrendamientos rústicos que merezcan la calificación de «históricos».

Para afirmar que esa clase de arrendamientos constituye Derecho propio de Galicia —prosigue la sentencia— cabe señalar, «que la doctrina científica generalmente les atribuye la cualidad de Derecho civil propio o especial y los considera institución dotada de identidad diferenciada, dadas las peculiaridades que ofrecen por su origen (consuetudinario), por su forma (predominantemente verbal), por la figura del arrendatario (en la que prima la condición de jefe de familia), por su objeto (lugar acasado), por su duración (prácticamente indefinida en virtud del derecho de sucesión), por el intenso sentimiento dominical que tienen los arrendatarios y, en definitiva, por la imprecisión de su naturaleza jurídica, tan cercana al censo enfiteúutico».

Por otra parte, «la propia configuración por la legislación del Estado del arrendamiento histórico, como algo distinto tanto del arrendamiento rústico de corte liberal, configurado en el Código Civil, como del sometido a la legislación de arrendamientos rústicos, llevó, en un principio, a no someter tal arrendamiento a otro tratamiento que no fuera el de ir disponiendo su prórroga hasta tanto no se dictara una regulación específica. El que el Estado, para evitar los graves problemas sociales que ‘en determinadas zonas se producirían’ (exposiciones de motivos de las Leyes 1/1987 y 1/1992), haya establecido sucesivamente prórrogas en la duración de estos contratos, no impide que, en la esfera de su competencia territorial, la Comunidad Autónoma pueda someter estos arrendamientos rústicos históricos, existentes en su territorio, y en la medida en que hayan estado sujetos a usos y costumbres propios, a una regulación que recoja y precise esas costumbres».

Bastaría con las constataciones y consideraciones anteriores para rechazar, según el Tribunal, la impugnación deducida por el Abogado del Estado. El Tribunal concluye declarando que la medida legislativa impugnada, «en tanto que previsión tendente a asegurar la aplicabilidad de una legislación autonómica proyectada sobre un ámbito propio del Derecho civil especial de la Comunidad Autónoma de Galicia», no

46. «Cabe observar, junto a ello, que la legislación estatal reguladora de los arrendamientos rústicos hace expresa mención de las competencias que sobre ellos pudieran ostentar las distintas Comunidades Autónomas (Disposición adicional primera tanto de la Ley 83/1980 como de la Ley 1/1992), lo que resulta indicativo de la constancia, para el legislador estatal, de la existencia de regímenes peculiares en este orden».

resulta contraria a lo dispuesto en el art. 149.1.8 de la Constitución y en el art. 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia ⁴⁷.

Frente a esta tesis, el Abogado del Estado considera que «las normas forales sólo pueden modificarse o desarrollarse a partir de sus propios preceptos», con lo que se afirma la presencia en los ordenamientos forales de sistemas cerrados a los que no podrían aportarse nuevos predicados que no se dedujeran de los ya existentes. Estos argumentos, propios de la argumentación práctica general, no los comparte el Constitucional.

En sentido similar, sin embargo, se expresó uno de los componentes del Tribunal, el Magistrado D. Carlos de la Vega Benayas, en el voto particular discrepante que formuló a la sentencia. No cuestiona este Magistrado la existencia en Galicia de arrendamientos históricos propios del Derecho civil gallego, ni, por supuesto, la potestad de la Comunidad Autónoma gallega sobre su Derecho civil. Lo que critica a la mayoría del Tribunal es, precisamente, no haber llevado hasta sus últimas consecuencias estos presupuestos: «Si se trata de Derecho consuetudinario Gallego, sólo Galicia tendrá competencia para conservarlo, desarrollarlo o modificarlo (arts. 149.1.8 C.E. y 27.4 E.A.G.), de conformidad, además, con la reserva que al respecto hace la Disposición adicional primera de la Ley citada 83/1980, relativa a la aplicación preferente del Derecho civil foral o especial, allí donde exista».

De ahí que la Comunidad Autónoma de Galicia no tuviera necesidad de establecer prórrogas respecto a una Ley estatal, que ni siquiera puede valer en este punto como Derecho supletorio, pues el Derecho consuetudinario gallego considera de duración indefinida los arrendamientos rústicos históricos. Lo que podría haber hecho, dada la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre su propio Derecho civil, es «haber dispuesto, mediante Ley, la modificación del plazo (prórroga de 'sus' arrendamientos rústicos históricos), transformando la fuente de su Derecho, de costumbre a Ley».

Lo que la Comunidad Gallega no podía hacer, sin embargo, era modificar una Ley estatal ⁴⁸, por lo que en opinión de este Magistrado el recurso del Abogado del Estado era admisible en parte: en lo que la Ley gallega suponía de intromisión en la potestad legislativa estatal. En consecuencia, «el fallo debería haber declarado la inconstitucionalidad en este punto y la constitucionalidad de la Ley autonómica en cuanto

47. «La Ley objeto de este recurso no dispone, obviamente, regulación sustantiva alguna en materia arrendaticia, limitándose a establecer una ampliación del plazo, respecto del ya establecido entonces por la Ley 83/1980, para el acceso a la propiedad por parte de los titulares de arrendamientos históricos. Esta medida legislativa no disciplinó, pues, peculiaridad alguna ordenada por el Derecho propio de Galicia, pero sí pretendía asegurar —como en la exposición de motivos se afirma— la efectividad de una futura regulación sustantiva a adoptar por la Comunidad Autónoma».

48. «Tampoco tenía necesidad de hacerlo, partiendo, como se parte, del dato afirmado de la no competencia del Estado para regular (o modificar) el Derecho consuetudinario de una Comunidad. Incluso, apurando la lógica, podría la Comunidad de Galicia haber requerido al Estado de incompetencia».

—aun con referencia equivocada a la Ley estatal— se limitaba a legislar sobre su propio Derecho civil».

Volviendo a la justificación externa de Alexy, en nuestro caso se observa que la Abogacía del Estado dió más peso a la interpretación de las leyes y al uso de la argumentación práctica, y la Comunidad Gallega, en cambio, al uso de los precedentes. En todo caso, ambos —y el Tribunal Constitucional, muy especialmente— primaron el uso de la argumentación dogmática.

Si la justificación externa pretende sentar la validez de nuestras premisas, es la interna la encargada de poner éstas en movimiento. El concepto argumentativo del Derecho considera, incluso, que delimitando la parte del razonamiento que pertenece a la justificación interna podremos aislar los argumentos externos⁴⁹. Por otra parte, define también como regla básica de la justificación interna que «la decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones»⁵⁰.

Observando la cuestión desde esta óptica nos interesa delimitar si las distintas argumentaciones parten de normas universales comunes o si, como cabría esperar, cada uno se basa en las propias del ordenamiento que defiende. En la medida en que el Tribunal aplique en sus fundamentos ambas líneas de razonamiento, estará reconociendo implícitamente la existencia de dos sistemas normativos, que serían paralelos. De hecho, auxiliado con la doctrina civil, el Constitucional sigue razonamientos positivistas —llegando a conceder amplias competencias a las Comunidades Autónomas, pero sin que desaparezca una limitación genérica impuesta por el ordenamiento constitucional al foral— al manifestar el Tribunal que este ordenamiento debe referirse únicamente a instituciones conexas con las ya reguladas».

Por todo lo cual, cabe concluir que, atendiendo a las indicaciones establecidas por el concepto argumentativo, la sentencia estudiada participa de la justicia y, por lo mismo, constituye Derecho.

Sin despreciar las ventajas que aporta este estudio de la sentencia, en cuanto que el análisis permite ser el punto de partida para consideraciones posteriores, se hacen patentes también ciertas desventajas del procedimiento. Residen éstas en el alejamiento de la teoría de la argumentación jurídica de los problemas reales, y su obsesión por suministrar un tratamiento meramente formal —normativo— a la solución jurídica dada al problema social concreto, a raíz del cual ha surgido la actividad jurídica concreta.

Para un concepto argumentativo del Derecho no interesan las concepciones políticas que hayan podido mantenerse en el procedimiento en relación a la articulación de los datos sociales del problema concre-

49. ALEXY, R., *Theorie cit.*, p. 283.

50. *Ibidem*: p. 275:

to: aquí la situación de los arrendatarios y arrendadores gallegos. La única consideración al respecto es la relativa a que se hace justicia «universal» gracias al uso de los argumentos pertinentes de a dogmática civil.

Tan sólo queda, con ello, satisfecho el principio de pureza «analítica»⁵¹. Pero no hay consideración alguna a preferencias o criterios sustantivos: filosóficos, jurídicos o políticos⁵². En este caso, por ejemplo, a a acomodación o no de a prórroga de los arrendamientos, por parte de la Comunidad Autónoma y el Estado, a los principios y criterios que sobre la protección y función social de la propiedad están reconocidos en el Estado de Derecho.

La depuración formal del discurso jurídico y la delimitación del terreno fronterizo entre la potestad normativa del Estado y de las Comunidades Autónomas, tiene su importancia, e incluso consecuencias políticas, auxiliando a la larga la posibilidad de que se amplíen los canales por medio de los cuales se hagan patentes las peculiaridades culturales y la participación de todos los ciudadanos, pero ello no excusa de la falta de atención a lo que está más próximo: el problema concreto de los arrendamientos históricos en Galicia.

3) *La sentencia a través del concepto comunicativo*

Otra consideración tiene la sentencia estudiada desde la perspectiva de un concepto comunicativo del Derecho que, recordemos, expresaba que *el Derecho es la actividad justa de los juristas en relación con textos jurídicos*. Veamos.

El concepto comunicativo no queda satisfecho con el estudio de una norma: estudia actividades. Por tanto, lo ideal en este caso sería, al menos, la consideración de todo el expediente elaborado por el Tribunal Constitucional⁵³. De este modo, el concepto es consecuente con la práctica jurídica: cuando un jurista actúa en ejercicio de su profesión lo hace atendiendo al texto de las normas de forma secundaria, pues de lo que se ocupa en mayor medida es, sin duda alguna, del estudio de las características del caso, recogidas en la documentación que integra el expediente o sumario concreto.

51. Con la posición de Alexy la verdad es que este principio puede quedar satisfecho en forma extrema, no nos interesa aquí seguir su procedimiento dado el carácter ejemplar del estudio pero conviene recordar la posibilidad de ampliarlo siguiendo la estructuración que acerca de los Derechos fundamentales realiza el autor en ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, 548 pp.

52. Alexy relaciona principios y valores pero prefiere hablar de principios porque «el modelo de los principios tiene la ventaja de que su característica de deber ser queda siempre expresa» (*Ibidem*: p. 133).

53. Un estudio óptimo contaría, incluso, con los expedientes elaborados por todos los órganos o instituciones que han participado en el asunto: tanto a la hora de plantear el recurso cuanto a la de elaborar las respectivas disposiciones objeto del mismo.

En el presente trabajo no cabe entrar, sin embargo, en un estudio de este tipo, ya que su intención queda satisfecha al señalar las hipotéticas virtualidades y desventajas del concepto, partiendo tan sólo de los argumentos expuestos en el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado. Estas eran las reglas del juego establecidas implícitamente a lo largo del mismo. El estudio finalizará, por tanto, una vez precisadas las siguientes cuestiones: (A) qué actividades jurídicas típicas se realizan en la sentencia del Constitucional; (B) qué referencia se hace en ella a la justicia; y, por lo mismo, (C) qué margen de participación ha dado a los distintos integrantes de una sociedad democrática en el caso concreto, o puede dar una hipotética generalización de su doctrina como precedente, en otros similares o análogos que se produzcan en el futuro.

A) Con independencia de que en la elaboración de la sentencia se hayan producido distintas actividades jurídicas típicas, especialmente accesos a textos jurídicos, interpretaciones y aplicaciones del Derecho, el resultado final es una norma, en la que plasma una determinada aplicación de textos jurídicos.

La actividad concreta de aplicación ha sido puesta en práctica por el Tribunal Constitucional, siguiendo las pautas prescritas por los textos jurídicos que regulan sus actividades. Los textos jurídicos aplicados han sido fundamentalmente la Constitución y las normas citadas a lo largo de la sentencia: Estatuto de Galicia, y todas las leyes estatales y de la Comunidad Autónoma de Galicia consideradas. Los juristas que la han dictado han sido los miembros integrantes del Tribunal Constitucional en el momento de promulgar la sentencia: la sala en pleno y el ponente.

En concreto. La sentencia del Tribunal Constitucional fué dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, el día 16 de noviembre de 1992. Versaba sobre el recurso de inconstitucionalidad promovido el 16 de marzo de 1987, por el Gobierno de la Nación contra la ley 2/1986 de 10 de diciembre, del Parlamento de Galicia por la que se prorrogaba el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia. La resolución del Tribunal desestimó el recurso de inconstitucionalidad.

Nos encontramos, pues, ante la aplicación del Derecho por un órgano jurídico colegiado, integrado por determinados magistrados, elegidos por el Parlamento. Uno de ellos ha sido el ponente, D. Miguel Rodríguez Piñero, y otro, el defensor de un voto particular, D. Carlos de la Vega Benayas⁵⁴.

54. También han participado en la aplicación el Abogado del Estado, representando al Gobierno, y las instituciones políticas de la Comunidad Autónoma de Galicia (Parlamento y Junta), auxiliadas por sus letrados. Todos ellos tenían una significación política propia: la de los grupos políticos que, en última instancia, dinamizaban el conflicto concreto al estar presentes en las instituciones participantes en el mismo. Un estudio pormenorizado de la sentencia debería considerar dicha filiación política, que ha podido variar en el tiempo conforme se sucedían las distintas elecciones.

Decíamos que son aplicados el texto de la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Galicia y varias leyes ligadas a los textos anteriores. También, fundamentalmente, la dogmática a través de la teoría de la institución. En todo caso han sido considerados los textos precisos requeridos, en opinión de las partes, por el conflicto fáctico concreto. En virtud de la respectiva consideración se han producido diferentes interpretaciones de los textos jurídicos por las varias partes que han intervenido en el mismo. El contenido de estas interpretaciones ha quedado manifiesto en el análisis argumentativo de la sentencia que realizábamos en el apartado anterior.

El hecho causante del conflicto fue la posible lesión de los derechos de determinados arrendatarios históricos gallegos, en concreto los cultivadores personales que detentaban arrendamientos rústicos concertados antes de la ley de 15 de mayo de 1935, al no quedar prorrogados sus contratos más allá del plazo de seis años establecido por la ley del Estado 83/1980 de 31 de diciembre. Ello es lo que obligó al Parlamento gallego a promulgar la ley 2/1986 de 10 de diciembre, por la que se prorrogaban dichos contratos, a la vez que se establecían plazos para el acceso a la propiedad de los territorios arrendados.

Un estudio comunicativo de la sentencia debería precisar las características y configuración de los grupos sociales que integraban a los arrendadores y arrendatarios históricos gallegos, ligados por arrendamientos concertados antes del 15 de mayo de 1935, y cuyas relaciones se vieron afectadas por la falta de prórroga de sus contratos al finalizar el plazo establecido por la ley de 1980. También debería ocuparse de estudiar la trascendencia económica, laboral y, eventualmente, política de la no renovación de la prórroga.

Establecidas estas precisiones quedarían perfiladas nítidamente las características de la aplicación del Derecho realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia estudiada.

B) ¿Cuál es el grado de justicia de la sentencia?

La promulgación de la ley gallega de 1986 supuso un enfrentamiento del Parlamento con el Gobierno del Estado, una vez éste entendió que la mencionada prórroga excedía las atribuciones del legislativo gallego, o lo que es lo mismo comportaba la infracción de la Constitución en lo referido a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en este caso la Comunidad gallega.

El Tribunal Constitucional entendió que no se infringió este reparto porque la prórroga tuvo carácter temporal con el fin de solventar el problema social citado, que, además, había sido solucionado a lo largo

nes autonómicas y centrales celebradas desde el momento en el que se generó el conflicto. Este estudio también debería contar con que el Tribunal Constitucional resolvió dando la razón a una de las partes: la Comunidad Autónoma de Galicia.

de la tramitación del recurso hasta el 31 de diciembre de 1997 por la prórroga de los arrendamientos que realizó la ley del Estado (ley 1/1992) de Arrendamientos Rústicos Históricos. La argumentación fundamental del Tribunal, ello no obstante, como ha sido puesto de manifiesto por el uso del concepto argumentativo de Derecho, fué la de entender que en virtud de la interpretación de los textos legales y la teoría de la institución, la Comunidad Autónoma era competente para regular sobre la materia.

El Tribunal Constitucional, por ello, en ningún momento entró a considerar las características concretas del problema de la prórroga de los arrendamientos a partir del cual surgió el conflicto: lo estimó evidente. Caso de que en la tramitación del recurso hubieran sido aportadas pruebas al respecto, ello no llegó a ser considerado cuestión de relevancia. Es de reseñar que en este caso el Tribunal no parecía obligado. En verdad la naturaleza del problema no era discutida: fué reconocida como «problema social» por todas las partes, al promulgar en uno u otro momento disposiciones que le dieron solución. Ante una hipótesis diferente un partidario del concepto comunicativo de Derecho habría demandado del Tribunal Constitucional la aportación de los argumentos éticos materiales congruentes con una u otra preferencia expresada en el asunto, que legitimaran su decisión. Conviene recordar que, teniendo en cuenta las características del conflicto concreto, la resolución del Constitucional supuso privilegiar la prórroga de los arrendamientos a los no propietarios frente a la desatención a los derechos de los propietarios afectados por dicha prórroga. En el caso considerado parece más adecuado trasladar la demanda al Abogado del Estado y a las instituciones gallegas.

La consideración de la situación social en la que quedaron los titulares de arrendamientos históricos a lo largo de todo el litigio, es el argumento central de la sentencia para un concepto comunicativo del Derecho. Ante este problema quedan patentes las características y demandas de arrendadores y arrendatarios, y los argumentos políticos acerca de la función social de la propiedad y la potestad de la Administración o el Estado para intervenir en conflictos al respecto. Dicho de otra manera, se hace presente la comunicación intersubjetiva que se produce en el caso.

Desde esta perspectiva, la sentencia es parcialmente justa dado que han prevalecido en la resolución del Constitucional razones formales (dogmáticas fundamentalmente), en relación con el problema social de los arrendamientos históricos gallegos establecidos antes de 1935, sin que esas razones hayan permitido atender a las características del conflicto en toda su complejidad. A lo sumo parece que únicamente se ha tenido en cuenta, dada la inexistencia de una regulación civil especial, la prevención para con las hipotéticas consecuencias sociales que hubiera podido acarrear la falta de prórroga de los arrendamientos históricos a los cultivadores directos que detentaran las tierras en virtud de acuerdos anteriores a la ley de 1935.

Con ello ha sido privilegiada por el Tribunal la política de evitar esas consecuencias sociales frente a otras. No han sido tenidas en consideración, por ejemplo, las que acarreó a los propietarios de los terrenos arrendados la prórroga de los contratos en contra de lo establecido en la ley de 1980. La consideración de su grado de justicia o no debería realizarse atendiendo a las posibles noticias que tanto sobre la aceptación social de dichas medidas se hubieran producido en la Comunidad Autónoma gallega, como a los datos concretos existentes sobre la distribución de la propiedad en Galicia, o a los datos actuales de la dimensión del problema de los arrendamientos rústicos concertados antes de 1935.

C) ¿Qué margen ha dado la sentencia a la participación de los distintos miembros de la sociedad democrática que están implicados en el caso concreto, o puede dar, en una hipotética generalización de su doctrina como precedente, en otros similares o análogos que se produzcan en el futuro?

Atendiendo al texto de la sentencia, considerando su aproximación a la justicia, el Constitucional ha primado una política social ocupada de la distribución de bienes en una sociedad democrática, decididamente protectora de los no propietarios. Ha relegado la protección de los propietarios al no atender a lo que prescribía la ley de 1980 y no aplicar el final de la prórroga prevista en ella. Ha privilegiado la actuación del Parlamento gallego, coincidente, a la larga, con la del Gobierno del Estado. De ahí pueda decirse que la sentencia del Constitucional es parcialmente justa: ha preferido atender, sin justificar la opción, a criterios comunitarios mas que a criterios liberales, y con ello ha atendido a determinados participantes en el problema y no a otros.

Estas ideas darían base para estudiar la resolución del conflicto atendiendo a si en la misma prevalece una concepción socialdemócrata⁵⁵ o una concepción neoliberal del Estado y de la propiedad⁵⁶.

55. Se entiende aquí por concepción socialdemócrata la que considera que el Estado está caracterizado especialmente por la intervención de sus agentes en las actividades sociales, siendo el Derecho un instrumento más de intervención, junto a otros: la Economía, la Sociología, las técnicas de planificación, las técnicas generales de actuar sobre la realidad social (RAWLS). Vease al respecto, ejemplarmente, los siguientes textos: RAWLS, J., «Distributive Justice», en LASLETT, P., RUNCIMAN, W.G., (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, third Series (1967), Oxford, Basil Blackwell, 1978, pp. 61s; RAWLS, J., *A Theory of Justice*, London, Oxford University Press, 1971, pp. 14s, 274-284; MARTIN, R., *Rawls and Rights*, Lawrence, University Press of Kansas, 1985, p. 161.

56. Por concepción neoliberal se entiende la que considera que el Estado ha de intervenir en escasa medida en las actividades sociales, siendo los individuos de la sociedad sus responsables; según esta concepción el Estado, actuando las mínimas normas aprobadas por el Parlamento, ha de ocuparse de preservar que la mano oculta de la Economía mediante sus reglas establezca libremente la convivencia (HAYEK). Vease, ejemplarmente: HAYEK, F.A., *Law, legislation and liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, vol. 2, pp. 114 s.

Por lo que respecta a la generalización del procedimiento cabe decir lo siguiente.

Con independencia de que en los datos considerados no haya quedado suficientemente patente la característica intersubjetiva del problema, en la norma del Tribunal Constitucional queda establecido un procedimiento institucional receptivo para con la pluralidad de sujetos o culturas que participan en un caso. Nos referimos a que en la sentencia, como sucede en prácticamente todas las sentencias en las que se resuelve por el Tribunal acerca del reparto de competencias entre instituciones políticas, se ha profundizado en la delimitación de las competencias de los órganos de poder, distinguiéndose entre el ámbito del Estado y el de las Comunidades Autónomas. Este procedimiento permite acercar los órganos de decisión a los ciudadanos, quienes por su proximidad a aquéllos pueden hacer valer sus consideraciones y preferencias peculiares en mayor medida que cuando tan sólo se reconoce la competencia de una única autoridad estatal.

El complemento necesario a este mecanismo está constituido por el que los juristas potencien, igualmente, por medio de sus actividades la atención a la pluralidad cultural. Esto no sucede en el caso estudiado ni es práctica habitual en otros casos. Se quedan, a lo sumo, con un tratamiento analítico de los casos concretos.

Con frecuencia los juristas justifican su acción manifestando que las instituciones jurídicas no están dotadas de los procedimientos necesarios para realizar una actuación profesional democrática, respetuosa con todas las concepciones de justicia. Sólo que esto cada vez se sostiene menos. Ello es así porque aunque cabe extender fácilmente la calificación de injustas a las actividades jurídicas atendiendo a los principios establecidos por el concepto comunicativo de Derecho⁵⁷, lo cierto es que las instituciones jurídicas cuentan cada vez más con una configuración que potencia la participación y la democracia, como en cierta medida expresa la actuación del Constitucional en el caso estudiado y explican otros ejemplos como los que a continuación citamos.

El más destacado de todos es el referido a la legislación en materia social. Han sido varios los acuerdos (Pactos de la Moncloa, Acuerdos económico-sociales, Acuerdos sobre el empleo...), celebrados entre los agentes sociales y el Gobierno, que llegan a establecer pautas a la legislación⁵⁸ promulgada por los Parlamentos autonómicos y estatal. Las actividades jurídicas relacionadas con esos textos jurídicos, que en los momentos de crisis como el actual son múltiples una vez que esos Acuerdos constituyen el objetivo político general, están obligadas irremediablemente a atender a la participación de todos los grupos e individuos que ha generado las normas (Parlamentos, sindicatos, patronales y Gobiernos). Esto es lo mismo que decir que son marcadamente insuficientes

57. Lo cual da muestras de la virtualidad crítica del concepto.

58. En ocasiones incluso a la elaboración de los presupuestos.

los análisis jurídicos limitados al estudio de las leyes, los Códigos o la misma Constitución. Los juristas necesitan estudiar tanto los acuerdos como los trabajos preparatorios de los mismos o los informes económico-sociales que los generan. No les basta el estudio de las fuentes jurídicas clásicas o, incluso, las propuestas de la Dogmática ⁵⁹.

Se están dando pasos similares, por ejemplo, por medio de la puesta en práctica como principio del Estado de Derecho del relativo a la participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo, gracias a la reciente Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, o por medio de la organización con auxilio de técnicos de las oficinas de la Administración. Hace referencia a lo mismo la nueva organización administrativa del Parlamento. También la propia organización funcional del Tribunal Constitucional.

Congruentemente con lo anterior se debería dotar a los juzgados y tribunales, especialmente, de instrumentos suficientes de participación política a través de la implantación de instituciones como la del jurado. Hacen falta nuevas leyes procesales. Se requeriría la dotación de personal técnico suficiente (peritos forenses: sociólogos, economistas, éticos, ingenieros...) a las oficinas jurídicas, a efectos de que las decisiones pudieran tomarse teniendo siempre presente la pluralidad de perspectivas que aquí, con motivo del caso estudiado inicialmente, simplemente se apunta. Con estos instrumentos los juristas apenas tendrían coartada para evadirse de la aplicación de un concepto comunicativo del Derecho.

Pero, sin duda, la asunción de todo ello, al menos como principio, supone ya un primer paso. La convicción de los filósofos del Derecho, y juristas en general, de la necesidad de actuar democráticamente el Derecho, atendiendo a las creencias propias de una sociedad pluralista, nos sitúa en el camino adecuado para la renovación de un sistema jurídico capaz de superar la crisis.

En este sentido, otro paso, también factible, consiste en la actuación de los filósofos del Derecho atendiendo a las exigencias del concepto explicado, o, lo que es lo mismo, estudiando actividades jurídicas concretas a través de todos los instrumentos que permiten la aproximación comunicativa: métodos estándares y consideración de los criterios de justicia. La aproximación filosófica exclusivamente analítica es, como aquí se ha mostrado, claramente insuficiente. La transmisión por los filósofos del Derecho al resto de juristas de esta forma de abordar los problemas permitiría una renovación de las actividades jurídicas.

Tal es la relevancia práctica de actuar un concepto de Derecho caracterizado por poner atención a las actividades justas de los juristas con relación a textos jurídicos.

59. Mucho más en el caso de que la Dogmática esté más ocupada en la construcción de figuras abstractas, que en la configuración de principios sensibles a las necesidades y convicciones sociales

IV

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, cabe decir que los dos conceptos de Derecho, argumentativo y comunicativo, son capaces de dar soluciones a la sociedad democrática. En todo caso son capaces de asumir lo más importante: la idea de reconocimiento del Derecho por todos los ciudadanos. Mayores limitaciones tienen, no obstante, las propuestas que se alejan del reconocimiento y reducen el Derecho a norma, entendiendo ésta como mera proposición normativa o imperativo, generada por las reglas de la argumentación práctica. El concepto comunicativo, entendido como actividad justa de los juristas en relación con textos jurídicos, tiene la ventaja de que prima a la comunicación entre todos, fenómeno por su evidencia irremediable de difícil cuestionabilidad. Además, invita a actuar democráticamente, o lo que es lo mismo, a la participación en las actividades jurídicas, sin inhibiciones, de todas las culturas.

Por eso un concepto de Derecho que, sin olvidar el elemento textual que en nuestra sociedad es consustancial al Derecho, ni los valores, en concreto la justicia, ponga el principal énfasis en las actividades de los juristas, parece más adecuado para dar soluciones a los problemas de convivencia que suceden en los complejos tiempos en los que nos ha tocado vivir. Una prueba de ello reside en el estudio de la sentencia del Tribunal Constitucional llevado a cabo desde las dos perspectivas aquí reseñadas. Los comentarios realizados a través de un concepto comunicativo de Derecho, respetuoso con la pluralidad de sujetos y su particularidad, parecen de mayor alcance democrático que los realizados a través de un concepto normativo, aun cuando éste sea argumentativo.

Resumiendo: un concepto comunicativo puede explicar en mayor medida el Derecho que los que tan sólo eran capaces de fundamentar la actividad de crear normas o imperativos o proposiciones prescriptivas. Mientras éstos se interesan por la extensión de la universalidad, aquél se preocupa por el contexto, por el problema material concreto. Por otra parte, dada su concreción, el concepto comunicativo puede dar lugar a que se admitan en el estudio del Derecho propuestas de otras ciencias —sociología, lógica, economía, política, psicología...— y opiniones distintas a las científicas, generadas por ciudadanos sea cual sea la cultura en la que crean y vivan. Esto, además, coloca al jurista en un lugar adecuado: lo hace sensible respecto a otras culturas, definiendo su lugar entre todas ellas, de tal forma que propone que los profesionales que gobiernan ya no sean únicamente los tecnócratas, sino también los juristas en connivencia con los ciudadanos. La labor que queda es la de realizar propuestas para las distintas actividades jurídicas.

El problema reside en su puesta en práctica: la atención a lo particular o concreto exige fuertes cambios institucionales para los cuales

no son buenos los tiempos de crisis. De todas formas, en nuestro país hay mayores esperanzas que en otros. Pensemos que en España se está profundizando la democracia desde el nacimiento de un Estado, cuya satisfacción mínima está lejos de haber sido ya alcanzada, en el que el reconocimiento de las peculiaridades culturales o nacionales constituye un objetivo central. Así, se están consolidando unas instituciones congruentes con esta pluralidad. Lo que significa que se dan mejores condiciones que en los viejos Estados constituidos en torno a los vicios traídos por los imperativos de la guerra fría. Pero hay que estar alerta: la epidemia europea del maltrato a las minorías está calando progresivamente en el tejido social en este momento de crisis, al cual todos vaticinan manifestaciones si cabe más duras, y con ello se están incrementando las creencias y medidas normativas formales de carácter imperativo y universalista.