

Discurso sobre la interpretación/aplicación del derecho

Eros Grau

Autor:	Eros Grau
Páginas:	15-40

Id. vLex: VLEX-40926118

Link: <https://app.vlex.com/vid/discurso-derecho-40926118>

Resumen

I. Interpretación y comprensión del derecho II. Por qué interpretamos el derecho III. ¿Interpretamos normas? IV. Norma jurídica y norma de decisión V. Interpretación y concretización del derecho VI. El carácter alográfico del derecho VII. La producción de la norma por el intérprete VIII. La metáfora de la Venus de Milo IX. Varias Venus de Milo X. Interpretación = aplicación; interpretación de los textos y de los hechos XI. El "marco de la norma" XII. La relación de los hechos XIII. La interpretación del derecho XIV. La interpretación del derecho es una prudencia XV. Inviabilidad de la única solución correcta XVI. Prudencia, precomprensión y círculo hermenéutico XVII. Cánones y pautas para la interpretación XVIII. No se interpreta el derecho en secciones XIX. La finalidad del derecho y las normas-objetivo XX. Los principios XXI. Los principios de derecho XXII. La no transcendencia de los principios. XXIII. Principio y norma jurídica XXIV. Kelsen y la positivación de los principios XXV. Oposición y contradicción entre principios. XXVI. Las reglas son aplicaciones de los principios; el alejamiento de un principio implica pérdida de efectividad de la regla que le da concreción XXVII. La importancia de los principios para la interpretación y la falsa neutralidad política del intérprete XXVIII. Negación de la discrecionalidad judicial XXIX. La fuerza normativa y la contemporaneidad del derecho.

Contenidos

- I. Interpretación y comprensión del derecho
- II. Por qué interpretamos el derecho
- III. ¿Interpretamos normas?
- IV. Norma jurídica y norma de decisión
- V. Interpretación y concretización del derecho
- VI. El carácter alográfico del derecho
- VII. La producción de la norma por el intérprete
- VIII. La metáfora de la venus de milo
- IX. Varias venus de milo
- X. Interpretación = aplicación; interpretación de los textos y de los hechos
- XI. El llamado "marco de la norma"
- XII. El relato de los hechos
- XIII. La interpretación del derecho
- XIV. La interpretación del derecho es una prudencia
- XV. Inviabilidad de la única solución correcta
- XVI. Prudencia, precomprensión y círculo hermenéutico
- XVII. Cánones y pautas para la interpretación
- XVIII. El derecho no se interpreta por segmentos
- XIX. La finalidad del derecho y las normas-objetivo
- XX. Los principios
- XXI. Los principios de derecho
- XXII. La no transcendencia de los principios
- XXIII. El principio es norma jurídica
- XXIV. Kelsen y la positivación de los principios
- XXV. Oposición y contradicción entre principios
- XXVI. Las reglas son aplicaciones de los principios; el alejamiento de un principio implica la pérdida de efectividad de la regla que le da concreción
- XXVII. La importancia de los principios para la interpretación y la falsa neutralidad política del intérprete
- XXVIII. Negación de la discrecionalidad judicial
- XXIX. La fuerza normativa y la contemporaneidad del derecho

Page 15

I

Interpretación y comprensión del derecho

Por lo general, la interpretación del derecho se presenta o se describe como la mera comprensión del significado de las normas jurídicas.

Page 16

Hay dos posibilidades: el intérprete identifica el significado de la norma, o lo determina. Sin embargo,

bajo cualquiera de esas dos variantes -acto de conocimiento o acto de voluntad- permanece la idea fundamental de que interpretar es identificar o determinar (= comprender) el significado de alguna cosa. En este caso, comprender el significado de la norma jurídica.

De ahí se deriva la afirmación de que sólo sería necesario que interpretáramos normas cuando su sentido no fuera claro. En ese caso, al volverse fluida la comprensión del pensamiento del legislador - lo que, en regla, no podría suceder, por la ambigüedad e imprecisión de las palabras y expresiones jurídicas-, la interpretación no sería necesaria.

Esa concepción, que hace un gran énfasis en el pensamiento del legislador y lo pone en primer plano, atravesó un proceso de transformación aún no completamente comprendido por aquellos que se dedican al estudio del derecho ni por quienes lo aplican.

II

Por qué interpretamos el derecho

No pretendo elaborar aquí un discurso prescriptivo, en el sentido de proponer pautas para la interpretación del derecho. Mi exposición es descriptiva -me interesa mostrar cómo se procesa la interpretación del derecho.

El hecho es que no practicamos su interpretación, o no solamente, porque el lenguaje jurídico sea ambiguo e impreciso, sino porque la interpretación y la aplicación del derecho son una sola operación, de modo que interpretamos el derecho para aplicarlo, y al hacerlo así, no nos limitamos a interpretar (= comprender) los textos normativos, sino que también comprendemos (= interpretamos) los hechos.

El intérprete procede a la interpretación de los textos normativos y, concomitantemente, de los hechos; por lo tanto, la manera en que se presentan los acontecimientos que componen el caso es también determinante para la creación de la(s) norma(s) aplicable(s) al caso.

Page 17

Pero esto no es todo, dado que -repite- la interpretación del derecho es constitutiva y no simplemente declarativa. Es decir, no se limita a una mera comprensión de los textos y de los hechos, sino que va mucho más allá.

Puesto que se trata de una interpretación/aplicación, se basa en la comprensión de los textos normativos y de los hechos, pasando por la producción de las normas que deben ser ponderadas para la solución del caso, y termina con la elección de una determinada solución del mismo, consignada en la norma de decisión.

Por eso es conveniente que distingamos entre las normas jurídicas producidas por el intérprete a partir de los textos y de los hechos, y la norma de decisión del caso, manifiesta en la sentencia judicial.

III

¿Interpretamos normas?

Antes de seguir, debemos aclarar un aspecto muy importante, relacionado con un equívoco constante que cometen aquellos que suponen que las normas se interpretan.

Lo que en realidad se interpreta son los textos normativos; de la interpretación de los textos surgen las normas. El texto y la norma no son lo mismo: la norma es la interpretación del texto normativo.

La interpretación es, por lo tanto, una actividad que se presta para transformar textos -disposiciones, preceptos, enunciados- en normas.

En consecuencia, como las normas son un resultado de la interpretación, el ordenamiento, en su valor histórico-concreto, es un conjunto de interpretaciones, es decir, un conjunto de normas.

El conjunto de los textos -disposiciones, enunciados- es sólo un ordenamiento en potencia, un conjunto de posibilidades de interpretación, un conjunto de normas potenciales (Zagrebelsky).

El significado (es decir, la norma) es el resultado de la tarea interpretativa. En otras palabras: el significado de la norma lo produce el Page 18 intérprete. Por eso decimos que las disposiciones, los enunciados y los textos no dicen nada; o en otras palabras, dicen lo que los intérpretes aseguran que dicen (Ruiz y Cárcova).

IV

Norma jurídica y norma de decisión

El intérprete produce la norma jurídica no por diletantismo, sino pensando en su aplicación a casos concretos.

Interpretamos para aplicar el derecho y, al hacerlo -ya lo vimos antes- no nos limitamos a interpretar (= comprender) los textos normativos, sino también comprendemos (= interpretamos) los hechos.

La norma jurídica se produce para aplicarse a un caso concreto. Esa aplicación se realiza mediante la formulación de una decisión judicial, una sentencia, que expresa la norma de decisión.

He aquí la diferencia entre las normas jurídicas y la norma de decisión: ésta se define a partir de aquéllas.

Por otro lado, es importante también observar que todos los practicantes del derecho lo interpretan, pero sólo algunos de ellos llevan a cabo plenamente el proceso de interpretación hasta su punto culminante, que tiene lugar en el momento de la definición de la norma de decisión. Quien está autorizado a ir más allá de la interpretación como una mera producción de normas jurídicas, para extraer de ella normas de decisión, es al que Kelsen llama "intérprete auténtico", es decir, el juez.

V

Interpretación y concretización del derecho

Recordemos que los textos normativos carecen de interpretación, no sólo por no ser unívocos o evidentes -es decir, por no ser claros-, sino porque deben aplicarse a casos concretos, reales o ficticios (Müller). Es lo que hace siempre un profesor cuando habla en clase sobre la interpretación de un texto normativo (aunque no se dé cuenta de ello): suponer su aplicación a un caso, real o ficticio.

Page 19

El hecho es que la norma es construida por el intérprete en el transcurso del proceso de concretización del derecho. El texto, el precepto jurídico, es, como dice Friedrich Müller, una materia que necesita ser "trabajada".

Partiendo del texto de la norma (y de los hechos) llegamos a la norma jurídica, para encaminarnos hacia la norma de decisión, la que le da una solución al caso. Sólo entonces tiene lugar la concretización del derecho. Concretizarlo es producir normas jurídicas generales en el contexto de la solución de casos específicos (Müller).

La concretización implica un transcurso del texto de la norma hacia la norma concreta (la norma jurídica), que todavía no es, sin embargo, el objetivo al que se quiere llegar: la concretización sólo llega a su plenitud en el paso siguiente, cuando se define la norma de decisión, capaz de resolver el conflicto que constituye la esencia del caso concreto. Por eso sostengo que interpretación y concretización son parte del mismo proceso. No existe, hoy en día, interpretación del derecho sin concretización, pues ésta constituye su etapa definitiva.

VI

El carácter alográfico del derecho

Hay dos tipos de artes: las alográficas y las autográficas. En las primeras, las alográficas (música y teatro), la obra requiere, para existir, la intervención de dos personajes, el autor y el intérprete; en las artes autográficas (pintura y ficción narrativa), sólo el autor participa en la realización de la obra (Ortigues).

En ambos casos hay interpretación, pero de diferentes tipos.

La interpretación de la pintura y de la ficción implica la comprensión: la obra objeto de la interpretación es algo ya concluido por su autor; la comprensión tiene como finalidad la contemplación estética, independientemente de la mediación de un intérprete.

La interpretación musical y teatral implica comprensión + reproducción: la obra interpretada, para poder ser comprendida desde un punto de vista estético, requiere más de un intérprete: el primer intérprete comprende y reproduce y el segundo intérprete comprende mediante (a través de) la comprensión/reproducción del primer intérprete.

El derecho es alográfico, porque el texto normativo no se completa en el sentido impreso en él por el legislador. Sólo se alcanza la "completud" del texto cuando el sentido que éste expresa es producido, como nueva forma de expresión, por el intérprete.

Sin embargo, el "sentido expresado por el texto" es ya algo nuevo, distinto del texto. Es la norma.

Repto: las normas resultan de la interpretación, que se puede describir como un proceso intelectivo a través del cual, a partir de fórmulas lingüísticas contenidas en los textos, enunciados, preceptos y disposiciones, llegamos a determinar un contenido normativo.

El intérprete desprende la norma de su envoltura (el texto); en este sentido, "produce la norma".

Al incluir textos y hechos, como vimos, la interpretación del derecho lleva a cabo una mediación entre el carácter general del texto normativo y su aplicación particular, es decir, realiza su inserción en la vida.

VII

La producción de la norma por el intérprete

Sin embargo, con esto no quiero afirmar que el intérprete, literalmente, crea la norma: es importante señalar que el intérprete no es un creador *ex nihilo*; produce la norma, sí, pero no en el sentido de fabricarla sino de reproducirla.

La norma es producto de la interpretación, pero se encuentra ya, potencialmente, en la envoltura del *texto normativo*. Más adelante, para dejar esta idea más clara, voy a utilizar una metáfora, la metáfora de la Venus de Milo.

Mientras tanto, repitamos de nuevo: la norma se encuentra, en estado potencial, en la envoltura del texto, pero se encuentra en él sólo parcialmente, porque los hechos también la determinan. Debo insistir en eso: la norma es producida por el intérprete no sólo a partir de elementos que se derivan del texto (mundo del deber ser), sino también a partir de elementos del caso al que será aplicada, es decir, a partir de elementos de la realidad (mundo del ser).

La norma se encuentra en estado de potencia dentro del texto, y el intérprete la revela. En este sentido -es decir, desprender la norma de su envoltura y hacerla surgir del texto, del enunciado-, afirmo que el intérprete "produce la norma". El intérprete comprende el sentido original del texto y lo conserva (lo debe conservar) como referencia de su interpretación (Gadamer).

VIII

La metáfora de la venus de milo

Supongamos que a tres escultores, a partir de tres bloques de mármol del mismo tamaño, se les hiciera el encargo de esculpir tres Venus de Milo.

Al terminar el trabajo, tendríamos tres Venus de Milo perfectamente identificables aunque distintas entre sí: en una de ellas la curva del hombro está más acentuada; en otra, los pómulos destacan; en la tercera, los senos están turgentes y los pezones rígidos. Y sin embargo son, definitivamente, tres Venus de Milo -ninguna es la Victoria de Samotracia.

Esos tres escultores "producieron" tres Venus de Milo. No tuvieron la libertad de esculpir, cada quien a

su gusto y estilo propios, las figuras o los símbolos que la inspiración de cada uno quisiera: el principio de existencia de esas tres Venus de Milo no está en ellos.

Puesto que se trata de tres escultores experimentados -lo que sucede, de hecho, en la metáfora que estoy utilizando-, dirán que, en verdad, no crearon tres Venus de Milo. Dado que esa producción de las tres Venus de Milo (y no de tres Victorias de Samotracia o de cualquier otra figura) les fue impuesta, dirán que, en realidad, cada una de esas tres Venus de Milo ya se encontraba en el interior de los bloques de mármol, y que Page 22 ellos solamente desbastaron el mármol para que ellas brotaran, escondidas como estaban en su interior.

IX

Varias venus de milo

Así, podemos ver que, al igual que diferentes escultores "producen" distintas Venus de Milo, diferentes intérpretes "producen", a partir del mismo texto normativo, distintas normas jurídicas.

Parafraseando a Kelsen, decir que una de esas Venus de Milo está basada en la obra griega no significa más que está contenida dentro del marco proporcionado por la obra griega: no significa que es *la* Venus de Milo, sino sólo *una* de las Venus de Milo que pueden producirse dentro del marco de la obra griega.

X

Interpretación = aplicación; interpretación de los textos y de los hechos

Nunca estará de más insistir en este punto: la interpretación y la aplicación no se realizan autónomamente. La superposición que se realiza entre ambas es un resultado de la concepción equivocada de que la interpretación consustanciaría una mera operación de subsunción.

El intérprete discierne el sentido del texto tomando como base un caso determinado; la interpretación del derecho consiste en concretar la ley en cada caso, es decir, aplicarla (Gadamer). De esta manera, existe una ecuación entre interpretación y aplicación: no nos encontramos frente a dos momentos distintos, sino frente a una sola operación (Marí). Interpretación y aplicación son partes sustanciales de un proceso unitario, (Gadamer), y se complementan.

Así, puesto que la interpretación es, de manera concomitante, una aplicación del derecho, debe entenderse como una producción práctica del derecho, precisamente como la considera Friedrich Müller: no existe un terreno compuesto de elementos normativos (= derecho), por un lado, y de elementos reales o empíricos (= realidad) por el otro.

Page 23

Lo repito de nuevo: la norma es producida por el intérprete no sólo a partir de elementos recogidos en el texto normativo (mundo del deber ser), sino también a partir de elementos del caso al que será

aplicada, es decir, a partir de datos de la realidad (mundo del ser).

XI

El llamado "marco de la norma"

Por consiguiente, es necesario subrayar aquí, a partir de la metáfora de Kelsen, el hecho de que el "marco de la norma" sea, de diversas formas, el marco del texto y también, de manera concomitante, el marco del caso. El intérprete, por necesidad, interpreta también el caso más allá de los textos, al realizar la producción práctica del derecho.

Por eso no existen, para los conflictos jurídicos, soluciones previamente estructuradas, como productos semiindustrializados en una línea de montaje.

El trabajo jurídico de construcción de la norma aplicable a cada caso es un trabajo artesanal. La solución jurídica para cada caso será siempre una nueva solución. Por eso mismo, es necesario subrayar que la interpretación del derecho se realiza no como un mero ejercicio de lectura de textos normativos, para el que sólo se necesitaría un intérprete alfabetizado.

XII

El relato de los hechos

En el transcurso de ese trabajo, como la interpretación abarca también los hechos, el intérprete los reconstruye, de manera que podemos decir que el derecho instituye su propia realidad. De ahí la importancia del relato de los hechos (= la narración de los hechos que han de ser tomados en cuenta por el intérprete) para su interpretación, puesto que los hechos no son, fuera de su relato (*i. e.*, fuera del relato al que corresponden), lo que son.

Page 24

Lo que deseo subrayar es la fragilidad del vínculo entre el relato y su objeto, entre el relato y lo relatado.

La fragilidad del vínculo se debe, sobre todo, a lo siguiente: 1) jamás describimos la realidad; lo que describimos es nuestro modo de ver la realidad; 2a) esa misma realidad determina nuestro pensamiento, y 2b) al describir la realidad, nuestra descripción estará determinada: i) por nuestra precomprensión de ella, y ii) por el lugar en que nos colocamos al describirla (= nuestro lugar en el mundo y el lugar desde el que pensamos). Por eso puede aplicarse aquí todo lo que afirmo en el ensayo sobre la precomprensión.

Tampoco en lo que respecta a los hechos existe, en el derecho, lo verdadero. Es inútil que busquemos la *verdad de los hechos*, porque los hechos que serán importantes en y para la construcción de la norma son los recibidos/percibidos por el intérprete: puesto que son percibidos por él, conformarán la producción/creación de la norma.

XIII

La interpretación del derecho

En este punto de mi exposición, puedo esbozar una breve síntesis afirmando que la interpretación del derecho tiene un carácter constitutivo -y no meramente declarativo- y consiste en la producción por el intérprete (a partir de textos normativos y de los hechos relativos a un caso determinado) de normas jurídicas que deben ser ponderadas para la solución del caso, mediante la definición de una norma de decisión.

Interpretar, así, es dar concreción (= concretizar) al derecho. En este sentido, la interpretación (= interpretación/aplicación) realiza la inserción del derecho en la realidad; es un intermediario entre el carácter general del texto normativo y su aplicación particular; en otros términos: realiza su inserción en la vida.

Recuerdo, sobre este punto, la exposición de Gadamer acerca del pensamiento de Aristóteles: toda ley se encuentra en una necesaria tensión, si la comparamos con la concreción de los actos, porque la ley es Page 25 general y no puede contener la realidad práctica en toda su concreción. La ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma, sino porque, en presencia del tipo de reglamentación al que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas.

Esto quiere decir que la interpretación -que es interpretación /aplicación- va de lo universal a lo particular, de lo transcendente a lo contingente; realiza la inserción de las leyes (= del derecho) en el mundo del ser (= mundo de la vida).

XIV

La interpretación del derecho es una prudencia

En este punto, es necesario plantearse la pregunta: ¿la interpretación/ aplicación del derecho es una ciencia?

La interpretación del derecho es una *prudencia* -el *saber práctico*, la *phrónesis* de la que habla Aristóteles.

Aquellos que no son intérpretes auténticos piensan, cuando de derecho se trata, en la *juris prudentia* y no en una *juris scientia*; el intérprete auténtico, al *producir* normas jurídicas, practica *juris prudentia* y no *juris scientia*.

El intérprete actúa de acuerdo con la lógica de la preferencia y no conforme a la lógica de la consecuencia (*Comparato*): la lógica jurídica es la lógica de la elección entre varias posibilidades correctas. Interpretar un texto normativo significa escoger una interpretación entre varias posibles, de modo que la elegida se presente como la adecuada (Larenz). La norma no es objeto de demostración sino de justificación. Por eso, la alternativa verdadero/falso no se plantea en derecho; en derecho sólo existe lo *aceptable* (justificable). El sentido de lo justo admite siempre varias soluciones (Heller).

Por lo tanto afirmo que la problematización de los textos normativos no se presenta en el campo da ciencia, puesto que se produce en el ámbito de la prudencia, planteando al intérprete auténtico este desafío, y no Page 26 el de la ciencia. Se trata de dominios distintos: en la ciencia, el desafío es que existen preguntas que aún no han podido responderse; en la prudencia, en cambio, no tenemos el desafío de la ausencia de respuestas, sino el de la existencia de múltiples soluciones correctas para una misma pregunta. (Adomeit).

XV

Inviabilidad de la única solución correcta

En la interpretación de los textos normativos se presenta un fenómeno análogo al que se produce en la interpretación musical.

No existe una interpretación que sea la única "correcta" (*exacta*) de la Sexta Sinfonía de Beethoven: la Pastoral dirigida por Toscanini, con la Sinfónica de Milán, es diferente de la Pastoral dirigida por Von Karajan, con la Filarmónica de Berlín. A pesar de que una interpretación sea más romántica, más desbordada, y la otra más serena, las dos son auténticas -y correctas.

Niego terminantemente la existencia de una sola respuesta correcta (verdadera, por lo tanto) para el caso jurídico -aunque el intérprete esté, a través de los principios, vinculado al sistema jurídico. Ni siquiera el juez Hércules (Dworkin) podría encontrar una respuesta verdadera para cada caso, pues no existe una respuesta que sea la única correcta.

El hecho es que, por ser la interpretación convencional, no posee una realidad objetiva con la que pueda confrontarse su resultado (lo que se interpreta), por lo que no existe una interpretación objetivamente verdadera (Zagrebelsky).

XVI

Prudencia, precomprensión y círculo hermenéutico

La evolución de la reflexión hermenéutica permitió la superación de la concepción de la interpretación como técnica de subsunción del hecho en el contexto de la previsión legal, y confirmó el hecho de que la interpretación se desarrolla a partir de presuposiciones.

Page 27

La comprensión escapa del ámbito de la ciencia. Comprender es algo existencial, consustancial, es decir, forma parte de la experiencia. Lo que se comprende, en el caso de la interpretación del derecho, es algo -un "objeto"- que no puede conocerse independientemente de un "sujeto".

Cuando afirmo que el derecho es una prudencia, afirmo también que el saber práctico que realiza la interpretación es saber práctico del sujeto, es decir, del intérprete, o sea, de ese intérprete específico.

Al ser el derecho una prudencia, eso explica también su facticidad y su historicidad, razón por la cual

su manejo exige el empleo de nociones y no solamente de conceptos.

La reflexión hermenéutica nos muestra aún más: nos muestra que en el proceso de interpretación de los textos normativos el momento inicial es la precomprensión, a partir de la cual gana dinamismo el movimiento circular que constituye el círculo hermenéutico. En el curso de este ensayo volveré a hablar del tema.

Lo que me interesa subrayar ahora es que la interpretación conlleva una experiencia conflictiva del intérprete, a tal grado que la norma de decisión que éste produce contiene las huellas de ese conflicto.

Recuerdo la observación de Frosini: la decisión judicial toma en consideración y es determinada por: las palabras de la ley y los antecedentes judiciales; por la figura delictiva que se imputa; por las interpretaciones que elaboran las dos o más partes en conflicto; por las reglas procesales; por las expectativas de justicia que alberga la conciencia de la sociedad y, finalmente, por las convicciones del mismo juez, que puede estar influido decisivamente por principios de ética religiosa o social, esquemas doctrinales en boga o instancias de tipo político.

Más aún: el juez toma siempre sus decisiones en el marco de una situación histórica determinada, participando en la conciencia social de su tiempo, abarcando el derecho en su totalidad y no solamente un texto normativo específico.

Por eso mismo, como afirmo en la conclusión de este ensayo, el derecho es contemporáneo a la realidad.

Page 28

XVII

Cánones y pautas para la interpretación

Es necesario señalar que la reflexión hermenéutica rechaza la metodología tradicional de la interpretación y realiza severas críticas a la sistemática escolástica de los métodos, incapaz de responder a la pregunta de por qué un método específico debe ser elegido para un caso dado.

Puesto que no existen reglas que ordenen, jerárquicamente, el uso de los cánones hermenéuticos, éstos terminan funcionando como justificaciones para legitimar los resultados que el intérprete se había predisposto a alcanzar: el intérprete hace uso de uno u otro canon según le conviene, para justificarlos.

No obstante, la prudencia recomienda que se realice una interpretación adecuada de algunas pautas, tres de las cuales quiero mencionar: i) la primera se relaciona con la interpretación del derecho como un todo, ii) la segunda, con la finalidad del derecho, y iii) la tercera, con los principios.

XVIII

El derecho no se interpreta por segmentos

La interpretación del derecho es interpretación *del derecho*, en su totalidad, no de textos aislados, separados *del derecho*.

El derecho no se interpreta en segmentos, por partes.

La interpretación de cualquier texto de derecho impone siempre al intérprete, en cualquier circunstancia, seguir el recorrido que se proyecta a partir de él -el texto- hasta la Constitución. Un texto de derecho aislado, separado, desprendido del sistema jurídico, no expresa ningún significado normativo.

XIX

La finalidad del derecho y las normas-objetivo

Afirma Von Jhering que la finalidad es el principio creador de todo el derecho, y que no existe norma ni instituto jurídico que no deba su origen a una finalidad.

Page 29

De ahí la importancia de las normas-objetivo, que surgen de manera clara a partir del momento en que los textos normativos empiezan a cumplir la función de ser instrumentos de gobierno. El derecho, así, comienza a ser manejado desde el punto de vista de la aplicación de políticas públicas con finalidades múltiples y específicas. Y la definición del objetivo de esas políticas se enuncia precisamente en textos normativos que comparten su esencia con la de las normas-objetivo y que, por ello, determinan los procesos de interpretación del derecho, reduciendo la amplitud del marco del texto y de los hechos, de modo que en él no caben soluciones que no sean exclusivamente las mencionadas normas-objetivo adecuadas.

La consideración de normas-objetivo en el sistema jurídico implica la introducción, en su "positividad", de fines hacia los que el sistema mismo quiere dirigirse. La investigación de los fines de la norma, llevada a cabo en el contexto funcional, se vuelve más objetiva; la metodología teleológica reposa en terreno firme.

XX

Los principios

Lo que pretendo elaborar aquí es un discurso sobre la interpretación, no sobre los principios. En relación con éstos, remito al lector a la exposición desarrollada en el ensayo. Sintéticamente, sin embargo, me permito realizar las siguientes observaciones.

La última década del siglo pasado estuvo marcada, en el campo de la reflexión sobre el derecho, por el paradigma de los principios.

Pero esto sucedió de tal manera que, por un lado, los principios se banalizaron y, por otro, una gran parte de la doctrina que surgió alrededor de ellos muestra fehacientemente que las personas con una

inteligencia bien formada corren siempre el riesgo de suponer que la creatividad que poseen es suficiente para suplir la falta de lecturas.

Se confunden las nubes con Juno, se toma gato por liebre y todo llega a ser "principalizado", por así decirlo. Pautas normativas, como la Page 30 proporcionalidad y la razonabilidad, son consideradas como principios, y reina una imprecisión absoluta en cuanto a lo que se puede o se debe considerar como *principios de derecho*, que es algo distinto de los *principios generales del derecho*.

Ahora bien, si el derecho se define como sistema como un orden axiológico o teleológico de principios (Canaris), debemos entonces indagar cuáles son los principios que componen ese orden.

XXI

Los principios de derecho

Ese orden está compuesto, inicialmente, por i) los *principios explícitos*, recogidos en el texto de la Constitución o de la ley; y luego, por ii) los *principios implícitos*, inferidos como resultado del análisis de uno o más preceptos constitucionales o de una ley o conjunto de textos normativos de la legislación infraconstitucional (ejemplos: el *principio de la motivación del acto administrativo* -art. 93, X de la Constitución brasileña-; el *principio de la imparcialidad del juez*- arts. 95, párrafo único y ^{5º}, XXXVII de la Constitución-) y por último, iii) los *principios generales de derecho*, también *implícitos*, colectados en el derecho presupuestado, como el de la *prohibición del enriquecimiento inexplicable*.

Quiero subrayar muy especialmente que estoy hablando de los principios generales *de derecho* y no de los llamados "principios generales del derecho".

La alusión al *derecho presupuestado* hace necesaria una sugerencia que formulo al lector, pidiéndole que examine, en el ensayo, la exposición desarrollada sobre el tema, así como sobre la distinción entre el derecho y los derechos.

De esa manera se comprenderá perfectamente que los *principios generales de derecho -principios implícitos*, existentes en el *derecho presupuestado*- no se rescatan fuera del ordenamiento jurídico, sino que *se descubren* en su interior. Es indispensable que eso quede muy claro, para que no surja ninguna duda al respecto: esos principios, si existen, ya están positivados; si no fuera así, no nos ocuparíamos de ellos.

Page 31

Los principios de derecho que descubrimos dentro del ordenamiento jurídico son principios *de este* ordenamiento jurídico, *de este* derecho. Los principios en estado latente, existentes en cada ordenamiento, es decir, en cada *derecho establecido*, reposan en el *derecho presupuestado* que les corresponda. En este *derecho presupuestado* los encontramos o no los encontramos; de ahí los rescatamos, si preexisten en él.

XXII

La no transcendencia de los principios

Sustento firmemente la no transcendencia de los principios implícitos, o sea, los principios generales de un tipo determinado de derecho.

Su "positivación" no se produce mediante su rescate en el universo del derecho natural, como muchos suponen, ya que esa "positivación" no está *constituida* sino simplemente *reconocida*, en el instante de su descubrimiento (del principio) dentro del derecho presupuesto de la sociedad a la que corresponde.

Seamos claros: los principios no son "positivados", puesto que ya son positivos. Es una tontería imaginar que el juez, el jurista o el profesor puedan ser los autores de la alquimia de transformar una cosa en lo que ya era desde antes.

Insisto: los principios generales de derecho no constituyen una creación de jurisprudencia, y no preexisten fuera del ordenamiento legal. La autoridad judicial, al tomarlos en cuenta de manera decisiva para la definición de determinada solución normativa, lo que hace simplemente es comprobar su existencia en el seno del ordenamiento jurídico, del derecho que pone en práctica, manifestándolos. De esta manera, ellos se descubren dentro de determinado ordenamiento. Y, repito, se descubre precisamente porque estaban ya, en estado latente, dentro de este mismo ordenamiento.

XXIII

El principio es norma jurídica

Todos los principios -los explícitos y los implícitos- constituyen norma jurídica.

Page 32

También los principios generales de derecho -y volvemos a insistir en que son principios de un derecho específico- constituyen, estructuralmente, normas jurídicas.

La norma jurídica es el género que comprende, como especies, las reglas y los principios. Dentro de estos últimos se incluyen tanto los principios explícitos como los principios generales de derecho.

En lo que respecta a la distinción entre principio y regla, remito al lector al texto del ensayo, donde trato el tema críticamente.

XXIV

Kelsen y la positivación de los principios

Me parece importante, en este momento, que recordemos la crítica de Kelsen a Esser.

Kelsen dedica todo un capítulo de su *Teoría General de las Normas* a la crítica de la exposición de Esser sobre los principios, negándoles todo valor jurídico.

El único fundamento de validez de la norma individual que expresa la decisión judicial de un caso concreto, afirma Kelsen, es el principio formal, de derecho positivo, de la fuerza de la cosa juzgada. Ningún otro principio, afirma, puede fundamentar esa validez.

Por eso los principios morales, políticos o de costumbres sólo pueden ser llamados *jurídicos* en la medida en que ejercen influencia sobre las autoridades competentes en la creación de normas jurídicas individuales. Pero eso no significa que esos principios sean "positivados" ni que cumplan con las características de las normas jurídicas.

Esa crítica de Kelsen ha sido generalmente ignorada por los autores que se dedican al análisis del tema de los principios, tal vez por negligencia o por falta de una respuesta adecuada.

Yo nunca acepté la idea, muy generalizada, de que el intérprete auténtico "positiva" los *principios implícitos* al crear normas de decisión, por la simple razón de que éstos ya están integrados al sistema jurídico, y al intérprete le compete solamente descubrirlos en cada caso.

Page 33

Los principios *explícitos* se manifiestan expresamente. Los otros, *implícitos*, no son "positivados", sino descubiertos dentro del ordenamiento, ya que ellos ya eran, dentro de él, *principios de derecho positivo*, aunque latentes. En otras palabras: el intérprete auténtico no "positiva" nada. El principio ya estaba positivado. Si no fuera así, no podría inducirse. Debo insistir y dejar muy claro este punto: el acto de "descubrir" un principio latente en determinado ordenamiento es declarativo, no constitutivo. Frente a este hecho, se desvanece la crítica de Kelsen.

XXV

Oposición y contradicción entre principios

Una de las falsas novedades introducidas por el paradigma de los principios es, como ya mencionaba Gény, la relativa a la oposición o contradicción entre principios.

Muchos piensan que todo esto se inventó en las dos décadas finales del siglo pasado, pero ya desde 1965 Poulantzas mostró, al afirmar que el juez debe resolver la contradicción entre dos principios jurídicos en un caso concreto refiriéndose a la infraestructura (es decir, a la realidad); lo que el juez debe, es definir cuál de los dos principios es el que tiene, en ese caso concreto, una mayor importancia en relación con los datos de la realidad.

En el *Ensayo* señaló, y deseo repetirlo aquí, que la falta de reflexión ha llevado a algunos pensadores doctrinarios a confundir valores (teleológicos) con principios (deontológicos), colocándose a la deriva ante una mal digerida comprensión de la exposición dworkiniana que, en rigor, excluye los principios del ámbito normativo.

Los conflictos y las oposiciones entre principios son conflictos y oposiciones entre normas. La superposición entre regla y norma, por un lado, y principio, por otro, sólo puede ser el resultado de una refutación del positivismo a la manera de Dworkin, de falta de comprensión o del deseo de crear confusión.

Desde siempre, la tensión entre principios ha sido una característica del sistema jurídico. Lo que hace

compleja la comprensión de esa circunstancia es el hecho de que el pensamiento tradicional afirma que el derecho posee una universalidad plena (es abstracto y general), en la que no caben excepciones.

Pero lo que sucede es precisamente lo contrario: la inserción del derecho en el mundo de la vida se realiza en un plano que no se puede particularizar más que mediante la excepción, caso por caso. Nuestros mayores ya lo sabían.

XXVI

Las reglas son aplicaciones de los principios; el alejamiento de un principio implica la pérdida de efectividad de la regla que le da concreción

Otro punto que debemos considerar es que las reglas son concreciones, aplicaciones de los principios (Boulanger).

Por eso, nunca se presenta una antinomia jurídica entre principios y reglas jurídicas. Éstas llevan a cabo la concretización de aquéllos.

En consecuencia, cuando dos principios se confrontan, y uno prevalece sobre el otro, las reglas que dan concreción al que no fue aceptado se hacen a un lado: no se realiza su aplicación a una hipótesis dada, aunque permanezcan integradas válidamente (es decir, dotadas de validez) al ordenamiento jurídico. Las reglas que dan concreción al principio no aceptado, aunque conserven toda su validez, pierden eficacia -es decir, eficiencia- en relación con la situación ante la cual se manifestó el conflicto entre principios.

Para volver todo más complejo, y por lo tanto más bello, tenemos que, en el sistema, no existe ninguna regla o principio que oriente al intérprete sobre cuál de los principios, en caso de un conflicto, se debe elegir o rechazar.

Eso solamente se puede saber en el contexto de cada caso, en el ámbito en que se produzca el conflicto. Así, en cada caso, en cada situación, la dimensión del peso o la importancia de los principios tiene que ponderarse.

Page 35

La atribución de un peso mayor a un principio -y no a otro- no es, sin embargo, discrecional. Vuelvo a lo dicho anteriormente: el intérprete está vinculado por los principios; además, la Constitución no se interpreta en pedazos, por fragmentos.

El momento de la atribución de una mayor importancia a un determinado principio es extremadamente rico porque en él (desde el instante en que se busca la definición de una de las soluciones correctas dentro de la lista de las posibles soluciones correctas a las que puede conducir la interpretación jurídica) se pondera el derecho en su totalidad, desde el texto de la Constitución hasta los actos normativos más específicos. Múltiples variables, concretas -las circunstancias peculiares del problema en cuestión- y jurídicas -lingüísticas, sistémicas y funcionales- se revelan entonces. Y,

paradójicamente, el hecho de que el intérprete esté vinculado con los principios, constreñido por ellos, es precisamente lo que vuelve más creativa la prudencia que practica.

La fuerza de los principios es tal que, en situaciones revolucionarias, los nuevos principios incorporados por el orden jurídico contribuyen a revocar la vigencia de innumerables reglas de ese orden. Me refiero, concretamente, a las observaciones de Jean Boulanger sobre la revolución de 1917.

XXVII

La importancia de los principios para la interpretación y la falsa neutralidad política del intérprete

En la interpretación del derecho debe prevalecer la fuerza de los principios: ellos son los que dan coherencia al sistema.

Es importante observar también que, al ser los principios elementos internos del sistema, nos permiten no recurrir a la metáfora del "orden de valores" como vía para la realización de "justicia material", recurso que están dispuestos a utilizar todos los que piensan, por ingenuidad o por exceso de optimismo, que el derecho puesto por el Estado pueda producir *iustitia ius*, siendo sólo *lex*.

Page 36

De cualquier forma, aunque esté vinculado con los principios, la neutralidad política del intérprete sólo existe en los libros. En la praxis del derecho, esa neutralidad siempre se disuelve. Recuérdese que todas las decisiones jurídicas, al ser jurídicas, son políticas.

XXVIII

Negación de la discrecionalidad judicial

Casi al final de mi discurso, debo negar terminantemente la discrecionalidad judicial. El juez no produce normas libremente.

Todo intérprete, aunque nunca se someta al "espíritu de la ley" o a la "voluntad del legislador", estará siempre vinculado por los textos normativos, y en especial, pero no exclusivamente, por los que transmiten principios (y también hago alusión aquí al "texto" del derecho presupuesto). Además, los textos que transmiten normas-objetivo reducen la amplitud del marco del texto y de los hechos, de manera que en él no tienen cabida soluciones que no estén absolutamente adecuadas a esas normas-objetivo.

La "apertura" de los textos de derecho, aunque sea suficiente para permitir que el derecho se mantenga al servicio de la realidad, no es absoluta. Cualquier intérprete estará siempre limitado, restringido por los textos. Del rompimiento de esa sujeción por el intérprete auténtico resultará la subversión del texto.

Hay, además, otra razón que me impulsa a rechazar el sobreentendido de que el intérprete auténtico

actúa en el campo de una cierta "discrecionalidad". Esa razón se basa en la circunstancia de que al intérprete auténtico no se le atribuye la formulación de juicios de oportunidad, sino de juicios de legalidad exclusivamente. Aunque el juez no sea tan sólo la "boca que pronuncia las palabras de la ley", su función -deber-poder- se encuentra dentro de los límites de la legalidad (y de la constitucionalidad). Interpretar el derecho es formular juicios de legalidad. La discrecionalidad se ejercita en el campo donde se formulan los juicios de oportunidad (=elección entre indiferentes jurídicos), pero sólo cuando una norma jurídica haya atribuido a la autoridad pública su formulación.

Page 37

Insisto en este punto: lo que se ha llamado discrecionalidad judicial es el poder de creación de normas jurídicas que el intérprete auténtico ejerce formulando juicios de legalidad (no de oportunidad). La distinción entre ambos juicios radica en que el juicio de oportunidad implica una opción entre indiferentes jurídicos, procesada subjetivamente por el agente. El juicio de legalidad, por su parte, es actuación, a pesar de desarrollarse en el campo de la prudencia, que el intérprete auténtico lo lleva a cabo limitado por el texto normativo y, naturalmente, por los hechos.

Por consiguiente, sin estar en el mismo plano lógico, de tal modo que se pueda oponer la legalidad a la discrecionalidad -pues ésta se deriva siempre, necesariamente, de una atribución normativa de aquel que la practica-, la discrecionalidad se convierte en una técnica de la legalidad.

XXIX

La fuerza normativa y la contemporaneidad del derecho

Termino el texto del ensayo recordando las reflexiones de Hesse a propósito de la Constitución, cuya fuerza normativa, según él, se manifiesta cuando se sustenta en la naturaleza singular del presente, cuando su contenido corresponde a esa naturaleza singular.

Hesse sostiene que la Constitución está condicionada por la realidad histórica, y que por esa razón no se puede separar de la realidad concreta de su tiempo. Así, la pretendida eficacia de sus normas solamente se puede realizar si se tiene en cuenta esa realidad.

Y eso es exactamente lo que sucede con la totalidad del ordenamiento jurídico, la Constitución y la legislación infraconstitucional.

La fuerza normativa del derecho se extingue cuando éste ya no corresponde a la naturaleza singular del presente. Entonces se produce la frustración material de la finalidad de sus textos que se encuentren en conflicto con la realidad, y el derecho se transforma en un obstáculo al pleno desarrollo de las fuerzas sociales.

En el ensayo afirmo que compete al intérprete, apoyándose en los principios, actualizar el derecho.

Page 38

A propósito, deseo señalar la proximidad existente entre el discurso del derecho y el discurso mítico, para reproducir las palabras de Jean-Pierre Vernant (2000/13) sobre este último: "El relato mítico, a su vez, no es solamente, como el texto poético, polisémico en sí mismo, por sus múltiples planos de significación. No está fijado de manera definitiva. Siempre admite variantes, versiones múltiples que el

narrador tiene a su disposición, y que elige en función de las circunstancias, de su público o de sus preferencias, y puede cortar, aumentar o modificar lo que le parezca conveniente. Mientras una tradición oral de leyendas se mantenga viva, mientras permanezca en contacto con las formas de pensar y las costumbres de un grupo, se modificará: el relato quedará parcialmente abierto a la innovación".

Debe notarse que menciono una proximidad, no una identidad, entre los dos discursos, el mítico y el jurídico. La vinculación del intérprete con el texto normativo es mucho mayor, por cierto, de la que tiene el expositor del mito con el texto del mismo -y además, muchas veces se trata de un texto oral.

Pero ambos deben ser actualizados para que puedan volverse efectivos. El discurso del texto normativo está parcialmente abierto a la innovación, porque justamente lo que le confiere contemporaneidad es su transformación en discurso normativo (= transformación del texto en norma).

El derecho es un organismo vivo, pero peculiar, porque no envejece, pero tampoco permanece joven, ya que es contemporáneo a la realidad. El derecho es algo dinámico.

Ésa es su fuerza, su hechizo, su belleza.

Del presente, en la vida real, toma las fuerzas que le dan vida. Y la realidad social es el presente; el presente es la vida -y la vida es movimiento. Así, el significado válido de los textos varía en el tiempo y en el espacio, histórica y culturalmente. La interpretación del derecho no es una mera deducción, sino un proceso de adaptación continua de sus textos normativos a la realidad y sus conflictos.

Me permito repetirlo: la interpretación del derecho tiene carácter constitutivo -no meramente declarativo-, y consiste en la producción Page 39 por el intérprete, a partir de textos normativos y de los hechos relativos a un caso determinado, de normas jurídicas que serán aplicadas para la solución de ese caso, mediante la definición de una norma de decisión. Interpretar/aplicar es dar concreción (= concretizar) el derecho. En este sentido, la interpretación/aplicación efectúa la inserción del derecho en la realidad; hace la mediación entre el carácter general del texto normativo y su aplicación particular; en otros términos: realiza su inserción en la vida.

La interpretación/aplicación va de lo universal a lo particular, de lo trascendente a lo contingente: realiza la inserción de las leyes (= del derecho) en el mundo del ser (= mundo de la vida). Como se realiza en el marco de una situación determinada, muestra el enunciado semántico del texto en el contexto histórico presente, no en el contexto de la redacción del texto.

Interpretar el derecho es caminar de un punto a otro, de lo universal a lo singular, a través de lo particular, agregando la porción de contingencia que faltaba para volver completamente contingente a lo singular.