LIBRERÍA PORRÚA
1900-1995
JUSTO SIERRA Y ARGENTINA
CIUDAD DE MÉXICO

9 789684 524828

HANS
KELSEN

VII

TEORÍA PURA DEL DERECHO

Fil. Dº
Kelsen
Teoría
2ª Edic. 1ª
100-1

EDITORIAL
PORRÚA
MÉXICO

HANS KELSEN

TEORÍA PURA DEL DERECHO

Octava edición

EDITORIAL PORRÚA, S. A.
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO, 1995

000057
00060

La norma jurídica positiva general no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto. Así, por ejemplo, la medida de los daños que fija el tribunal y que tienen que hacerse efectivos mediante la ejecución forzosa ordenada sobre el patrimonio del demandado; o bien, el momento en que la pena de prisión impuesta tiene que comenzar o concluir, o bien el momento en que la pena de muerte ha de ejecutarse. En el procedimiento mediante el cual se individualiza una norma jurídica positiva general, el órgano de aplicación de la misma siempre tiene que determinar momentos que no se encuentran aún determinados en la norma general, y que no pueden ser determinados. La norma jurídica general es siempre un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual. Pero ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio. Es amplísimo cuando la norma jurídica positiva general sólo contiene la autorización para la producción de normas jurídicas individuales, sin predeterminar su contenido.

Debe tenerse en cuenta, en ello, que cuando ninguna norma jurídica positiva general predetermina en su contenido la norma jurídica individual que el tribunal tiene que producir, esa norma individual es impuesta con fuerza retroactiva. Una norma jurídica tiene fuerza retroactiva cuando el hecho al cual ella enlaza una sanción como consecuencia, fue establecido no después de su entrada en vigencia, sino que realizado anteriormente, es decir, por lo tanto, cuando en ese momento, el de la entrada en vigencia de la norma, no constituía una ilicitud, sino que sólo después fue convertido en tal cosa mediante esa norma jurídica. Lo mismo sucede cuando el tribunal aplica al caso que se le presente una norma individual que él justamente crea, cuyo contenido no se encuentra predeterminado por ninguna norma jurídica positiva general; cuando esa norma jurídica individual enlaza una consecuencia sancionatoria a una conducta del demandado o acusado que, en el momento en que se produjo, no constituía una ilicitud, convirtiéndose en tal justamente a través de la norma jurídica individual de la sentencia judicial.

γ) *Las denominadas "lagunas" del derecho.* De lo que antecede resulta que el orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso en que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que, según afirman el demandante privado o el acusador público, no habrían cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida. Este caso, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional —en determinadas circunstancias— como una "laguna" en el orden jurídico.

En el enjuiciamiento de la teoría de las lagunas se trata de establecer las circunstancias determinantes de que, según esa teoría, aparezca una "laguna" en el derecho. Según la misma, el derecho válido no es aplicable en un caso concreto, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso. De ahí que el tribunal tenga, para resolver el caso, que colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente. Lo esencial de esta argumentación reside en señalar que la aplicación del derecho válido, como conclusión de lo general a lo particular, no es posible lógicamente en este caso, dado que falta la premisa necesaria, la norma general. Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida. De hecho no se recurre de ninguna manera en todos los casos en que la obligación del demandado o acusado, afirmada por el demandante o acusador, no se encuentra estatuida por ninguna norma del derecho válido, a suponer la existencia de una "laguna". Viendo las cosas más de cerca, aparece que la existencia de una "laguna" sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-política, la aplicación lógicamente posible del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación. Pero como inconveniente o injusta puede verse la aplicación del orden jurídico válido no sólo cuando no contiene una norma general que imponga al demandado o acusado determinada obligación, sino también cuando no contiene semejante norma jurídica. El hecho de que el orden jurídico carezca de una norma jurídica que pene el robo de electricidad, puede ser visto como tan inconveniente o injusto como el hecho de que un orden jurídico contenga una norma jurídica que se aplique tanto al caso de un robo con homicidio como al caso del hijo que mata a su padre, enfermo de dolencia incurable, cuando éste manifiesta ese deseo. Ni en un caso ni en el otro existe una laguna en el sentido de inaplicabilidad lógica del derecho válido; y, por lo menos, es inconsistente suponer sólo en un caso, pero no en el otro, una laguna. A ello se agrega que el juicio según el cual la falta de una norma jurídica de determinado contenido sea inconveniente o injusto, configura un juicio de valor sumamente relativo, que de ninguna manera excluye un juicio de valor contrapuesto. Si el orden jurídico no contiene norma general alguna que imponga la obligación de reparación a cargo del empresario por daños ocasionados por un dependiente, cuando el daño ha sido ocasionado en actividades propias de la empresa, teniendo, en consecuen-

cia, que rechazar el tribunal la demanda dirigida contra el empresario, admitiéndola en cambio sólo contra el dependiente, un socialista verá en la aplicación del derecho válido existente algo insatisfactorio, mientras que ello será considerado como enteramente satisfactorio por un liberal. La falta de una norma jurídica general, que conduce al rechazo de una demanda o a la absolución de un acusado, será considerada por éste, o por el demandado, como un hecho satisfactorio, y por tanto, aprobado o justo, mientras que el demandante o el acusador lo considerarán insatisfactorio y, por ende, como digno de desaprobación o injusto.

Pese a estos argumentos contrarios, la teoría de las lagunas —esto es, el supuesto de que existen casos en que el derecho válido existente no puede ser aplicado por no contener ninguna norma general aplicable al caso— desempeña un papel significativo en la técnica de la legislación moderna. Típica al respecto es la disposición del Código Civil suizo: "La ley se aplicará en todas las cuestiones jurídicas en cuyo respecto contenga, según su tenor literal o interpretación, una determinación. Si no puede extraerse de la ley un precepto, el juez resolverá según el derecho consuetudinario y, de faltar éste también, según la regla que él mismo establecería como juez." Esta disposición presupone la posibilidad de que el derecho suizo no sea aplicable lógicamente a un caso concreto que deba resolverse por el derecho civil suizo. Como ello, empero, no es de hecho posible, puesto que un orden jurídico siempre es aplicable y efectivamente es aplicado cuando el tribunal tiene que rechazar la demanda fundándose en que el orden jurídico no contiene ninguna norma general que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante, resulta que el supuesto del cual parte la disposición citada es una ficción. Consiste en que la falta de determinada norma jurídica dentro de un orden jurídico, atribuida fundándose en un juicio de valor subjetivo, político-moral, es representada como la imposibilidad lógica de su aplicación.

El legislador puede verse llevado a hacer uso de esta ficción por la conciencia de que la aplicación de la norma general por él establecida puede llevar en circunstancias no previstas y no previsibles, a un resultado insatisfactorio, recomendándose entonces facultar al tribunal a imponer en esos casos, en lugar de las normas generales que predeterminan el contenido de la sentencia, una norma jurídica individual, producida por el tribunal mismo, que se adecua a las circunstancias no previstas por el legislador. Si formulara esta autorización de manera teóricamente correcta, es decir, sin recurrir a ficción alguna, tendría que disponer que, cuando la aplicación del orden jurídico válido existente sea insatisfactoria para la concepción intuitiva moral-política del tribunal en el caso que se le somete, podrá resolver el caso según su propia apreciación. Pero semejante formulación otorgaría al tribunal un poder evidentemente demasiado extenso. El juez estaría facultado para resolver según su propio criterio discrecional toda vez que considere insatisfactoria la aplicación del

orden jurídico válido existente, y, en especial, cuando considere insatisfactoria la aplicación de una norma jurídica general que imponga al demandado o acusado una obligación que el demandante o acusador afirman ha sido violada. Si en lugar de la concepción político-moral del legislador, se impone la del juez, tendremos que el legislador ha renunciado a favor del juez. La tentativa de limitar esa autorización a los casos no previstos por el legislador, fracasa ante el hecho de que el legislador no puede determinar justamente esos casos; si pudiera hacerlo, los regularía él mismo positivamente. La suposición que efectúa el tribunal de que el caso no ha sido previsto por el legislador, y que el legislador hubiera configurado de otra manera el derecho, si hubiera previsto el caso, reposa, a lo sumo, en una conjetura indemostrable. La intención del legislador sólo es captable con suficiente seguridad en la medida en que recibe expresión en el derecho que crea. De ahí que el legislador, para limitar esa autorización otorgada al tribunal, que reputa inevitable, recurra a la ficción de que el orden jurídico válido no puede ser aplicado en ciertos casos, no por razones subjetivas, moral-políticas, sino por razones objetivas, lógicas, y que, por ende, el juez sólo debe actuar como legislador cuando el derecho exhibe una laguna.

Como el derecho válido, sin embargo, siempre es lógicamente aplicable, puesto que no tiene "laguna" alguna en este sentido, la fórmula en cuestión sirve, una vez que se va más allá de su carácter ficticio, no a conseguir la limitación buscada en la autorización concedida al tribunal, sino a su autosuperación. Pero si el tribunal mismo acepta el supuesto de que el derecho tiene lagunas, puede que esta ficción, teóricamente insostenible, produzca el efecto buscado. Puesto que el juez —y especialmente, el juez como funcionario colocado bajo el control de un tribunal superior—, que no se inclina fácilmente a tomar sobre sí la responsabilidad de una innovación creadora en el derecho, sólo aceptará muy excepcionalmente la presencia de una laguna, haciendo uso muy escaso de la autorización que se le ha otorgado de desempeñarse en el lugar del legislador.

Junto a las lagunas propiamente dichas, llamadas lagunas auténticas, se suelen distinguir las lagunas técnicas, cuya existencia es tenida por posible inclusive por aquellos que, desde un punto de vista positivista, niegan la existencia de auténticas lagunas. Una laguna técnica semejante aparece cuando el legislador, por ejemplo, omite normar lo que habría tenido que regular si, en general, debe ser técnicamente posible aplicar la ley. Sólo que, lo que se designa como laguna técnica o bien es una laguna en el sentido originario de la palabra, es decir, una discrepancia entre el derecho positivo y un derecho deseado, o bien esa indeterminación proviene del carácter de marco que tiene la norma. Lo primero se da, por ejemplo, cuando la ley, según la cual en caso de una compraventa, en la cual el vendedor está obligado a entregar la cosa, o de no hacerlo, a reparar el daño producido, nada especifica —como suele expresarse—

000058
00062

sobre quién corra con el riesgo por la cosa comprada cuando ésta es destruida sin culpa de las partes, antes de la tradición. Sólo que no pasa que el legislador "nada" haya determinado al respecto, sino que no determina que el comprador quede liberado de la obligación de entregar la cosa, o reparar el daño, determinación que evidentemente considerará deseable quien sostenga aquí la existencia de una "laguna"; una determinación que de ninguna manera tiene que agregarse intelectualmente para hacer aplicable la ley; puesto que si la ley no introduce excepción, para el caso señalado, a la obligación del vendedor de entregar la cosa, o reparar el daño, determina que el vendedor soporta el riesgo. Lo segundo aparece cuando la ley, por ejemplo, determina que debe crearse cierto órgano mediante una elección, sin regular el procedimiento electoral. Ello significa que cualquier tipo de elección —sea proporcional o por mayoría, con voto público o secreto, etcétera— es legal. El órgano competente para llevar a cabo la elección puede establecer el procedimiento electoral a su discreción. La determinación del procedimiento electoral queda liberado a una norma de nivel inferior. Otro ejemplo: una ley determina, entre otras cosas, que un cuerpo colegiado, para poder actuar, tiene que ser convocado por su presidente, disponiendo simultáneamente, que le corresponde a él mismo elegir al presidente. Si esta norma no recibe la interpretación según la cual, de faltar presidente, todo tipo de convocatoria es legal, sino sólo aquella según la cual también en caso tal el cuerpo tiene que ser convocado por su presidente, tendremos que el cuerpo no podría funcionar de manera legal, es decir, aplicando la ley; pero tampoco tenemos aquí una "laguna", puesto que la ley ciertamente quiere que el cuerpo, aun careciendo de presidente, deba ser convocado por éste. Si para ese caso nada prescribiera, toda forma de convocarse sería conforme a la ley. La ley determina aquí algo carente de sentido. Ello, dado que las leyes son obra humana, no está excluido.

δ) *La producción de normas jurídicas generales por los tribunales. El juez como legislador. La flexibilidad del derecho y la seguridad jurídica.* Un tribunal, en especial, un tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente. Es decir, cuando la solución judicial de un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales. Ese carácter de precedente puede atribuirse a una sentencia judicial, cuando la norma individual establecida con la sentencia no tiene predeterminado su contenido por una norma general producida por legislación o costumbre, o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación. En el primer caso, el tribunal produce con su sentencia con valor de precedente un nuevo derecho de fondo; en el segundo caso, la interpretación que adopta la sentencia adquiere el carácter de una norma

general. En ambos casos funciona el tribunal, que crea el caso con valor de precedente, en forma idéntica al legislador, igual al órgano facultado por la constitución para legislar. La decisión judicial en un caso concreto se convierte así en obligatoria para la resolución de casos iguales, en tanto la norma individual que expone, es generalizada. Esta generalización —es decir, la formulación de la norma general— puede ser efectuada por el tribunal mismo que crea el caso con valor de precedente, pero puede ser realizada también por otros tribunales que están obligados por la sentencia con valor de precedente. Puesto que no está excluido que tribunales diferentes generalicen la sentencia que funciona como precedente de maneras distintas, lo que no sería recomendable atento la finalidad de la institución: alcanzar un poder judicial uniforme. Como las sentencias con valor de precedente sólo pueden ser obligatorias para la resolución de casos iguales, la cuestión de si un caso es igual al caso con valor de precedente, es de significación decisiva. Pero como ningún caso puede ser igual a otro en todo respecto, la "igualdad" de dos casos que aquí interesa sólo puede consistir en su concordancia con respecto de ciertos puntos esenciales, así como dos hechos que constituyen el mismo delito, concuerdan sólo en ciertos puntos esenciales, y no en todos. La pregunta, con todo, de cuáles sean los puntos en que tienen que coincidir, para ser vistos como "iguales", sólo puede responderse fundándose en la norma general que determina el hecho, en tanto ella fija sus elementos esenciales. De ahí que sólo fundándose en la norma general, creada a través de la sentencia con valor de precedente, puede decidirse si dos casos son iguales. La formulación de esta norma general es el presupuesto bajo el cual únicamente la solución adoptada en el precedente puede ser obligatoria para la resolución de casos "iguales"

La función productora de derecho de los tribunales, presente bajo toda circunstancia, aparece en forma especialmente nítida cuando el tribunal está facultado, a través de sentencias con valor de precedente, también a producir normas generales. Un tribunal, y particularmente un tribunal de última instancia, puede fácilmente recibir esta autorización cuando cuenta con competencia, en determinadas circunstancias, para resolver un caso sin aplicar una norma general ya válida de derecho material, sino conforme a su discrecionalidad; es decir, para producir una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado por ninguna norma general de derecho positivo. Otorgar a semejante sentencia carácter de precedente, es sólo una ampliación consecuente de la función de producción de derecho del tribunal.

Si los tribunales están facultados para producir, no sólo normas jurídicas individuales, sino también generales, comienzan a competir con el órgano legislativo establecido por la constitución, lo cual significa una descentralización de la función legislativa. En este respecto, es decir, en lo tocante a la relación entre el órgano legislativo y los tribunales, cabe distinguir dos tipos técnicamente diferentes de sistemas jurídicos. Según uno de esos tipos, la

producción de normas jurídicas generales se encuentra plenamente centralizada, es decir, reservada a un único órgano legislativo central, limitándose los tribunales a aplicar las normas generales producidas por el órgano legislativo a los casos concretos mediante las normas individuales que ellos produzcan. Dado que el procedimiento legislativo, especialmente en las democracias parlamentarias, tiene que superar múltiples oposiciones para funcionar, puede ser que el derecho, en semejante sistema, sólo se adecue difícilmente a las cambiantes circunstancias. Este sistema tiene el inconveniente de una falta de flexibilidad. En cambio, tiene la ventaja de la seguridad jurídica, consistente en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles. El principio de ligar la sentencia dictada en casos concretos a normas generales que han sido previamente producidas por un órgano legislativo central, podría ampliarse coherentemente al funcionamiento de los órganos administrativos. Expresa, en esta generalidad, el principio del estado de derecho que, en esencia, es el principio de la seguridad jurídica. En plena oposición a este sistema se encuentran aquellos donde no existe en absoluto un órgano legislativo central, sino que los tribunales y los órganos administrativos tienen que resolver los casos individuales mediante su libre criterio. Su justificación reposa en la tesis de que ningún caso es enteramente igual a otro, y que, por lo tanto, la aplicación de normas jurídicas generales, que determinan de antemano la sentencia judicial o el acto administrativo, impidiendo al órgano interesado hacer justicia a las peculiaridades del caso individual, puede conducir a resultados insatisfactorios. Se trata del sistema de la libre creación de derecho, un sistema que ya Platón recomendaba para su Estado ideal. Como consecuencia de la descentralización radical de la producción de derecho que acarrea, este sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, pero carece de toda seguridad jurídica. Puesto que bajo semejante orden jurídico los individuos que se considere no pueden en forma alguna prever las decisiones de los casos concretos en los que tengan que participar como demandante o demandado, como acusado o como acusador. De ahí que no puedan saber nada de antemano sobre qué les esté jurídicamente prohibido o permitido, con respecto de para qué estén jurídicamente facultados o no. Sólo podrán experimentarlo mediante la sentencia que les impone una pena, o en la que son absueltos, o que rechaza la demanda o hacer lugar a la misma.

La exigencia de una libre creación del derecho, que garantice la flexibilidad de éste, es formulada a veces en nombre de la justicia, como una justicia absoluta presupuesta. En este sentido, justa sólo es la sentencia de un caso concreto cuando atiende a todas las peculiaridades del caso. Como, sin embargo, ningún caso es enteramente idéntico a otro, dado que todo caso de alguna manera se distingue de todos los restantes casos, la aplicación de una norma general a un

caso concreto no puede conducir jamás a una sentencia justa. Puesto que una norma general presupone necesariamente la identidad de los casos, identidad que en la realidad no se presenta. Y como todo derecho sólo tiene un carácter individual, la resolución judicial de casos concretos no debería en forma alguna estar ligada a normas generales.

Contra esta fundamentación de la libre creación de derecho cabe replicar lo siguiente: lo que efectivamente se produce cuando la decisión de casos concretos no está ligada a normas jurídicas generales, producidas legislativa o consuetudinariamente, no es de ninguna manera la exclusión total de las normas generales del procedimiento de producción de derecho; si el órgano al que se presenta el caso concreto para resolver, debe dictar una sentencia "justa", sólo puede hacerlo en tanto aplica una norma general que él mismo considera justa como semejante norma general no ha sido producida previamente por vía legislativa o de la costumbre, el órgano llamado a crear derecho debe proceder de la misma manera que un legislador que, al formular las normas generales, se orienta por un determinado ideal de justicia; como distintos legisladores pueden orientarse por muy diferentes ideales de justicia, el valor de justicia que con sigue realizar sólo puede ser relativo; y por ende, no menos relativa será la justicia de la norma general que orienta al órgano llamado a decidir el caso concreto. Desde el punto de vista de un ideal de justicia —posible sólo como un valor relativo—, la diferencia entre el sistema de libre creación de derecho y la creación ligada a la producción legislativa o consuetudinaria, se encuentra en que en lugar de la norma general de derecho positivo, y de la norma general que su ideal de justicia propone al legislador, aparece la norma general del ideal de justicia del órgano llamado a crear derecho.

Presuponer esta norma general es— como ya se apuntara— inevitable la sentencia dictada en el caso concreto debe valer como "justa". Puesto que pregunta sobre si determinada sentencia es justa, es mencionada por la necesidad de justificarla, de dar fundamento a la validez de la norma individual que instaura. Y tal justificación o fundamentación de la validez no es posible sino mediante la demostración de que la norma individual corresponde a una norma general superior que se presupone como justa. Dado que la norma constitutiva del valor de justicia tiene que tener, por su esencia, un carácter general.[140]

Una variante particular en que aparece recientemente la exigencia de una libre creación de derecho, no ligada a ninguna norma general, es la doctrina desarrollada bajo influencia de la filosofía existencialista.[150] Según ella, la realidad concreta, por su esencia, no puede ser captada mediante concep

[140] *Cf.* H. Kelsen, *Die Normen der Gerechtigkeit* § 5 ss.

[150] *Cf.* Georg Cohn, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basilea, 1955; *cf.* también, H. Kelsen, "Existenzialismus in der Rechtwissenschaft", en *Archiv fur Rechts- Sozialphilosophie*, t. 43, cuaderno 2, 1957, pp. 161 y ss.

000059

abstractos, ni regulada con normas generales, sino que tiene que ser sólo "vivenciada". Dado que los casos concretos que los tribunales tienen que resolver son totalmente diferentes entre sí, la sentencia justa, es decir, aquella que atienda a todas las peculiaridades del caso, no puede fundarse en una norma general traída de afuera, sino en una norma encontrada en la realidad del caso concreto mismo. El derecho justo es inmanente a la realidad social y sólo puede ser encontrado mediante un cuidadoso análisis de esa realidad, y no en ninguna legislación estatal. En este respecto, la doctrina existencialista del derecho es sólo una especie de la doctrina del derecho natural, y como ésta, una tentativa sin perspectivas de lograr una conclusión, lógicamente imposible, deóntica a partir de una realidad.

Entre los dos tipos ideales de una creación de derecho, ligada a la legislación estatal, o libre de esa legislación, se encuentran aquellos en que se constituye efectivamente un órgano legislativo central, pero donde los tribunales están facultados no sólo para dictar normas individuales en el marco de las normas generales producidas por el órgano legislativo, sino también —bajo ciertas circunstancias arriba determinadas—, para dictarlas fuera de ese marco; y, por fin, aquel sistema en que los tribunales están facultados para crear normas jurídicas generales bajo la forma de casos con valor de precedente. Estos sistemas distintos representan diversos grados de centralización o descentralización de la función de producción de derecho, y, por ende, dan diferente realización al principio de la flexibilidad del derecho, que se encuentra en relación inversa con el de seguridad jurídica.

Un sistema particular es aquel en que las normas jurídicas generales no son producidas en absoluto, o fundamentalmente, por un órgano legislativo central, sino que resultan de la costumbre, siendo aplicadas por los tribunales. Dado que la adecuación, tratándose de normas jurídicas generales, producidas consuetudinariamente y que los tribunales deben aplicar, del derecho a circunstancias cambiantes, es aún más difícil que en el caso de la producción de normas jurídicas generales por un órgano legislativo central, el sistema del derecho consuetudinario es especialmente favorable a la introducción de un sistema judicial que funciona con precedentes. Cabe comprender, por lo tanto, que éste se haya desarrollado especialmente en el terreno del *common-law* anglonorteamericano, que, en lo esencial, es un derecho consuetudinario.

La aplicación de una norma jurídica general producida consuetudinariamente por un tribunal se diferencia —como ya se señaló— [151] de la aplicación de una norma jurídica general producida por un órgano legislativo, en que la determinación de la validez de la norma aplicable, es decir, la determinación de la existencia de una costumbre productora de derecho, desempeña un papel mucho más prominente, y más claro en la conciencia del juez, que la determinación de la validez de una norma producida por el legislador y publicada en un diario

[151] *Cf. supra*, p. 234.

oficial. Se explica así que a veces haya surgido la idea de que el derecho consuetudinario es un derecho creado por los tribunales. Si los tribunales, como sucede en el terreno del *common-law* angloamericano, tienen que aplicar principalmente derecho consuetudinario, contando además con el poder de resolver casos con valor de precedente, es fácil que sobre semejante suelo brote la teoría de que todo derecho es derecho judicial, es decir, derecho creado por los tribunales; de que, antes de la sentencia judicial, no existe derecho alguno; de que una norma sólo se convierte en norma jurídica, cuando es aplicada por un tribunal. [152] Semejante teoría sólo puede mantenerse en tanto se considere a las normas que los tribunales aplican, no como derecho, sino como una mera "fuente" de derecho, donde esta expresión metafórica es utilizada para designar todos los factores que efectivamente influyen sobre la sentencia judicial, así como los juicios de valor moral-políticos, dictámenes profesionales y cosas semejantes. Bajo la impresión de la importancia predominante que el tribunal tiene en un sistema de derecho consuetudinario y de precedentes, esta teoría pasa por alto la diferencia esencial que se da entre las "fuentes" del derecho jurídicamente obligatorias y las que no lo son. Se equivoca al no reconocer que fuente de derecho, es decir, origen del derecho, aquello de donde el derecho proviene, aquello que produce derecho, sólo puede ser derecho, puesto que es el derecho el que regula su propia producción.

La teoría surgida en el terreno del *common-law* anglonorteamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquélla, que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho.

Si, desde un punto de vista político-jurídico, se viera en la diferencia entre la creación de derecho, cumplida a través de normas generales producidas legislativa o consuetudinariamente, o bien mediante una creación libre no ligada a esas normas, una oposición de principio entre dos sistemas jurídicos, tendría que observarse que esta oposición se debilita notablemente a través de la institución de la cosa juzgada de las sentencias judiciales. En qué medida así sucede, se mostrará más adelante. [153]

[152] Esta teoría es desarrollada en el libro de John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2a. edición, 1927; *cf.* H. Kelsen *General Theory of Law and State*, pp. 150 y ss.

[153] *Cf. infra*, pp. 272 y ss.

VIII. LA INTERPRETACIÓN

45. *La esencia de la interpretación. Interpretación auténtica y no auténtica*

Cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas. La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. En el caso en que más se piensa cuando se habla de interpretación, en el caso de la interpretación de la ley, se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la norma individual de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho concreto. Pero también tenemos una interpretación de la constitución en tanto corresponda aplicarla, mediante el procedimiento legislativo, al promulgar normas de emergencia o producir otros actos inmediatamente determinados por la constitución, en una grada inferior; y también tenemos una interpretación de los tratados internacionales o de las normas del derecho internacional general consuetudinario, cuando éste o aquél tienen que ser aplicados por un gobierno, por un tribunal u órgano administrativo internacional o nacional. Y hay también una interpretación de normas individuales, sentencias judiciales, decisiones administrativas, negocios jurídicos, etcétera, en suma: una interpretación de todas las normas jurídicas, en tanto deben recibir aplicación.

Pero también los individuos, que no tienen que aplicar el derecho, sino acatarlo al llevar a cabo la conducta que evita las sanciones, tienen que comprender las normas jurídicas que deben acatar, estableciendo para ello su sentido. Y, por fin, también la ciencia jurídica, cuando describe un derecho positivo, tiene que interpretar sus normas.

Tenemos así dos tipos de interpretación, que deben ser nitidamente distinguidas entre sí: la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación, y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, especialmente, por la ciencia del derecho. Aquí, por de pronto, sólo deberá tomarse en consideración la interpretación efectuada por el órgano de aplicación del derecho.

a) *Indeterminación relativa del acto de aplicación de derecho*

La relación entre una grada superior y una inferior del orden jurídico, como se da entre constitución y ley, o entre ley y sentencia judicial, es una relación de determinación o de obligación: la norma de grada superior regula —como ya se—

000060

expuso— el acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, o regula el acto de ejecución cuando ya se trata de éste; determina no sólo el procedimiento mediante el cual se establece la norma inferior o el acto de ejecución, sino también, en ciertos casos, el contenido de la norma que se instaurará o del acto de ejecución que se cumplirá.

Esta determinación, sin embargo, nunca es completa. La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones. Si el órgano *A* dispone que el órgano *B* ponga en prisión al súbdito *C*, el órgano *B* tendrá que resolver a su criterio cuándo y dónde y cómo se pondrá en efecto la orden de prisión, decisiones que dependen de circunstancias externas que el órgano que dio la orden no previó y que, en buena parte, tampoco pudo prever.

b) *Indeterminación intencional del acto de aplicación de derecho*

Resulta así que todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al hecho condicionante, como a la consecuencia condicionada. La indeterminación puede ser justamente intencional, es decir, haber sido establecida por voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse. Así, la promulgación de una norma meramente general se efectúa siempre, conforme a su naturaleza, bajo el supuesto de que la norma individual que surgirá en su aplicación continuará el proceso de determinación que configura el sentido mismo de la secuencia graduada de normas jurídicas. Una ley sanitaria determina que, al estallar una epidemia, los habitantes de una ciudad tienen que adoptar, bajo ciertas penas, algunas medidas para evitar la expansión de la enfermedad. El órgano administrativo queda facultado para determinar esas medidas en forma distinta según se trate de enfermedades diferentes. La ley penal prevé para el caso de determinado delito, una pena pecuniaria o una pena de prisión, dejando al juez decidirse, en un caso concreto, por la una o la otra, fijando su medida; para esa determinación, la ley misma puede estatuir un límite superior y uno inferior.

c) *Indeterminación no intencional del acto de aplicación de derecho*

Pero la indeterminación del acto jurídico puede ser la consecuencia no buscada de la forma de ser de la norma jurídica que debe ser aplicada mediante el acto en cuestión. Tenemos aquí, en primer lugar, la ambigüedad de una palabra o de

una secuencia de palabras, mediante las cuales la norma se expresa: el sentido lingüístico de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles. La misma situación se presenta cuando quien tiene que aplicar la norma cree poder suponer una discrepancia entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad a través de ella expresada de la autoridad que dictó la norma, aunque así permanezca indecisa la manera en que esa voluntad podría verificarse. En todo caso tiene que aceptarse la posibilidad de que se la investigue partiendo de otras fuentes distintas a la expresión lingüística de la norma, en tanto ésta puede considerarse que no corresponde a la voluntad del autor de la norma. La jurisprudencia tradicional reconoce en forma general la posibilidad de que la llamada voluntad del legislador, o la intención de las partes en un negocio jurídico no correspondan a las palabras utilizadas en la ley o en el negocio jurídico. La discrepancia entre voluntad y expresión puede ser completa, o bien sólo una discrepancia parcial. Esto último se produce cuando la voluntad del legislador o la intención de las partes corresponde por lo menos a uno de los varios significados que la expresión lingüística de la norma lleva consigo. La indeterminación del acto jurídico que haya de efectuarse puede resultar, por fin, como consecuencia del hecho de que dos normas, con pretensión simultánea de validez —por estar contenidas, por ejemplo, en una misma ley—, se contradicen total o parcialmente.

d) *El derecho aplicable como un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación*

En todo estos casos de indeterminación intencional o no de la grada normativa inferior, se ofrecen a la aplicación del derecho varias posibilidades. El acto jurídico que haya de cumplirse puede configurarse de tal suerte que corresponda a unos u otros de los diferentes significados lingüísticos de la norma jurídica; que corresponde a la voluntad establecida de alguna forma del legislador, o bien a la expresión que éste escogiera; que corresponda a una u otra de las normas que recíprocamente se contradicen, o bien, que se efectúe de tal suerte como si ambas normas contradictorias se hubieran recíprocamente eliminado. En todos estos casos el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible.

Si por "interpretación" se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a

varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal. Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es *una* de las normas individuales —y no *la* norma individual— que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general.

Con todo, cree la jurisprudencia tradicional que la interpretación no debe limitarse a determinar el marco del acto jurídico que haya de cumplirse, sino que puede esperarse de ella el satisfacer otra función más, inclusive se inclina a ver en ello su función principal. La interpretación debería desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco establecido. La teoría usual de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar sólo *una* decisión correcta, y que la "corrección" jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. Plantea el proceso de interpretación como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación de derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo.

e) *Los llamados métodos de interpretación*

Sólo que, desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable. No existe genéricamente ningún método —caracterizable jurídicopositivamente— según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el "correcto"; supuesto, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. Pese a todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver a favor de uno u otro, en manera objetivamente válida el conflicto entre voluntad y expresión. Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto. Inclinarse a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad —por lo general, problemática— del legislador, es, desde el punto de vista del derecho positivo, equivalente por entero. Si se presentara el caso de que dos normas de la misma ley se contradijeran, las posibilidades lógicas, antes recordadas, de aplicación del derecho se encontrarían, desde el punto de vista del derecho positivo, en un pie de

igualdad. Es un esfuerzo inútil pretender fundar "jurídicamente" una de esas posibilidades con exclusión de las otras. Que el recurso interpretativo usual del argumento *a contrario* y a la analogía son enteramente carentes de valor ya surge suficientemente de la circunstancia de que ámbos conducen a resultados contrapuestos, no existiendo criterio alguno para resolver cuándo deba recurrirse al uno o al otro. También el principio de la estimación de los intereses sólo es una fórmula, pero no una solución del problema que aquí se presenta. No da una patrón objetivo que permita cotejar entre sí los intereses contrapuestos, y según el cual puedan resolverse los conflictos de intereses. En especial, ese patrón no puede extraerse de la norma interpretada, o de la ley que la contiene, o de la totalidad del orden jurídico, como afirma la doctrina del cotejo de intereses. Puesto que la necesidad de una "interpretación" resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades, lo que significa, por lo tanto, que no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial.

46. *La interpretación como acto de conocimiento o de voluntad*

La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, pueda obtenerse mediante alguna especie de conocimiento del derecho ya existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación. La pregunta de cuál sea la posibilidad "correcta", en el marco del derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta. Por cierto, que se da una diferencia entre estos dos casos, pero la diferencia es de cantidad, no de calidad, consistiendo exclusivamente en que la limitación impuesta al legislador en lo tocante a los contenidos de la ley, es mucho menor que la limitación impuesta al juez; el legislador es relativamente mucho más libre en el acto de creación de derecho que el juez; pero éste también es creador de derecho y también es relativamente libre con respecto de esta función. Por ello el alcanzar una norma individual a través del proceso de aplicación de la ley, es, en tanto se cumple dentro del marco de la norma general, una

000061
00068

función volitiva. En tanto en la aplicación de la ley, por añadidura de la determinación necesaria del marco dentro del cual debe cumplirse el acto que se efectuará, puede tener lugar una actividad cognoscitiva del órgano de aplicación, no se trataría de un conocimiento del derecho positivo, sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho: normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suele denominar con rótulos tales como: "bien común", "interés del Estado", "progreso", etcétera. Desde el punto de vista del derecho positivo nada cabe decir sobre su validez y verificabilidad. Desde ese punto de vista, tales especies de determinación sólo pueden ser caracterizadas negativamente: son determinaciones que no provienen del derecho positivo mismo. En relación con ellas, la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas.

Si hubiera que caracterizar no sólo la interpretación de la ley por parte de los tribunales u órganos administrativos, sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación del derecho, habría que decir: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra. Con ese acto o bien se produce una norma jurídica de nivel inferior, o se lleva a cabo el acto coactivo estatuido por la norma jurídica aplicable.

Es por ese acto volitivo que la interpretación del derecho efectuada por el órgano de aplicación se distingue de toda otra interpretación, en especial, de la interpretación del derecho por la ciencia jurídica.

La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho. Por cierto que se habla sólo de interpretación auténtica cuando la misma adopta la forma de una ley, o de un tratado internacional, teniendo carácter general, es decir, creando derecho no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye la producción de una norma general. Pero también es auténtica, es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce sólo una norma individual o ejecuta una sanción. Debe tenerse en cuenta que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable.

Mediante una interpretación auténtica semejante puede crearse derecho no sólo en el caso en que la interpretación tenga carácter general, es decir, cuando se da una interpretación auténtica en el sentido usual de la palabra, sino también en el caso en que el órgano de aplicación de derecho produce una norma jurídica individual; tan pronto el acto del órgano de aplicación de derecho no puede ser dejado sin efecto, por haber adquirido fuerza de cosa juzgada. Que muchas veces se cree nuevo derecho por vía de semejante interpretación auténtica —especialmente por tribunales de última instancia— es un hecho bien conocido.

De la interpretación efectuada por un órgano de aplicación del derecho, se distingue aquella otra interpretación que no es auténtica, es decir, que no crea ningún derecho.

Cuando un individuo acata una norma jurídica que regula su comportamiento, es decir, cuando quiere cumplir la obligación jurídica que una norma le impone, haciendo efectiva la conducta a cuya contraria la norma jurídica enlaza una sanción, también ese individuo, cuando su conducta no se encuentra determinada unívocamente en la norma que tiene que acatar, tiene que optar entre distintas posibilidades, pero esa opción no es auténtica. No tiene fuerza obligatoria para el órgano que aplique esa norma jurídica, corriendo por ende peligro de ser vista como errónea por ese órgano, de suerte que la conducta así llevada al cabo por el individuo puede ser juzgada como un delito.

47. *La interpretación en la ciencia del derecho*

Pero, sobre todo, corresponde distinguir de la manera más nítida posible la interpretación del derecho que efectúe la ciencia jurídica de la interpretación realizada por órganos jurídicos. Es aquella pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas. No es, a diferencia de la interpretación de los órganos jurídicos, una producción de derecho. La tesis de que es posible, mediante una mera interpretación intelectual cognoscitiva del derecho válido, lograr derecho nuevo, es el fundamento de la llamada jurisprudencia de conceptos, rechazada por la teoría pura del derecho. De ahí que la pura interpretación cognoscitiva que realiza la ciencia jurídica es también incapaz de colmar las lagunas que se afirma existen en el derecho. El colmar una de las llamadas lagunas del derecho es una función de producción de derecho, que sólo puede ser cumplida por un órgano de aplicación de derecho[182] y esta función no se cumple por vía de la interpretación del derecho válido.

[182] *Cf. supra*, pp. 251 y ss.

La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar derecho. El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única "correcta", no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del derecho. Naturalmente ello no les puede ser negado. Sólo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con harta frecuencia. La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido "correcto". Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente. No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político. Pero ningún prejuicio político puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del derecho positivo, al proclamarse una interpretación científica del derecho positivo, al proclamarse una interpretación, que desde un punto de vista subjetivo-político es más deseable que otra interpretación, lógicamente igualmente posible, como la única correcta desde un punto de vista científico-objetivo. Puesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica. Por lo demás, la estricta interpretación científica de una ley estatal, o de un tratado internacional, que exhiba, fundándose en un análisis crítico, todos los significados posibles, inclusive los políticamente indeseados, y quizás ni siquiera previstos por el legislador y por las partes contratantes, pero incluidos en el tenor literal de las normas que ellos escogieran, puede tener un efecto práctico que exceda en mucho a la ventaja política de la ficción de univocidad: semejante interpretación científica puede mostrar a la autoridad que establece el derecho, hasta qué punto su labor se mantiene por detrás de las exigencias técnico-jurídicas de formular las normas de derecho en la forma más unívoca posible, o de formularlas de tal suerte que la multiplicidad de sentidos inevitable se restrinja a un mínimo, intentándose así el grado posible mayor de seguridad jurídica.

11

000062
00070