

# Ensayo sobre la interpretación/aplicación del derecho

Eros Grau

<b>Autor:</b>	Eros Grau
<b>Páginas:</b>	43-202

**Id. vLex:** VLEX-40953630

**Link:** <https://app.vlex.com/vid/ensayo-derecho-40953630>

## Resumen

I. La interpretación. 01. Introducción 02. La interpretación hasta los años setenta, subsunción e interpretación negativa 03. Interpretar/comprender. 04. Situaciones de isomorfismo y situaciones de interpretación 05. Por qué se impone la interpretación del derecho 06. La exposición de Friedrich Müller y la concretización del derecho 07. Los contextos de la interpretación 08. Comprender y reexpresar 09. Significantes y significados 10. Artes autográficas y artes alográficas 11. El texto normativo es alográfico 12. La determinación del contenido normativo 13. Texto y norma (las normas son un resultado de la interpretación) 14. El intérprete produce la norma. 15. El intérprete auténtico 16. Interpretación = aplicación 17. La interpretación auténtica 18. Interpretación de los textos y de los hechos 19. La interpretación de los hechos 20. La hipótesis de Durrell 21. Discurso del derecho/discurso jurídico y la(s) ideología(s) del derecho 22. Contrapunto 23. El texto y los hechos, la norma jurídica y la norma de decisión 24. La interpretación es una prudencia; inviabilidad de la única solución correcta 25. Cánones de interpretación 26. El pensamiento de Esser 27. La comprensión 28. La precomprensión y el círculo hermenéutico (Gadamer). 29. (Sigue) 30. (Sigue) 31. Acontecimientos por ella considerados y que influyen sobre la decisión judicial 32. Las innumerables soluciones correctas 33. La actualización del derecho 34. Las ideologías de interpretación y la actualización del derecho 35. La "voluntad del legislador" 36. Ideologías de interpretación en la experiencia de la Suprema Corte estadounidense 37. El derecho es algo dinámico 38. No se interpreta el derecho en secciones 39. La finalidad del derecho y las normas-objetivo 40. El caso belga 41. Los principios. II. Los principios. 42. Principios jurídicos/principios de derecho y principios generales del derecho 43. ¿Qué principios? 44. El derecho establecido y el derecho supuesto 45. El derecho y los derechos 46. Derecho supuesto y principios 47. La no transcendencia de los principios 48. (Sigue) 49. (Sigue) 50. Importancia de los principios 51. Principio y norma jurídica 52. (Sigue) 53. (Sigue) 54. (Sigue) 55. La crítica de Kelsen 56. Principios: descubrimiento y positivación 57. La diferencia entre principio y regla (Dworkin) 58. Críticas a la exposición de Dworkin 59. La diferencia entre principio y regla (Jean Boulanger y Crisaafulli) 60.

La diferencia entre principio y regla (Zagrebelsky) 61. La diferencia entre principio y regla (Alexy) 62. La diferencia entre principio y regla (Canotilho) 63. La diferencia entre principio y regla (Luis Prieto Sanchís) 64. De nuevo la diferencia entre regla y principio 65. Los llamados "principios" de la proporcionalidad y de la razonabilidad 66. Antinomias 67. Oposición y contradicción entre principios 68. El alejamiento de un principio implica la pérdida de efectividad de la regla que le da concreción 69. La ausencia de reglas sobre la dimensión de peso de los principios 70. Juegos de principios 71. Las reglas son aplicaciones de los principios. III. De nuevo, la interpretación. 72. Importancia de los principios para la interpretación 73. La falsa neutralidad política del intérprete 74. Interpretación y régimen político 75. Negación de la discrecionalidad judicial 76. La subversión del texto 77. La fuerza normativa del derecho.

# Contenidos

- I. La interpretación
  - 01. Introducción.
  - 02. La interpretación hasta los años setenta. Subsunción e interpretación negativa
  - 03. Interpretar/comprender.
  - 04. Situaciones de isomorfismo y situaciones de interpretación.
  - 05. Por qué es necesaria la interpretación del derecho.
  - 06. La exposición de Friedrich Müller y la concretización del derecho.
  - 07. Los contextos de la interpretación.
  - 08. Comprender y reexpresar.
  - 09. Significantes y significados.
  - 10. Artes autográficas y artes alográficas.
  - 11. El texto normativo es alográfico.
  - 12. La determinación del contenido normativo.
  - 13. Texto y norma (las normas son un resultado de la interpretación).
  - 14. El intérprete produce la norma.
  - 15. El intérprete auténtico.
  - 16. Interpretación = aplicación.
  - 17. La interpretación auténtica.
  - 18. Interpretación de los textos y de los hechos.
  - 19. La interpretación de los hechos.
  - 20. La hipótesis de Durrell.
  - 21. Discurso del derecho/discurso jurídico y la(s) ideología(s) del derecho.
  - 22. Contrapunto.
  - 23. El texto y los hechos, la norma jurídica y la norma de decisión.
  - 24. La interpretación es una prudencia. Inviabilidad de la única solución correcta
  - 25. Cánones de interpretación.
  - 26. El pensamiento de Eßer.
  - 27. La comprensión.
  - 28. La precomprensión y el círculo hermenéutico (Gadamer).
  - 29. (Sigue).
  - 30. (Sigue).
  - 31. Circunstancias que la interpretación considera y que influyen en la decisión judicial.
  - 32. Las innumerables soluciones correctas.
  - 33. La actualización del derecho.
  - 34. Las ideologías de la interpretación.
  - 35. La "voluntad del legislador".
  - 36. Ideologías de interpretación en la trayectoria de la Suprema Corte norteamericana.
  - 37. El derecho es algo dinámico.
  - 38. El derecho no se interpreta por partes.
  - 39. La finalidad del derecho y las normas-objetivo.
  - 40. El caso belga.
  - 41. Los principios.
- II. Los principios
  - 42. Principios jurídicos/principios de derecho y principios generales del derecho.
  - 43. ¿Cuáles principios?.
  - 44. El derecho puesto y el derecho presupuesto.

- 45. El derecho y los derechos.
  - 46. Derecho presupuesto y principios.
  - 47. La no transcendencia de los principios.
  - 48. (Sigue).
  - 49. (Sigue).
  - 50. Importancia de los principios.
  - 51. El principio es norma jurídica.
  - 52. (Sigue).
  - 53. (Sigue).
  - 54. (Sigue).
  - 55. La crítica de Kelsen.
  - 56. Principios: descubrimiento y positivación.
  - 57. La diferencia entre principio y regla (Dworkin).
  - 58. Críticas a la exposición de Dworkin.
  - 59. La diferencia entre principio y regla (Jean Boulanger y Crisafulli).
  - 60. La diferencia entre principio y regla (Zagrebelsky).
  - 61. La diferencia entre principio y regla (Alexy).
  - 62. La diferencia entre principio y regla (Canotilho).
  - 63. La diferencia entre principio y regla (Luis Prieto Sanchís).
  - 64. De nuevo, la diferencia entre regla y principio.
  - 65. Los llamados "principios" de la proporcionalidad y de la razonabilidad.
  - 66. Antinomias.
  - 67. Oposición y contradicción entre principios.
  - 68. Dejar de lado un principio implica pérdida de efectividad de la regla que le da concreción.
  - 69. Ausencia de reglas sobre la dimensión de peso de los principios.
  - 70. Juegos de principios.
  - 71. Las reglas son aplicaciones de los principios.
- III. De nuevo la interpretación
    - 72. Importancia de los principios para la interpretación.
    - 73. La falsa neutralidad política del intérprete.
    - 74. Interpretación y régimen político.
    - 75. Negación de la discrecionalidad judicial.
    - 76. La subversión del texto.
    - 77. La fuerza normativa del derecho.

Page 43

# I

## La interpretación

"Una prima mia affermazione concerne un problema anche più generale: oggetto dell'interpretazione non è una 'norma', ma un testo (o un comportamento); è in forza dell'interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi 'passato', 'storico', che si formula la 'norma' (come 'presente' ed anzi proiettata nel 'futuro'). Questa una volta espressa torna necessariamente ad essere 'testo'" . Tullio Ascarelli (1959/ 140)<sup>2</sup>

# 01. Introducción

Desde hace algún tiempo reflexiono sobre la interpretación y los principios. Mario Losano, amigo generoso, fue el responsable de la publicación, en Italia, de un texto en el cual reuní exposiciones que realicé en el curso de posgrado de la Facultad de Derecho de la USP (*La doppia destrutturazione del diritto*, Edizioni Unicopli, Milán, 1996), texto que, traducido al español, fue después publicado también en Barcelona (*La doble desestructuración y la interpretación del derecho*, Editorial M. J. Bosch, Barcelona, 1998).

Sin embargo, la presente no es una versión brasileña de esos libros, sino otro informe (me permito llamarlo así) de una investigación y meditación sobre la interpretación del derecho.

Mi intención, en realidad, era escribir una obra de largo aliento sobre la interpretación del derecho. Sin embargo, las limitaciones del tiempo y la acumulación de la abundante bibliografía no lo permiten. Y tampoco deseo emplear la bibliografía para fingir erudición, pues prefiero utilizarla sólo cuando sea oportuno.

Page 44

Quiero hacer una aclaración al lector: no escribí este libro sólo para repetir que existe una creación normativa judicial, es decir, que los jueces crean derecho.

La teoría ha afirmado, por ejemplo, que existe creación normativa judicial porque: a) las decisiones judiciales, como las de los órganos legislativos, poseen una eficacia general; b) las decisiones de los jueces son normas individuales; c) la decisión judicial supone la creación de una norma general que sirve como justificación a la sentencia y que es producto de la interpretación; d) en determinados casos (por ejemplo, lagunas o antinomias), los jueces, en el proceso de decisión judicial, formulan nuevas normas, no vinculadas a los textos normativos preexistentes (Guastini, 1900/139 ss.).

La afirmación "los jueces crean derecho" está dotada de una enorme ambigüedad, y quienes la pronuncian no dicen en realidad nada relevante. (Carrió 1990/107 ss.).

Lo que sustento en este libro es completamente diferente. Cuando hablo de la "producción" del derecho por el juez, me refiero a ella en un sentido distinto del que se da a la palabra "creación". Lo que deseo afirmar es que el intérprete auténtico<sup>3</sup> "produce" derecho porque necesariamente completa el trabajo del legislador (o del autor del texto, en el caso de los reglamentos y en el caso de los regimientos judiciales).

El intérprete auténtico finaliza el trabajo del autor del texto normativo. Es necesario que termine este trabajo debido al carácter propio de la interpretación, que se expresa en la producción de un nuevo texto sobre aquél primero.

Me permito recordar que esto siempre ha sido así, independientemente de nuestra reflexión sobre la "creación" de derecho de parte del juez. Tiene que ser así. En otras palabras: no se trata de afirmar que las decisiones judiciales poseen eficacia general, ya que son normas individuales y suponen la creación de una norma general que sirve de justificación a la sentencia, o que los jueces formulan normas nuevas no vinculadas con los textos normativos preexistentes. Lo que sostengo es que los jueces "crean" derecho como una consecuencia del proceso de interpretación en sí.

## Page 45

Y tiene que ser así: dado que la interpretación es transformación de una expresión (el texto) en otra (la norma),<sup>4</sup> sostengo que el juez "produce" el derecho.

Quiero subrayar este punto, para que una lectura rápida de mi texto no impida percibir al lector el sentido preciso de la afirmación, repito, que el intérprete auténtico (= el juez) "produce" el derecho (es decir, la norma).

Además, también es conveniente que señalemos que la *norma* no es solamente el *texto normativo* en ella transformado, ya que la norma también es un resultado de la unión entre *el texto y los hechos (la realidad)*.

Esto tiene muchas implicaciones, pero mi intención principal es refutar la concepción tradicional, a la manera de Savigny, para quien la interpretación no es más que la *reconstrucción del pensamiento del legislador*.<sup>5</sup>

En suma: mi punto de partida, en este libro, consiste en la afirmación de que la interpretación del derecho no es una actividad cognoscitiva sino constitutiva, y por lo tanto decisional, aunque no discrecional, como creo poder demostrar. Dicho de otra manera: la interpretación del derecho no sólo abarca la declaración del sentido transmitido por el texto normativo, sino la constitución de la norma a partir del texto y de los hechos, como veremos. Repito: es una actividad constitutiva y no meramente declarativa.

## Page 46

De cualquier manera, deseo señalar lo que Nicos Poulantzas (1965/ 225) ya apuntaba, adelantándose a su tiempo: la importancia de la actividad desempeñada por el juez en términos de objetivación necesaria por la existencia del derecho; de ahí que su papel sea siempre un papel "creador".

Ahora debo aludir a otro punto, al menos de manera introductoria, para distinguir entre la interpretación desarrollada por los jueces (intérpretes auténticos) y los ejercicios de interpretación practicados por los demás practicantes del derecho y por la teoría. Los practicantes del derecho y los juristas no están capacitados para realizar el acto de decisión, que es el punto culminante de la actividad interpretativa del derecho. El único intérprete autorizado por el mismo derecho para definir en cada caso la norma de decisión es el juez. Así, para diferenciarlas, podemos afirmar que la actividad (= conjunto de actos) de interpretación empren-Page 47dida por los demás practicantes del derecho y por los juristas, termina en el momento anterior al de la definición de la norma de decisión, acto privativo del intérprete auténtico.

La exposición que sigue se aleja del positivismo legalista, que supone que el derecho es un sistema cerrado, que contiene todas las soluciones posibles para alcanzar una armonización u organización de los conflictos. Ese positivismo legalista, que Friedrich Müller (2000/41-43) analiza muy agudamente, considera el derecho como un sistema que se realiza como tal por no tener ni admitir excepciones, de acuerdo con la irreal creencia de que lo universal domina, supera y remplaza los particularismos. No obstante, si entendemos que el acatamiento de los principios de la legalidad y del debido procedimiento legal se encuentra en la raíz del positivismo, la exposición que desarollo a continuación tendrá que ser considerada, incluso, como expresión de un positivismo, un positivismo adecuado a los particularismos de la realidad social.

## 02. La interpretación hasta los años setenta

### Subsunción e interpretación negativa

Cossio (1939/100-102) elabora una relación bastante fiel del estado en que permaneció el pensamiento jurídico sobre la interpretación del derecho hasta los años setenta del siglo XX.

Afirma Cossio que Kelsen y Merkl, su discípulo predilecto, explicaron por primera vez la relación lógica que hay entre el momento legislativo y el momento judicial del derecho: el juez no puede crear normas generales, pero crea derecho porque crea normas individualizadas; el juez no legisla ni completa la ley, sino que, dentro del espacio que ella le señala, se autodetermina: he ahí la interpretación. Todo espacio donde existe una dinámica jurídica es de aplicación, en relación con las normas más generales que lo fundamentan, pero es de creación en relación con las normas particulares que fundamenta, y así como el legislador aplica la Constitución cuando legisla, pero dentro de ella crea una norma, el juez cuando juzga aplica la ley, pero creando dentro de ella una norma individualizada. He ahí el fundamento lógico de la interpretación judicial.

Page 48

Cossio, entonces, cita a Capograssi: "aplicar la ley significa para el juez, para el administrador, para el jurista práctico, encontrar y formar la norma particular adecuada al caso particular, y la ley es sólo el criterio dado al juez para regularse mejor al resolver la investigación que suscita el caso particular".

Así, la ley se concibe como orientación que debe seguirse por quien debe tomar esa decisión, o sea, por quien encuentra la forma y la norma particulares.

Entonces, el juez -sigue Cossio-, por una razón ontológica, crea derecho dentro de la ley, pero no puede crearlo fuera de ella más que por delegación, puesto que, en rigor, se transforma en legislador. En ese momento resulta decisiva, para la comprensión de este proceso, la distinción entre normas jurídicas generales e individualizadas que la Escuela de Viena elaboró con una rigurosa fuerza demostrativa: las sentencias, las resoluciones administrativas y los negocios jurídicos se consideran entonces como normas y no como actos, como sostiene la enseñanza tradicional.

Por ello, Cossio (1939/105-106), refiriéndose a la extensión interpretativa, en el caso de las lagunas jurídicas, observa que, al contrario del paleontólogo -que reconstruye toda una osamenta a partir de un solo hueso desenterrado-, el juez encuentra la norma jurídica no formulada por el legislador, puesto que, siendo el derecho una totalidad hermética, la norma se encuentra necesariamente dentro de ella. El juez sólo explica la norma no formulada; no crea la norma general en la cual fundamentará su decisión, porque esa hipótesis implicaría que cada caso fuera juzgado de acuerdo con una norma creada después del hecho y para el hecho, lo que iría en contra de otros presupuestos del orden jurídico.

La importancia de la "nueva hermenéutica" reside en que la razón ontológica mencionada por Cossio, que daría lugar a la interpretación tradicional, desaparece; a partir de entonces es otra la razón ontológica de la "creación" de derecho por el intérprete auténtico.

Por eso aquí refutamos la concepción de la interpretación como mera subsunción.<sup>6</sup> La interpretación del derecho no se reduce a un ejercicio de comprobación de que, en determinada situación de hecho, efectivamente se dan las condiciones de una consecuencia jurídica (un deber ser). En ese mero

ejercicio no existe absolutamente ninguna creación de derecho.

En el De legibus (III, I), decía CÍCERO [s.d./397] que el magistrado es la ley hablante; la ley, el magistrado mudo.

La subsunción implica que de la generalidad de un deber ser, o sea, de sus "implicaciones generales", se extraen las proposiciones concretas de ese deber ser. Llevar a cabo esta operación es aplicar el derecho, y su mecánica se funda en un silogismo: la premisa mayor es el texto normativo, y la premisa menor son los presupuestos de hecho y la consecuencia jurídica (Canosa Usera 1988/9-10).

Recuérdese el clásico trecho de CESARE BECCARIA [1911/28]: "In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme o no alla legge; la conseguenza; la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si appre la porta all'incertezza".

Observa ALBERTO DONATI [2.002/27] que "Alla certezza del diritto si correla, come conseguenza necessaria, la soggezione del giudice al diritto. Se il diritto è dato, il giudice non deve più elaborare la regola compositrice del conflitto intersoggettivo sottoposto alla sua cognizione, ma limitarsi a correlare il fatto al diritto, a sussumere il fatto nel diritto, e, da questa sussunzione, ricevere le conclusioni. Il diritto diviene, così, la premessa maggiore di un sillogismo apodittico, il fatto la premessa minore, la sentenza la conclusione indotta da queste due premesse".

La "nueva hermenéutica" es también incompatible con la llamada "interpretación negativa", que se deriva de la prescripción según la cual el intérprete debe atenerse tan sólo a la interpretación literal o remitirse siempre a la "interpretación auténtica", entendida como la que el legislador hace del texto.<sup>7</sup> Esa "interpretación negativa" ocasiona que se adjudique al legislador el papel de intérprete único, y que ese mismo papel se niegue a los jueces. Sobre este tema, véase, más adelante, el Apéndice II.

Page 50

## 03. Interpretar/comprender

Las exposiciones tradicionales sobre la interpretación del derecho generalmente se inician con una alusión a la *comprensión*.

Haciendo referencia a la interpretación en general, se afirma entonces que, a pesar de que el verbo denota distintos significados, *interpretar* es, esencialmente, *comprender*.

Así, en un *sentido amplio*, decimos que *interpretar* es *comprender*. Al encontrarnos frente a determinado signo lingüístico, le atribuimos un significado específico que percibimos en el momento, y que define la connotación que el signo expresa, de acuerdo con las reglas de sentido del lenguaje del cual dicho signo forma parte. De esta forma practicamos un ejercicio de *comprensión* de ese signo (procuramos entenderlo). *Interpretar*, así, en un sentido amplio, es *comprender* signos lingüísticos.

Sin embargo, en *sentido estricto*, el verbo interpretar asume una connotación distinta. En cualquier acto de comunicación se pueden presentar alguna de las situaciones siguientes: 1) las palabras y expresiones del lenguaje en él empleadas son suficientemente claras, y entonces se produce una situación de *isomorfismo* (Wróblewski 1985/23); 2) no existe esa claridad y se presentan dudas en relación con el sentido preciso de las palabras y expresiones empleadas.

En esta segunda situación es necesaria, como antecedente indispensable a la plenitud de la *comprensión*, la determinación precisa del sentido de las palabras y expresiones empleadas. De esta manera, aquí la *interpretación* (*en sentido estricto*) -ejercicio complejo, distinto de la rápida deducción de un significado específico- antecede, en la medida en que la hace posible, la plenitud de la *comprensión*. Interpretamos, *en sentido estricto*, para comprender; *comprender es interpretar en sentido amplio*.

## 04. Situaciones de isomorfismo y situaciones de interpretación

Cuando empleamos el lenguaje jurídico, raras veces nos encontramos ante situaciones de isomorfismo. En regla, en ese momento afloran *situaciones de interpretación*. La ambigüedad y la imprecisión de las palabras y expresiones del lenguaje jurídico se encaminan, inexorablemente, al surgimiento de situaciones de *interpretación en sentido estricto*.<sup>8</sup>

Además, siempre, aun cuando se trate de situaciones de isomorfismo, el ejercicio de determinación del sentido de las palabras y expresiones se impone. Nótese que incluso palabras y expresiones unívocas en el lenguaje usual asumen -o deberían asumir- en el lenguaje jurídico sentidos más precisos de los que se les atribuye en un primer nivel (Larenz 1983/83). Es por ello que debe tomarse con reservas la afirmación de *in claris cessat interpretatio*, pues a ella se oponen las máximas de Ulpiano: *Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio* (*Digesto*, lib. 25, tit. 4, frag. 1, párrafo 11) y de Celso: *Scire legis non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (*Digesto*, lib. 1, tit. 3, frag. 17).

En este punto, además, es preciso observar que la claridad de una ley no es una premisa, sino el resultado de una interpretación, en la medida en que sólo se puede afirmar que la ley es clara después de que ha sido interpretada. Es algo clarísimo, aunque pocos lo entienden.

Afirma Frosini (1991/98): "El aforismo latino (*in claris non fit interpretatio*), en su significado original, tenía una función específica: la de hacer prevalecer la voluntad del legislador sobre la del exégeta. Pero en su uso habitual empezó a adquirir el sentido irreflexivo y engañoso de que es posible prescindir de la interpretación del mensaje legislativo cuando éste es claro por sí mismo. Recordemos que la claridad de una ley, que nunca está aislada del contexto del ordenamiento jurídico al que pertenece y gracias al que se vuelve operante, no es una premisa sino el resultado de la interpretación, que la reconoce y afirma como tal: como claridad y certeza". Véase Tarello (1980/33-35).

Además, tanto la *situación de duda* (*situación de interpretación*) como la *situación de isomorfismo* dependen de actos concretos de comunicación, y no pueden ser consideradas *in abstracto*: el mismo texto es claro o dudoso según los contextos específicos en que se utiliza. De esta manera, la claridad (isomorfismo), es una noción pragmática, relacionada Page 52 con algunas características semánticas del lenguaje jurídico (Wróblewski 1985/24). El texto claro se vuelve oscuro por la tensión entre los intereses que se encuentran alrededor de él; la lucha por la producción de sentido del texto se lleva a cabo alrededor de esa tensión.

## 05. Por qué es necesaria la interpretación del

# derecho

Practicamos la interpretación del derecho no sólo porque el lenguaje jurídico es ambiguo e impreciso, sino porque, como veremos más adelante, la interpretación y la aplicación del derecho son una sola operación, así que interpretamos para aplicar el derecho y, al hacerlo, no nos limitamos a interpretar (= comprender) los textos normativos, sino que también comprendemos (= interpretamos) los hechos.

El intérprete auténtico realiza la interpretación de los textos normativos y, concomitantemente, de los hechos, de tal forma que el modo en que se presentan los acontecimientos que componen el caso también pesará de manera decisiva en la producción de la(s) norma(s) aplicable(s) al mismo.

Pero hay más, ya que -lo repito- la interpretación del derecho es constitutiva y no simplemente declarativa. En otras palabras, no se limita a una mera comprensión de los textos y de los hechos, sino que va mucho más allá: dado que se trata de una interpretación/aplicación, parte de la comprensión de los textos normativos y de los hechos, pasando por la producción de las normas que deben ponderarse para la solución del caso, y termina con la elección de una solución específica para el mismo, consignada en la norma de decisión.

Entonces debemos distinguir cuáles son las normas jurídicas producidas por el intérprete auténtico a partir de los textos y de los hechos, de la norma de decisión del caso, manifiesta en la sentencia judicial.

Page 53

## 06. La exposición de Friedrich Müller y la concretización del derecho

En este punto resulta muy pertinente la exposición de Friedrich Müller (2000/61-62): "Las normas jurídicas no dependen del caso, sino que se refieren a él, y no es un problema prioritario si se trata de un caso efectivamente por resolver o de un caso ficticio. Una norma<sup>9</sup> carece de interpretación no solo porque y en la medida en que no es 'unívoca', 'evidente', 'no tenga claridad', sino sobre todo porque tiene que ser aplicada a un caso (real o ficticio). Una norma, en el sentido de la metodología tradicional (es decir, de acuerdo con el tenor literal de una norma), puede parecer 'clara' o incluso 'unívoca' en el papel. Pero en el siguiente caso práctico al que deba aplicarse puede parecer totalmente 'poco clara'. Esto se hace evidente sólo cuando se intenta concretarla de manera efectiva. En la norma no se 'aplica' algo listo y terminado a un conjunto de hechos igualmente considerado como algo concluido. El positivismo legalista alegó y sigue alegando esto. Pero 'la' norma jurídica no está lista ni tampoco está concluida 'de manera sustancial'".

El texto normativo -dice Müller (1993/169)- no contiene directamente la *norma*. La *norma* es construida por el intérprete en el transcurso del proceso de *concretización* del derecho (el precepto jurídico es una materia jurídica que necesita ser "trabajada").

Inicialmente avanzamos desde el *texto de la norma* hasta la *norma jurídica*. Luego avanzamos de la *norma jurídica* hasta la *norma de decisión*, la que determina la solución del caso. Sólo en ese momento se realiza la *concretización de la norma*, mediante la *producción de una norma jurídica*

*general*, en el marco de la solución de un caso determinado.

La *concretización* del derecho no es un mero descubrimiento (*Rechtsfindung*) del derecho, sino la producción de una *norma jurídica general* en el contexto de la solución de un caso específico (Müller 1993/ 168-169).

Page 54

De esta manera, la *concretización* implica también el análisis del *ámbito de la norma*, es decir, el aspecto de la realidad al que se refiere el texto. Dicho de otro modo: la norma es creada, en el transcurso del proceso de *concretización*, no sólo a partir de los elementos del texto, sino también con base en los datos de la realidad a la cual esa misma norma debe ser aplicada.<sup>10</sup>

Desde el momento de la elaboración del texto hasta el instante de su aplicación, la norma es algo que se determina histórica y socialmente. Así, cuando el jurista reflexiona sobre los elementos y situaciones del *mundo de la vida* a los que se aplica determinada norma, no se refiere a un tema *metajurídico*. La norma es creada por la historia, la cultura y las demás características de la sociedad en su ámbito de aplicación.

El texto normativo, afirma Müller, es una fracción de la norma, la parte absorbida por el lenguaje jurídico; sin embargo, no es la norma, pues la norma jurídica no se reduce al lenguaje jurídico. La norma reúne todos los elementos que componen el ámbito normativo (= elementos y situaciones del mundo de la vida sobre los cuales recae determinada norma).

Sobre este aspecto, citemos las siguientes observaciones de Jean D'Heur (1998/149): "Le texte de norme n'a que valeur de signe, il ne contient pas des concepts juridiques réifiés, mais bien seulement des données linguistiques que doivent être étudiées en fonction, à chaque fois, du type d'usage qui en est fait".

Además, los textos normativos se formulan tomando en cuenta una condición específica de la realidad social (que pretende reforzar o modificar); *dicha condición de la realidad social generalmente no aparece en el texto de la norma*.<sup>11</sup>

Page 55

El texto es abstracto y general (es decir, no hace referencia a los motivos y al contexto real). Pero el aspecto de la realidad a la que se refiere la norma constituye conjuntamente su sentido (sentido que no puede, a partir de ese momento, buscarse separado de la realidad que debe ser reglamentada). La realidad y el texto son, en la misma medida, parte de la norma; en ésta se encuentran innumerables elementos del *mundo de la vida*.

El ordenamiento jurídico se encuentra formado y conformado por la realidad. Por ello, algunas oposiciones que se manifiestan en el texto normativo (libertad y restricción, individualismo y colectivismo, relevancia e irrelevancia, v. g.) deben ser comprendidas no como muestras de antagonismo o contradicción, sino como partes de una polaridad estructural, puesto que la existencia simultánea de esas oposiciones es algo inherente al mundo de la vida, y todas se encuentran estrechamente ligadas entre sí.

La *concretización* implica el paso del *texto de la norma* a la *norma concreta* (la *norma jurídica*), que no es aún, sin embargo, el destino final; la *concretización* no se realiza hasta el paso siguiente, cuando se descubre la *norma de decisión*, capaz de resolver el conflicto esencial del caso concreto. Por eso,

algunos autores afirman que interpretación y concretización son diferentes, a lo que yo respondo lo siguiente: hoy en día no existe interpretación del derecho sin concretización, dado que ésta es la etapa definitiva de aquélla.

Sobre la "Teoría Jurídica Estructurante" y concretización véase, en Müller, la exposición de Neves (2001/360-362).

## 07. Los contextos de la interpretación

La *interpretación en sentido estricto* se desarrolla fundamentalmente en tres contextos distintos (Wróblewski 1985/38 ss.).

Page 56

En el primero de ellos -el *contexto lingüístico*- las situaciones de duda se producen porque el lenguaje jurídico presenta ambigüedades y zonas de penumbra, y puede resultar vago e impreciso, como consecuencia de que su origen es el lenguaje natural.

En el segundo -el *contexto sistemático*- las dudas que hacen necesaria la interpretación se manifiestan cuando el significado *prima facie* de una norma resulta inconsistente o incoherente en presencia de otra u otras normas del sistema jurídico del cual aquélla forma parte. La *interpretación en sentido estricto* se impone entonces: a) sea porque las normas de un sistema jurídico se relacionan sustantiva y formalmente; b) no sólo porque haya una jerarquía entre ellas, sino también porque asumen formas y modalidades diversas (normas generales y normas especiales; normas primarias y normas secundarias; normas de conducta, normas de organización y normas-objetivo -y, en especial, principios y reglas-); o incluso, c) porque no se presume una contradicción entre ellas (consistencia del sistema) y, además, d) la armonía entre ellas se presupone (coherencia del sistema) (Wróblewski 1985/38 y 43-45).

En el tercero -el *contexto funcional*- las situaciones de duda consisten, básicamente, en la coexistencia *prima facie* de múltiples funciones, conflictivas y hasta excluyentes entre sí, atribuibles a una misma norma.

## 08. Comprender y reexpresar

El vocablo "interpretación" transmite por lo menos dos sentidos: i) la actividad de interpretar; ii) el producto que es resultado de la actividad de interpretar. En este segundo sentido, la "interpretación" es la norma, o sea, el significado que se atribuye (como resultado de la actividad de interpretación) a los documentos de las leyes y de los otros actos normativos (Tarello 1980/102).

De ahí que *interpretar*, incluso en el momento de la interpretación del texto normativo, no es sólo *comprender*.

Page 57

La interpretación es una relación entre dos expresiones; la primera (que tiene una *significación*), la expresión original, es el *objeto de la interpretación*; la segunda, designada propiamente como "*la interpretación*", cumple, en relación con la otra, la función de *interpretante* (Ortigues 1987/219). La interpretación aporta a la primera expresión (*objeto de la interpretación*) una *nueva forma de*

expresión, que no es necesariamente verbal -como ocurre en el caso de las artes alográficas (música y teatro); así, interpretar es *comprender + reformular o reexpresar algo bajo una nueva forma*.

Por otra parte, la interpretación de cualquier lenguaje verbal o notacional consiste en *mostrar algo*: la interpretación "va de lo abstracto a lo concreto, de la fórmula a la respectiva aplicación, a su 'ilustración' o a su inserción en la vida" (Ortigues 1987/220). En la interpretación de los actos, al contrario, se va de lo concreto a lo abstracto, de la experiencia al lenguaje.

La interpretación, así, consustancia una operación de *mediación* que consiste en transformar una expresión en otra con el fin de hacer más comprensible el objeto al que se aplica el lenguaje.

## 09. Significantes y significados

Si concibiéramos la interpretación del derecho como una operación de carácter lingüístico, deberíamos describirla como un proceso intelectivo a través del cual, partiendo de *fórmulas lingüísticas* contenidas en los actos normativos, alcanzamos la determinación de su *contenido normativo*: vamos de los *significantes* (los enunciados) a los *significados* (Zagrebelsky 1990/68).

Lo que pretendo sustentar es el carácter *alográfico* de la interpretación del derecho.

Page 58

## 10. Artes autográficas y artes alográficas

Podemos distinguir dos tipos de expresión artística: las artes *alográficas* y las artes *autográficas*. En las artes *alográficas* (música y teatro), la obra sólo requiere, para existir, la intervención de dos personajes: el autor y el intérprete. En las artes autográficas (pintura y ficción literaria) el autor es el único elemento necesario para la realización de la obra (Ortigues 1987/221).

En ambas artes (*alográficas* y *autográficas*), de maneras distintas, se lleva a cabo una *interpretación*.

La interpretación de la pintura y de la ficción literaria implica una *comprensión* (la obra que es *objeto de la interpretación* se completa sólo por su autor; la *comprensión* se relaciona con la *contemplación estética*, independientemente de la mediación de un *intérprete*).

La interpretación musical y teatral implica *comprensión + reproducción* (para que la obra, *objeto de la interpretación*, pueda ser *comprendida* desde el punto de vista de la *contemplación estética*, es necesaria la existencia de un *intérprete*; el *primer intérprete* comprende y reproduce y el *segundo intérprete* comprende a través de la comprensión/reproducción del *primer intérprete*, aunque en esa "*segunda*" comprensión se manifieste, también, la construcción de una *nueva forma de expresión*.)

Roman Ingarden (*apud* Kalinowski 1982/109 ss.) hacía una distinción entre la producción de una obra de arte y la de una obra estética. El artista produce la primera; el intérprete, la segunda. La segunda se basa en la primera. Pero puede suceder que la interpretación infiel sea estéticamente superior a la interpretación fiel, lo que resulta muy evidente en el campo del teatro.

Carlos Maximiliano (1957/83) afirma: "Existe, entre el legislador y el juez, la misma relación que entre el dramaturgo y el actor. Éste debe prestar atención a las palabras de la obra e inspirarse en su

contenido; sin embargo, si es un verdadero artista, no se limita a realizar una reproducción pálida y servil: le da vida al papel, encarna de manera especial al personaje, le imprime un rasgo personal a la representación, le presta a las escenas un cierto colorido, varia-Page 59ciones de matiz casi imperceptibles; y consigue que los espectadores se den cuenta, maravillados, de bellezas inesperadas, imprevistas. Lo mismo sucede con el magistrado: no aplica de manera insensible y fría las disposiciones, sino que actúa como si fuera un órgano de perfeccionamiento de ellas, un intermediario entre la letra muerta de los códigos y la vida real, capaz de plasmar, con la materia prima de la ley, una obra de elegancia moral que sea útil a la sociedad. No debe ser considerado como un autómata, sino como un árbitro de la adaptación de los textos a los *casos específicos que se presenten*, un mediador entre el derecho individual y el social".

## 11. El texto normativo es alográfico

El texto, precepto o enunciado normativo es *alográfico*. No se completa sólo mediante el sentido impreso en él por el legislador. La "completud" del texto solamente se realiza cuando *el sentido que expresa* es producido, como una *nueva forma de expresión*, por el intérprete.

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

Al referirnos al "texto" estamos incluyendo no sólo los textos escritos, sino también los textos de los principios implícitos del derecho, no escritos, rescatados en el *derecho presupuesto*.

Eso significa que el *texto* normativo, buscando la solución de conflictos (es decir, llegar a una decisión *normativamente fundada* para los problemas prácticos, en razón de lo que consustancia el *deber-ser* [*sollen* y no *sein*], y no la *contemplación estética*), exige un *intérprete* ("primer intérprete") que *comprenda y reproduzca*, no para que un *segundo intérprete* pueda *comprender*, sino para que determinado conflicto pueda resolverse.

Debe notarse que, contrariamente a la interpretación científica y filosófica, la interpretación jurídica es una interpretación práctica (Kalinowski 1982/112 y 118).

Page 60

La interpretación del derecho realiza la mediación entre el carácter general del texto normativo y su aplicación particular: es decir, lleva a cabo su inserción en la vida.

## 12. La determinación del contenido normativo

La interpretación, así, es un proceso intelectivo a través del cual, a partir de fórmulas lingüísticas contenidas en los *textos, enunciados, preceptos y disposiciones*, se llega a determinar un contenido normativo. Esta actividad está encaminada al discernimiento de enunciados semánticos transmitidos por *preceptos* (*enunciados, disposiciones, textos*). El intérprete separa a la norma de su envoltura (el texto); en ese sentido, el intérprete "*produce la norma*".

La interpretación es una actividad que *se presta* a transformar *disposiciones* (*textos, enunciados*) en *normas*. La interpretación es un medio de expresión de los *contenidos normativos* de las *disposiciones*, medio a través del cual el intérprete revela las *normas* contenidas en las *disposiciones*.

Interpretar es atribuir un significado a uno o varios símbolos lingüísticos escritos en un *enunciado normativo*. El *producto* del acto de interpretar, por lo tanto, es el *significado* atribuido al *enunciado* o *texto* (*precepto, disposición*). (Canotilho 1991/208).

La síntesis de Tarello lo explica:

La interpretación es la actividad "con cui un operatore qualchesia attribuische significati a documenti che esprimono norme, al fine appunto di racavare la norma espressa dal documento" (1980/61); la norma significa "semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base de indizi formali esprima una qualche direttiva d'azione" (1980/64);

"Nelle organizzazioni giuridiche moderne, le norme sono i significati che si attriiscono ai documenti delle leggi e degl altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione" (1980/102).

Page 61

## 13. Texto y norma (las normas son un resultado de la interpretación)

"L'oggetto dell'interpretazione giuridica è perciò constituito da enunciati: gli enunciati normativi" (Tarello 1980/107)

En este punto de mi exposición aparecen, claramente diferenciados, el *texto* (*enunciado, disposición*) y la *norma*. *Texto* y *norma* no son iguales: el *texto* es el *signo lingüístico*; la *norma* es lo que se *revela*, lo que se *designa* (Canotilho 1991/225).

Sobre la distinción entre *texto* y *norma*, véase Guastini, 1993/18 y 325 y 1995/93-96; MacCormick, 1989/120-122 y Müller (2000/22). François Gény (1919/44), de manera muy significativa, menciona normas jurídicas extraídas de la ley, lo que supone establecer una distinción entre *texto* y *norma*. Para una crítica respecto a esa distinción, véase Italia, 2000/3-9.

Basados en lo anterior, podemos sustentar, siguiendo a Zagrebelsky (1990/68-69), que el *acto normativo*, como punto de expresión final de un poder normativo, se concretizan en una *disposición* (*texto* o *enunciado*). Las *disposiciones* tienen un significado que se les atribuye por los que trabajan dentro del procedimiento normativo, un significado que quisieron *imprimir* en ellas. Las *disposiciones* deben *expresar* un significado para aquellos a quienes van dirigidas. De ahí la necesidad de distinguir muy bien entre los significados *prefijados* en las *disposiciones* (*enunciados, textos*) por quienes las elaboran, y los significados *expresados* por las *normas* (significados que sólo se revelan mediante la interpretación, en la medida en que las *disposiciones* se transforman en *normas*).

De esta manera, la interpretación es un medio de expresión de los *contenidos normativos* de las *disposiciones*, un medio a través del cual buscamos las *normas* contenidas en las *disposiciones*. Por ello, podemos afirmar que la *interpretación* es una actividad *que se presta a transformar disposiciones (textos, enunciados) en normas*.

Page 62

Observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2001/621) que "... la interpretación especifica el contenido de la norma. Alguien dijo, en una frase admirable, que lo que se aplica no es la norma, sino la interpretación que se hace de ella. Tal vez se podría decir: lo que se aplica es, en efecto, la propia norma, porque su contenido es, pura y simplemente, lo que resulta de su interpretación. Por lo demás, ya Kelsen señalaba que la norma es un 'marco'. En realidad, en última instancia, quien le otorga su contenido específico en cada caso es el intérprete".

Por lo tanto, las *normas* son un resultado de la interpretación. Y un ordenamiento histórico-concreto es *un conjunto de interpretaciones*, es decir, un *conjunto de normas*. El conjunto de las *disposiciones* (*textos, enunciados*) es solamente un *ordenamiento en potencia*, un *conjunto de posibilidades de interpretación*, un *conjunto de normas potenciales*. El *significado* (es decir, la *norma*) es el resultado de la labor interpretativa. En otras palabras: el *significado de la norma es producido por el intérprete*.

Observa Michel Troper (1978/298): "Ce n'est donc pas la norme qui a une signification, car elle est elle-même cette signification, mais seulement la proposition ou le texte qui l'exprime. Ce donc lui qui est interprété, et déterminer son sens, c'est donc déterminer par un acte de volonté la norme qu'il contient. C'est, en définitive, insérer une norme dans un texte. Il en résulte une conséquence capitale: la norme constitutionnelle est créée par l'autorité qui l'applique, au moment où elle l'applique et par le moyen de l'interprétation".

Sobre la llamada "teoría realista de la interpretación", véanse las exposiciones de Otto Pfersmann (2000/279 ss.) y Michel Troper (2002/335 ss.).

Las *disposiciones*, los *enunciados*, los *textos* no dicen nada; solamente llegan a decir algo cuando se convierten efectivamente en *normas* (es decir, cuando -a través de y mediante la *interpretación*- son transformados en *normas*). Por eso las *normas son un resultado de la interpretación*, y podemos decir que, *como meras disposiciones*, no dicen nada - pues dicen lo que los intérpretes dicen que ellas dicen (Ruiz y Cárcova 1991/320).

Page 63

## 14. El intérprete produce la norma

A pesar de lo dicho, es necesario señalar que esto no significa que el intérprete, literalmente, *cree* la norma. Dicho de otro modo: el intérprete no es un creador *ex nihilo*; *produce* la norma, sí, pero no en el sentido de fabricarla, sino de *reproducirla*.

El producto de la interpretación es la norma expresada como tal. Sin embargo, la *norma* preexiste en parte, potencialmente, en la envoltura del texto, la envoltura del *enunciado*.

Vittorio Frosini (1991/12) sostiene que la interpretación jurídica no es la aplicación mecánica de un mandato, sino una actividad creadora en el sentido propio del término. Y, más adelante (1991/ 110), aclara: "la interpretación no es solamente la transformación de un texto escrito en otro, que se conserva en un nivel meramente discursivo; el juez extrae el mensaje legislativo de un contexto, lo agrupa con otros, en un nuevo contexto, remodelando el mensaje en una nueva modalidad expresiva".

Según Müller (1996/168 y 177), los textos normativos no poseen significados inherentes, ni sentidos previamente definidos, sino que se limitan a establecer un marco definido de las posibilidades legales y legítimas de la correcta concretización del derecho. La construcción de la norma de decisión (*id est*,

la decisión) se produce dentro de ese marco, pero se desprende de la realidad, porque es ella la que confiere sentido al texto interpretado.

En otras palabras, la *norma* se encuentra (parcialmente) *en estado de potencia*, comprendida dentro del *enunciado* (*texto o disposición*); el intérprete la desnuda. En este sentido -es decir, en el sentido de separación de la *norma* de su envoltorio, o sea, para hacerla surgir del *texto*, del *enunciado*-, afirmo que el intérprete "*produce la norma*". El intérprete comprende el sentido original del texto y lo mantiene (lo debe mantener) como referencia de su interpretación (Gadamer 1991/381).

Al referirse a la norma creada por el juez en caso de existir una laguna en la ley, Cossio observa (1939/106) que el juez únicamente hace explícita la norma no formulada; no crea la norma general en la cual fundamentará su decisión, porque esa posibilidad implicaría que el caso fuera juzgado según una norma creada después del hecho y para el hecho, lo que iría en contra de otros presupuestos de tipo jurídico.

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 ellos solamente desbastaron el mármol para que ellas brotaran, escondidas como estaban en su interior.

Además de sustentar el carácter *alográfico* de la interpretación del derecho, me interesa señalar que diferentes intérpretes -así como diferentes escultores "producen" distintas Venus de Milo-, "producen", a partir del mismo *texto*, *enunciado* o *precepto*, distintas *normas jurídicas*. Parafraseando a Kelsen (1979/467), afirmo que *decir que una de esas Venus de Milo está basada en la obra griega no significa nada 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*.

Anteriormente afirmé que la norma *preexiste parcialmente*, en potencia, en la envoltura del texto, que es la envoltura del *enunciado*. Debo Page 65 ahora explicar por qué la *norma* preexiste sólo parcialmente en la envoltura del *texto*.

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).

Por eso la *norma* se encuentra, en potencia, sólo parcialmente contenida en la envoltura del *texto*. Así, la metáfora de los escultores que producen una Venus de Milo, como cualquier metáfora, no debe ser entendida en términos absolutos.

Sobre la "creación" del derecho por el intérprete, observa Mauro Cappelletti (1993/21-22): "Es obvio que toda reproducción y ejecución varía profundamente, entre otros factores, por la capacidad del intelecto y el estado anímico del intérprete. ¿Quién se atrevería a comparar la ejecución musical de Arthur Rubinstein con la de nuestro ruidoso vecino? ¿Y quién podría confundir las interpretaciones geniales de Rubinstein con las también geniales, aunque muy diferentes, de Cortot, Giesecking o Horowitz? Por más que el intérprete se esfuerce por permanecer fiel a su "texto", siempre se verá, por así decirlo, *forzado a ser libre*, porque no hay texto musical, político ni legislativo que no deje un espacio para variaciones y matices, es decir, para la creatividad interpretativa. Basta considerar que las palabras, como las notas musicales, sólo representan símbolos convencionales, cuyo significado se encuentra inevitablemente sujeto a cambios y abierto a dudas e incertidumbres".

## 15. El intérprete auténtico

En este momento, sin embargo, es conveniente que dejemos completamente claro que, así como sólo un auténtico escultor podrá trabajar adecuadamente el mármol, distinguiendo sus vetas y las proporciones de la obra, el intérprete dotado de suficiente poder para crear las normas es el "*intérprete auténtico*", en el sentido que Kelsen (1979/469 ss.) le da a esa expresión.

Page 66

Aquí se plantea un problema grave, ya que la *norma* es una manifestación de *poder*. Quien produce una *norma* ejerce un acto de poder. Y también es cierto que el intérprete auténtico no es el único que interpreta: lo hacen también los abogados, los juristas, el administrador público y los ciudadanos, hasta el momento anterior al de la definición de la norma de decisión. Así pues, si las normas nacen de la interpretación, también esos intérpretes, no *auténticos*, *producen normas*.

El hombre hambriento que, sin tener dinero, al pasar por un puesto de frutas <sup>12</sup> no se roba una manzana, interpreta un texto de derecho -que prohíbe el robo-, *produciendo una norma*. Porque la interpretación del derecho consiste en *concretar la ley* en cada caso, es decir, en su *aplicación* (Gadamer 1991/401). El hombre hambriento, así, al interpretar la ley desde su caso concreto, la *aplica*.

No obstante, sólo el intérprete auténtico crea derecho, en el sentido de definir normas de decisión.

Sobre el intérprete auténtico, véase el debate entre Otto Pfersmann (2002/279 ss.) y Michel Troper (2002/335 ss.).

## 16. Interpretación = aplicación

*Interpretación* y *aplicación* no se realizan autónomamente. El intérprete disierne el sentido del texto a partir y en virtud de un caso dado específico (Gadamer 1991/397); la interpretación del derecho consiste en *concretar la ley* en cada caso, es decir, en su *aplicación* (Gadamer 1991/401). Así, existe una ecuación entre interpretación y aplicación: no estamos ante dos momentos distintos, sino frente a una sola operación (Marí 1991/236). Interpretación y aplicación consustancian un proceso unitario (Gadamer 1991/381), se superponen.

Reflexionando sobre la justicia de la decisión del juez, Jacques Derrida (1994/50-52) afirma que tal

decisión no será justa más que cuando se sustente en un "*jugement à nouveaux frais*" ("fresh judgment", en palabras de Stanley Fish). Aunque esa decisión debaPage 67 tomarse de acuerdo con una ley preexistente, su interpretación es "*ré-instaurative*", "*ré-inventive*". Y esto es así porque cada caso es otro caso, cada decisión es diferente y requiere de una interpretación absolutamente única, que ninguna regla existente y codificada puede ni debe garantizar de modo absoluto.

Tullio Ascarelli (1959/145) afirmaba que lo equívoco del texto se supera solamente en el momento de la aplicación de la norma, "norma che torna a sua volta poi ad essere 'testo' per applicazioni successive". Y continúa el maestro: "La norma non è 'racchiusa' nel testo sì da poter essere ivi discoperta e l'interpretazione non è 'lo specchio' di quanto racchiuso nel testo; il testo è se mai un seme per quella sempre rinnovata e transitoria formulazione della norma che per ogni applicazione compie l'interprete".

Hesse (1.988/62), hablando de la interpretación constitucional, señala que la "concretización" y la "comprensión" sólo son posibles frente a un *problema concreto*; "no existe una interpretación de la Constitución independientemente de los problemas concretos".

En lo que respecta al control de la constitucionalidad, quisiera señalar que, en el control difuso, el juez examina la inconstitucionalidad de la norma (es decir, reflexiona en el texto + los hechos). El Supremo Tribunal Federal (STF), en la acción directa de inconstitucionalidad, declara la inconstitucionalidad del *texto*, de algún artículo de la ley o de alguna medida provisional. Él solamente *interpreta*, es decir, no *aplica* el derecho. El juez que realiza el control difuso, en cambio, *interpreta y aplica* el derecho; por eso decide en el ámbito de la *norma*, no del *texto*. No obstante, el STF podrá decidir que el texto es compatible con la Constitución si fuera interpretado de un modo específico, o si no lo es -es decir, será *inconstitucional*-, en caso de interpretarse de otra manera (de ahí la "interpretación conforme a la Constitución", que supone otra interpretación, "no conforme a la Constitución").

La interpretación (aplicación) del texto de la ley, en el caso del hombre hambriento que pasa por un puesto de frutas, aunque no apunta a la decisión de un conflicto -como la que procedería de un intérprete auténtico-, introduce un conflicto (si la norma no se cumple) o impide el conflicto (si la norma se observa). Es decir: dicha decisión, como la interpretación llevada a cabo por el abogado, por el jurista, por el administrador Page 68 público, no vincula a terceros: se lleva a cabo en el *discurso jurídico* - sólo el intérprete auténtico pronuncia el *discurso del derecho*.<sup>13</sup>

Eventualmente podría afirmarse, con Guastini (2000/10), que interpretación y aplicación son actividades ejercidas sobre objetos diferentes. El objeto de la interpretación son textos normativos, mientras que la aplicación tiene como objeto las normas (entendidas como el contenido significativo de los textos normativos). Así, la aplicación no coincide con la interpretación porque la presupone o la incluye como una parte constitutiva. Y es precisamente esa circunstancia la que determina que ambas, interpretación y aplicación, cuando son practicadas por un intérprete auténtico (lo que implica la concreción de la ley en ambos casos), consustancien un proceso unitario.

La separación entre *interpretación* y *aplicación* resulta de la concepción de la primera como una mera operación de subsunción. En el silogismo subsuntivo,<sup>14</sup> la premisa mayor es el texto normativo; en la menor, los presupuestos de hecho y la consecuencia jurídica (Canosa Usera 1988/9-10). La premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley (Beccaria 1911/28).

De ahí la distinción entre interpretación *in abstracto* y la interpretación *in concreto*. La primera se refiere al texto, a la premisa mayor en el silogismo; la segunda, a la conducta, a los hechos. Esta última es considerada como *aplicación*; la primera, como *interpretación*. Esto queda muy claro si

consideramos lo dispuesto en el artículo 12 de la ley francesa de 16-24 de agosto de 1790 (*vide el Apéndice II*): "Ils (los jueces) ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en rendre une nouvelle". Aquí se trata de la interdicción, a los jueces, de determinación de la premisa mayor, una atribución que correspondería a quien hizo la ley, al legislador. De ahí la creación del Tribunal de Casación, materia alrededor de la cual se manifestó, en dos ocasiones, Robespierre (1952/571-572).<sup>15</sup> En la segunda de ellas, el 9 de noviembre de 1790, observó:

Page 69

"Ce n'est point un tribunal que vous avez à créer, c'est une cour de cassation. Quel est l'objet de l'institution de cette cour? Voilà la première, et peut-être la seule question que vous ayez à résoudre; car c'est l'objet de toutes les institutions sociales, qui dirige les législateurs dans leur formation; les fonctions de ce tribunal sont de n'opérer que pour l'intérêt de tous, et d'empêcher la violation de la loi, plutôt que d'en faire l'application; lorsque les parties ont épuisé tous les degrés de juridiction que leur a donnés la loi, leur intérêt s'arrête là, et c'est moins les individus que la loi, que le tribunal de cassation va commencer à défendre. Ce n'est qu'en vous pénétrant de ces principes, que vous parviendrez à un juste résultat dans cette matière; ici je me fais une seconde question: quel est le genre de pouvoir auquel le tribunal de cassation doit tenir? Ce n'est pas au pouvoir judiciaire, car casser un jugement, ce n'est pas juger les droits des parties; ce n'est pas non plus au pouvoir exécutif, car dire que la loi a été violée, ce n'est pas la faire exécuter; et d'ailleurs, si le droit de cassation pouvoit être confié au pouvoir exécutif, qui est souvent intéressé à violer la loi, ou en tolérer l'infraction, la loi, loin d'être protégée, seroit étouffée par le despotisme: le tribunal de cassation, s'il dérivoit du pouvoir exécutif, auroit un moyen légal d'anéantir l'autorité législative, dont les décrets pourroient n'être que de vaines formules abandonnées à la volonté des agents du Roi. Ce tribunal sera-t-il donc une dépendance, une partie nécessaire du droit de faire les loix? Oui, sans doute, car ce ne peut être qu'à celui qui fait la loi, qu'il convient de dire que la loi a été mal entendue ou enfreinte. Je ne connois pas en effet de troisième puissance, et si les représentans de la nation n'avoient pas dans leurs mains la surveillance de leurs propres opérations; je le répète, ces opérations seroient ouvertement éludées, violées avec l'espoir de l'impunité. La cour de cassation est donc le complément de l'assemblée législative, et ni le Roi, ni les agents de son pouvoir, ne peuvent avoir plus de part à sa formation, qu'ils n'en ont à celle de l'assemblée nationale.

Votre comité vous propose de faire choisir par le peuple quatrevingt-trois sujets. Sur ce nombre, le corps législatif en prendra quarante; et enfin, sur la présentation de ce dernier nombre, le Roi nommera trente juges. Voilà donc, en dernière analyse, Page 70 le pouvoir exécutif disposant à son gré des membres composant le tribunal de cassation. Non, Messieurs, je ne pense pas que vous vouliez adopter un ordre d'élection, aussi évidemment contraire à tous vos principes, et loin d'admettre le pouvoir exécutif à la formation de cette cour, et de lui en asservir ainsi les membres, par la double chaîne de l'intérêt et de la reconnaissance, vous voudrez avec moi, que le peuple ait seul le droit de former la cour de cassation; reposez-vous sur sa sagesse: il constituera ce tribunal, d'une manière assez vigoureuse, pour qu'il puisse se défendre contre l'immortelle ambition des ministres.

Le principe qui détermine l'opinion que je viens d'énoncer, me force à m'élever aussi contre la proposition que vous fait votre comité, de faire du ministre de la justice, le président du tribunal de cassation. Ce seroit en bannir les zélateurs de la liberté, de la vérité; ce seroit en éloigner tous les hommes vertueux qui redouteroient la corruption, même avec la certitude, qu'ils ne seroient pas capables d'y céder; ce seroit enfin dénaturer et corrompre tous les principes: j'ajoute qu'il est facile de voir qu'une disposition, qui place un ministre du Roi dans un sanctuaire de la justice, ouvre les portes de ce sanctuaire à l'intrigue et à la cabale, comme j'ai prouvé qu'elle les fermeroit à la vertu. Je conclus

donc en votant, pour que la question préalable fasse justice du projet du comité; je demande aussi que les commissaires qui l'ont conçu, soient rappelés aux principes constitutionnels, et au respect qui est dû à l'assemblée nationale".

Recuerdo, sobre este tema, las palabras de François Gény (1919/67-68, nota 2): "En somme, l'idée de la Constituante paraît bien avoir été que les tribunaux devaient se borner à *appliquer* la loi, dans ses dispositions claires et précises, sans pouvoir l'*interpréter*, au cas de difficulté réelle et sérieuse sur sa portée. Entre ces deux termes, *application* et *interprétation*, la distinction assurément ne laissait pas d'être delicate". Tropper (2001/129-130) sintetiza de esta manera las consecuencias de la situación instalada a partir de la creación del Tribunal de Casación por la ley del 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790:

Page 71

- i) la interpretación *in concreto* no es interpretación, sino mera aplicación de la ley, dado que se relaciona con la premisa mayor del silogismo y no con la menor; el juez no pretende determinar la significación de los términos de la ley, puesto que le compete exclusivamente preguntarse si la ley, que se considera clara, es aplicable a los hechos del caso, para lo que basta con el examen de esos hechos;
- ii) así, se autoriza la interpretación *in concreto*, pero no se reconoce como *interpretación*, sino como mera *aplicación* de la ley, como *calificación jurídica* de esos hechos;
- iii) la mala interpretación *in concreto* consustancia una violación de la ley, una *falsa aplicación de la ley*, que debe ser anulada por el Tribunal de Casación; este tribunal tampoco ejerce poder legislativo, puesto que controla exclusivamente la premisa menor del silogismo subsuntivo;
- iv) el ejercicio de ese control puede revelar que la ley es oscura y debe dar lugar a la interpretación *in abstracto*, y compete al legislador interpretarla; de ahí que el [artículo 21](#) de la [Constitución](#) de 3 de septiembre de 1791 ha establecido que "Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes motifs que les deux premiers, la question ne pourra plus être soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer";
- v) para dejar muy claro que ese tribunal regula la *buena aplicación* de la ley y deja al Legislativo la integridad de su función, el [artículo 19](#) de la [Constitución](#) crea el Tribunal de Casación "auprès du Corps législatif";
- vi) el legislador no interpreta *in concreto*, sino *in abstracto*; reflexiona en la premisa mayor del silogismo, bajo la forma legislativa, ya que interpretar *in abstracto* es legislar.

Así, tenemos dos *référes*: a)uno facultativo, instituido por el artículo 10 de la ley de 16-24 de agosto, que busca obtener una interpretación *in abstracto*, y b)un *référe obligatorio*, instituido por la ley de 27 de noviembre-10 de diciembre de 1790.

Más adelante, esa división de atribuciones se establece en los artículos 40 y 50 del Código de Napoleón: el artículo 40 obliga al juez a interpretar *in concreto* y el artículo 50 le prohíbe interpretar *in abstracto*.

Page 72

Sabemos hoy, sin embargo, que la llamada interpretación *in abstracto* implica necesariamente la consideración de los hechos (*vide* más adelante los apartados 18 a 20), de modo que, como subrayé anteriormente, no es posible separar interpretación y aplicación, o sea, la interpretación *in abstracto* y la interpretación *in concreto*. Insisto, por lo tanto, en que la separación entre *interpretación* y *aplicación* resulta de la concepción equivocada de que la interpretación del derecho consustanciaría una mera operación de subsunción.

## 17. La interpretación auténtica

Kelsen (1979/469 ss.) distingue entre la "interpretación auténtica" -realizada por el órgano estatal que aplica el derecho- y cualquier otra interpretación, especialmente la realizada por la ciencia jurídica. Para una mejor comprensión de lo apuntado líneas arriba, será muy útil recordar esa distinción, tal como fue enunciada por Kelsen.

La interpretación cognoscitiva (que se obtiene a través de una operación de conocimiento) del derecho que se va a aplicar se suma a un acto de voluntad en que el órgano aplicador del derecho efectúa una elección entre las posibilidades reveladas por esa misma interpretación cognoscitiva. Y este *acto de voluntad* (la elección) es el que distingue la *interpretación auténtica*. Ésta "crea derecho", tanto si asume la forma de una ley o un decreto de carácter general, como cuando, a través de un órgano aplicador del derecho, crea derecho para un caso concreto o ejecuta una sanción.

Las demás interpretaciones *no crean derecho*. Cuando los individuos quieren observar una norma que regule su conducta, deben *realizar una elección*; pero esa elección *no es auténtica*, es decir, *no crea derecho* - no es vinculante para el órgano que aplica<sup>16</sup> esa norma jurídica. Asimismo, la interpretación hecha por la ciencia jurídica también es distinta de la realizada por los órganos jurídicos; la interpretación hecha por la ciencia jurídica *no es auténtica*, se trata de una pura *determinación Page 73 cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas*; no es creación jurídica.<sup>17</sup> La interpretación jurídico-científica (?) sólo puede establecer los posibles significados de una norma jurídica de un texto normativo, digo yo. (El jurista tiene que dejar la decisión de la elección entre las interpretaciones posibles de una norma jurídica al órgano al que, de acuerdo con el orden jurídico, le compete aplicar el derecho, así, cuando el abogado indica que una determinada interpretación es "acertada", está tratando de influir sobre la creación del derecho), y no ejerce una *función jurídico-científica*, sino una función *jurídico-política*.

Por ello, concluyo que sólo el *intérprete auténtico* tiene el *poder de crear* las normas jurídicas.

## 18. Interpretación de los textos y de los hechos

Vimos ya que interpretar el derecho es *concretar la ley* en cada caso, o sea, es *aplicar* la ley (Gadamer 1991/401); por ello diremos que el intérprete discierne el sentido del texto a partir y en virtud de un caso dado (Gadamer 1991/397). Ahora bien, dado que la *interpretación* es concomitantemente una *aplicación* del derecho, debe ser entendida como *producción práctica del derecho*, como afirma Friedrich Müller (1993/145-146), para quien no existe una oposición entre *derecho* y *realidad*: no existe un terreno compuesto de elementos *normativos*, por un lado, y de elementos *reales* o *empíricos*, por el otro. Por eso la articulación *ser y deber ser* (la relación *norma-hecho*) no es sólo un asunto de filosofía del derecho; es un asunto de la estructura de la norma jurídica considerada en su transposición práctica y, en consecuencia, es al mismo tiempo una cuestión de la estructura de este

proceso de transposición.

Eso significa, como señalé antes, que la *norma* es producida por el intérprete no sólo a través de elementos tomados del *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).

Page 74

Recuérdese la observación de Ascarelli (1959/140): "oggetto dell'interpretazione non è una 'norma', ma un testo (*o un comportamento*); è in forza dell'interpretazione del testo (*o del comportamento*) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi 'passato', 'storico', che si formula la 'norma' (come 'presente' ed anzi proiettata nel 'futuro')" (las cursivas son mías).

Lo que nos interesa especialmente afirmar aquí, basándonos en la metáfora de Kelsen (1979/467) es el hecho de que el "*marco de la norma*" sea, de otra manera, marco del *texto*, pero no sólo de él; dicho marco es, concomitantemente, marco del *texto* y marco del *caso*. El intérprete interpreta también el *caso*, necesariamente, además de los *textos*, al emprender la producción práctica del derecho.

Por eso no existen soluciones previamente estructuradas (como productos semiindustrializados en una línea de montaje) para los problemas jurídicos.

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 debemos subrayar que la interpretación del derecho no se realiza como un mero ejercicio de lectura de textos normativos, para lo cual sería suficiente que el intérprete estuviera alfabetizado.

## 19. La interpretación de los hechos

Por su carácter de interpretación (=comprensión) de los hechos, la interpretación del derecho es algo muy peculiar, ya que el mismo derecho establece su propia realidad, como veremos más adelante. De ahí la importancia del relato de los hechos (es decir, la narración de los hechos que deben ser considerados por el intérprete) para la interpretación.

Sobre esta cuestión, Van Roermund (1997/18 ss.) escribió un ensayo donde, considerando el relato como estructura específica del lenguaje común, investiga el vínculo epistemológico existente entre el relato y lo relatado; Van Roermund llama a este vínculo "interpretación de referencia" o "hipótesis de la interpretación".

Page 75

La "*interpretación de referencia*" (o *hipótesis narrativa*, de Van Roermund) es un paradigma epistemológico que se opone al paradigma epistemológico predominante en el pensamiento jurídico, el *representacionismo*. Este paradigma plantea que el acto de conocer es, en *última instancia*, una copia o algo que *no es más que* una copia de la realidad: conocer implica una representación del mundo exterior en nuestras ideas (reflejo) o en representación de nuestras ideas en el mundo exterior (proyección).

La crítica del *representacionismo* no nos lleva a afirmar que se puede prescindir de la *representación* como etapa del conocimiento; más bien, lo que critica es que esta teoría confiere a la *representación* un carácter *absoluto*. De esta manera, pretende *relativizar* el aspecto conceptual de la *representación*,

asociándolo con el concepto de "punto de vista", o mejor, de "posición", o mejor incluso, de *lugar* desde donde se piensa. Afirma Van Roermund (1997/19) que el relato es una estrategia que excluye una multiplicidad puramente convencional de "perspectivas" o una simple cosificación de la realidad.

Por ello es importante subrayar la circunstancia de que los hechos son lo que son, independientemente de su relato, es decir, más allá del relato al que corresponden.

La "*interpretación de la referencia*" (o hipótesis narrativa de Van Roermund) critica el presupuesto esencial del "*legalismo*", es decir, la noción del pensamiento como copia de la realidad, es decir, el "*representacionismo*" (afirma el autor: "la dogmática jurídica vuelve a la práctica jurídica inmune ante todo ataque a este presupuesto").

## 20. La hipótesis de Durrell

Propongo que le demos a esta aproximación (= estrategia) propuesta por Van Roermund, la denominación de "*hipótesis de Durrell*", para hacer alusión al conjunto de distintas versiones de los mismos hechos, descritas en el llamado "*Cuarteto de Alejandría*" -Justine, Balthazar, Mountolive y Clea-, compuesto en realidad por cuatro novelas diferentes.

Page 76

Quiero aclarar que la determinación de "*lugar* desde donde se piensa" es insuficiente para exponer en toda su amplitud la independencia entre el relato y lo relatado.

Esa independencia se debe establecer por las siguientes razones: 1) jamás describimos la realidad: lo que describimos es *nuestro modo de ver la realidad*; de ahí la imposibilidad del "*representacionismo*".

La realidad de la que somos conscientes (o sea, *la conciencia de lo real*) existe *como existe* (=es *intrínseca*) en nuestro pensamiento (aunque nuestro pensamiento -*la conciencia*- esté determinado por ella). La realidad (*realidad de la que tomamos conciencia*) es lo que *aparenta ser* (*se presenta*) *ante cada conciencia*. Frente a un objeto cualquiera, mi conciencia recibe el impacto de lo que éste *representa* (la forma bajo la cual *se presenta*) para mí. Puedo afirmar, entonces, que mi conciencia ve los objetos exteriores como son, ya que ellos son (*para nosotros*), en sus manifestaciones (*apariciones*), absolutamente afirmativos de sí mismos. Sin embargo, como los objetos y la realidad existen en sus manifestaciones (*apariciones*) para mí, jamás los describo (a los objetos ni a la realidad): sólo describo *la forma en que se manifiestan* (= lo que representan) *para mí*.

En verdad, no describimos la realidad, sino nuestro modo de verla; 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 desde el cual la describimos (= nuestro lugar en el mundo y el lugar desde el que pensamos). Por eso cabe en este punto todo lo que más adelante diremos sobre la precomprensión.

De esta manera, podemos afirmar que, por lo que se refiere a los hechos, tampoco existe lo verdadero en el derecho. Es inútil que busquemos la *verdad de los hechos*, porque los hechos que cuentan para la construcción de la norma son *los recibidos/percibidos por el intérprete auténtico*: tal como son percibidos por él, conformarán la producción/creación de la norma.

Recuerdo en este punto la frase de Magarino Torres, Juez Presidente del Tribunal del Jurado de Río

de Janeiro, tal como me la refirió verbal-Page 77mente Evandro Lins: "El juez debe juzgar de acuerdo con lo alegado y lo probado, aunque sepa que la verdad es otra y su conciencia le dicte lo contrario".

## 21. Discurso del derecho/discurso jurídico y la(s) ideología(s) del derecho

La exposición que hasta aquí he realizado hace necesaria la alusión a los discursos jurídicos, y en este punto sigo las indicaciones de Óscar Correas (1993/112 ss.)

Después de haber realizado la distinción entre el *sentido deóntrico* (las normas extraídas de los enunciados) y el sentido *ideológico* (los demás mensajes que circulan cuando se utiliza el discurso jurídico) del derecho, es necesario ahora que distingamos entre el *discurso del derecho*.

El *discurso del derecho* es el discurso prescriptivo producido por los jueces y tribunales autorizados para emitirlo. El *discurso jurídico* es el conjunto de los discursos que usan o hablan del *discurso del derecho*.

En realidad, el *discurso del derecho* es un conjunto de discursos que provienen de emisores u órganos distintos. Pero el *discurso jurídico* es también un conjunto de discursos: el de los abogados, el de los profesores de derecho, el de los ciudadanos (y también los jueces lo emplean, cuando fundamentan y explican el derecho -es decir, el *discurso del derecho*).

Las distinciones arriba expuestas nos encaminan hacia otra, que establece una diferencia entre la *ideología del derecho* y la *ideología jurídica*: la ideología del derecho es la que se encuentra contenida en los textos, en los enunciados de los que se extrae el *sentido deóntrico* del derecho. La *ideología jurídica* es la producida por quien usa el derecho o habla de él.

La ideología producida por los discursos que hablan del derecho (*discursos jurídicos*), en incontables ocasiones subvierte la *ideología del derecho* (es decir, la de los enunciados interpretados). Obsérvese que el derecho es un discurso que legitima el poder del Estado moderno (Ruiz 1991/149 ss.).

Se afirma también, equivocadamente, que la interpretación realizada por los jueces (*auténtica*) también subvierte en innumerables ocasiones la *ideología del derecho*. Pero eso no sucede: si los enunciados, los textos, nada dicen (o sea, dicen lo que los intérpretes dicen que dicen, al producir las normas), la *ideología del derecho* también es *producida* por el intérprete auténtico.

En este punto se plantean otras preguntas difíciles de responder: ¿Existe una ideología perenne del derecho? ¿O existen *ideologías del derecho*, que se extraen, en cada *contexto*, del texto (así como hay *normas* que se extraen, en cada *contexto*, del texto?) Si la ideología del derecho y la norma son producidas por el intérprete auténtico (ya que no existe la posibilidad lógica de *subversión* de una ni otra), ¿cuándo y en qué circunstancias se lleva a cabo la *subversión del texto*?)

## 22. Contrapunto

La exposición que he desarrollado hasta este momento nos remite ahora a la consideración de dos

aspectos: ¿Cómo se lleva a cabo la interpretación del derecho? ¿Cuáles son los límites de esa interpretación?

## 23. El texto y los hechos, la norma jurídica y la norma de decisión

El primer punto que debemos subrayar es la diferencia que existe entre la *norma jurídica* y la *norma de decisión*.

La *norma jurídica* es el resultado de la interpretación. Una interpretación que, sabemos, no es únicamente del texto escrito, sino también de los hechos.

Page 79

Recuerdo las observaciones llenas de humor de Von Jhering (1987/217, 218, 229, 222 y 242), sobre el uso de los conceptos jurídicos por los juristas teóricos: los conceptos jurídicos son incompatibles con la vida; no toleran el mundo real; la fe inamovible en el imperio de los conceptos jurídicos y en principios abstractos es el vínculo común entre todos los que habitan el cielo de los conceptos jurídicos. El jurista trabaja con sus conceptos como el matemático con sus magnitudes, de tal forma que, si el resultado es correcto desde el punto de vista lógico, lo que sucede después ya no es su problema -*fiat iustitia, pereat mundus!*-; los conceptos son verdades absolutas, siempre lo fueron y lo serán por los siglos de los siglos.

Adoptando en este punto la exposición de Friedrich Müller (1993/ 166 ss.; 2000/52 ss.], diremos que la interpretación apunta, en última instancia, a la solución de un caso concreto, que se realiza mediante la obtención de una "*norma de decisión*".

La interpretación se desarrolla sin que se acepte nunca la supremacía del problema (caso concreto) sobre el texto normativo, lo que muestra la divergencia de Müller en relación con el método tópico-problemático.

Al referirse, desde la perspectiva de Müller, al *texto constitucional*, Canotilho (1991/229) señala que éste no se confunde con la norma constitucional, que consiste en un modelo de ordenación jurídicamente vinculante, orientado hacia una concretización material y constituido por el *programa normativo* (enunciados lingüísticos) y por el sector o *dominio normativo* (conjunto de datos de la realidad). Para obtener una *norma constitucional* a partir del *texto constitucional*, el intérprete, desde el principio, le habrá atribuido a éste un significado semántico, y lo habrá investigado bajo los ángulos: sistemático, genético, teleológico, histórico y tal vez otros más, también importantes para el éxito de esa tarea (dogmática, teoría de la constitución, etc.). La atribución de significado al *programa normativo*, que son los enunciados lingüísticos contenidos en el texto constitucional, y al *sector normativo* (elementos empíricos, datos extraídos de la realidad por el texto constitucional), constituyen la etapa siguiente del proceso interpretativo, que desembocará en la obtención de Page 80 la *norma constitucional*. Ésta, a su vez, ya realizada, es decir, ya aplicada a los problemas que requieren una decisión (concretización), produce el mencionado efecto normativo (*normatividad constitucional*). Por lo tanto, la normatividad no es una cualidad, sino el efecto del procedimiento metódico de concretización. Ya obtenida la *norma constitucional*, ésta sigue siendo una regla general y abstracta, "que representa el resultado intermedio del proceso concretizador, pero no es todavía inmediatamente normativa. Para pasar de la normatividad mediata a la *normatividad concreta*, la norma jurídica tiene

que adquirir el carácter de *norma de decisión*".<sup>18</sup>

En resumen, la norma de decisión es la norma jurídica aplicada a un caso concreto.

## 24. La interpretación es una prudencia

### Inviabilidad de la única solución correcta

Antes de abordar esos puntos, debemos hacer referencia a una cuestión fundamental: la *interpretación* (que ya es *aplicación* del derecho) ¿es una *ciencia* o una *prudencia*?

Page 81

Con toda intención, Kelsen (1979-469) se coloca al margen de esa indagación y sostiene que la tarea de saber cuál es la interpretación "correcta" entre las posibilidades que se presentan en el contexto del derecho que se aplica no es un problema de *teoría del derecho* (del conocimiento dirigido al derecho positivo), sino de *política del derecho*. Ésta, sin embargo, es la cuestión fundamental que preocupa al estudioso del derecho, si no lo concibe solamente como una forma.

Es necesario hacerse el planteamiento: ¿es la interpretación una *ciencia* o una *prudencia*?

En otros textos he sustentado repetidas veces que la interpretación es una *prudencia* -el *saber práctico*, la *phrónesis* a la que se refiere Aristóteles en la *Ética Nicomaquea*. El hombre prudente, dice el estagirita, *es aquel capaz de decidir correctamente sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo, pero no sobre un aspecto en particular (como, por ejemplo, las cosas que son buenas para la salud y el vigor), sino de manera general, [considerando] las cosas que favorecen una buena vida en general* (VI, 5 1140 a, 25). *El hombre prudente es aquel capaz de decidir. Pero nunca decidimos sobre cosas que no pueden ser de otro modo, ni sobre cosas que no dependen de nosotros; en consecuencia, si es verdad que la ciencia implica demostración, pero las cosas cuyos principios pueden ser distintos no admiten demostración (porque todos son igualmente susceptibles de ser lo que no son, -es decir, de ser de otra manera; o sea, son contingentes)* (VI, 5 1440 a, 30), y *no es posible decidir sobre cosas que son por necesidad* (VI, 5 1140 a, 35), *la prudencia no puede ser ni una ciencia ni un arte* (VI, 5 1140 b). El objeto de la ciencia es demostrable. *El arte busca la generación [producción]; y dedicarse a un arte es plantearse la manera de producir una cosa que puede ser y puede no ser, porque su principio de existencia reside en el artista y no en la cosa producida. El arte no se ocupa de las cosas que son o se producen por necesidad, ni de los seres naturales, que tienen en sí mismos su principio [su origen]* (VI, 5 1140 a, 10). Así, la prudencia no es ciencia ni arte. *La prudencia es una virtud* (VI, 5 1140 b, 10). Por consiguiente, *la prudencia es una disposición* Page 82 [capacidad], acompañada de razón, capaz de actuar en la esfera de lo que es bueno o malo para el ser humano (VI, 5 1140 b, 5); o, dicho de otro modo, *capaz de actuar en la esfera de los bienes humanos* (VI, 5 1140 b, 20). La prudencia es, así, *razón intuitiva*, que no discierne lo *exacto*, sino lo *correcto*: no es un *saber puro*, separado del ser.<sup>19</sup>

Kalinowski (1982/123 ss.) afirma que la aplicación del derecho - porque no es conocimiento puro, teórico, sino una *acción*-, al ser conocimiento práctico, consustancia una *prudencia*. La prudencia, continua, permite al intelecto conocer el bien y el mal concretos, y por consiguiente, enunciar juicios particulares de valor moral, empíricamente evidentes (en el sentido amplio de la palabra "empírico"), ya que solamente los juicios generales (universales o particulares) pueden ser analíticamente evidentes.

Capacita al hombre para distinguir el bien del mal en todos los terrenos de su actividad, la cual, si es consciente y libre, o incluso si no lo es o lo es sólo en parte, tiene siempre un aspecto moral. No existe acción buena ni mala sin un juicio prudencial. Ahí no se dice: "sin juicio de la prudencia", porque ni todo el mundo es prudente, ni todo el mundo actúa siempre de manera prudente. No se trata, así, de juicios de prudencia, sino de juicios del mismo tipo que los juicios de prudencia, o sea, juicios que tienen la estructura sintáctica de los juicios prudenciales. La aplicación del derecho exige conocimientos especiales, y para la gran mayoría de las personas es un arte o una técnica. Pero en la medida en que la *jurisdictio* consiste realmente en "decir el derecho", se trata sobre todo de una tarea que entra en la esfera de la prudencia política.

Los que no son intérpretes auténticos, cuando se refieren al derecho, piensan en una "*juris prudentia*" y no en una "*juris scientia*". El intérprete auténtico, al *producir* normas jurídicas, practica la "*juris prudentia*" y no una "*juris scientia*".

El intérprete, así, actúa de acuerdo con la *lógica de la preferencia* y no de acuerdo con la *lógica de la consecuencia* (Comparato 1979/127): la *lógica jurídica* es la que elige entre varias posibilidades correctas. Interpretar un texto normativo significa escoger una entre varias interpretaciones posibles, de modo que la elección parezca ser la adecuada (Larenz 1983/86). La norma no es objeto de *demonstración*, sino de *justificación*. Por eso, la alternativa *verdadero/falso* es ajena al derecho; en el derecho existe sólo lo "*aceptable*" (justificable). El sentido de lo justo abarca siempre más de una solución (Heller 1977/241).

Sin embargo, la afirmación de que la interpretación del derecho no es *ciencia* sino *prudencia* no significa que las decisiones jurídicas sean imprevisibles. Esto no es así. Como son innumerables los sentidos de la palabra *ciencia*, nada nos impide sustentar que la decisión jurídica, puesto que ha de ser previsible, se estructura científicamente (Menezes Cordeiro, 1989/LXII). Pero "*científicamente*", aquí, significa exclusivamente *decisión realizada tomando en cuenta determinadas reglas*. Como la *prudencia* es siempre implementada siguiendo ciertas reglas que aseguran un mínimo de previsibilidad a la decisión basada en ella, se podría afirmar que está estructurada *científicamente*.

Por ello afirmo que la problematización de los textos normativos no se produce en el campo de la *ciencia*: se lleva a cabo en el ámbito de la *prudencia*, exponiendo al intérprete auténtico al desafío de ésta y no de aquélla. Ambos desafíos son distintos: en el campo de la ciencia, el desafío es que existen preguntas para las que aún no se han encontrado respuestas; en la prudencia, en cambio, el desafío no es el de la ausencia de respuestas, sino el de la existencia de múltiples soluciones correctas para una misma pregunta (Adomeit 1984/36).

Las leyes nunca tuvieron una forma semántica tal que permitiera al juez aplicarlas de manera simplemente algorítmica (Habermas 1992a/73).

En la interpretación de los textos normativos sucede algo similar a lo que ocurre en la interpretación musical. No existe una interpretación 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 sea más romántica, más desbordada, y la otra más serena, las dos son "auténticas" -y correctas.

Quiero recordar aquí la oportuna observación de MacCormick (1989/120): "Notons tout d'abord que la notion de l'identité et de Page 84 la persistance des lois n'est pas incompatible avec l'autre vérité attestée par Gray, Dworkin et d'autres, que cette même loi identique peut avoir différents sens pratiques à différentes époques, et que ce n'est pas l'Article ou l'Acte 'pur' qui détermine les décisions judiciaires ou les droits et les devoirs des citoyens, mais l'Acte ou l'Article dans son interprétation

actuellement valide. Car ceci à son tour est normalement conceptualisé en termes de *différences d'interprétation* de ce qui reste en dépit de ces différences *le même Article ou le même Acte* (exactement comme des metteurs en scène différents peuvent monter différemment *Le Bourgeois gentilhomme*, ce sera toujours la même pièce, mais soumise à diverses interprétations)". La concepción alográfica del derecho es evidente.

Al respecto, afirma Cossio (1939/79): "Por lo tanto, la norma aparentemente rígida y unívoca, le brinda al jurista la mención de un manojo de posibilidades; y el tratadista lo mismo que el juez tienen, en las diversas calidades axiológicas de ellas, la guía suficiente para elegir una. No son variaciones caprichosas de la conducta que puedan borrar la mención de conjunto, porque el núcleo de este conjunto, que llamamos *normalidad* y que ha de mantenerse, consiente semejantes variaciones. Se trata siempre de posibilidades reales de algo que, como normalidad, permanece idéntico en la mención normativa. Por eso Holmes habló, con tanta propiedad, de una creación sólo *intersticial* por parte del juez. Por eso la teoría egológica comparó la interpretación judicial con la interpretación musical, donde el ejecutante, guiado también por una percepción axiológica, elige una o otra de las posibilidades que consiente su partitura, sin afectar la creación del compositor en su conjunto. Se puede interpretar de muchas maneras la *Barcarola* de Chopin, pero esto no quiere decir que *con ella* se nos pueda hacer escuchar la *Marsellesa*. El buen juez, claro está, elegirá siempre la posibilidad axiológicamente mejor entre las varias que el propio caso le ofrezca".

Deseo, así, negar la existencia de una sola respuesta correcta (o sea, *verdadera*) para todos los casos jurídicos -a pesar de que, como demostraré más adelante, el intérprete esté, a través de los principios, limitado Page 85 por el sistema jurídico. Ni siquiera el juez Hércules (Dworkin 1987/105) estará en condiciones de encontrar, para cada caso, la única respuesta correcta. La concepción *dworkniana* de *one right answer*, además, pierde su base por estar sustentada en la búsqueda de la "*mejor teoría posible*" como ideal absoluto: al renunciar a la pretensión de encontrar valores absolutos, inserta en el marco de una teoría de los valores inaceptable, esa "*mejor teoría posible*" resulta ser un postulado filosófico injustificable (Aarnio 1992/204). Ni los principios, ni la argumentación de acuerdo con un sistema de reglas que funcione como un código de razón práctica (*Gesetzbuch der praktischen Vernunft*) (Alexy 1983/35) permitirán discernir la única respuesta correcta. Esa *respuesta verdadera* (la única correcta) no existe.

Recuerdo la observación de Kelsen (1979/467): "la interpretación de una ley no necesariamente debe conducir a una solución que se considere la única correcta, sino más bien a varias soluciones que - en la medida en que sólo hagan referencia a la ley que debe aplicarse- tengan el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convierta en derecho positivo en acto, por medio del órgano aplicador del derecho -especialmente en el acto del tribunal".

Así, al ser la interpretación algo *convencional*, no posee una realidad objetiva con la que pueda confrontarse su resultado (el *interpretante*), por lo cual no existe una interpretación objetivamente verdadera (Zagrebelsky 1990/69).

## 25. Cánones de interpretación

¿Cómo se realiza la interpretación del derecho?

La reflexión hermenéutica rechaza la metodología tradicional de la interpretación y critica seriamente al sistema escolástico de los métodos, incapaz de responder a la pregunta de por qué un método particular debe elegirse en un caso específico.

La existencia de diversos cánones de interpretación, agravada por la inexistencia de reglas que ordenen, jerárquicamente, su uso (Alexy Page 86 1983/25 y 237), hace que su aplicación resulte en verdad arbitraria. Esos cánones funcionan como justificaciones para legitimar resultados que el intérprete quería de antemano alcanzar, lo que, sin embargo, no se puede realizar de esta manera, mediante su uso determinado. Funcionan como reserva de recursos de argumentación en poder de los intérpretes y, además, están sujetos también a la interpretación (Zagrebelsky 1990/71). Dado que su única función es establecer un determinado procedimiento de interpretación, no vinculan al intérprete (Hassemer 1985/74).

Al respecto de tales directrices, como reglas de interpretación, añade Winfried Hassemer (1985/74): "Las reglas de interpretación sólo podrían conseguir una 'vinculación' del juez si no prescribieran simplemente un determinado procedimiento de interpretación - que es lo que hacen-, sino que además dictaran también -que es lo que no hacen- en qué situaciones de decisión habría que seguir qué regla de interpretación: es decir, si contuvieran una metarregla para su aplicación. Esta regla no existe. El intento emprendido en ocasiones de relacionar las reglas de interpretación de forma razonable, de establecer un orden jerárquico entre ellas, no es convincente a nivel teórico y no tiene ninguna trascendencia práctica. Por consiguiente, las reglas de interpretación no son determinantes con respecto al resultado. Son ofertas para legitimar resultados deseados (y conseguidos por otros medios)".

En resumen, la poca confiabilidad de los métodos de interpretación se deriva de la inexistencia de una *meta-regla* ordenadora de la aplicación, en cada caso, de cada uno de ellos.

## 26. El pensamiento de Esser

La reflexión hermenéutica actual se encamina a la construcción de una "*teoría de la praxis de la aplicación del derecho*" (Esser 1983/1), permitiendo así la superación del concepto de interpretación como técnica de subsunción del hecho en el marco de la previsión legal.

Page 87

La síntesis de la evolución del pensamiento de Esser, elaborada por Giuseppe Zacaria (1990/19-21) es precisa, por lo cual me permito reproducirla a continuación casi literalmente.

Inicialmente, en *Grundsatz und Norm*, Esser observó que: a) el proceso de positivación del derecho no se agota en la actuación del Poder Legislativo, sino que penetra en el plano de la actuación de la jurisprudencia desarrollada sobre el *proyecto normativo*; b) así, la relación entre el "*derecho escrito*" y la decisión judicial no puede definirse, en un sentido tradicional, como un "*descenso*" de la norma, de la fase legislativa a la fase de aplicación; c) existe, pues, una contemporaneidad concreta entre dos momentos, el del *derecho legislado* y el del *derecho "efectivo"*, de origen judicial, y ambos comprenden un ciclo cuya globalidad connota la positividad del derecho. Por lo tanto, en la introducción de un *nuevo concepto de positividad del derecho*, que incluye los momentos *valorativos* y "*metapositivos*" propios de la interpretación, Esser reconoce una estrecha continuidad entre *fuente escrita* y *fuente no escrita* del derecho.

Más adelante, Esser se dedica a demostrar que la actuación jurisprudencial no es *arbitraria*, sino que está *vinculada a criterios de racionalidad*. Así, bajo la influencia de la *corriente antimetódica* de Gadamer y de su decidido rechazo del científico, que pretende reducir la verdad a la

demostrabilidad metódica, Esser critica la metodología tradicional y la escolástica sistemática de los métodos de interpretación - pues afirma que la metodología tradicional no garantiza una mejor comprensión del trabajo concreto de individualización del derecho, y la escolástica sistemática de los métodos de interpretación no responde a la pregunta de saber por qué un determinado método debe ser escogido para un caso en particular. Así, reconociendo la existencia y la influencia de elementos valorativos en el proceso de individualización del derecho, encuentra en la *precomprensión* el factor inicial del que parte el trabajo del intérprete, y lo considera de importancia fundamental para la decisión judicial. Es verdad que Hassemer, en el derecho penal, y Müller, en el derecho público, ya habían aportado a la teoría del derecho ese concepto, originalmente elaborado por Heidegger y desarrollado después por Bultmann y Gadamer. Esser, sin embargo, fue quien lo puso de relieve, Page 88 pues determinó los lineamientos en que se desarrolló en Europa, durante la década de los años setenta, el debate sobre la interpretación del derecho.

## 27. La comprensión

La reflexión hermenéutica introduce así la verificación de que la interpretación se lleva a cabo a partir de presuposiciones.

La *comprensión* está fuera del ámbito de la ciencia. La *comprensión* se refiere al *ser en el mundo* (*Dasein*). Y el *ser en el mundo* es un ente que no se limita a colocarse entre otros entes; por el contrario, es un ente que se caracteriza ónticamente por el privilegio de que, en su ser -es decir, *siendo-* está en juego su propio ser (Heidegger 1988/21-22). Así, *comprender* es algo *existencial*; la *comprensión* del ser es, en sí misma, una "*determinación de ser*" del ser en el mundo, y se produce como una *comprensión del ser* (Schroth 1992/290). La *comprensión* es, por lo tanto, *experiencia*.

Por lo mismo, será siempre inútil, en cualquier "*ciencia de la comprensión*", intentar distinguir entre *racionalidad* y *personalidad de la comprensión*. El derecho, afirma Kaufmann (1992/130), a diferencia de la ley (es decir, del *texto*), no es algo que permanezca sin alteraciones; es un *acto* y, por lo tanto, no puede ser un "*objeto*" que pueda conocerse independientemente de un "*sujeto*".

Hay que señalar, por otra parte, que la hermenéutica está anclada en la facticidad y en la historicidad, de modo que entre el lenguaje, instrumento necesario del que nos servimos para aprehender el objeto que queremos comprender -los textos normativos, en el caso de la interpretación jurídica- y ese objeto se interponen los mundos de la cultura y de la historia. Por eso el saber jurídico tiene que ser concebido como un proceso de diálogo, de intercambio entre el ser y el mundo (Costa Leal 2000/134 ss).

El intérprete, al interpretar un texto, entabla un diálogo con él; es un proceso recíproco porque la interpretación se alimenta desde Page 89 el intérprete y desde el texto. Y cuando el intérprete proyecta su comprensión (es decir, aventura un proyecto de comprensión), abriéndose al texto, trata de no reconstruir la comprensión del legislador que escribió el texto, sino de dar voz al texto mismo, permitiendo que éste se afirme ante la situación frente a la cual y en cuyo seno se procesa la interpretación (pues en ella el intérprete proyecta el sentido actualizante del texto).

Sobre este aspecto, Habermas (1992/244) realiza las siguientes observaciones: la hermenéutica jurídica, contrariamente al modelo convencional de decisión jurídica considerada como subsunción de un caso a la regla pertinente, tiene el mérito de haber recuperado la intuición aristotélica de que no existe regla capaz de regular su propia aplicación. Un conjunto de circunstancias adecuadas para una regla sólo se constituye al ser descrito en categorías de la norma que se le aplica, en la medida en que

el significado de la norma se concretiza precisamente en virtud de su aplicación a un conjunto normativo específico de circunstancias. Una norma siempre "registra" selectivamente una situación compleja del mundo de la vida bajo los puntos de vista que ella define como relevantes, mientras que el conjunto de circunstancias que la constituye nunca agota los contenidos de indeterminación semántica de una norma general, sino que, por el contrario, favorece que puedan obrar o suceder selectivamente. Esa descripción circular revela un problema metodológico que cualquier teoría jurídica tendrá que resolver.

La hermenéutica propone un modelo procesal como solución para ese problema. La interpretación comienza por una precomprensión (*Vorverständnis*) valorativamente conformada, que estabiliza una relación anterior entre norma y circunstancias y abre el horizonte para posteriores conexiones relacionales. La comprensión inicialmente difusa se vuelve precisa en la medida en que, bajo su dirección, norma y circunstancias se concretizan y constituyen recíprocamente. La hermenéutica asume una posición propia en la teoría jurídica cuando resuelve la cuestión de la racionalidad de la decisión judicial mediante la contextualización de la razón en el conjunto de las transmisiones históricas. De acuerdo con esa solución, la precomprensión del juez está conformada por "*topoi*" de un conjunto ético de tradición. Esa precomprensión dirige la re-Page 90construcción de las conexiones relacionales entre normas y circunstancias a la luz de principios históricamente comprobados (*historisch bewährter Prinzipien*). La racionalidad de una decisión, en última instancia, debería medirse "con los modelos provenientes de las costumbres que todavía no se han condensado en normas", es decir, los '*jurisprudentiellen Weisheiten*' que anteceden al derecho" (Esser). La hermenéutica, en la medida en que se vuelve teoría jurídica, absorbe y sustenta la pretensión de legitimidad planteada por la decisión judicial. La indeterminación de un proceso circular de comprensión, el círculo hermenéutico, puede reducirse gradualmente mediante la referencia a principios. Esos principios, sin embargo, sólo pueden legitimarse a partir de la historia efectiva de esas formas de vida y de derecho en las cuales los jueces se encuentran de manera contingente.

## 28. La precomprensión y el círculo hermenéutico (Gadamer)

Por otro lado, la reflexión<sup>20</sup> hermenéutica permite describir el proceso de interpretación de los textos de derecho, que se inicia en el momento de la *precomprensión*.

Para lograr la comprensión adecuada de ese concepto, me permito reproducir parcialmente, a continuación, la exposición de Gadamer (1991/332 ss.).

Toda interpretación correcta tiene que protegerse contra la arbitrariedad del azar y contra la limitación de los hábitos imperceptibles del pensamiento, y orientar su enfoque "*hacia la cosa misma*" (que, para el filólogo, son los textos con sentido, que versan sobre alguna cosa). *Dejarse determinar por la cosa misma* es, así, "*la tarea principal, constante y decisiva*" del intérprete.

Quien deseé comprender un texto siempre hace una *proyección*. Cuando aparece en el texto un primer sentido, el intérprete inmediata-Page 91mente le da un sentido al conjunto; este sentido se manifiesta sólo porque quien lee el texto lo hace con expectativas específicas, que están relacionadas con algún sentido determinado; la comprensión del texto consiste en la elaboración de ese *projeto previo*, que debe revisarse constantemente a medida que se avance en el descubrimiento del sentido. Pero toda revisión del primer proyecto se basa en la posibilidad de anticipar un *nuevo proyecto de sentido*; es

posible que varios proyectos de sentido sean excluyentes, hasta que sea posible establecer de manera unívoca la unidad de sentido. De esta manera, la interpretación se inicia siempre con conceptos previos que se sustituyen progresivamente por otros más adecuados.

Quien trata de comprender está expuesto a los errores de opiniones previas que no se comprueban en las cosas mismas. Así, la tarea de comprensión consiste en la elaboración de proyectos correctos y que sean adecuados a las cosas, proyectos que, en cuanto tales, son anticipaciones que deben adecuarse "*a las cosas*"; aquí no hay otra *objetividad* más que la comprobación que las opiniones previas alcanzan durante su elaboración. Nótese que la *arbitrariedad* de las opiniones previas inadecuadas se expresa en su aniquilación durante el proceso de su aplicación. La comprensión sólo alcanza sus posibilidades cuando las opiniones previas con las que se inicia no son arbitrarias. Por eso es importante que el intérprete no se dirija a los textos directamente, basado en las opiniones previas que en él subyacen, sino que examine esas opiniones en lo que respecta a su legitimidad, es decir, en lo relativo a su origen y validez.

Eso no significa que el intérprete deba abandonar todas sus opiniones previas sobre el contenido del texto, ni todas sus posiciones propias, sino simplemente que debe *estar abierto al contenido del texto*; quien desee comprender un texto tiene que estar dispuesto a dejar que ese texto le diga algo; una conciencia formada hermenéuticamente tiene que mostrarse receptiva, desde el principio, a la *alteridad* del texto.

Los prejuicios del intérprete no son el resultado de meras idiosincrasias personales, sino que reflejan verdaderamente toda su vivencia histórica; así, los prejuicios del intérprete caracterizan su perfil existencial, y la interpretación es una experiencia histórica del intérprete, que está conformada por todas sus experiencias históricas anteriores.

Page 92

No obstante, esa receptividad no presupone una "*neutralidad*" ante las cosas, ni tampoco una autonegación, pero sí incluye la matizada incorporación de las propias opiniones previas y prejuicios; lo que importa es que el intérprete asuma sus propios juicios anticipados, con el fin de que el texto mismo pueda presentarse en su alteridad y, así, pueda oponer su verdad objetiva a las opiniones previas del intérprete.

Prosigue Gadamer (1991/360 ss.) observando que el acto de comprender está dotado de un *movimiento circular*; la anticipación del sentido que se refiere al todo solamente alcanza una comprensión implícita en la medida en que las partes que se determinan desde el todo, a su vez, determinan el todo. Heidegger, de quien Gadamer toma el concepto de *círculo hermenéutico*, lo describe de tal forma que la comprensión del texto se encuentra continuamente determinada por el movimiento anticipatorio de la *precomprensión*: el círculo del todo y las partes no se anulan en la comprensión total, sino que alcanzan en ella su realización más auténtica. Así, el círculo no es de naturaleza formal; no es ni objetivo ni subjetivo; *describe* la comprensión como la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete; el círculo de la comprensión no es un círculo "*metodológico*"; debe insistirse en que *describe* un momento estructural ontológico de la comprensión.

*Comprender* significa, en primer lugar, tener una idea clara de una cosa, y solamente en segundo lugar, distinguir y comprender la opinión de otro como tal; *la primera de todas las condiciones hermenéuticas es la precomprensión que surge del contacto con el asunto mismo*.

## 29. (Sigue)

La comprensión de textos, apunta Hassemer (1985/73), es una forma de comprensión, entendida como una modalidad general de la existencia humana y del contexto de los efectos históricos. La comprensión presupone una anticipación del sentido, la integración de la parte que debe ser comprendida dentro de un todo preconcebido. La comprensión, por lo tanto, es un proceso de aproximación en curso, un proceso que aproxima Page 93 al sujeto que comprende y al objeto que debe ser comprendido hasta que se encuentran mutuamente, produciéndose así una transformación recíproca. Este proceso se desarrolla en el tiempo, y por lo tanto, implica al individuo con su historia vital y el contexto de las tradiciones sociales ("comprensión previa"). No se trata sólo de una contemplación (de un sujeto frente a un objeto), sino de una aproximación en curso, que se produce de forma circular, o mejor dicho, como propone Hassemer, en forma de *espiral*: el sujeto y el objeto se aproximan recíprocamente, en un proceso de comprensión, donde se presuponen mutuamente en los diferentes niveles de aproximación. Este movimiento, concluye, excluye la posibilidad de medir y comprobar la comprensión segura (el conocimiento "*verdadero*"). Puesto que *res* e *intellectus* no se encuentran mutuamente en una relación dinámica de aproximación, la "*verdad*" no puede ser una *aedaequatio rei et intellectus*; es un fenómeno dialogal, consensual y procedimental.

## 30. (Sigue)

El procedimiento realizado por el intérprete del derecho tiene en la *precomprensión* su punto inicial. Y la *precomprensión* -representación anticipada del resultado de la tarea de interpretación- establece el parámetro de la importancia de esta tarea, que constituye la base decisiva de la elección del *canon hermenéutico* que deberá adoptarse para la interpretación (Zacaria 1990/22). Es entonces que el intérprete realiza sus propios *juicios de valor* -ya que no existen, como vimos, reglas previas sobre la interpretación del derecho.

Lo que sucede en realidad es que la interpretación impone al intérprete la utilización de múltiples métodos, aunque básicamente formados -y conformados- por una línea de actuación que muestra no tanto una preferencia por cualquiera de ellos sino la adhesión a una postura ideológica determinada.

El intérprete -igual que el juez, como observa Nilo Bairros de Brum (1980/85)- "está condicionado por su cultura jurídica, sus creencias po-Page 94líticas, filosóficas y religiosas, su inserción socioeconómica y todos los demás factores que forjaron e integran su personalidad". Pero no podemos extraer de ahí la conclusión de que cualquier texto normativo, admite cualquier interpretación. Claro que no. Sin embargo, es cierto que todas esas circunstancias contribuyen a colocar al intérprete en una posición prejuiciosa (en el sentido de tener algún prejuicio ideológico) ante la norma que debe interpretar, la que también transmite un mensaje ideológico. Y también es cierto que, en el nivel normativo, se produce la cristalización de mensajes ideológicos; la norma jurídica siempre expresa una ideología, al menos en un sentido débil (*vide* Grau 1983/96).

*La ideología en sentido débil* -conjunto de ideas y de valores relacionados con el orden público, cuyo objetivo es orientar los comportamientos políticos colectivos, a la que se opone la *ideología en sentido fuerte*-, es un discurso que oculta el sentido de las relaciones estructurales entre las personas, con la finalidad de reproducir los mecanismos de las jerarquías sociales.

La norma de decisión, como observa Esser (1983/131), no es algo que existe previamente sino algo

que se construye: es un resultado de la experiencia conflictual del intérprete, experiencia que hace posible la construcción de múltiples proyectos nuevos de sentido. Por lo demás - señala el mismo Esser (1983/133)-, el mero análisis del lenguaje normativo, sin que el *círculo hermenéutico* se lleve a cabo (preguntas y respuestas sobre el objeto que se quiere interpretar, la *norma*), y sin la formulación de juicios previos, no basta para descubrir la solución correcta que debe aplicarse en cada caso.

La interpretación del derecho no es meramente definitoria (como la que se practica cuando se traduce un texto). Requiere una anticipación de lo posible y la existencia previa de un concepto de lo que se quiere definir. Por eso el significado unívoco de un texto jurídico -y de cada vocablo en ese texto- depende no sólo del contexto, sino también de las relaciones y del contexto valorativo que la precomprensión aporta a los conceptos (Esser 1983/134 y 135). Así, la situación conflictual se manifiesta en la precomprensión no como situación personal de aquel que exige Page 95 protección jurídica, sino como "*típica situación del caso singular*" (Esser 1983/136). De esta forma, lo que da inicio al proceso hermenéutico y modera la comprensión interpretativa de la norma es el *interés* que se proyecta en la *precomprensión* (Esser 1983/133).

Es necesario señalar que la *precomprensión* no es un concepto metodológico. Expresa la *anticipación de resultado* propia de toda actividad práctica. Desde la *precomprensión*, momento inicial del proceso de comprensión jurídica, hasta el instante de la determinación de la regla crucial de la decisión, se extiende una compleja red de nuevas anticipaciones de resultado (*nuevos proyectos de sentido*) (la aceptabilidad de innumerables soluciones se prueba entonces y, en ese proceso, el plano dogmático se interrumpe muchas veces) (Zacaria 1990/22). La *precomprensión*, así, es un concepto que se desarrolla en un plano esencialmente *descriptivo*. Las medidas destinadas a reforzar y controlar la racionalidad que se debe anteponer a los juicios anticipados -*de valor*-, que sirven para orientar la decisión jurídica se elaboran en otro plano, *prescriptivo*.

## 31. Circunstancias que la interpretación considera y que influyen en la decisión judicial

Puesto que la interpretación es *comprensión*, la decisión judicial, según Frosini (1991/11) toma en cuenta y se determina por las palabras de la ley y por los antecedentes judiciales; por la figura delictiva que se imputa; por las interpretaciones elaboradas por las dos o más partes en conflicto; por las reglas procesuales, por las expectativas de justicia nutridas por la conciencia de la sociedad; y finalmente, por las convicciones del mismo juez, que puede estar influido, de forma decisiva, por preceptos de ética religiosa o social, por esquemas doctrinales en boga o por instancias de tipo político. Con frecuencia creciente, el juez toma en cuenta el derecho en su totalidad y no solamente un determinado texto normativo.

En cuanto a las "expectativas de justicia nutridas por la conciencia de la sociedad", *vide Michel Rosenfeld* (1998).

Page 96

La decisión judicial necesariamente implica elementos emotivos y volitivos, dado que el juez decide siempre dentro de una situación histórica determinada, formando parte de la conciencia social de su tiempo.

## 32. Las innumerables soluciones correctas

En este punto hay un aspecto que debemos subrayar: aunque el intérprete se encuentre vinculado por los textos, especialmente por los textos de los *principios*, el hecho de que la interpretación consustancie una prudencia influye en que puede variar, dentro de un lapso determinado y específico, el sentido que diversas autoridades judiciales atribuyan al mismo texto, al decidir sobre asuntos idénticos.

Anteriormente me refería a la imposibilidad de atribuir a cualquier decisión interpretativa la calidad de verdadera o falsa (si consideramos la verdad como *aedaequatio rei et intellectus*). Cuando mucho podríamos decir que estas u otras decisiones son *lógicamente verdaderas*, en la medida en que se relacionan lógicamente con los argumentos usados para justificarlas (y sin embargo, eso sólo es una prueba de su *corrección*).

Además, las decisiones interpretativas siempre se toman en función y en razón de un *problema*. Y las soluciones atribuibles a los *problemas jurídicos* no pueden definirse exclusivamente a partir de la atribución de algún significado a determinado texto, aunque tomando en cuenta múltiples variables.

Afirma Habermas (1992/74) que, en la aplicación (*Anwendung*) de las normas, que se realiza siempre de acuerdo con el contexto, la imparcialidad del juicio no se logra simplemente al preguntarnos lo que todos preferirían en una determinada circunstancia, sino si consideramos de manera pertinente todos los aspectos importantes que caracterizan la situación. Para poder decidir cuáles son las normas que debemos aplicar a un caso dado -normas que pueden entrar en conflicto entre sí, y que es necesario colocar en orden de importancia a la luz de ciertos principios-, se requiere, en primer lugar, establecer si la descripción de la situación es efectivamente exhaustiva y pertinente (*angemessen*) en relación con todos los intereses en Page 97 juego. Como demostró Klaus Günther, la razón práctica actúa siguiendo dos modalidades diversas: en el ámbito de la justificación de las normas, determinando los intereses que son *susceptibles de ser generalizados*; por otro lado, en el ámbito de la aplicación de las normas, se individualizan de modo *pertinente y exhaustivo* -a la luz de las reglas de la competencia mutua- cuáles son las conexiones importantes. Ésta es la base regulativa que debe orientar los procedimientos legales encaminados a institucionalizar la imparcialidad de la jurisdicción.

Debemos subrayar que *cuestión de hecho* y *cuestión de derecho* están íntimamente relacionadas: en cada decisión de un caso real realizada con base en una norma<sup>21</sup> -afirma Hassemer (1985/73)-, la persona que debe tomar la decisión necesita informaciones que no se derivan de la norma pero que, sin embargo, determinan la decisión.

Recuérdese que 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).

En este punto quiero referirme a dos valiosas observaciones de Pontes de Miranda (1945/XI-XI y XVI): "El sistema jurídico contiene reglas jurídicas, y ellas se formulan con base en los conceptos jurídicos. Es necesario estudiar lo fáctico, es decir, las relaciones humanas y los hechos a que ellas se refieren, para saber cuál es su base fáctica, o sea, en lo que ellas inciden, lo que ellas señalan. Ahí es donde se ejerce la función esclarecedora, diferenciadora, crítica, correctora, de la investigación jurídica. El concepto de base jurídica lo tienen que preservar por los interesados en comprender las leyes y las operaciones de interpretación y juicio"; "Quien afirma: 'he aquí el sistema jurídico', afirma que existen elementos fácticos sobre los que incidió la regla jurídica".

Tan disociada del *derecho* -y jurídicamente inútil- como la interpretación aislada de textos de derecho (asunto que abordaré más adelante) es plantear su aplicación (del *derecho*) sin desarrollar la investigación del Page 98 "*conjunto de hechos*" que se toma en cuenta con el fin de indagar si alguna regla incide en él o no.

Es fundamental recordar aquí que *interpretación* y *aplicación* no se realizan autónomamente; el discernimiento del sentido del texto se realiza a partir y en razón de un caso determinado.

No obstante, la lista posible de decisiones correctas, relacionadas con la interpretación de cada texto de derecho, es siempre limitada. Su extensión no es ilimitada, aunque es suficientemente grande para permitir que el derecho siga estando al servicio de la realidad.

## 33. La actualización del derecho

Existe otro aspecto que es necesario considerar: la interpretación del derecho se encamina hacia la *actualización* del derecho.

La actualización, siempre y necesariamente, se realiza en el marco de una situación dada y, por eso mismo, debe exponer el enunciado semántico del texto en el *contexto histórico del presente* (no en el contexto de la redacción del *texto*).

Todo texto pretende ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva y distinta. Esta afirmación - apunta Marí (1991/243)- y la observación de Gadamer de que comprender es aplicar, son el anverso y el reverso de la misma medalla.

Las leyes, según Gadamer (1991/380 ss.), no pretenden ser interpretadas históricamente, por lo que toca a la interpretación volverlas concretas a través de su validez jurídica. El texto debe ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva y distinta. La movilidad histórica de la comprensión, relegada a un segundo plano por la hermenéutica romántica, representa el verdadero centro de una hermenéutica adecuada a la conciencia histórica (el intérprete tiene que aprehender la tensión natural entre el momento de la construcción del texto [el pasado] y el momento de la construcción de la norma [el presente] y enfrentar así la movilidad de la situación concreta a la que tiene que aplicarse esa norma) (p. 380). El intérprete no pretende nada más que comprender el texto, comprender lo que dice la tradición y lo que le da sentido y significado al texto. Para comprender eso no puede ignorarse a sí mismo ni a la situación hermenéutica en que se encuentra. Está obligado a relacionar el texto a esta situación, si pretende discernir algo de él (p. 396). El jurista siempre se refiere a la ley en sí misma. Pero su contenido normativo tiene que determinarse en relación con el caso al que debe ser aplicada. Para tener un conocimiento exacto de ese contenido normativo es necesario recurrir al conocimiento histórico del sentido original. Por eso, el intérprete del derecho tiene que considerar la situación histórica conferida a la ley por el acto legislativo. Sin embargo, no puede basarse, por ejemplo, en los debates que se entablan en el Parlamento sobre la intención de los que elaboraron la ley. Por el contrario, está obligado a reconocer que las circunstancias cambiaron y, por consiguiente, a determinar en nuevos términos cuál es la función normativa de la ley (pp. 398-390). La tarea de la interpretación consiste en dar concreción a la ley en cada caso, es decir, en su *aplicación* (p. 401).

En la *Ética Nicomaquea* (V 14, 14 1.137 b,10-20), Aristóteles distingue entre la equidad y lo equitativo, relacionados con lo justo, y observa que lo equitativo, aunque sea justo, no es lo justo

conforme a la ley, sino un correctivo de la justicia legal. La razón de ello es que la ley es siempre general y existen casos en los que no es posible estipular un enunciado general que se aplique con rectitud. En los casos en que es necesario que el enunciado se limite a generalidades, y es imposible hacerlo correctamente, la ley no toma en cuenta sino los casos más frecuentes, sin ignorar los errores que eso pueda acarrear. Mas no por ello la ley deja de ser correcta, porque la culpa no es de ella, ni del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, porque en razón de su propia esencia, la materia de las cosas prácticas tiene un carácter irregular. Por eso, cuando la ley expresa una regla general y surge algo que está fuera de esa formulación general, es necesario -ahí donde el legislador omitió la previsión del caso y pecó por exceso de simplificación- corregir la omisión y volvemos intérpretes de lo que el mismo legislador habría dicho si estuviera presente en el momento actual, y en lo que hubiera hecho Page 100 constar en la ley si conociera el caso en cuestión. Lo que Aristóteles muestra, como señala Gadamer (1991/390), es que toda ley se encuentra en una tensión necesaria respecto a la concreción de la acción, porque es general y no puede contener en sí la realidad práctica en toda su concerniente. Y prosigue: la ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma, sino porque, ante el tipo de orden al que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas.

Anteriormente afirmé que, en la interpretación de textos normativos, se produce algo análogo a lo que sucede en la interpretación musical. No existe una sola interpretación 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 sea más romántica, más dilatada, y la otra más serena, las dos son auténticas -y correctas. Pero sucede algo más, ya que se altera, con el tiempo, el "modo de oír" las sinfonías, y de esa manera, podríamos decir que el intérprete de la Sexta Sinfonía la interpreta de acuerdo con las circunstancias determinantes de esas alteraciones en el "modo de oír" la música y -paradójicamente-, una interpretación, hoy en día, bajo la conducción del mismo Beethoven, de la Sexta Sinfonía, no sería considerada correcta...

## 34. Las ideologías de la interpretación

Aunque así deba ser, no todos los intérpretes se comportan de acuerdo con esos lineamientos. Wróblewski (1985/72 ss.) distingue dos tipos principales de interpretación jurídica.

El primero considera como valores fundamentales la certeza, la estabilidad y la predictibilidad, y exige que las normas jurídicas posean un significado inmutable; se da importancia a los "*valores estáticos*". Wróblewski llama ese tipo de ideología el nombre de "*ideología estática de interpretación jurídica*". Sus rasgos más característicos son: la certeza jurídica radica en que el derecho no sufra ningún cambio, más que por obra del mismo legislador; así, el significado de una norma jurídica no se Page 101 altera mientras no lo determine el legislador; el significado de cualquier norma jurídica es función de la "*voluntad del legislador*"; las metodologías sistemática y lingüística gozan de preferencia, y se rechaza la metodología funcional como conformadora del proceso de interpretación; cuando se hace uso de esta última, el contexto funcional será el contexto histórico del acto legislativo, p. ej., la *ratio legis* del legislador histórico, la moralidad que el legislador histórico consideró importante para fines interpretativos. La interpretación, así, no es más que un *descubrimiento* y no se admite que cambie o transforme a la norma; el ámbito de la interpretación se opone totalmente al de la actividad legislativa, y son fastidiosos los argumentos políticos que fundamentan ese postulado en alguna versión de la doctrina de la separación de los poderes.

El segundo tipo principal de ideología de la interpretación jurídica considera la interpretación como

una actividad que adapta el derecho a las necesidades presentes y futuras de la "vida social", en la acepción más amplia de esta expresión. Podemos hablar de ella como "*ideología dinámica de la interpretación jurídica*". Éstas son sus características más sobresalientes: la *vida social* corresponde al contexto funcional de las normas jurídicas y toma en consideración el contexto sistémico y lingüístico presente; nada impide que el derecho suscite o anticipé cambios en la vida social; es evidente que la interpretación del derecho lo adapta a las necesidades de la *vida social*, para volverlo más adecuado a ella (esta adaptación es el máximo valor de la ideología dinámica de la interpretación jurídica); el significado de la norma jurídica no es, por lo tanto, ningún hecho del pasado unido por lazos ficticios a la voluntad del legislador histórico (pues su significado varía en la medida en que se alteran los contextos en los que la norma jurídica opera); el lenguaje jurídico varía en la medida en que se alteran los contextos funcional y sistémico; la metodología funcional tiene un lugar preponderante, y el objetivo primordial de la interpretación jurídica es la adaptación del derecho a las necesidades de la vida social; la metodología lingüística privilegia el pragmatismo del lenguaje jurídico, es decir, la dependencia del significado de los términos y las expresiones -especialmente de los términos y expresiones de valor- al contexto de su uso interpretativo actual; la metodología sistémica privilegia la consideración de las continuas alteraciones del sistema jurídico y las características del sistema jurídico vigente en el momento en que se lleva a cabo la interpretación. En suma, en el contexto de ideología dinámica, la interpretación es una actividad *creadora ex definitione*, en la medida en que crea el derecho *en acto*, es decir, el derecho cuyas normas se determinan a través de la interpretación.

Canotilho (1983/24), por otra parte, hace referencia a dos tipos de posturas que pueden asumirse ante la Constitución. La primera, adoptada por aquellos que optan por concepciones ideológicas y políticas sustancialmente diferentes de los mensajes ideológicos consagrados en la Constitución, conduce a la elección de fundamentos interpretativos que les permitan vulnerar, directa o indirectamente, la estructura normativa constitucional.

En la segunda, adoptada por aquellos que están en sintonía con los principios fundamentales relativos a la conformación política y jurídica de la sociedad, contenidos en la Constitución, se ejerce un *positivismo prudente*, indispensable para la conservación de la obligatoriedad normativa del texto constitucional.

Añade Canotilho (1983/224-225): "La primera corriente fue adoptada, durante el agitado periodo de la República de Weimar, por todos los que, oponiéndose al carácter progresista, liberal y democrático de la constitución, acabaron por sobrevalorar la constitución real, y subestimar, por consiguiente, el carácter normativo de la constitución jurídica. Es verdad, como ya se señaló, que una posición unilateralmente positivista puede conducir a un divorcio indeseable entre norma y realidad, o sea, entre el estatuto político contenido en la constitución y el estatuto político que la constitución debe captar normativamente. Esto nos conduce, de nuevo, a defender la unidad sustancial de los aspectos social-real y jurídico para mantener viva, de manera dialéctica, la misma constitución".

Es importante señalar que no me estoy refiriendo, en este momento de la exposición, al método clásico ni a otro método más reciente de interpretación, sino a ideologías contemporáneas, que se citan y se reproducen actualmente, la primera de ellas con mucha más intensidad que la segunda. Y no puedo dejar de mencionar, a propósito, lo preocupante que me parece la seguridad de los que no son aficionados al hábito de la reflexión y, sin pensarlo dos veces, se permiten dictar conferencias totalmente repetitivas sobre lo que se escribía acerca de este tema hace más de cien años, ante auditorios llenos de pasmados apedeutas... La ignorancia es, ciertamente, la madre de la tranquilidad y de la paz intelectual.

## 35. La "voluntad del legislador"

El criterio de la "voluntad del legislador", que fundamenta el método clásico de interpretación del derecho, desempeña un papel de gran importancia en el contexto en donde se conjugan, por un lado, la *ideología estática de la interpretación jurídica* y la posición adoptada por los que tienen principios ideológicos y políticos contrarios a los mensajes ideológicos constitucionales, y por el otro, la *ideología dinámica de la interpretación jurídica* y la postura adoptada por los que están de acuerdo con esos mensajes.

Paulo Bonavides (1998/201) observa, en relación con este tema, que toca a la Constitución, que su interpretación clásica la considera sólo dentro de los parámetros cerrados de la norma, siempre atenta al reconocimiento de la voluntad contenida en ésta. La referencia a la "voluntad del legislador" consustancia, en este contexto, el lugar común compartido por muchos exégetas, ideólogos estáticos y opositores de la ideología constitucional. En el nivel constitucional, la referencia se hace a "la voluntad del legislador constitucional".

El legislador de los exégetas, titular de esa voluntad, y el Dios de los teólogos, son una y la misma persona, puesto que, como observa Vernengo (1977/85), sus atributos son indiscernibles. En otras palabras: el legislador de los exégetas es Dios, y como el legislador es Dios, el derecho positivo es sagrado. Esa doctrina, así, nos lleva de regreso al pasado y al rechazo de cualquier cambio (social o jurídico), ya que el pasado es inmutable. En su seno, el derecho instaura el gobierno de los vivos por los muertos (Wróblewski 1985/76).

Page 104

Carlos Maximilano (1957/33-51) escribió sobre el tema una contundente exposición: "La ley no brota del cerebro de su creador, completa y perfecta, como un acto de voluntad independiente, espontáneo" (p. 35). "El legislador no la extrae de la nada, como si fuera Dios; es sólo un instrumento de la conciencia nacional" -de ahí que la ley puede ser más sabia que el legislador, en la medida en que abarca posibilidades que éste no previó (p. 38). "En una de las fraguas de la ley, el parlamento, que está compuesto de dos cámaras, se funden opiniones múltiples, cuyo conjunto resulta de fragmentos de ideas amalgamadas; cada representante del pueblo acepta por un motivo personal la inclusión de alguna palabra o frase con un objetivo particular al que ella se presta; hay un acuerdo aparente, resultado de profundas contradicciones. Muchas veces la redacción final es imprecisa, ambigua, pues es producto de la ineluctable necesidad de transigir con pequeñas exigencias para acercarse a la idea principal" (p. 39) "El proyecto transita por las dos ramas del Poder Legislativo, avanzando y retrocediendo mediante retoques de diversos tipos, y el autor original de la iniciativa, asombrado del aspecto final de su obra, casi reniega de ella. ¿Cómo descubrir, en ese laberinto de ideas contradictorias, todas parcialmente vencedoras, la voluntad, el pensamiento, la intención rectora y dominante?" (p. 40) "La voluntad del legislador no será la de la mayoría de los participantes en la votación de la norma positiva; porque son muy pocos los que se informan con anticipación sobre los términos del proyecto en discusión; por lo tanto, no pueden querer lo que no conocen. Cuando mucho, desean lo principal: por ejemplo, reducir o elevar un impuesto, imponer o abolir una pena. A veces, ni siquiera: en el momento del sufragio, preguntan de qué se trata, o se adhieren, indiferentes, a los líderes, que a su vez apoyan sólo el voto de algunos miembros de la Comisión Permanente que emitieron su parecer sobre el proyecto. Así, en última instancia, la voluntad del legislador es la de la minoría; tal vez la de una *elite* intelectual o de sus componentes, que figuran en las asambleas políticas siempre de manera minoritaria, *rari nantes in gurgite vasto*" (pp. 40/41). "Por otro lado, no solamente es difícil determinar esa intención volitiva, sino también distinguirla del sentido de la ley, Page 105 o

al menos mostrar qué tanto influyó en el significado de una norma jurídica, y cómo fue impulsada por los motivos generadores de un texto positivo" (p. 41). "El legislador no tiene una personalidad física individual, cuyo pensamiento, inclinaciones y voluntades se aprehendan sin esfuerzo. La ley es un producto de numerosos espíritus, cuyas ideas se funden en un conglomerado difícil de analizar" (p. 44). "La tarea de distinguir, en un todo heterogéneo el *factor psicológico de la intención* (p. 45), además de retrógrada, nos parece temeraria." "Con la promulgación, la ley adquiere vida propia, autonomía relativa; se separa del legislador; se opone a él como un producto nuevo; expande y hasta sustituye su contenido sin modificar las palabras, mostrándose, en la práctica, más previsora que su autor" (p. 48). *Vide* Perelman (1979/ 55-56), Larenz (1983/191 ss.; 1980/312 ss.) y Josef Esser (1983/ 228 ss. y 327 ss.).

Así, la referencia a "la voluntad del legislador", que sólo se puede explicar como um caso de misoneísmo (Carlos Maximiliano 1957/44), pierde todo sentido. La interpretación constitucional, en el nivel lingüístico, es *interpretación semántica*, interesada en la determinación del *significado* de las palabras y expresiones contenidas en el texto de la Constitución. Es decir, que se refiere a "normas reveladas por enunciados lingüísticos", no a la intención o la voluntad del texto o del "legislador constituyente" - y está, como observa Canotilho (1987/148), condicionada por el *contexto*, en la medida en que surge en condiciones sociales históricamente definidas, productoras de determinados "usos" lingüísticos, determinantes para la atribución del significado.

Como ya señalamos, la ley, por otra parte -o más concretamente, el texto normativo-, suele ser más inteligente que el legislador.

## 36. Ideologías de interpretación en la trayectoria de la Suprema Corte norteamericana

El análisis de algunos momentos de la historia de la Suprema Corte norteamericana nos proporciona ejemplos de ambas ideologías.

Page 106

Un ejemplo sobresaliente de *ideología estática de la interpretación* se encuentra en el caso *Dred Scott* (1857) -*Dred Scott vs. Sanford*. En él, la Suprema Corte decidió que: i) al entrar en vigor la Constitución Norteamericana, los negros eran considerados personas de condición social inferior y no ciudadanos; ii) que la Constitución, en realidad, no los incluía al referirse a los ciudadanos. Lo expresaba así la declaración de Taney, presidente de la Corte: "*Nadie, presumo, supondrá que cualquier modificación de la opinión pública o de los sentimientos en relación con esa desventurada raza, en las naciones civilizadas de Europa o en este país, deba inducir a esta Corte a dar a las palabras de la Constitución un sentido más liberal a favor de ellos* (los negros) *del que se les confirió cuando ese documento fue plasmado y adoptado. Semejante argumento sería absolutamente inadmisible en cualquier tribunal que estuviera encargado de interpretarla. Si alguna de sus disposiciones fuera considerada injusta, existe un medio, que ella misma prevé, por el cual pueden hacerse enmiendas en su texto; sin embargo, mientras no sufra alteraciones, tiene que ser interpretada hoy tal como se hacía en el momento de su adopción. No es la misma solamente en sus palabras, sino también en su significado, y delega los mismos poderes al Gobierno, reservando y*

*asegurando al ciudadano los mismos derechos y privilegios; y así, mientras siga existiendo bajo su forma actual, hablará no sólo con las mismas palabras sino también con el mismo sentido y propósito con que habló al salir de las manos de aquellos que la modelaron al ser votada y aprobada por el pueblo de los Estados Unidos de América. Cualquier otra regla de interpretación le restaría a esta Corte su carácter judicial, haciendo de ella solamente un reflejo de la opinión popular o de la pasión del momento" (Bodenheimer 1966/388-389).*

Ejemplo sobresaliente de la ideología dinámica de la interpretación se presenta en el caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), donde Marshall votó afirmando que la constitución norteamericana "iba a durar todavía muchos años y debía, en consecuencia, adaptarse a las diversas etapas del desarrollo humano" (Bodenheimer 1966/389-390).

Por otro lado, el análisis de Miguel Beltrán (1989) de una serie de artículos de Dworkin publicados durante 1987 en el *New York Review of Page 107 Books* sobre la postulación de Robert Bork para ocupar una vacante en la Corte Suprema de los Estados Unidos (postulación que fue rechazada), proporciona un panorama adecuado de la polémica entre *originalismo e interpretación*.

Ahora bien, si todo texto pretende ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva y diferente, la interpretación puede considerarse -si no se tiene la intención previa de distorsionarla para justificar una solución que satisfaga nuestra conveniencia particular- como una actividad que adapta el derecho a las necesidades presentes y futuras de la "*vida social*" (=lo actualiza), en la acepción más amplia de esa expresión.

Los textos de derecho no vehiculan enunciados semánticos cristalizados, congelados en el tiempo; esos enunciados sufren alteraciones que son un resultado de la evolución de la *vida social*, aunque su redacción (la del texto) no sea modificada. Ejemplifíco con base en el ámbito en el cual la *legalidad*, por su obligación de apegarse estrictamente al enunciado de la ley, se manifiesta de modo más evidente: la materia penal. Dice el artículo 233 del Código Penal brasileño que comete un delito quien practica un "*acto obsceno*" en un lugar público, abierto o expuesto al público. ¿Cuál es el significado transmitido por la expresión "*acto obsceno*", por el concepto de acto obsceno? En la década de 1940, por cierto, si las mujeres hubieran ido a la alberca o a la playa usando las estrechas franjas de tela que hoy cubren sus cuerpos, si es que los cubren, estarían cometiendo el delito tipificado en el artículo 233 del Código Penal; hoy, sin embargo, esa conducta, como tal, no se considera un delito, sino -se diría- una agradable manifestación de la evolución de la moda femenina. La moda evolucionó porque se alteraron los patrones culturales y, con ellos, se alteró también el concepto<sup>22</sup> de acto obsceno. Es decir que ahora, a la luz de los renovados patrones culturales, el significado transmitido por la expresión "*acto obsceno*" es otro. Esto significa que la evolución de la vida social, sin que la *redacción del texto* haya sido modificada, condujo a la enunciación de un nuevo significado, de otra *norma*, distinta de la producida en los años cuarenta.

Page 108

## 37. El derecho es algo dinámico

Esto es así porque, además, el derecho, como observó Von Jhering (1884/424), existe en función de la sociedad, y no la sociedad en función del derecho ("*das Recht ist der Gesellschaft, nicht die Gesellschaft des Rechts wegen da*"). El derecho es un nivel de la realidad social.

Así no es necesario reflexionar mucho para comprobar la insuficiencia de la ideología estática de la

interpretación jurídica y de las teorías sobre la "voluntad del legislador". La realidad social es el presente; el presente es vida, y la vida es movimiento.

Ni la "voluntad del legislador" ni el "espíritu de la ley" vinculan al intérprete.

Esser recomienda lo siguiente (1983/334): "Debe volver [el intérprete] conscientemente la espalda a aquel espíritu ya superado y sustituir las anticuadas 'representaciones de la ley' por una solución que haya sido puesta a prueba sobre las 'necesidades de su época', pero cuya legitimación dogmática no puede efectuarse más que merced a los principios generales que entresaca de la sustancia de las antiguas normas, oponiéndose cada vez más a la doctrina clásica de éstas, pero perfeccionando los conceptos desarrollados por tal doctrina".

También es cierto que quien interpreta/aplica no es la misma persona que escribió el texto.

Observa Pontes de Miranda (2000/151-152): "La regla jurídica no está dada por la mayoría, ni tampoco por la totalidad. Puede ser obra de muchos o de algunos, de minorías ínfimas, o de una sola persona. Pero ya vimos que no hay que separar la aplicación y la iniciación de la ley, la realización y la propuesta. La expresión efectiva puede no ser la individual, ni la de unos pocos, ni la de la mayoría, ni la de la totalidad; porque la totalidad resultante no sería la que se aplicara, sino otra, porque entre ellas existe la misma diferencia que hay entre dos momentos: el momento *a* de elaboración y el momento *b* de aplicación concreta. En la costumbre tendríamos la simultaneidad, la confusión, la coincidencia o como quiera Page 109 que eso se llame; pero en la misma costumbre la regla está dictada no por un acto sino por muchos, de modo que resulta de miembros de totalidades distintas."

Lo reitero: la realidad social es el presente; el presente es vida, y la vida es movimiento. La interpretación del derecho no es una mera deducción, sino un proceso de adaptación continua de sus textos normativos a la realidad y a sus conflictos.

El derecho es algo dinámico.

De ahí la necesaria adhesión a la ideología dinámica de la interpretación y a la visualización del derecho como instrumento de cambio social, hasta el punto en que el mismo derecho llega a ser concebido como *una política pública*. Es necesario añadir también la comprensión de que la referencia a un *derecho presupuesto* condicionante de la producción del *derecho puesto* exige tomar en cuenta la virtualidad de un nexo entre ambos; de esta manera, se introducen en el derecho puesto significaciones que no son completamente congruentes con sus significados tradicionales (originales); de ahí, entrópicamente, el surgimiento de un sentido no conservador (transformador) en el derecho.

A partir del presente, en la vida real, surgen las fuerzas que le dan vida al derecho. Así, el significado válido de los textos es variable en el tiempo y en el espacio, histórica y culturalmente.

Hermann Heller (1977/276) proporcionó uno de los ejemplos más expresivos de esta idea, al escribir su *Teoría del Estado*: "Un ejemplo clásico de lo que antecede es el precepto de la igualdad ante la ley que existe en todas las democracias y cuyo contenido tiene una importancia decisiva para determinar la estructura constitucional de cada Estado. Pero ese precepto recibe únicamente su contenido de las concepciones que dominan en la realidad social, y que en la Constitución misma no se formulan o sólo se formulan en muy pequeña parte, sobre lo que debe considerarse igual y desigual. Originariamente el precepto de igualdad, cuya letra no ha experimentado después cambio alguno, se refería tan sólo a la igualdad política de los varones; hoy, en ciertos Estados, se refiere también a la de las mujeres; en la primera mitad del siglo XIX significaba sólo la igualdad de los derechos políticos, mientras que actualmente, y en medida creciente, significa también la

*igualdad social; hasta hace una década se aplicaba, 'según la opinión dominante', nada mas que a la Administración, en tanto que hoy se le interpreta como límite y pauta también para el legislador. Es precisamente esa ausencia de determinación del contenido lo que capacita a esos principios jurídicos para desempeñar una función perpetua en la Constitución".*

Afirma Von Jhering (1943/17): "No es, pues, el contenido abstracto de las leyes, ni la justicia escrita en el papel, ni la moralidad de las palabras, lo que decide el valor del derecho: su realización objetiva en la vida, la energía por medio de la cual se conoce y proclama como necesario, se alcanza y se ejecuta: eso es lo que confiere al derecho su verdadero valor".

La interpretación, observa Betti (1991/547) al hablar de la adecuación del derecho a la realidad sin necesidad de renunciar al derecho positivo, tiene siempre (no puede dejar de tener) el "ufficio di vivificare", mediante una reestructuración incessante, las normas que deben ser aplicadas, siguiendo paso a paso el movimiento perpetuo de la vida social. Sobre la eficiencia dinámica y evolutiva de la interpretación, véase también Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (1957/344-345), citado por Betti (1991/548-549).

Acerca de la Constitución como realidad social, véase Heller (1977/ 267-289).

## 38. El derecho no se interpreta por partes

Por eso mismo, la interpretación del derecho es interpretación del *derecho*, y no de textos aislados, desprendidos *del derecho*.

No se interpretan *textos de derecho* aisladamente, sino *el derecho* en su totalidad.

Santi Romano (1964/211) insiste en que la interpretación de la ley es siempre interpretación, no de una ley o de una norma sola,<sup>23</sup> sino de una Page 111 ley o de una norma considerada en relación con la posición que ocupa en el conjunto del ordenamiento jurídico. Eso significa que lo que efectivamente se interpreta es ese ordenamiento y, en consecuencia, el *texto singular*. Hermann Heller (1977/274), por otro lado, observa que el precepto jurídico particular solamente puede ser concebido, de modo pleno, cuando se parte de la totalidad de la Constitución política. Sobre este punto afirma Geraldo Ataliba (1970/373): "... ninguna norma jurídica surge de manera aislada, como flotando en el aire. Ningún mandamiento jurídico existe solo, vagando en el espacio, sin base ni apoyo. No existe un mandato aislado ni una orden suelta, porque éstos -es algo propedéutico- forman parte de un sistema y están basados en él, o no existen jurídicamente".

No se interpreta el derecho en pedazos, en fragmentos.

La interpretación de cualquier texto de derecho impone siempre al intérprete, en cualquier circunstancia, recorrer el trayecto propuesto a partir de él (del texto) hasta la Constitución.

Por eso insisto en que un texto de derecho aislado, separado, desprendido del sistema jurídico, no expresa ningún significado normativo. Las normas -afirma Bobbio (1960/3)- sólo tienen existencia dentro de un contexto de normas, es decir, en el sistema normativo.

Recordemos que la interpretación del derecho se desarrolla en el ámbito de tres contextos distintos: el lingüístico, el sistemático y el funcional (Wróblewski 1985/38 ss.). En el contexto lingüístico se analiza la *semántica* de los enunciados normativos. Pero el *significado normativo* de cada texto solamente

puede detectarse en el momento en que se analiza dentro del contexto del sistema, para después afirmarse plenamente en el contexto funcional.

## 39. La finalidad del derecho y las normas-objetivo

La alusión al contexto funcional subraya el hecho de que, como señaló Von Jhering (1884/VIII), la finalidad es el origen de todo el derecho Page 112 y no existe norma o institución jurídica que no haya nacido de una finalidad. Así, la afirmación de los significados expresados por los enunciados normativos sólo se determina, plenamente, después del análisis del intérprete, en la búsqueda de esa determinación, en el contexto funcional.

En este aspecto, las *normas-objetivo* revisten un papel de absoluta importancia. Me ocupé de este tema en mi obra *Direito, conceitos e normas jurídicas* (1988/131-153), subrayando que ellas surgen a partir del momento en que el derecho (es decir, los textos normativos) es aplicado como instrumento de gobierno y deja de tener como finalidad única y exclusiva la de ordenación. De esta manera, en su papel de instrumento de gobierno, el derecho pasa a ser aplicado tomando en cuenta la *implementación de políticas públicas*, políticas orientadas a fines múltiples y específicos. Y la definición de los fines de esas políticas se enuncia, precisamente, en textos normativos que consustancian *normas-objetivo* que, gracias a ello, llegan a determinar los procesos de interpretación del derecho.

Esas *normas-objetivo* no se amoldan a los comportamientos conceptuales de las normas de conducta y de las normas de organización, razón por la cual no son explicables como tales. Tratando de definir la función que desempeñan dentro del sistema jurídico, podemos designarlas como normas que hacen explícitos los resultados y los fines en relación a cuya realización están comprometidas otras normas, normas de conducta y de organización. La importancia de éstas, en cuanto índice de los fines que persiguen -lo que hace viable y fluida su eficacia- es crucial.

Es importante ahora detenernos en las observaciones de Dworkin (1987), quien después de oponer los *principios* a las *directrices*, admite que existe una virtual sobreposición entre ambos. De esta manera, la proposición según la cual debe reducirse el número de accidentes de automóvil es una *directriz*, y la pauta que estipula que a ningún hombre puede beneficiarse desde su propia torpeza, un *principio*. Sin embargo, el mismo Dworkin (1987/44) señala que esa distinción puede resultar inexacta si se interpreta que un principio enuncia retirar un objetivo social (p. ej., el objetivo de una sociedad en la que nadie obtenga provecho de su torpeza), o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (p. ej., el principio de que el objetivo propuesto por la directriz es algo laudable) o, incluso, en la medida en que se adopte la tesis utilitarista de acuerdo con la cual los principios de justicia constituyen enunciados de objetivos disfrazados (asegurando así la mayor felicidad para el mayor número de personas). Si se refuta en estos términos la distinción, en determinados contextos -concluye Dworkin-, sus aplicaciones resultarían absolutamente desvirtuadas.

Analizando este tema, Dworkin (1987/22) observa que, en determinados casos, sobre todo en los casos difíciles (*hard cases*), cuando los profesionales del derecho reflexionan o discuten sobre derechos y obligaciones legales, utilizan pautas (*standards*) que no funcionan como reglas sino que operan de otro modo, como principios, directrices (*policies*) o pautas de otra especie. Entonces, se propone el empleo genérico de la palabra *principio* para referirse, en conjunto, a aquellas pautas que

no son reglas; en otras ocasiones, sin embargo, -advierte- lo más preciso es distinguir entre *principios* y *directrices*.

Así, Dworkin denomina como *directrices* a las pautas que establecen objetivos que se quieren alcanzar, relacionados por lo general con algún aspecto económico, político o social (a pesar de que, señala, algunos objetivos sean negativos, en la medida en que indican que determinados aspectos presentes deben ser protegidos contra alteraciones adversas). Y denomina *principios*, por otro lado, a las pautas que deben ser observadas no porque hagan posible o aseguren la búsqueda de determinadas situaciones económicas, políticas o sociales que se consideren convenientes, sino porque su observancia corresponde a un imperativo de justicia, de honestidad o de otra dimensión de la moral.

Las *normas-objetivo* efectivas corresponden a las *directrices* a las que hace alusión Dworkin.

La equiparación entre ambas, por lo demás, se percibe tanto en la exposición de los autores que mencioné en *Direito, conceitos e normas jurídicas* (1988/132-137), como en el texto de Crisafulli (1941/253 ss.),<sup>24</sup> en la mención a la *directiva política* o *indirizzo politico*. Crisafulli, por su parte, las coloca, en su calidad de concepto, en un plano paralelo en relación al que se encuentran los principios generales del derecho: el *indirizzo politico* sólo se puede realizar a través de la ulterior actividad ejecutiva o legislativa del Estado; en este sentido, se traducen en principios generales del derecho, y los principios del derecho revelan siempre la inserción en el ordenamiento, y su traducción en norma jurídica, de ciertas directivas políticas. Esa postulación, de cualquier forma -es necesario subrayarlo- puede conducir a la tesis de la atribución de un carácter meramente programático ("normas constitucionales programáticas") a las normas-objetivo (y también a los principios), lo que, desde mi punto de vista, debe ser rechazado.<sup>25</sup>

Sin embargo, lo importante ahora es detenernos en la reflexión de Dworkin sobre la virtual inexactitud de la distinción entre *directriz* (es decir, *norma-objetivo*) y *principio*. No me parece indispensable condonar esa virtualidad, como si de ella dependiera la misma significación y consistencia de la noción de *norma-objetivo*. Ya anteriormente afirmé, por añadidura, que esta noción sería útil al menos como recurso metodológico para el análisis del derecho. Por último, tanto la aplicabilidad inmediata de las *normas-objetivo* como tales, y la fuerza que asumirían en su papel de principios jurídicos positivados son suficientes para impedir que una simple confusión clasificatoria ponga en riesgo lo adecuado de su posible aplicación.

Nótese, sin embargo, que José Joaquim Gomes Canotilho (1982/ 283) distingue los principios de las "normas-fin", observando que "éstas, no obstante la 'generalidad' de los fines y la función programática e interpretativa que puedan tener, semejante a la de los principios, no poseen la misma 'brillante idoneidad normativa' capaz de justificar la aplicación de la disciplina a casos sustancialmente heterogéneos".

Es urgente subrayar en este punto, además, que la inclusión en el sistema jurídico de *normas-objetivo* implica la introducción, en su "positividad", de los fines hacia los que el sistema se dirige. La investigación de los fines de la norma, desarrollada en el contexto funcional, se vuelve más objetiva; la metodología teleológica reposa en terreno firme.

Sobre este punto observa Luis Cabral de Moncada (1986/66-67): "... la consagración constitucional de un conjunto de objetivos de política económica tiende a transformar en una cuestión de interpretación y de aplicación del derecho todo aquello cuya concretización debería ser un resultado del libre juego de las fuerzas político-económicas. Así, se atribuye un carácter jurídico al ámbito de la pura lucha política, al mismo tiempo que se coloca en manos de los tribunales de fiscalización de la

constitucionalidad de las normas la difícil tarea de control de las medidas de contenido eminentemente político." Y prosigue: "La consagración de disposiciones de alcance programático o directivo es, sin embargo, una consecuencia directa de la constitucionalización de una escala de valores cuya realización se percibe como natural en el modelo de Estado de Derecho Social de nuestros días".

La alusión de Cabral de Moncada al Estado de Derecho Social podría ser interpretada por los adeptos del neoliberalismo (que supone la sustitución de ese modelo por otro que, sin embargo, nunca fue formulado por completo en los discursos neoliberales) como una muestra de la poca importancia de las *normas-objetivo*. Aquí me permito suavemente observar que, a pesar de que la globalización sea un hecho histórico, resultante de la tercera revolución industrial -informática, microelectrónica y de telecomunicaciones-, el neoliberalismo es una opción ideológica que, por cierto, ya se encuentra en proceso de ser superada. El mercado sólo resiste las contradicciones del capitalismo en la medida en que esté organizado y conformado por la mano visible del Estado, instrumentada por un derecho establecido por él, comprometido con la preservación de los mercados, al servicio de la fluidez de la circulación mercantil. De ahí que esas normas sigan siendo importantes, ya sea como índice de los objetivos de las políticas públicas que serán llevadas a cabo,<sup>26</sup> o como instrumentos para la interpretación del derecho.

En este último sentido, las *normas-objetivo* cumplen un papel análogo al de los *principios*.

Page 116

## 40. El caso belga

La existencia -es decir, la "positividad"- en el ordenamiento jurídico de determinados principios que, a pesar de no estar enunciados en ningún texto de derecho positivo, desempeñan un papel de importancia crucial en el proceso de interpretación del derecho, es algo incuestionable.

La exposición de Perelman (1979/105-108) sobre este aspecto es ejemplar: Bélgica, durante la Primera Guerra Mundial, fue casi completamente ocupada por el ejército alemán. El rey estaba en Havre y, dada la imposibilidad de reunir a la Cámara y al Senado, empezó a legislar solo, a través de decretos-ley. Violaba así el artículo 26 de la Constitución belga, según el cual el poder de legislar tenía que ser ejercido en conjunto por el rey, la Cámara y el Senado.

Por ello, con base en el [artículo 25](#) -"los poderes se ejercen del modo establecido por la Constitución"- y en el [artículo 130](#) de la Constitución -"la Constitución no puede suspenderse ni en todo ni en parte"-, la legalidad de los decretos-ley emitidos por el Rey durante la guerra fue cuestionada, pues se consideraron como violatorios a lo dispuesto en el [artículo 26](#) de la Constitución.

Si la teoría de Kelsen fuera adecuada a la realidad jurídica y si el texto constitucional debiera constituir la norma fundamental del derecho belga,<sup>27</sup> la Corte de Casación no habría podido hacer otra cosa que suscribir la argumentación que señalaba la inconstitucionalidad de los decretos-ley emitidos exclusivamente por el Rey. No obstante, la Corte no titubeó en afirmar que precisamente "en la aplicación de los principios constitucionales, el Rey, que durante la guerra era el único órgano del poder legislativo que había conservado su libertad de acción, adoptó disposiciones con carácter de ley que la defensa del territorio y los intereses vitales de la nación demandaban imperiosamente".

Así, la Corte de Casación sufragó la argumentación de acuerdo con la cual la letra de la Constitución, en este caso, resultaba superada por una serie de principios que el Procurador General

Terlinder afirmaba que consustanciaban "axiomas de derecho público": a) la soberanía de Bélgica nunca estuvo suspendida; b) una nación no puede quedarse sin gobierno; c) no es posible un gobierno sin ley, es decir, sin poder legislativo.

Según Perelman (1979/106-107), el Procurador argumentó de esta manera: "Una ley nunca se ha hecho más que para un período o régimen determinado. Se adapta a las circunstancias que la han motivado y no puede ir más allá. Solamente se concibe en función de su necesidad o de su utilidad. Y también, una buena ley no debe ser intangible, pues sólo vale para el tiempo que ha querido regular. La teoría puede tener en cuenta abstracciones, pero la ley, que es obra esencialmente práctica, se aplica a situaciones concretas. Esto explica que, si bien la jurisprudencia puede extender la aplicación de un texto, existen siempre límites a esta extensión, que se encuentra menoscabada cuando la situación que el autor de la ley contempló, se sustituye por otras que quedan fuera de sus previsiones. Una ley -constitución o ley ordinaria- no estatuye jamás más que para períodos normales; para aquellos que ha podido prever. Es obra del hombre y está sometida como todas las cosas humanas a la fuerza de las cosas, a la fuerza mayor y a la necesidad. Existen hechos que la prudencia humana no puede prever y situaciones que no se han podido tener a la vista, en las cuales la norma se ha hecho inaplicable y en las que es preciso, como sea posible, separándose lo menos posible de las prescripciones legales, atender a las brutales necesidades del momento y contraponer algunos medios de fortuna a la fuerza invencible de los acontecimientos".

De esos axiomas<sup>28</sup> (principios) se deriva la incuestionable necesidad de que, en caso dado -estando imposibilitados los demás órganos del poder legislativo para ejercer sus funciones-, el Rey pueda legislar exclusivamente por su cuenta.

Así, como observa concluyentemente Perelman, si consideramos que el ordenamiento jurídico no constituye un conjunto de reglas jurídicas Page 118 cuyo sentido y alcance no depende del contexto político y social, pero sí que tales reglas están subordinadas a los fines en función de los cuales deben ser interpretadas, se imponía la solución adoptada por la Corte de Casación.

La exposición de Perelman concluye con las siguientes consideraciones: "Si se hubiera tenido que interpretar la letra el artículo 130 de la Constitución, la sentencia de la Corte de Casación habría sido, sin duda alguna, *contra legem*. Al limitar el alcance de este artículo a las situaciones normales y previsibles, la Corte de Casación introduce una laguna en la Constitución, que no había estatuido para situaciones extraordinarias, causadas por la fuerza de las cosas, la fuerza mayor o la necesidad.

Notemos que estas consideraciones se aplican a toda disposición legislativa. En la medida en que el juez puede hacerlas intervenir en sus considerandos y en que las nociones que vienen de este modo a limitar el campo de aplicación de la ley dependen en definitiva de su apreciación, pueden introducirse en textos que parecen a primera vista perfectamente claros. Hemos visto cómo un reglamento municipal que prohíbe la entrada de vehículos en un parque vale para situaciones normales en que no se puede invocar la fuerza mayor o la necesidad. Observemos, por otra parte, que la determinación de lo que constituye en cada caso concreto un supuesto de 'fuerza mayor' o de lo que permite invocar el 'estado de necesidad' es con frecuencia tema controvertido. Para unos, que admiten la excepción, el juez debe llenar una laguna de la ley. Los adversarios, en cambio, no dudan en afirmar que se trata de una decisión contraria a la ley y que se crea una 'falsa laguna', para no tener que ajustarse a prescripciones legales imperativas". (1979/107-108).

## 41. Los principios

"Les principes 'empruntent une partie de leur majesté au mystère qui les entoure.'"

Jean Boulanger.

En el futuro, cuando el investigador de la historia del derecho brasileño se detenga en la Constitución de 1998, y después, en las contribuciones doctrinarias desarrolladas a partir de ella, encontrará ahí ciertamente un gran cambio de perspectiva -o como está de moda decir, un gran cambio de paradigma.

En la última década del siglo XX, prevaleció entre nosotros el paradigma de los principios.

Por un lado, la nueva Constitución es esencialmente principiológica. La obra de José Joaquín Gomes Canotilho fue objeto de una lectura atenta y a partir de ella llegaron a nosotros nuevas concepciones sobre los principios.

Por otro lado, en la misma época empezó a difundirse entre nosotros la obra *Taking rights seriously*, de Dworkin, que introdujo inquietudes que impulsaron la investigación. Dejamos de concebir al derecho como un "sistema de normas" -es decir, de *reglas*-, y empezamos a verlo como un *sistema de principios*.

Ya desde la década de los noventa, disertaciones de maestría y tesis de doctorado abordaron con amplitud el tema de los principios. De todos modos, aunque no me guste hacer este tipo de observaciones, me parece que fui el primer autor brasileño que escribió, de modo detallado y sistemático, sobre ese "nuevo paradigma", dándole una apropiada difusión, en mi tesis presentada para obtener el grado de Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, escrita en 1989 y publicada en 1990 en su primera edición (*A ordem econômica na Constituição de 1988*). Escribí el capítulo de los principios con mucho entusiasmo, nutrido sobre todo por el "descubrimiento" de Dworkin, por un texto de Jean Boulanger -que Antoine Jeamaud me recomendó-, y por un texto de Clemente de Diego, que encontré casualmente en la biblioteca del Max Planck Institut de Hamburgo.

En mi siguiente exposición no me apartaré de aquella realizada en 1989, pero sí intentaré actualizarla, sin tratar de agotar el tema. Lo que me importa ahora es subrayar la importancia de los principios para la interpretación del derecho, pues eso es lo que me motiva a regresar a este tema.<sup>29</sup>

Page 120

## II

### Los principios

## 42. Principios jurídicos/principios de derecho y principios generales del derecho

La reproducción de la situación narrada por Perelman -una verdadera situación límite- es suficientemente expresiva de la circunstancia de que un sistema u ordenamiento jurídico nunca estará

integrado sólo por reglas, sino también por *principios jurídicos* o *principios de derecho*.

La doctrina, bastante preocupada respecto a la distinción entre principios y reglas y al asunto del conflicto entre principios, no ha subrayado, como sería de esperarse, una distinción previa entre los *principios jurídicos* o *principios de derecho* y los *principios generales del derecho*.

Jerzy Wróblewski (1988/317) define los primeros, sucintamente, como reglas, palabras ("*noms*") o construcciones que sirven de base al derecho como fuentes de su creación, aplicación o interpretación.

La expresión *principios jurídicos* es, sin embargo, polisémica.

Genaro Carrió (1990/209-212) indica siete focos de significación contenidos en el vocablo *principio*, lo que desemboca nada más y nada menos que en once significados posibles de la expresión "principio jurídico".

Jerzy Wróblewski (1988/318) enumera cinco tipos de principios jurídicos: "a) 'Principe positif du droit': c'est la norme explicitement formulée dans le texte du droit positif, à savoir soit une disposition légale, soit une norme construite à partir des éléments contenus dans ces dispositions; b) 'Principe implicite du droit': c'est une règle traitée comme prémissse ou conséquence des dispositions légales ou des normes; c) 'Principe extrasystémique du droit': c'est une règle traitée comme principe, mais qui n'est ni principe positif du droit, ni principe implicite du droit; d) 'Principenom du droit': c'est le nom caractérisant les traits essentiels d'une institution juridique; e) 'Principe-construction du droit': c'est la construction du législateur rationnel ou parfait, presupposée dans l'élaboration dogmatique du droit ou dans l'application et l'interprétation juridique."

Page 121

Desde 1955, en su tesis de doctorado defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, Jean Schmidt (1955) observó que la palabra principio puede ser interpretada en dos sentidos: i) como *fuente* o *base* y ii) como línea directriz o hilo conductor. Sólo en este segundo sentido es posible admitir que un principio esté sujeto a excepciones en el seno de su propio dominio, pues una línea directriz no impide la presencia de elementos divergentes (1995/4). En la primera acepción, no obstante -como *fuente* o *base*-, el principio no admite excepciones, salvo las provenientes de otro principio y, por lo tanto, ajenas a su campo (1955/14). En busca de una noción científica de principio, Schmidt (1955/297) afirma que los principios son extraídos de la ley mediante la interpretación, consustanciando las ideas básicas del derecho de las instituciones o de los textos que los constituyen. Los principios -que nacen de la interpretación y surgen como resultado de la asimilación por un jurista de un conjunto de textos (leyes y jurisprudencia interrelacionadas) unidos entre sí por la voluntad de ese jurista (1955/67)-, son relativos, y sus contenidos reflejan la personalidad del intérprete (1955/297). Es importante señalar que, para Schmidt (1955/34), la personalidad del intérprete es decisiva para la formulación de cada principio, de manera que cada principio será el resultado de la asimilación de un texto (o de varios textos) por una persona. El principio es sugerido por el texto, pero el intérprete aporta al texto una parte de sí mismo; el temperamento de cada jurista se integra al que se extrae del texto para formar el principio ("le tempérament de chaque juriste s'intègre à ce qui dégage du texte, pour former le principe"). Así, el principio es una idea, base de un texto, que nace de la interpretación, al mismo tiempo intuición y método, y que surge como resultado de la asimilación de un texto por un jurista.<sup>30</sup> El texto de Schmidt es rico en análisis de la jurisprudencia francesa y anticipa cuestionamientos que sólo a fines del siglo pasado la doctrina estuvo en condiciones de enfrentar.

Antoine Jeammaud (1982/618) distingue los *principios generales del derecho* de aquellos que llama *principios jurídicos que constituyen reglas jurídicas*.

Page 122

Los *principios jurídicos que constituyen reglas jurídicas* no pueden calificarse como verdaderos o falsos, sino solamente como vigentes y/o eficaces o como no vigentes y/o no eficaces. Pertenecen al lenguaje del derecho.

Los *principios generales del derecho* pertenecen al lenguaje de los juristas. Son proposiciones descriptivas (y no normativas) a través de las cuales los juristas refieren, de manera sintética, el contenido y las grandes tendencias del derecho positivo.

En innumerables ocasiones, sin embargo -prosigue Antoine Jeammaud-, un *principio general del derecho* es empleado por la jurisprudencia para fundamentar una decisión. Se dice, en este caso, que el principio es "descubierto" en el ordenamiento positivo. El principio descriptivo es transformado así en principio "positivado"<sup>31</sup> de inspiración doctrinal. *Principio general del derecho* es así, para Antoine Jeammaud, un principio aún no "positivado", pero que puede formularse o reformularse por la jurisprudencia.

De acuerdo con la clasificación propuesta por Wroblewski, los *principios positivos que constituyen reglas jurídicas* corresponden a los *principios positivos del derecho*; se trata de textos normativos explícitamente formulados en el contexto del derecho positivo. Entre los *principios generales del derecho* encontraremos los *principios explícitos del derecho*, los *principios extrasistémicos del derecho*, los *principios nominales del derecho* y los *principios-construcción del derecho*.

Sin embargo, considero pertinente hacer dos críticas tanto a la exposición de Antoine Jeammaud como a la de Wróblewski.<sup>32</sup>

Por un lado, los *principios jurídicos/principios de derecho* no consustancian *reglas de derecho*. Es por ello que son *principios* y no *reglas*.

Ambos autores, por otra parte, coinciden en el error de confundir los *principios jurídicos/principios de derecho "no positivados"* con los *principios generales del derecho*, que es precisamente la confusión que critico. Los primeros no resultan de la positivación de *principios generales del derecho*, como veremos a continuación.

## 43. ¿Cuáles principios?

En su carácter de *sistema*, el derecho se define como un orden axiológico o teleológico de principios generales (Canaris 1989/77).

En este punto, es importante investigar cuáles son los principios que constituyen ese orden.

En primer lugar, por supuesto, tenemos los *principios explícitos*, recogidos en el texto de la Constitución o de la ley.

Otros componentes de ese orden son 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.<sup>33</sup> Es el caso, por ejemplo, del *principio de la motivación del acto administrativo* (art. 93, X de la Constitución) y el *principio de la imparcialidad del juez* (arts. 95, parágrafo único y 50, XXXVII de la Constitución).

Por último, tenemos también los *principios generales de derecho*, llamados también *implícitos*, reunidos en el derecho presupuesto, como el de la prohibición del enriquecimiento sin causa. Nótese que me refiero a los principios generales *de derecho* y no a los llamados "principios generales del derecho".

No hay que confundir, evidentemente, los principios generales del derecho, y menos aún los principios generales de derecho, con los llamados por algunos "principios teóricos", elaborados en el ámbito de la Teoría General del Derecho, en el nivel conceptual (p. ej., ordenamiento jurídico, sujeto de derecho, derecho subjetivo, poder, obligación, capacidad, competencia, etc.) (Crisafulli 1941/ 257-261).

Page 124

Así tenemos, como componentes de ese orden, los *principios explícitos* y los *principios implícitos*, estos últimos descubiertos en textos normativos del *derecho puesto* o en el *derecho presupuesto* de una determinada sociedad.

A partir del análisis de la Constitución francesa, Antoine Jeammaud (1982/619) indica la existencia (positivada), en ella, de lo que denomina *principios-norma con valor constitucional* y de los *principios fundamentales*, refiriéndose en primer lugar, entre estos últimos, a aquellos que circunscriben el dominio de la ley en sentido formal (cf. el artículo 34 del texto constitucional francés). Esos "principios fundamentales" contienen los principales lineamientos de las instituciones a las que hace referencia el artículo 34, 4 de la Constitución francesa ("4. La ley prescribe los principios fundamentales sobre: La organización general de la defensa nacional; la libre administración de las colectividades locales, sus atribuciones y sus recursos; La enseñanza; El régimen de la propiedad, de los derechos reales y de las obligaciones civiles y comerciales; El derecho del trabajo, el derecho sindical y la seguridad social"), que solamente pueden definirse o alterarse a través de la ley en sentido formal. Su calificación como "fundamentales" no confiere a esos "principios" ningún valor excepcional. La expresión, en el contexto de dicho artículo 34, designa las *reglas* que sólo la ley puede editar, modificar o derogar y los *objetos de esas reglas*, es decir, las relaciones que ellas abarcan y los mecanismos que organizan. Y prosigue Antoine Jeammaud (1982/620), afirmando que es distinto el sentido de los "*principios fundamentales*" (pues éstos sí están dotados de autoridad suprema, aunque no sean continentes de verdaderos enunciados normativos), a los que alude el Preámbulo de la Constitución francesa ("Después de que los pueblos libres hayan vencido a los gobiernos que intentaron sujetar y degradar a las personas, el pueblo francés proclama de nuevo que todos los seres humanos, sin distinción de raza, religión o creencia, poseen derechos inalienables y sagrados. Por ello, reafirma solemnemente los derechos y las libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 y los *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*" (el subrayado es mío). Se trata, en primera instancia, de principios "descubiertos" en las leyes de la República, que son elevados a la categoría de *principios-norma con valor constitucional*. En segunda instancia, al reflexionar sobre algunos "principios políticos, económicos y sociales" expresamente mencionados, se les señala como "particularmente necesarios en nuestra época". En relación con los *principios-norma con valor constitucional*, observa Antoine Jeammaud (1982/620-621): "Introduits en 1946 pour des raisons tout à fait contingentes et sans intention délibérées de propulser certaines dispositions des lois antérieures au sommet de la hiérarchie des normes, la formule finale de cette proposition est demeurée

pratiquement inaperçue jusqu'à sa redécouverte par le Conseil constitutionnel en 1971. Il y a donc tout juste dix ans que le juge constitutionnel a invoqué pour la première fois cette promotion des 'principes fondamentaux reconnus par les lois de la République' pour considérer que le principe de la liberté d'association posé par une loi de 1901 était passé du rang de norme à valeur législative à la dignité de règle à valeur constitutionnelle et rendait ainsi contraire à la Constitution la disposition d'un projet de loi adopté par le Parlement instaurant un contrôle préalable de la formation des associations. Cette découverte ou redécouverte d'une 'nouvelle catégorie constitutionnelle', selon le mot du Professeur J. Rivero, a inauguré une extension du contrôle de la régularité juridique des lois votée par un Parlement alors trop enclin à adopter les projets de lois soumis par le gouvernement. Elle a incité à rechercher quelles dispositions expresses ou principes implicites de lois déjà en vigueur méritaient cette qualification et la promotion hiérarchique qui y est attachée. Il ne peut s'agir à l'évidence que de normes ayant vocation, par leur contenu même, à s'appliquer à toutes les situations concrètes, existantes ou éventuelles, relevant d'un même genre et entretenant un lien étroit avec les 'valeurs' sur lesquelles est censée reposer l'organisation sociale française. Il doit s'agir, d'autre part, de 'lois de la République', c'est-à-dire de textes législatifs promulgués depuis l'instauration durable du régime républicain il y a un siècle, mais aussi sans doute de certaines lois datant de l'époque de la Révolution amorcée en 1789. Jusqu'au changement politique récemment intervenu, on pouvait estimer que constituaient de tels principes fondamentaux un certainPage 126 nombre de règles traduisant l'idéologie libérale et déjà énoncées ou impliquées par des lois positives". Sintetizando la exposición de Antoine Jeammaud, tendríamos, en la Constitución francesa (y me refiero en este punto exclusivamente a la categoría de los *principios jurídicos positivados* [= explícitos]): i) una alusión a "principios fundamentales" -en el artículo 34- "principios" que, aunque designados como tales, no son principios jurídicos (la palabra "principio" asume, en el contexto de ese artículo 34, 4, el foco de significación que Carrión (1990/209) señala como referente de una "parte importante de algo", de un "núcleo básico"); ii) "principios fundamentales" -los del Preámbulo, primera parte- "descubiertos" en las leyes de la República, que son elevados a la categoría de principios norma con valor constitucional; iii) "principios fundamentales", expresamente enumerados en la segunda parte del Preámbulo, que también se constituyen en principios-norma con valor constitucional.

## 44. El derecho puesto y el derecho presupuesto

*La alusión al derecho puesto y al derecho presupuesto de una determinada sociedad requiere una breve aclaración.*

He afirmado que el derecho, como nivel del todo social -dado que constituye un discurso o un lenguaje de ese todo- es un elemento constitutivo del modo de producción social. Así, se encuentra dentro de la estructura social, antes de su expresión como *derecho moderno*, es decir, producido por el Estado. Lo que sustento, en resumen, es lo siguiente: la forma jurídica es inmanente a la infraestructura, como *presupuesto* interior de la sociedad civil, pero la trasciende, en la medida en que es puesta por el Estado, bajo la forma de derecho positivo.

El Estado pone el derecho -derecho que emana de él-, el que hasta entonces consistía en una relación jurídica interna, en el seno de la sociedad civil. Pero esa relación jurídica que preexistía, como *derecho presupuesto*, cuando el Estado establece la ley se transforma en *derecho puesto* (*derecho positivo*).

Page 127

Así, el derecho presupuesto brota de (en) la sociedad, al margen de la voluntad individual de los hombres, pero la práctica jurídica modifica las condiciones que lo generan.

En otras palabras, el legislador no es libre para crear derecho puesto (derecho positivo), pero este mismo derecho transforma su propia base. El derecho presupuesto condiciona la elaboración del *derecho puesto*, pero éste modifica al *derecho presupuesto*.

El derecho que el legislador no puede crear arbitrariamente -insisto- es el derecho positivo. El *derecho presupuesto* condiciona la producción del derecho puesto (positivo). Pero el *derecho puesto* transforma la base misma de aquél.

Esto significa, en otras palabras, que *el derecho presupuesto condiciona la elaboración del derecho puesto (derecho positivo), pero éste modifica al derecho presupuesto*.

*En mi libro O direito posto e o direito pressuposto (2000), el lector puede encontrar la exposición desarrollada de esta tesis.*

## 45. El derecho y los derechos

La alusión al *derecho puesto* y al *derecho presupuesto* me hace volver a todo lo que ya he dicho, en relación a que no tenemos que hablar concretamente *del derecho*, sino *de los derechos*.

Afirmar que el modo de producción de la vida social determina el derecho es afirmar que el *derecho presupuesto* es un producto cultural. Cada modo de producción produce *su cultura* y el derecho presupuesto nace como elemento *de esa cultura*.

El modo de producción capitalista, modo de producción esencialmente jurídico, requiere un *derecho puesto*, construido sobre su correspondiente *derecho presupuesto*, derecho presupuesto que es un elemento constitutivo del modo de producción capitalista.

Page 128

Por ello -repito-, no me parece posible cuestionarnos sobre *el derecho*. El análisis histórico conduce a la verificación de que a cada modo de producción pertenece un derecho propio y específico. Cada derecho, en cada modo de producción puro, es expresión de un *derecho presupuesto*.

En cada sociedad estatal, sin embargo, coexisten varios modos de producción social, aunque uno de ellos sea el más característico de ella. Ahora bien, aunque domine en esa sociedad el *derecho presupuesto* del modo de producción dominante, el *derecho puesto* de cada sociedad es un resultado de la coexistencia histórica de todos esos modos de producción (Poulantzas 1967/154-155).

Esa circunstancia explica la especificidad de cada derecho en cada sociedad. No se trata de afirmar que cada modo de producción presupone la existencia de *su derecho*, sino de decir que en cada sociedad se manifiesta *un determinado derecho*, producto de la coexistencia del *derecho presupuesto* del modo de producción dominante en esa sociedad, junto con los *derechos presupuestados* de otros modos de producción que, en esa sociedad, coexisten con el modo de producción dominante.

Recuerdo, en este punto, la ironía de Von Jhering (1987/262) cuando se refería a la profesión de fe jusfilosófica de cuantos pretenden ser admitidos en el cielo de los conceptos jurídicos: "El hombre carga en su sentimiento jurídico -que, por haberle sido conferido por la Naturaleza, es siempre el mismo en todos los pueblos y en todas las épocas- todas las verdades jurídicas generales; la diversidad histórica de los derechos, que parece ser incompatible con eso, debe atribuirse en parte a la

imperfección del pensamiento y en parte al derecho positivo, que se mueve siguiendo el libre arbitrio o por meras razones de conveniencia"...

## 46. Derecho presupuesto y principios

Los *principios generales de derecho -principios implícitos*, existentes en el *derecho presupuesto*- no se encuentran fuera del ordenamiento jurídico, sino que son *descubiertos* en su interior. Vamos a dejar eso muy claro, para que no haya ninguna duda al respecto: esos principios, si existen, ya están positivados; si no fuera así, no son tomados en cuenta.

Page 129

Para que podamos hablar conscientemente de *un derecho* -el derecho aplicado en determinado Estado- tenemos antes que ser conscientes de todo lo que señalé antes: en cada sociedad se manifiesta *un determinado derecho*.

Así, es importante observar que los principios de derecho que descubrimos en el interior del ordenamiento jurídico son principios *de este* ordenamiento jurídico, *de este* derecho.

Los principios latentes que existen bajo cada ordenamiento, es decir, bajo cada *derecho puesto*, reposan en el *derecho presupuesto* que le corresponde. En este *derecho presupuesto* los encontramos o no; de ahí los rescatamos, si preexistieran en él.

Existen principios que datan de épocas históricas, principios que se reproducen de modo razonablemente uniforme en múltiples derechos presupuestados. Eso no invalida, sin embargo, la verificación de que incluso esos *principios históricos* se manifiestan -o no se manifiestan- en los *derechos presupuestados* que correspondan a cada *derecho positivo*.

Ejemplifico esto con el llamado principio del Estado de Derecho. Su construcción, ciertamente, puede identificarse como proyecto común a las sociedades que transitan del autoritarismo a la democracia. Pero es cierto, también, que a menos que pensemos en la idea de Estado de Derecho como un desdoblamiento de un hipotético Derecho Natural Racional (lo que rechazo), en cada derecho presupuestado se manifiesta, como propio, el principio del Estado de Derecho.

En este punto, debemos subrayar que el derecho presupuestado es la sede de la que emanan los principios.

## 47. La no transcendencia de los principios

Lo que deseo afirmar<sup>34</sup>, enfáticamente, es la no transcendencia de los principios implícitos, principios generales de un determinado derecho.

Page 130

Su "positivación" no se produce mediante su rescate del universo del derecho natural, como tantos suponen. Dicha "positivación" no es constituida, sino simplemente reconocida en el instante de su descubrimiento (del principio) en el interior del derecho presupuestado de la sociedad a la que corresponde. Vamos a ser muy claros: estos principios no son "positivados", puesto que ya son

positivos. Es una tontería pensar que el juez, el jurista, el profesor, sea el responsable de la alquimia de transformar algo precisamente en lo que ya era desde antes.

Los principios, dice Jean Boulanger (1950/66-67), existen, aunque no se expresen o no se reflejen en textos legales. La jurisprudencia se limita a *declararlos*; no los crea. El enunciado de un principio no escrito es la manifestación del *espíritu* de una legislación.

"No escritos -afirma François Ewald (2000/68)-, los principios generales no son 'inventados' por el juez, sino 'descubiertos' por él. De esa manera, se busca subrayar que el juez no es su autor, y evitar la acusación de arbitrariedad en su formulación, señalar el recurso a los principios generales del derecho de juicio en equidad. Lo esencial es que los principios sean exteriores al juez, que reconduzcan a una objetividad jurídica". Y prosigue Ewald, citando a W. J. Ganshof van der Meersch: "Ellos se forman independientemente del juez, pero una vez formados, se imponen a él. El juez es el encargado de asegurar que se respeten. Los principios residen en estado latente, en la tradición jurídica, en la Declaración de los Derechos, en los textos constitucionales y en la práctica legislativa y jurisprudencial, de donde el juez los extrae a través de una especie de trabajo de interpretación".

En el mismo sentido, Georges Vedel (1980/378) observa que "un principe général procède non d'une invention, mais d'une *découverte du juge*".

La doctrina, al elaborar esas proposiciones descriptivas, no inventa nada (*non inventa nulla*); sólo se limita "a dare adeguata espressione concettuale a *qual cosa* che trova già, come un dato, più a meno esplicito, nell'ordinamento al quale quella costruzione dogmatica si riferisce (e dal quale, portanto, dipende essenzialmente)" (cf. Crisafulli 1941/261-262, y también F. Clemente de Diego 1916/294).

Page 131

A fines del siglo XIX, Michoud (*apud* Gény 1919/40, nota al pie) afirmaba la posibilidad de que un conjunto de textos que haya dado como resultado un principio jurídico no expreso taxativamente en ellos, sino deducido por el intérprete, asuma un valor idéntico al de una regla escrita textualmente en forma de ley. Michoud subrayaba, sin embargo, que ese principio tendría que estar en germen en el texto, o sea, debía de expresar la manera en que el legislador concibe las relaciones sociales. Dicho en otras palabras: debe expresar lo que sería la voluntad del legislador, no la concebida por el intérprete, con la libertad de una investigación filosófica.

Tales principios, como observa Q. Mucius Scaevola (*apud* Clemente de Diego 1916/290), gozan de vida propia, de valor sustantivo... pero después del Código -se refiere al *Código Civil* español- tienen vida civil; "así como el ser que nace tiene vida física esté o no inscrito en el Registro, y este sólo confirma civilmente tal sentencia, así el Código en su artículo 6º únicamente ha venido a ratificar el valor de los principios de derecho".

Es pertinente detenernos ahora en la exposición de Karl Larenz sobre el tema. Los principios jurídicos son los pensamientos directivos de una regulación jurídica existente o posible; no son, en sí mismos, susceptibles de aplicación, como si fueran reglas, aunque puedan transformarse en reglas. Cuando remiten a un contenido intelectivo que conduce a una regulación, son principios "materiales", aunque carezcan todavía del carácter formal de proposición jurídica, manifiesto en la conexión entre una hipótesis (*Tatbestand*) y un precepto (*Rechtsfolge*). Los principios sólo indican la dirección donde se encuentra la regla que es necesario establecer (1979/23-24; 1985/32-33). Son pautas orientadoras de la normación jurídica que, gracias a su fuerza de convicción, pueden justificar decisiones jurídicas; expresan especificaciones de la idea de derecho (1983/294-295 y 347; 1980/418 y 465). El principio es el primer paso para la consecución de una regulación, y a este paso deben seguir otros. No se

obtiene mediante la generalización de la regla, por el contrario: para obtenerlo es necesario un retorno desde la regulación hasta los pensamientos que subyacen en ella, en razón de los cuales la regulación surge como algo dotado de sentido; la suposición de que bajo determinada regla Page 132 existe un principio concreto es, para el jurista, una hipótesis de trabajo, que encuentra confirmación si en ella se puede encontrar un pensamiento rector al que sea posible dirigir sus disposiciones concretas, de tal suerte que éstas formen un conjunto que tenga sentido (1979/ 25-26; 1985/35). Así -prosigue Larenz- lo que Dolle llamó el "descubrimiento jurídico" (*Juristische Entdeckung*) no es más que la formulación, por primera vez, de determinado principio (o de un nuevo ámbito de aplicación de éste) mediante el que dicho descubrimiento es capaz de convertirse en parte integrante del derecho, como un todo con sentido (*Sinngegenzen*) (1983/295, 1980/419).

Poulantzas (1965/313) intenta descubrir la relación existente entre los principios generales del derecho y la noción de visión del mundo; esta noción constituye la totalidad significativa de la situación global de una sociedad en un momento de la historia; toda estructura jurídica específica puede reducirse más o menos inmediatamente a esa visión; los principios generales del derecho constituyen precisamente vínculos significativos entre la visión del mundo y las estructuras específicas del derecho; constituyen, por su carácter de directrices normativas generales de una orden jurídica, las concretizaciones -los objetivos inmediatos del derecho- de la visión del mundo y, como tales, los peldaños significativos del tránsito de la estructura jurídica a esta visión.

"Los principios constitucionales -observa Cárcova (1996/208)- son construcciones históricas incorporadas al Estado de Derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática".

Sobre la construcción de principios por el Consejo Constitucional y por el Consejo de Estado francés, *vide* Franck Moderne (1998/ 495-518).

## 48. (Sigue)

Insisto: en cada ordenamiento jurídico subyacen determinados principios. Se trata de los principios generales *de ese derecho* -que, aunque no se encuentren enunciados en un texto escrito, están considerados en ese ordenamiento, en estado latente.

Page 133

Crisafulli (1941/48) afirma que los principios generales son "quei principi *latenti* nel sistema del diritto positivo" (el subrayado es mío).

A propósito, observa Francesco Ferrara (1978/160): "*Todo el edificio jurídico se basa en principios supremos que forman sus ideas directivas y su espíritu, y no están explícitos, sino implícitos en el orden jurídico. Estos principios se obtienen por inducción, partiendo de principios particulares para llegar a conceptos más generales, y por generalizaciones sucesivas hasta las cumbres más elevadas. Y es evidente que mientras más alto se lleve esta inducción, más amplio es el horizonte que se abarca*".

No se olvide que en este punto me refiero a los principios que, aunque no enunciados expresamente en el *derecho puesto*, existen en estado latente en el *derecho presupuesto*.

Ello no significa, sin embargo, que cada ordenamiento jurídico incluya *todos* los principios generales de derecho. Un ordenamiento jurídico abarcará un determinado tipo de ellos; otro tomará en cuenta un

tipo distinto de principios generales de derecho. Sobre este punto señala Clemente de Diego (1916/294): "Pensar en otros principios distintos de los que están embebidos en la obra general legislativa y de derecho de un pueblo para componer y gobernar y completar el edificio de un derecho positivo, era tanto como abrir la puerta a la introducción de reglas exóticas que destruyesen las líneas de éste y entronizar la confusión y el desorden y la arbitrariedad allí donde deben reinar la claridad, la armonía y la precisión y seguridad."

Aquí, de nuevo, cito la bella exposición de Clemente de Diego (1916/ 293-294): "... los principios aludidos son, por lo pronto, los informadores de nuestro derecho. El legislador, al formular las normas concretas de un derecho positivo, traduce y desarrolla los principios que se dan en su conciencia; pero con ello no hace obra de creación individual, porque sin negar sus legítimos influjos e iniciativas esos principios están dados objetivamente en la conciencia popular, en el material del derecho histórico, en la realidad social. El derecho positivo no es mero producto de la voluntad del legislador, no es pura creación de su mente, es un producto sociológico, es una creación de la sociedad. Cada pueblo tiene su sistema Page 134 jurídico propio, aun compuesto de diversos elementos positivos; 'a un examen diligente aparecen coligados y como partes de un verdadero y propio organismo'. Los principios elaborados en el seno de la sociedad por obra, en definitiva, no hay necesidad de decirlo, de la razón individual permanecen como en el subsuelo de las formaciones jurídicas; ellos alumbran al legislador y al oscuro iniciador del derecho consuetudinario, llevan la dirección del progreso jurídico y forman como la reserva normal de las nuevas apariciones o creaciones de derecho. Evidente nos parece que en ese primer aprovechamiento de los principios no quedaran éstos agotados y como consumidos y dispersos en las normas particulares dictadas por el legislador, y es natural suponer que al invocar éste los principios generales de derecho para suplir las lagunas de sus disposiciones, habrá querido referirse a aquellos principios que ya utilizó, y cuyo rico contenido ofrece como espléndida cantera para la formación de nuevas reglas". Véase también la página 303.

## 49. (Sigue)

Por un lado, los principios generales de derecho no constituyen creación de jurisprudencia, y por otro, tampoco son preexistentes al ordenamiento de manera externa. Así, la autoridad judicial, al considerarlos de modo decisivo para la definición de determinada solución normativa, simplemente comprueba su existencia en el seno del ordenamiento jurídico, del derecho que aplica.

Se trata -y en este punto quiero referirme explícitamente a los principios *descubiertos* en el seno de una Constitución- de principios que, aunque no se encuentren explícitamente enunciados en la Constitución, están implícitos en su seno (Canotilho 1982/278 y nota 147). De esta manera nos alejamos del planteamiento de Karl Larenz (1979) sobre la noción de un "derecho correcto". Nos alejamos también, por otro lado, de la tesis de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, cuando está fundada en el derecho supralegal no positivado (Bachof 1977).

Page 135

Es indispensable, en este punto, enfrentarnos sin miedo al punto crítico, formulado en los siguientes términos por Feuerbach (*apud* Esser 1961/14 y 15): "es necesario salir de lo positivo para volver a entrar en lo positivo".

Jean Boulanger señala: los principios no son exteriores al orden jurídico positivo (1950/53); son elementos del orden jurídico (1950/55); existen, aunque no estén reflejados explícitamente en los textos de ley, y la jurisprudencia se limita a declararlos (1950/67). Véase también, en este sentido,

Perelman (1979/104). Menezes Cordero (1989/6) describe el principio jurídico como "una fórmula obtenida mediante una elaboración científica y destinada a reflejar los grandes vectores del orden jurídico, expresando orientaciones presentes en varias normas, influyendo en la conformación de las fuentes e interfiriendo directamente, en ciertos casos, en las soluciones concretas".

Así, la afirmación de que las fuentes del derecho son la ley, las costumbres y los principios generales del derecho es una falacia, puesto que los principios están en la Constitución; y los que son extraídos de la Constitución o de leyes son, como dice Luis Prieto Sanchís (1998/50), "consecuencias interpretativas".

Los principios generales de derecho son, así, efectivamente *descubiertos* en el interior de determinado ordenamiento. Y lo son -repito- justamente porque en este mismo ordenamiento (es decir, en su interior) ya se encontraban en estado latente.

Por lo tanto, no se trata de principios que el aplicador del derecho o el intérprete pueda rescatar fuera del ordenamiento, en un orden suprapositivo o en el derecho natural. Insisto: ellos no son *descubiertos* en un ideal de "derecho justo" ni en una "idea de derecho".

Luis Díez-Picazo (1983/205-206) observa que la tradición de un país o la ideología dominante en él pueden originar principios que en rigor no tienen nada que ver con el derecho natural, como quiera que éste se interprete. El problema de la admisión o no admisión de la sucesión *causa mortis*, de su regulación legal o según la voluntad del fallecido y de la identificación de cuáles deben ser los herederos puede dar origen -prosigue Díez-Picazo- a un principio general de Page 136 derecho, sin que éste pueda atribuirse a verdades derivadas de la razón natural, de la naturaleza de las cosas o a verdades objetivamente derivadas de la ley divina. Observa Cornelutti (1936/120-121): "I principi generali non sono dunque qualche cosa che esista *fuori dal diritto scritto*, ma *dentro il medesimo*, poiche non si ricavano da altro che dalle norme costituite. Sono dentro il diritto scritto come l'alcool e dentro il vino; sono lo spirito o la essenza della legge. Perciò sono principi di diritto positivo, non di diritto naturale o di diritto storico; la storia o la filosofia non sono ciò *da cui* si ricavano, ma eventualmente ciò *con cui* si ricavano i principi generali dalle norme costituite, cioè mezzi per la interpretazione di queste; somigliano ai reagenti adoperati per poterne estrarre meglio la essenza." Por lo demás, en lo que respecta a la "idea de derecho", si no hay *derecho* -sino *los derechos*-, son innumerables las "ideas de derecho".

Es importante dejar bien sentado, así, el hecho de que los principios generales de derecho integran también, al lado de los principios jurídicos explícitos, el derecho positivo.

Empleo en esta afirmación una versión de "derecho positivo" distinta de la concebida por Kelsen y también por Hart. A propósito, nótese que la crítica de Carrión (1990/233) a la exposición de Dworkin conlleva el esfuerzo de demostrar que los principios jurídicos forman parte del derecho, como fue señalado desde el punto de vista del "positivismo jurídico" de Hart; Carrión, no obstante, observa que eso -la inclusión de los principios en el derecho positivo- no es posible dentro de la versión positivista de Kelsen.

Se pueden deducir otras consecuencias importantes de esa verificación: la primera ataúne a la circunstancia de que, en realidad -más tarde hablaré de ello-, no existe la discrecionalidad judicial; el juez, incluso cuando se encuentra frente a lagunas normativas, toma decisiones vinculado a los principios generales de derecho.<sup>35</sup>

No existe, así, la posibilidad de la "libre creación del derecho", dado que ésta se reduce a la búsqueda

de los principios (*vide* Jean Boulanger 1950/65). Sin limitarme por lo tanto a admirar el texto de Clemente de Diego (1916), cito de nuevo algunos trechos tomados de sus páginas: "La ilimitación con que se ofrecen los principios, ya que ellos son *in ultimum subsidium* fuente de solución para todas las cuestiones jurídicas no comprendidas en el marco de la ley y de la costumbre; la indeterminación, vaguedad y generalidad que son como consustanciales a su naturaleza; la fecundidad y flexibilidad maravillosas de que están dotados por su propia esencia, no son bastante a justificar un arbitrio soberano y caprichoso en el juzgador para formular decisiones subjetivas y producir novedades inconsideradas que pugnen de todo en todo con el orden jurídico constituido. Precisa no olvidar el carácter evolutivo con que ha sido concebida nuestra codificación civil (base 1<sup>a</sup>), y las cautelas y garantías y limitaciones con que se pretende llevar a cabo la reforma decenal (disposiciones adicionales). La necesidad de la integración del derecho civil en el momento presente, en la aplicación diaria de uno y otro momento, está servida, decíamos, en el artículo 6º del Código, con la gradación establecida de las fuentes normativas civiles; la necesidad de la integración *in futurum*, remozando las instituciones del derecho civil, está servida en las disposiciones adicionales. Aquél está dictado principalmente para el juzgador, éstas para el legislador futuro y directamente para sus inmediatos colaboradores. Si para el propio legislador y sus inmediatos colaboradores se quisieron y se dictaron esas limitaciones, ¿cómo no habrán de quererse para todos los demás que participan de algún modo, y no por uno tan eminentes en la elaboración y progreso del derecho? Instrumento tan delicado y fecundo como el de la producción de derecho o invención jurídica que no sin garantías se quería en manos del legislador, ¿cómo habría de ponerse sin ninguna garantía en manos de los intérpretes y aplicadores del derecho?" (1916/ 294-295); "Si el que tiene en sus manos el poder legislativo para dar soberanas decisiones en abstracto y aprióricas reglamentaciones de las relaciones sociales creyó prudente limitar y enfrenar su arbitrio, ¿cómo habría de otorgarle supremo e ilimitado al poder judicial para dar sus decisiones concretas, según las circunstancias de cada caso?" (1916/296).

Paralelamente, conviene recordar que la aplicación del derecho no puede reducirse meramente a un ejercicio de aplicación de una regla o Page 138 de un principio: lo que se aplica, siempre, es el *derecho* y no normas jurídicas, aisladamente. Incluso cuando el Poder Judicial (para que un derecho con aplicación inmediata asegurada constitucionalmente pueda ejecutarse) deba proporcionar por escrito cierto texto normativo, lo que produce, en cada decisión que tome, es *derecho* y no una norma aislada.

## 50. Importancia de los principios

La importancia de los *principios* es enorme. Es tan grande que de su inserción en el proyecto constitucional se deriva la disposición de los preceptos constitucionales de acuerdo con una estructura jerarquizada. Esto significa que la interpretación de las reglas consideradas en la Constitución es determinada por los principios, como veremos más adelante.<sup>36</sup>

Los principios, según Larenz (1979/24; 1985/33) cumplen una *función positiva*, que consiste en la influencia que ejercen sobre las decisiones jurídicas y, de esta manera, en el contenido de regulación que tales decisiones establecen, y una *función negativa*, que consiste en la exclusión de valores contrapuestos y de las normas que reposan sobre esos valores.

Afirma sobre el tema Celso Antônio Bandeira de Mello (2001/ 771-772): "Un principio -ya lo dijimos antes- es, por definición, el mandamiento esencial de un sistema, su verdadero cimiento, la disposición fundamental que irradia sobre diferentes normas constituyendo su espíritu y sirviendo de criterio para su exacta comprensión e inteligencia, para definir la lógica y la racionalidad del sistema normativo, al

que confiere su tónica y sentido armónico. El conocimiento de los principios preside la comprensión de las diferentes partes que componen el todo unitario que recibe el nombre de sistema jurídico positivo. Violar un principio es mucho más grave que transgredir una norma. El incumplimiento de un principio implica no sólo violar un mandamiento específico sino todo el sistema de mandatos. Es la forma más grave de Page 139 inconstitucionalidad, según el nivel del principio afectado, porque representa la insurrección contra todo el sistema, la subversión de sus valores fundamentales, afrenta irremisible para su armazón lógico y corrosión de su estructura maestra".

Agustín Gordillo (1966/176-177), después de afirmar que el principio es, al mismo tiempo, norma y directriz del sistema jurídico, conformándolo desde su interior, señala: "Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual se ejecuta; el principio, en cambio, determina en forma integral cuál ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta. La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero más aún, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más expresamente contemplan".

Afirma Geraldo Ataliba (1985/6): "Incluso en el nivel constitucional, hay un orden que hace que las reglas tengan su interpretación y eficacia condicionada por los principios. Éstos se armonizan en función de la jerarquía establecida entre ellos, para asegurar la plena coherencia interna del sistema (puede encontrarse una demostración cabal de esto en J. M. Terán, *Filosofía del derecho*, p. 146)". Se habla aquí de la *jerarquía sustancial*, distinta de la jerarquía puramente formal, que resulta de los criterios de distribución Page 140 de competencias entre los órganos del Estado; esta última, *formal*, es la jerarquía postulada -y demostrada- por Kelsen (*vide* Luis Díez-Picazo 1983/199, Josef Esser 1.961/90-91 y Otto Bachof (1977/40 ss.). José Souto Maior Borges, en parecer inédito, apunta una jerarquía de importancia incluso entre los principios constitucionales, en la cual tiene una gran preminencia el principio de la isonomía, que "penetra, como una linfa, los demás derechos y garantías constitucionales, rebasando su contenido normativo". La existencia de jerarquías entre principios, por otra parte, ya la mencionaba Clemente de Diego en su artículo de 1916 (1916/293). Por otra parte, José Joaquim Gomes Canotilho, en la 4º edición de su obra *Direito Constitucional* (1987), considera la Constitución como un sistema interno, "basado en principios estructurantes fundamentales que, a su vez, se basan en *subprincipios* y *normas constitucionales* concretizadoras de esos mismos principios. En otras palabras: la Constitución está formada por normas y principios con diferente *grado de concretización* (= diferente densidad semántica)" (1987/129). De esta manera, tenemos, en posición jerárquica, *principios estructurantes*, *principios constitucionales generales*, *principios constitucionales especiales* y *normas constitucionales* (1987/ 131) -confróntese este pasaje con el referido más adelante, de la pág. 81 de la 3ª edición (1983; en la 4º edición, 1987/69). Wróblewski (1985/49-50) afirma que los principios, en el sistema, se sitúan en una posición jerárquica superior a la de las demás reglas (normas) jurídicas.

Por cierto que en ese mismo nivel actúan -y esa verificación se hará evidente en el texto de Perelman - los *principios generales de derecho*.

El mismo José Joaquim Gomes Canotilho (1983) -aunque sostiene firmemente que *todas las normas de la Constitución tienen el mismo valor*, y de ahí afirme que no es sustentable la tentativa de *supra e infra* ordenación de normas constitucionales, ya sea para distinguir entre "normas constitucionales fuertes" y "normas constitucionales débiles" (Maunz), o para fundamentar la doctrina de *normas constitucionales inconstitucionales* (Bachof) (1983/81)- sostiene que los principios constitucionales "proporcionan siempre directrices materiales de interpretación de las normas constitucionales" (1983/201). Y, además, enfatiza que "1) los principios poseen Page 141 una *objetividad y presencia normativa* que los exime de estar consagrados expresamente en algún decreto particular (por ejemplo, en 1976 la CRP no había consagrado el principio de Estado de Derecho, mas no por ello éste dejaba de poseer *presencia normativa* y valor constitucional, dado que podía deducirse de varios preceptos constitucionales); 2) los principios carecen de una *mediación semántica* más intensa, dado que su 'idoneidad normativa irradiante' se encuentra, en general, acompañada de una menor densidad concretizadora (por ejemplo: el principio democrático puede ser esgrimido como principio de interpretación, pero, en general, se concretiza en otras normas de la Constitución)" (1983/199-200). A propósito de la objetividad y presencia normativa de los principios, véase también Canotilho (1982/283).

## 51. El principio es norma jurídica

La teoría ha reconocido sin problemas, en los principios generales del derecho, su carácter normativo y su "positivación".

Desde 1933, Ripert (*apud* Poulantzas 1965/319) señalaba que "(le principe général) c'est une règle mais une règle générale et importante qui en commande d'autres... Les principes du droit sont des règles essentielles sur lesquelles sont greffées des règles secondaires d'application et de technique".

Para Crisafulli (1941/177-181, especialmente, y 244 ss.), "i principi generali sono norme giuridiche" (1941/248); obsérvese en Crisafulli (1941/248-249) que el principio general formulado en una disposición legislativa, sin haber dado lugar todavía a algún hecho normativo dependiente, tiene un valor *programático*. Tércio Sampaio Ferraz Junior (1989/223-224) afirma que ellos son partes constitutivas de la *estructura* del sistema jurídico, no su repertorio; que en su papel de *reglas estructurales* son responsables por la obligatoriedad del conjunto. Así, en ellos reposa la obligatoriedad jurídica de todo el repertorio normativo; en este sentido, hay una identificación entre los principios y las "*reglas de calibración*" a que alude el mismo Tércio Sampaio Ferraz Junior (1989/175-176).

Page 142

Miguel Reale (1974/340) se refiere a los principios como "elementos constitutivos del derecho"; "son enunciados normativos de valor genérico", y añade, "eficaces independientemente del texto legal [que los consagra]" (1974/339). A principios jurídicos o principios de derecho correspondían las *definitiones* o *regulae*, cuya formulación, en el ámbito de la jurisprudencia dialéctica, era posterior a la *distinctio*. Establecida la diferencia entre género y especie, se trataba de definir los principios que las gobernaban. Sobre la formulación de estas *definitiones* o *regulae*, que se expresaban como pequeñas máximas, al estilo de las reglas de gramática, decía Sabino (D. 50.17.I): "*regula est quae rem quae est breviter enarrat ... per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*" (una regla es la proposición que define el objeto tal como es, de modo breve [...] a través de la regla, por lo tanto, se hace una breve narración de las cosas) (cf. Fritz Schulz 1953/64-67). Véase también Esser (1961/ 118-119), 185 y

390), Bobbio (1960/181-184), Vittorio Italia (1994/144). También Paulo Benavides (1998/228 y ss.) realiza la misma observación en su exposición sobre los principios.

De cualquier manera, es conveniente diferenciar los principios positivados por el *derecho puesto* (*derecho positivo*) (= principios explícitos) y aquellos que, aunque no estén expresamente enunciados en él, existen, en estado latente, debajo del ordenamiento positivo, en el *derecho presupuestado*.

Ambos constituyen norma jurídica. Recuérdense las reflexiones de Clemente de Diego (1926/297): En lo que respecta a los principios positivados, no hay duda de que consustancian norma; ahora, en lo que respecta a los no positivados, "van en ella implícitos, y están como latentes en las disposiciones concretas de las mismas. Ambos tienen razón de principio y de precepto, aunque por diverso modo: en los primeros se ostenta desde luego la cualidad de precepto o norma que esconde y no obscurece su virtud de principio; en los segundos hállase más exaltada al pronto su cualidad de principio que no obsta a que pueda tener valor normativo y a que se muestre luego como tal norma. Ciento que el principio habla a la razón y la norma a la voluntad; pero no olvidemos que por ser uno y otra de derecho, ambos ligan a la voluntad y son ordena-Page 143ción de la razón al bien. La especialidad de estas normas consiste en que están concebidas en los términos más generales, son proposiciones abstractas como la ley, pero que alcanzan aún un mayor grado de abstracción, y su virtud imperativa procede no tanto de ellos mismos cuanto de la ley o precepto que los recoge o del nexo lógico y necesario que les liga con las normas concretas de un derecho positivo".

Lo que dificulta la comprensión de la circunstancia de que están dotados de carácter normativo es la indebida superposición de *norma* y *regla* jurídica.

Como subraya Alexy (1986/72 y 77), los principios son también normas: ambos, *principios* y *reglas*, afirman lo que *debe ser*; ambos se formulan a partir de la deontología de la expresión básica de la orden (*Grundausdrücke des Gebots*). Por eso la distinción entre *reglas* y *principios* se equipara a la distinción entre dos especies de norma: "*Jede Norm ist entweder eine Regel oder ein Prinzip*". Cada norma es una regla o un principio. Las normas del sistema pueden revelarse bajo la forma de *principios* y bajo la forma de *reglas* (Canotilho, 1991/171).

## 52. (Sigue)

El texto de la norma jurídica (*proposición normativa*) posee una estructura peculiar: representa determinada situación objetiva, hipotética (*Tatbestand*, hipótesis, presupuesto de un hecho, *facti species*) a la que están ligadas ciertas consecuencias prácticas, que son los efectos prescritos por ella (*Rechtsfolge*, precepto, imposición). La norma jurídica prescribe los efectos enunciados en el precepto o imposición en relación con la situación objetiva que prevé que pueda suceder, desde el momento en que efectivamente suceda. Por eso posee un carácter lógicamente hipotético: enuncia una hipótesis que tiene consecuencias jurídicas (Castanheira Neves 1971-1972/269). El carácter formal de las proposiciones jurídicas se manifiesta en la relación entre una *hipótesis* y un *precepto* de consecuencia jurídica (Larenz 1983/33).

Page 144

No me ocupo aquí de la distinción que Kelsen (1979/110 ss.) hace entre norma jurídica y proposición jurídica; sobre este punto, nótese que Larenz (1983/130; 1980/242) usa el término *Rechtssatzen* - "proposición jurídica" - como sinónimo de *Rechtsnorm* -norma jurídica-: la regla de derecho (norma jurídica) tiene la forma lingüística de una proposición, la "proposición jurídica". No obstante, se

afirma que la proposición jurídica es también la norma jurídica apta -la única- para ejercer la función de premisa mayor en un silogismo judicial (Dietrich Jesch, 1978/31-32).

Como señala Vilanova (1977/50), la formulación verbal de las normas jurídicas positivas no obedece ningún modelo. Lo básico para que un determinado enunciado, aun asumiendo la forma descriptiva, pueda quedar caracterizado como normativo, es la posibilidad de que se vuelva a enunciar siguiendo la siguiente fórmula del lenguaje lógico: "*si se produce un hecho F cualquiera, el sujeto S debe realizar u omitir la conducta C ante otro sujeto S.*"

Así, aunque las proposiciones jurídicas sean *prescriptivas (deónicas)* y no meramente *descriptivas (apofánticas)*, pueden enunciarse -lo que ocurre con frecuencia- bajo una formulación verbal no prescriptiva. Ejempliflico com lo dispuesto en el artículo 22, I de la Constitución brasileña de 1988: *compete privativamente a la Unión legislar sobre derecho civil*; lo que ahí se afirma es que, si un Estado-miembro, el Distrito Federal o un Municipio legislaran sobre derecho civil, estas legislaciones no serían válidas (mientras que, si lo hiciera la Unión, la legislación será válida).

Obsérvese que la sanción, aunque pertenezca a la *naturaleza* del derecho -haciendo una concesión, uso la palabra "naturaleza"-, no participa de la *esencia* de la norma jurídica (véase mi libro *Direito, conceitos e normas jurídicas*, 1988/148-149, en especial las referencias a Santi Romano, a Bobbio y a Hart). Como observa Paolo Semama (1981/96), "el único criterio válido (para que se admita el carácter jurídico de una norma) será el del reconocimiento empírico del hecho de que (la norma) pertenezca efectivamente a una ordenación jurídica, la que constituye un conjunto de comunicaciones y de instituciones que reglamentan las interacciones de los compor-Page 145tamientos de un conjunto determinado de seres humanos" (interacciones de comportamientos, nótese, y no comportamientos específicos). En cuanto a la nulidad como sanción, desde 1844 Coelho da Rocha afirmaba (1984/2): "cuando en alguna ley civil la sanción no es explícita, siempre se sobrentiende la *nulidad del acto*, o la *acción judicial*, que compete al interesado en la observancia de la ley contra el transgresor".

## 53. (Sigue)

Los principios positivados por el *derecho puesto (derecho positivo)* (= principios explícitos) reproducen la estructura peculiar de los textos de las normas jurídicas. Quien quisiera oponerse a esto tendría que admitir, con base en la Constitución, que percibe en ella enunciados que no son normas jurídicas. Así, por ejemplo, tendría que admitir que el artículo 5o, *caput*, de la Constitución de 1988, no enuncia una norma jurídica al afirmar que "Todos son iguales ante la ley..." .

Sin embargo, eso no es sustentable, ya que ahí tenemos claramente - como en los artículos 1o, 2o, 17, 18 y 37, *v. gr.*-, auténticas muestras de *normas jurídicas*. Aunque la mayoría de los principios sean diversos de la mayoría de las reglas, como lo demuestra Jean Boulanger,<sup>37</sup> los primeros llevan en sí el hecho implícito (*Tatbestand*, hipótesis, *facti species*) suficiente para su caracterización como norma. Sólo lo llevan para enunciar una serie indeterminada de *facti species*. En cuanto al precepto (*Rechtsfolge*, obligación), también se muestra en ellos, aunque de modo implícito, que puede complementarse con otra u otras normas jurídicas, tal como ocurre con innumerables *normas jurídicas incompletas*. Éstas son las que sólo hacen explícito el supuesto del hecho o del precepto de otras normas jurídicas y, no obstante, constituyen norma jurídica en la medida en que, como anota Larenz (1983/137), existen en conexión con otras normas jurídicas, participando de su sentido de validez.

Observa Kelsen (1945/45) que los diferentes elementos de una norma pueden estar contenidos en diversos productos del proceso legislativo y Page 146 expresarse lingüísticamente de maneras muy

distintas; así, por ejemplo, cuando el legislador prohíbe el robo, puede inicialmente definir el concepto de robo usando varias frases para componer un artículo de un código, y después definir la sanción en otra frase, que puede formar parte de otro artículo del mismo texto, o inclusive de un texto legal distinto. Esta última frase generalmente no asumirá la forma lingüística de un imperativo o de un juicio que exprese un "*deber ser*", sino la predicción de un acontecimiento futuro. Por lo demás, la necesidad de *concretización* de los principios no es exclusiva de éstos, sino que se manifiesta también en el caso de las normas programáticas propiamente dichas y de las normas preceptivas (Canotilho 1982/280-281).

Por lo que se refiere a los *principios generales de derecho*, no enunciados expresamente en textos explícitos, sino descubiertos en el interior del ordenamiento, son también norma jurídica, aunque estén enunciados en forma descriptiva.

Resultará inútil cualquier intento de separarlos de los principios explícitos a partir de las estructuras proposicionales de ambos. La distinción que se puede operar ahí entre las especies de principios se basa en la diversidad de grados de concretización que les falta, lo que llevó a Larenz (1983/351) a establecer una clase de "*principios abiertos*" y otra de "*principios con forma de norma jurídica*" (*Rechtssatzformige Prinzipien*). Pero ese criterio, en realidad, no permite separar unos de otros (o sea, los principios explicitados por el derecho puesto de los principios generales de derecho, es decir, de cada derecho), puesto que existen ejemplos de principios explícitos cuyos enunciados son normativamente tan o menos densos que los enunciados de principios generales de derecho.

En relación con la circunstancia de que los principios carecen del carácter formal de una proposición jurídica, se plantea el problema que Larenz procura solucionar observando que, aunque necesiten, sin excepción, ser concretizados, es importante distinguir en ellos diferentes grados de concretización. En el grado más elevado, el principio no contiene todavía ninguna especificación de hipótesis y estatuto; no es más que una idea jurídica general (*allgemeinen Rechtsgedanken*) con base en la cual se orienta la concretización ulterior, como su hilo conductor (1983/346; 1980/465) -los "*principios abiertos*" ("*offene Prinzipien*) (1983/351; 1980/471). En oposición a éstos, Larenz coloca los otros, aquéllos que están expresos en una regla inmediatamente aplicable, que no son sólo *ratio legis*, sino, en sí mismos, *lex* -o sea, los principios que denomina "*principios en forma de norma jurídica*" (*Rechtssatzformige Prinzipien*) (*idem; idem*).

En relación con esos "*principios abiertos*" de Larenz, señala Canotilho (1982/281): "Hay que añadir que, si se consideran los principios simplemente como fundamento de una decisión, incluso en los casos en que los presupuestos del *Tatbestand* y los respectivos resultados jurídicos son inequívocos, se pierde, en muchos de ellos, su carácter determinante heterónomo, vinculativo de la función legislativa (p. ej.: principio de la prohibición del exceso, principio de la igualdad, principio de la legalidad, etc.). En toda su extensión, esta tesis equivaldría, a fin de cuentas, a negar la categoría de norma jurídica a los principios-garantía (p. ej.: *nullum crime sine lege*). Por eso se comprende que Larenz haya tenido que distinguir entre *principios abiertos* y *principios normativos*. Al ser ésta una distinción gradual y paulatina, hace notar que, si en algunos casos la mediación semántica es intensa, en otros la densidad sémica de los principios es suficiente para considerarlos estructurados en '*forma de norma jurídica*'".

Ejemplifico con un principio general de derecho, descubierto en la Constitución de 1988 -el de la *motivación del acto administrativo*<sup>38</sup>-, normativamente tan denso como los de la impersonalidad y de la difusión de los actos de la Administración, inscritos en su artículo 37, *caput*, y más denso que el principio de la dignidad de la persona humana, consagrado en sus artículos 1o, III y 170, *caput*.

De ahí la comprobación de que también los *principios generales de derecho* -y no consideramos

exagerado insistir en que se trata de principios *de un determinado derecho*- constituyen, estructuralmente, normas jurídicas. Así, tenemos que, en realidad, la norma jurídica es un *género* que alberga, como *especies*, las *reglas* y los *principios* -incluidos, entre Page 148 estos últimos, tanto los *principios explícitos* como los *principios generales de derecho*.

El vocablo *regla* (jurídica) se emplea aquí con una connotación distinta de aquella que le atribuye Kelsen (1945/45-46), para quien *regla jurídica* es una proposición descriptiva, formulada en el nivel, doctrinario, de la ciencia del derecho. Ésta es la distinción: las *normas jurídicas* -proposiciones prescriptivas- son creadas por las autoridades encargadas de legislar; las *reglas jurídicas o de derecho* son proposiciones descriptivas, establecidas por la ciencia del derecho. La exposición de Charles Eisenmann (1949-1950/299-302) es muy clara. Reciben el nombre de "normas" los elementos que regulan la conducta de los hombres, sus acciones y sus abstenciones, porque no podemos considerar los vocablos "norma" y "regla" como equivalentes. "Regla" es un vocablo que evoca la idea de una reglamentación de carácter general. Pero el ordenamiento jurídico no se compone exclusivamente de disposiciones generales, ya que también comprende otras disposiciones, relacionadas con algún individuo determinado, que se dirigen a una persona concreta, prescribiéndole o autorizándole una cierta conducta. Esas disposiciones "individuales" y no "colectivas" tienen la misma esencia de las reglas generales: reglamentar conductas (aquellas contenidas en las sentencias judiciales, en las decisiones administrativas, en los contratos, en los testamentos). El vocablo "norma" abarca la totalidad de los elementos que regulan - jurídicamente, se entiende- la conducta de los miembros de un grupo, ya sea colectiva o individualmente; al contrario del término "regla", no se asocia con ninguna idea general. Implica esencialmente la prescripción de una conducta, su reglamentación, pero no implica una reglamentación general. El empleo del término "norma" para referirse al conjunto de todos los elementos de la reglamentación -sobre todo jurídica- de la conducta humana, sin referencia a su carácter general o a su carácter especial, lo debemos, prosigue Eisenmann, a la escuela de Viena, a su fundador, Hans Kelsen, y a sus discípulos inmediatos, en especial a Adolf Merkl. Ellos emplearon por primera vez de manera sistemática no sólo el término sino también la noción de *norma*, con el fin de estructurar la *doctrina normativista*, que subraya la esencia normativa de todo lo que es jurídico. Podemos concluir que el uso Page 149 del término "norma", en estas condiciones, en oposición al término "regla" resulta prácticamente axiomático en el marco de esa doctrina. Sin embargo, nada impide (tomando en cuenta, incluso, que las disposiciones "individuales" a las que se refiere Eisenmann también asumen un *carácter normativo*) que hagamos uso del término "regla" para designar una de las especies de "norma".

La distinción postulada por Larenz en verdad opera la separación, no entre diversos *tipos de principios*, sino entre *especies de norma jurídica*. Si la tomamos como criterio para establecer la ponderación de este tema, verificaremos que los "*principios abiertos*" no configuran norma jurídica, sino que los "*principios con forma de proposición jurídica*" estructuralmente son *reglas* -que, sin embargo, conservan en sus contenidos el carácter de *principio*- y que los "*principios abiertos*", que conservan en sus contenidos el carácter de *principio*, no son, estructuralmente, *reglas*.

Además, no existe identificación ni superposición entre *regla* y *norma*, porque no sólo las primeras muestran una estructura proposicional jurídica, ya que también los principios la tienen. Pensemos tan sólo en las *normas preceptivas* que, en busca de su concretización, consustancian *reglas*, que a pesar de tener una estructura análoga a la de *principios*, conforman *normas jurídicas*. Por otro lado, en el caso del derecho brasileño, tenemos el artículo 4o de la Ley de Introducción al *Código Civil*, que impone al juez, en la omisión de la *ley*, decidir el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los *principios generales de derecho*: los principios positivos del derecho están evidentemente incluidos en la *ley* a la que se refiere este precepto; además, al determinar que, en esta hipótesis, el juez decida de acuerdo con los *principios generales de derecho*, el precepto, evidentemente, no lo autoriza a decidir a

partir de criterio *no normativo*.

## 54. (Sigue)

Me parece haber demostrado, después de los planteamientos anteriores, que todos los principios jurídicos consustancian *especies* del género Page 150 *norma jurídica*. La circunstancia de que carezcan de concretización a través de la elaboración de una regla jurídica, regla que debe ser dictada, en última instancia, por el juez en la sentencia, mediante la creación de una norma individual, no los excluye del género. Gracias a la objetividad y presencialidad normativa que los exime de estar consagrados expresamente en algún precepto particular -estas palabras son de Canotilho (1983/199-200)-, su carácter normativo y su inserción en el derecho positivo son incuestionables.

Observa Jorge Miranda (1987/198): "Los principios, así, no se encuentran más allá del derecho (o del mismo derecho positivo); ellos también -en una perspectiva amplia, lejana de las concepciones positivistas, literalistas y absolutizantes de las fuentes legales- forman parte del conjunto de los ordenamientos. Los principios no se contraponen a las normas, sólo se contraponen a los preceptos; las normas jurídicas se dividen en normas-principios y normas-disposiciones". Debemos aquí entender, por *disposiciones*, reglas.

La exposición de Esser (1961/5, 66-67 y 102) apunta en este sentido: aunque opone *norma y principio*, afirmando que no constituyen, en sí mismos, mandamientos (es decir, instrucciones, reglas), sino la causa, criterio y justificación de éstos (1961/67), reconoce que constituyen derecho positivo (1961/90, 93, 121, 169 y 171). Sin embargo -prosigue-, constituyen derecho positivo no como *reglas independientes o autónomas*, sino como condición inmanente del ser y del funcionamiento de las *reglas*. Por eso el principio de la libertad contractual es derecho positivo de los contratos, y la separación de los poderes sería derecho constitucional positivo -aunque no enunciado como principio positivado-, desde el momento en que son recogidos por determinado ordenamiento, sin convertirse en reglas.

## 55. La crítica de Kelsen

Kelsen (1996/151 y ss.) dedica todo un capítulo de la *Teoria Geral das Normas* a la crítica de la exposición de Esser sobre los principios, negándoles cualquier importancia jurídica.

Page 151

La norma individual que expresa la decisión judicial de un caso concreto, afirma Kelsen, puede estar influida por principios morales, políticos o de costumbres, pero su fundamento de validez es el principio formal, de derecho positivo, de la fuerza del asunto juzgado, y no de ningún otro principio. Ninguno de estos principios puede fundamentar la validez de la decisión judicial; sólo una norma general positiva puede hacerlo.

Los principios morales, políticos o de costumbres sólo pueden llamarse *jurídicos* en la medida en que influyen en la creación de normas jurídicas individuales por las autoridades competentes. No obstante, los principios no se confunden con las normas jurídicas con contenidos afines, y el hecho de que sean llamados principios "jurídicos" no significa, como el nombre parece decir, que sean principios de derecho. El hecho de que dichos principios influyan en la creación de normas jurídicas no significa

que sean "positivados", volviéndose parte integrante del derecho positivo. El *principio de justicia* no pierde su carácter de principio moral porque esté elaborado de acuerdo con el contenido de una norma jurídica.

Esos principios -morales, políticos o de costumbres- consustancian, entre otros, los motivos del legislador, sin ser jurídicamente obligatorios; por eso no reúnen las características de las normas jurídicas.

Más adelante, cuando analiza la imprecisión de la alusión de Esser a los "principios" y a las "normas" -imprecisión que incluso hoy en día se repite, enturbiando la claridad del debate sobre el asunto-, y la distancia, en la *Common Law*, entre *principle* y *rule*, Kelsen afirma que, si existe una diferencia entre "principio" y "norma", el principio no puede ser una norma. Con ironía, refiriéndose a Esser, dice que "incluso el título de su libro, *Princípio geral do direito e norma*, implica esa diferencia".

## 56. Principios: descubrimiento y positivación

Esa crítica de Kelsen ha sido generalmente ignorada por los autores que se dedican al análisis del tema de los principios.

Anteriormente hablé de la existencia, en el sistema jurídico, de *principios explícitos* y de *principios implícitos*; estos últimos se han descubierto en el contexto de textos normativos del *derecho puesto* o del *derecho presupuesto* de una determinada sociedad.

Hago notar que no estoy afirmando que los principios implícitos sean "positivados" por el intérprete auténtico al crear normas jurídicas individuales, ya que -no me cansaré de repetirlo- dichos principios no necesitan ser "positivados", puesto que ya están integrados al sistema jurídico en cuestión, y es tarea exclusiva del intérprete descubrirlos en cada caso.

En cuanto a los principios *explícitos*, se manifiestan de modo expreso. Los demás, los *implícitos*, no son "positivados", sino descubiertos en el interior del ordenamiento; pues ya eran, dentro de él, *principios de derecho positivo*, aunque latentes. En otros términos: el intérprete auténtico no "positiva" nada. El principio ya estaba positivado. Si no fuera así, no podría ser inducido.

Debo insistir y dejar muy claro este punto: el acto de "descubrimiento" de un principio latente en determinado ordenamiento es algo declarativo y no constitutivo. Ante esta comprobación, se desvanece efectivamente la crítica de Kelsen.

La exposición de François Ewald (2000/71-73) es iluminadora: "La práctica de los principios generales del derecho expresa una especie de voluntad de la sociedad de ligarse consigo misma a través de su propia historia, de su herencia, de su patrimonio jurídico y constitucional. Inversamente, puede decirse que hoy en día, en ausencia de una posible referencia a la naturaleza, es a través de los principios generales del derecho que la sociedad declara ante sí misma los principios que deben ligarla consigo misma. Se ha visto cómo opera esta función de los principios generales del derecho en las decisiones del Consejo Constitucional relativas a las nacionalizaciones de 1982: en esa ocasión, lo único que hizo el Consejo fue recordar que la elección de un presidente de la República y de una asamblea nacional favorable a su programa político no podían, sin importar sus condiciones ideológicas, tener el valor de una revisión constitucional. En una palabra, la práctica de los principios generales del derecho equivale a hacer de la historia del derecho, y por lo tanto, de la sedimentación jurídica, de la misma positividad del derecho, una fuente del derecho. Hans Kelsen afirmaba que no

era posible formarse un juicio Page 153 sobre una orden jurídica desde el interior, que no se podía juzgarla más que desde un punto de vista moral necesariamente relativo y siempre desprovisto de objetividad. La práctica de los principios generales del derecho desmiente esa tesis, pues muestra la posibilidad de un juicio interno de una orden jurídica sobre sí misma, de una relación del derecho puramente positivo consigo mismo, que no tiene que ver con la invocación de un derecho natural, ni con el recurso a una idea de justicia. Además, la experiencia del positivismo había mostrado que insistir en querer fundar el derecho en una doctrina de la justicia, en la coyuntura del relativismo de las ciencias humanas que caracterizó al siglo XX, no podría sino seguir particularizándolo, y por lo tanto, lo destruiría. La justicia, la naturaleza, todo aquello en que hasta entonces se había depositado una esperanza de universalidad, se mostraban como factores de una guerra infinita. Al no poderse apoyar ya en la filosofía, el derecho sólo podía fundarse en su propia positividad. Hans Kelsen mostraría que ello era posible, y así salvaría la posibilidad misma de la existencia del derecho. La práctica de los principios generales no nos hace dejar el área positivista; hace evidente que existe, en la propia positividad del derecho, la posibilidad de un derecho del derecho. En la práctica jurídica, los derechos del hombre tienen, de ahí en adelante, estatuto de principios. Son, al mismo tiempo, formulados y sancionados como principios. Su validez no se desprende de ninguna referencia a una idea del hombre -la cual, una vez formulada, no produciría más que conflictos y refutaciones-, sino de su inclusión en la tradición jurídica. Esto es así en dos sentidos: por un lado, porque la Constitución que nos rige da origen a nuestra historia en la Declaración de 1789; por otro, porque es a través de esta referencia que se constituye la posibilidad de una jurisdicción basada en principios. En una palabra, los derechos del hombre no deben su validez al hecho de ser la expresión de una filosofía, necesariamente particular, sino al hecho de que dan principio a una historia. Del mismo modo, es tan equivocado como peligroso ver en la historia una amenaza a la existencia del derecho. La historia es, por el contrario, la referencia gracias a la cual se cuenta, hoy, con la posibilidad del derecho. Si tenemos un derecho es porque tenemos una historia. Los principios generales del derecho proponen una de esas prácticas sobre las cuales solía reflexionar Foucault. En primer Page 154 lugar, porque la historia manifiesta la existencia de algo que un pensamiento abstracto calificaba como imposible: una práctica que causa extrañeza y es testimonio de cómo se inventan, en la práctica, las formas de pensar gracias a las cuales los hombres se salvan de tan funesto destino. Porque ellas también requieren, para ser pensadas, de una mayor atención a los hechos y a las experiencias que a las exigencias de la teoría. Y en última instancia, porque la historia es testimonio de que la filosofía, para adecuarse hoy en día a su tradición, debe ser una filosofía de las prácticas de la historia".

## 57. La diferencia entre principio y regla (Dworkin)

En general la doctrina, con el fin de distinguir los *principios* de las *reglas*, se basa en la exposición de Dworkin (1987/22 ss.).

Lo primero que debe señalarse, según él, es que existe una *distinción lógica* entre los principios y las reglas jurídicas.

Las reglas jurídicas son aplicables por completo o son inaplicables absolutamente. Se trata de *todo o nada*. Si los presupuestos de hecho a los que se refiere la regla -el soporte fáctico hipotético o *Tatbestand*- se verifican en una situación concreta, y siendo ésta válida, debe ser aplicada en cualquier caso (1987/24).

Por lo que toca a los principios jurídicos, éstos actúan de modo diverso: incluso los que más se parecen a las reglas no se aplican, automática y necesariamente, cuando se presentan las condiciones previstas como suficientes para su aplicación.

Las reglas jurídicas no tienen excepciones, y esto se afirma en el siguiente sentido: si existen circunstancias que planteen una excepción a una regla jurídica, la enunciación de ésta será inexacta e incompleta sin enunciar también todas esas excepciones. En el nivel teórico, al menos, no hay ninguna razón que impida la enunciación de la totalidad de esas excepciones, y cuanto más extensa sea esa misma enunciación (de excepciones) más completo será el enunciado de la regla. Si la regla - ejemplifica Dworkin (1987/25)- afirma que un testamento no es válido si Page 155 no lo firman tres testigos; no es posible que un testamento que esté firmado por sólo dos testigos se acepte como válido.

Respecto a los principios, la circunstancia de que pertenezcan a un determinado derecho no significa que ese derecho autorice nunca su desacreditación. De acuerdo con el principio que reza que *a nadie le sirve su propio fraude (torpeza)*, Dworkin señala el hecho de que, en determinados casos, el derecho no se opone a que alguien obtenga provecho del fraude que realizó. El ejemplo más sobresaliente es el de posesión indebida: quien se introduzca en un terreno ajeno repetidamente, durante largos períodos, podrá obtener -concedido por el derecho- el derecho de cruzarlo cuando así lo deseé.<sup>39</sup> Dworkin agrega dos ejemplos más: si alguien, incumpliendo su contrato, abandona su trabajo por otro mucho mejor remunerado, estará obligado a indemnizar a su contratante, pero, en regla, gozará del derecho de seguir desempeñando su nuevo trabajo; si un preso escapa de la prisión para realizar una inversión rentable, podrá ser llevado de nuevo a la cárcel, pero las ganancias que haya obtenido seguirán siendo suyas.

Esos tres ejemplos, que constituyen excepciones del mencionado principio, no ocasionan su exclusión del orden jurídico -del derecho- que lo incluya. No importa que el principio esté enunciado de modo incompleto, para que se pueda exigir que se complete mediante la enunciación de dichas excepciones.

Por añadidura, prosigue Dworkin (1987/26), un principio como el mencionado - *a nadie le sirve su propio fraude (torpeza)*- ni siquiera incluye las condiciones suficientes para su aplicación. Introduce una razón para argumentar en una determinada dirección, pero no indica la decisión correcta que deberá ser necesariamente tomada. Incluso puede haber otros principios (o directrices) que apunten hacia la dirección opuesta, de manera que, en un caso dado, ese mismo principio no sea específico del derecho en cuestión e incluso, en otro caso posterior, frente a otro principio o directriz, puede llegar a ser decisivo.

Page 156

Completando su exposición sobre la primera diferencia entre el principio y la regla jurídica, Dworkin añade (1987/26): lo que queremos decir, cuando afirmamos que uno de ellos es propio de nuestro derecho, es que quienes se encuentran en la necesidad de tomar una decisión jurídica de parte del Estado, cuando lo hagan deben, tener esto en cuenta, si es pertinente, como un argumento que puede conducirlos a una u otra dirección.

Una segunda distinción, consecuencia de la primera, separa también, según Dworkin (1987/26), a los principios de las reglas jurídicas. Los principios poseen una dimensión que no es propia de las reglas jurídicas: la *dimensión de su peso o importancia*. Así, cuando se entrecruzan varios principios, quien tiene que resolver el conflicto debe tomar en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos. Esta valoración, evidentemente, no es exacta y, por eso, el juicio sobre la mayor importancia de un principio en relación con otro será a menudo discutible. No obstante, la reflexión sobre si posee esa

dimensión y sobre el sentido de cuestionar su importancia o pertinencia integran el concepto de principio.

Las reglas no poseen tal dimensión. No podemos afirmar que una de ellas, dentro del sistema normativo, sea más importante que otra, de modo que, en caso de conflicto entre ambas, deba prevalecer alguna en virtud de su peso mayor. Si dos reglas entran en conflicto, una de ellas no es válida. Y la decisión respecto a cuál de ellas debe abandonarse tiene que tomarse de acuerdo con consideraciones ajenas a ellas. Un determinado ordenamiento jurídico podrá regular tales conflictos a través de otras normas, que privilegien la regla promulgada por la autoridad de mayor nivel jerárquico, o la regla promulgada en una fecha más reciente, o la más específica, etc. O, incluso, podrá dar preferencia a la regla apoyada en los principios más importantes.

Dworkin (1987/27-28) señala, además, que algunas veces una regla y un principio desempeñan la misma función, y la diferencia entre ambos se reduce casi exclusivamente a una cuestión formal. La Sección I de la Ley Sherman declara nulos los contratos que restrinjan el comercio. La Suprema Corte tuvo que pronunciarse respecto a lo siguiente: ¿esa disposición debe ser considerada como una regla, en sus propios términos (es decir, la impugnación de todo Page 157 contrato que restrinja el comercio, lo que se sigue de casi todos los contratos), o como un principio que establece una razón para que se impugne un contrato, en ausencia de otras directrices efectivas que indiquen lo contrario? La Corte interpretó la disposición como regla, como si en ella estuviera inscrito el vocablo "irrazonable" y, así, solamente prohibiera la restricción "irrazonable" del comercio (*Standard Oil vs. United States*, 221 U.S. 1, 60-1911; *United States vs. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 180-1911). Esto ocasionó que la disposición funcionara lógicamente como regla (siempre que un tribunal interpretara que una restricción es "no razonable", estará obligado a declarar el contrato como inválido) y, sustancialmente, como principio (el tribunal debe considerar una variedad de otros principios y directrices para decidir si una determinada restricción, en circunstancias económicas específicas, es "no razonable"). Por ello - prosigue Dworkin-, palabras como "razonable", "negligente", "injusto", "importante", ocasionan que la regla en la que están incluidas dependa, para su aplicación, de lo que ellas contengan de principios o directrices; la regla se parece, entonces, a un principio. Pero no por esto ella se transforma en principio, ya que la sutil diferenciación entre ambos términos restringe la *clase* de otros principios y directrices sobre los cuales se apoya la regla. Si la regla dice que los contratos "no razonables" son nulos o que los contratos evidentemente "injustos" no deben ser ejecutados, debemos sopesar la cuestión con una mayor atención de la que sería necesaria si esos términos no estuvieran incluidos en ella. Supongamos, sin embargo, un caso judicial en donde la consideración de principios y directrices indique que el contrato debe ser visto como válido o ejecutado, aunque la restricción contenida en él sea no razonable o aquél sea evidentemente injusto. Tratándose de una norma, el contrato solamente podría considerarse como válido, o ejecutado, si ella (la regla) fuera derogada o modificada. Ahora bien, si no se tratara de una regla sino de una directriz contraria a la validación de contratos no razonables, o de un principio excluyente de la ejecución de contratos injustos, el contrato podrá ser validado o ejecutado sin que eso constituya una infracción legal.

Page 158

## 58. Críticas a la exposición de Dworkin

Los textos de Dworkin suscitaron innumerables críticas, algunas de ellas respondidas por él mismo en el apéndice a la cuarta edición de su libro.

Véanse las críticas de Canotilho (1982/279-282) y de Anna Pintore (1982).

Entre todos sus críticos, menciono a Genaro Carrió (1990/226 y 353): "No es cierto que las reglas son siempre aplicables a la manera 'todo-o-nada'. Tampoco es cierto que las reglas permiten, al menos en teoría, enumerar de antemano todas sus excepciones. Para ello habría que imaginar de antemano todas las circunstancias posibles de aplicación, lo que, obviamente, es imposible. Por otra parte, los conflictos entre reglas no siempre se resuelven negando la validez de una de ellas; muchas veces es menester fundar la decisión -que puede incluso asumir la forma de un compromiso- en algo muy semejante al 'peso' relativo de una y otra pauta en el contexto particular del caso que da lugar al conflicto (Hart, *op. cit.*, pp. 160-161). La dimensión de peso no es propiedad exclusiva de pautas como la que establece que a nadie debe permitírsele sacar ventajas de su transgresión".

Carrió (1990/226) sustenta, apoyándose en la exposición de Hart, que todas las reglas, inclusive las específicas, poseen una textura abierta; por ello, contienen excepciones que no se pueden especificar previamente de modo exhaustivo.

Me parece, sin embargo, que el hecho de que las normas jurídicas se expresen en un lenguaje de textura abierta -lo que no tiene nada de malo y, además, es necesario, puesto que las leyes tienen que ser abstractas y generales-, no pone en tela de juicio lo que postula Dworkin. El hecho de que las reglas posean una textura abierta -tal como los principios, de hecho- no implica que estén sujetas a excepciones. Una circunstancia no conduce a la otra. No existe una relación de causa y efecto entre ambas. El hecho de que las reglas tengan excepciones o no depende totalmente del hecho de que estén escritas en un lenguaje de textura abierta. Ade-PAGE 159más, es justamente esa peculiaridad la que permite que determinada regla se aplique a una y no a otra situación, independientemente de que tenga excepciones.

Más allá de que las reglas jurídicas no tengan excepciones que no sea posible enunciar teóricamente, las excepciones a que están sujetos los principios no son susceptibles de enunciación ni siquiera en el nivel teórico. Es decir: no podemos captarlas por medio de una enunciación más amplia y pormenorizada del principio (Dworkin 1987/25). Esa captación es impracticable. No podemos imaginar, de antemano, todas las circunstancias posibles de aplicación de una regla; por ello, éstas se enuncian en un lenguaje de textura abierta, que configura, gracias a la abstracción y generalidad que las caracteriza, un esquema formal, un "módulo de comportamiento" potencialmente idóneo para abarcar un número indefinido de casos, con la única condición de que dichos casos sean reductibles a ese esquema.<sup>40</sup> Y cuando las reglas no se aplican a situaciones futuras, porque éstas no se han concebido en el momento de su enunciación, ello sucede en virtud de que esas situaciones no son reductibles a las reglas (aunque otras sí lo sean, porque la regla tiene una textura abierta). No debemos hablar, entonces, de la excepción a la regla; lo que sucede con esas situaciones futuras es que las reglas no inciden en ellas.

No obstante, por una razón distinta de la enunciada por Carrió, sostengo que las reglas sí tienen excepciones. Como veremos más adelante, dan concreción a principios, de modo que, si se produce un conflicto entre principios, el abandono de uno de ellos en favor de otro implica una pérdida de efectividad de las reglas que le dan concreción a aquél.

En su texto de 1955, uno de los primeros ensayos monográficos desarrollado en Francia sobre los principios, Jean Schmidt (1955/6) transcribe la siguiente afirmación de Pallard, en su tesis presentada en Poitiers, en 1948 (*L'exception de nécessité*): "Toute règle juridique impérative, quel que soit son objet, à quelque branche du droit qu'elle appartienne, est susceptible de comporter dans certains cas particuliers des inconvénients tels qu'on puisse songer à lui apporter une exception". Schmidt (1955/5-6), observando que el derecho no está sujeto al rigor de un sistema matemático, hace alu-PAGE 160sión

a dos comentarios de jurisprudencia: en el primero de ellos, Henri y Léon Mazeaud (1953/695) reflexionan sobre las situaciones excepcionales en las que debe preferirse un determinado principio sobre otro; en el segundo, René Savatier (1953/725) menciona el carácter no absoluto de la regla que establece la fecha de evaluación de bienes que deben ser compartidos, observando que "les circonstances peuvent, pour des raisons d'équité, lui imposer les accommodements".

Por último, me parece que asiste la razón a Carrió cuando afirma que la dimensión del peso no es exclusiva de los principios, porque también puede, en algunos casos concretos, manifestarse influyendo sobre reglas.

Dworkin se ocupa de la distinción entre *norma* y *principio*; no se refiere a la *regla*, especie de norma, sino a la norma en sí, que contrapone al principio. De esta manera, el lector atento podría suponer que, para Dworkin, el principio no es norma, lo que de cierta forma pone en tela de juicio los análisis desarrollados en torno a la distinción entre principio y regla, considerados ambos como norma (especies de norma). Recuérdese que las primeras construcciones de la doctrina brasileña sobre este tema se refirieron siempre a la noción de principio como norma (como especie de norma), y curiosamente ninguno de los autores brasileños enfocó el problema desde la perspectiva dworkiniana. Dworkin toma en cuenta dos principios para refutar el positivismo, mientras nosotros incluimos los principios dentro del positivismo, pues consideramos que los principios son normas. Este aspecto merece una reflexión más detallada. Trabajamos con un positivismo de principios.

## 59. La diferencia entre principio y regla (Jean Boulanger y Crisafulli)

La primera distinción de que se vale Dworkin para distinguir entre principios y reglas ya había sido postulada, en otros términos, por Jean Boulanger (1950/55-56).

Según este autor, regla y principio jurídico tienen en común el carácter de generalidad. De ahí que se podría afirmar que un principio jurídico Page 161 no es más que una regla jurídica particularmente importante, en virtud de las consecuencias prácticas que se derivan de él. Sin embargo -prosigue- no existe entre ambos más que una desigualdad de importancia, que es, en realidad, una diferencia de naturaleza, porque la generalidad de la regla jurídica es diversa de la generalidad de un principio jurídico.

Boulanger demuestra este punto observando que la regla es general porque se establece para un número indeterminado de actos o hechos. No obstante, es especial en la medida en que *no regula más que esos actos o hechos*: es dictada para poder aplicarse a una situación jurídica determinada.

En lo que respecta al principio, éste, por lo contrario, es general porque implica una *serie indefinida de aplicaciones*.

En este sentido, Crisafulli (1941/235-236) recurre al criterio *estructural* para distinguir entre principio y norma particular: los primeros se caracterizan por su *mayor generalidad* en relación con las últimas; el precepto contenido en el principio general no solamente abarca una posibilidad determinada, sino una serie indeterminada de posibilidades, y cualesquiera de ellas es susceptible de proporcionar innumerables -y diferentes- *facti species*; por otro lado, desde el punto de vista del criterio *funcional*, los principios son las normas -escritas y no escritas- de las que lógicamente se derivan las normas particulares -las cuales también están escritas o no- y a las cuales, inversamente, se llega a partir de

estas últimas (1941/239). Así, el criterio *-estructural-* de la generalidad es sólo una consecuencia necesaria de los razonamientos del criterio *funcional*: los principios generales, al estar dotados de una generalidad más amplia, abarcan una serie indeterminada de *facti species* (datos o posibles) distintos (1941/240).

Las reglas jurídicas no incluyen excepciones que no se puedan enunciar teóricamente porque, como observa Boulanger, tienen que aplicarse a situaciones determinadas; en cuanto a los principios, por otro lado, como pueden ser aplicados a una serie indefinida de situaciones, no admiten la misma enunciación de las posibilidades en las cuales no serían aplicables.

Page 162

Antoine Jeammaud, después de reflexionar sobre las características que permiten la conformación de una regla (norma) como principio, desarrolla la exposición respecto a la "generalidad" de los principios. Así (1982/620, nota 12), observa: "Pour être traitée comme principe, une règle doit d'abord présenter une certaine configuration matérielle. On devrait parler d'un élément matériel de la qualification. Mais, considéré isolément, cet élément matériel fait seulement de la règle en cause une règle de principe (par opposition à règle d'exception) ou une règle générale (par opposition à règle spéciale). Dire qu'il s'agit d'un principe au sens qui nous occupe ici, c'est-à-dire d'une norme occupant dans la hiérarchie une place qui fait obstacle à la validité d'autres règles, c'est faire référence à un élément hiérarchique. Mais, tantôt la qualification de 'principe' découle de la constatation que la règle présente à la fois l'élément matériel et l'élément hiérarchique, tantôt la qualification résulte de la constatation que la norme occupe une place éminente dans la hiérarchie et permet d'en déduire qu'elle possède le champ d'application inhérent à l'élément matériel de tout principe, tantôt enfin la qualification repose sur le constat de départ que la configuration de la règle correspond à l'élément matériel d'un principe et conduit à lui reconnaître la place hiérarchique d'une norme de cette catégorie. Dans ce dernier cas, il est clair que le critère de la qualification est de type idéologique. Donc, tout 'principe' présente un élément matériel, un élément hiérarchique, un élément idéologique et, dans le jeu de l'interprétation, la présence de deux d'entre eux peut entraîner la qualification qui emporte à son tour la reconnaissance du troisième élément." Posteriormente, Jeammaud afirma (1982/623): "Mais il existe encore une autre forme de généralité: celle de la proposition normative qui, non seulement a vocation à s'appliquer un nombre indéterminé de fois à des situations réalisant son hypothèse, mais a par ailleurs un objet englobant une série illimitée d'autres objets, qui peuvent ou pourraient être réglés par autant de normes peculiares. On qualifie une telle proposition de 'principe' parce que les règles visant les objets plus spécifiques apparaissent comme autant d'applications spéciales de sa propre disposition. De sorte qu'existe entre celles-ci et celle-là, comme entre leurs objets respectifs, un rapport d'espèces à genre. Mais, Page 163 employée en considération de ce seul rapport, l'expression de 'principe général' signale simplement cette extension remarquable qui permet de recourir à la règle dite 'de principe' pour combler les lacunes ou fonder l'interprétation stricte de toute norme spéciale qui y dérogerait (et serait qualifiée pour cela de 'règle d'exception'). Si cette généralité d'extension manifeste ainsi une portée pratique qui dote la norme en cause d'une relative autorité face à d'autres composantes du système de droit, cela ne signifie pas qu'elle bénéficie d'une position privilégiée dans la hiérarchie des règles du dit système. Or, les 'principes généraux du droit' dégagés par la jurisprudence du Conseil d'État tirent leur originalité et leur intérêt de leur place dans cette hiérarchie: si le législateur peut les écarter ou y déroger, ils s'imposent en revanche au pouvoir réglementaire quel qu'il soit, de sorte que des normes posées par décret ne sauraient en aucun cas y déroger. Cette catégorie a d'ailleurs été 'inventée' par le juge administratif pour encadrer l'activité normatrice du gouvernement et de son administration. Les principes généraux du droit au sens propre -les seuls à mériter cette appellation si l'on a le souci d'éviter l'accumulation des confusions- se caractérisent donc par une triple généralité: une *généralité logique* en tant que normes, une *généralité d'extension* en tant que règles 'principe', et

surtout une généralité par l'intensité correspondant à une autorité singulière dans la hiérarchie, qui est le trait distinctif de cette catégorie de normes."

## 60. La diferencia entre principio y regla (Zagrebelsky)

Al ocuparse de las normas constitucionales de principio, Gustavo Zagrebelsky (1990/107) observa que, mientras las *reglas* establecen lo que se debe y lo que no se debe hacer en circunstancias que ellas mismas determinan, los *principios* establecen orientaciones generales que deben seguirse en casos que puedan presentarse y no están predeterminados en el mismo principio. Por eso los *principios* tienen una capacidad expansiva mayor que la de las *reglas*, pero al contrario de éstas, necesitan una actividad posterior de *concretización* que los relacione con los casos específicos.

Page 164

Por otra parte -añade el autor (1990/108)-, de la capacidad expansiva estructural de los principios se deriva claramente la posibilidad del surgimiento de conflictos entre diversos principios constitucionales, razón por la cual la relación entre ellos es conflictiva.

## 61. La diferencia entre principio y regla (Alexy)

Robert Alexy (1986/75-77) sostiene que el punto decisivo para distinguir entre *reglas* y *principios* reside en que estos últimos son normas que ordenan que algo se realice en la medida en que sea posible, dentro de las posibilidades jurídicas y materiales existentes. Así, los *principios* son *mandamientos de optimización*, y su característica principal reside en el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados, y en que la medida justa de su cumplimiento no depende tan sólo de las posibilidades materiales, sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y las reglas que se oponen entre sí.

Las *reglas*, por el contrario, son normas que solamente pueden o no ser cumplidas. Si una regla es válida, entonces tiene que hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por consiguiente, las *reglas* son determinaciones en el ámbito de lo que es fáctica y jurídicamente posible. Eso significa que la diferencia entre *reglas* y *principios* es *cualitativa* y no de grado, y que toda *norma* es una *regla* o un *principio*.

Por otra parte, al consignar el hecho de que los conflictos entre reglas se producen en la dimensión de la validez, mientras que los conflictos entre principios (puesto que sólo los principios válidos pueden chocar entre sí) se realizan dentro de la dimensión del peso (1986/76), Alexy, establece claramente esa diferencia.

Un conflicto entre reglas, dice Alexy (1986/77), solamente puede resolverse si una cláusula de excepción, que dilucide el conflicto, se introdujera en una regla o por lo menos si una de las reglas fuera declarada Page 165 nula. Jurídicamente, una norma es válida o no, y cuando es válida y es aplicable a un caso, sus consecuencias jurídicas son válidas también.

Ahora bien, cuando se presenta un enfrentamiento de *principios* (1986/79), sucede algo completamente distinto, pues si algo está prohibido por un principio, pero otro lo permite, uno de ellos se deberá, lo que no significa que el principio al que se renuncia sea declarado nulo o que en él se introduzca una cláusula de excepción.

Así -puesto que los *principios* tienen un peso diferente en cada caso concreto, y el *principio* de mayor peso es el que domina-, si los conflictos entre *reglas* se desarrollan en la dimensión de la *validez*, la colisión de principios (y sólo los *principios* válidos pueden chocar), se efectúa fuera de la dimensión de la *validez*, es decir, en la dimensión del peso, o sea, del valor (1976/79).

Alexy (1986/126-127) observa también que los *principios* son *mandamientos de optimización* y pertenecen al ámbito deontológico, mientras que los valores están incluidos en el nivel axiológico; lo que en el modelo de los valores es *lo mejor*, en el modelo de los principios es *lo que se debe hacer* (1986/133).

Habermas (1992/310-312), siguiendo la exposición de Alexy, observa que las normas (*principios*) obligan a todos sus destinatarios, sin excepción, a cumplir las expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores deben ser considerados como preferencias intersubjetivamente compartidas. Los valores expresan preferencias -el carácter preferencial- de bienes que en colectividades específicas se consideran válidos como para luchar por ellos, y que se adquieren o se realizan mediante acciones dirigidas a determinadas finalidades. Las normas surgen con una pretensión de validez binaria: son legítimas o son ilegítimas. Como en el caso de las sentencias asertivas, sólo podemos asumir una posición ante éstas con un "sí" o un "no", o bien, postergando el juicio. Los valores, en contraste, afirman relaciones de preferencia que nos dicen que ciertos bienes son más atractivos que otros; de ahí podemos concordar más o menos, con un juicio de valor. La validez-deber de las normas tiene el sentido absoluto de una obligación incondicional y universal; lo que "se debe hacer" pretende ser algo bueno para to-Page 166dos. El atractivo de los valores tiene el sentido relativo de una evaluación de bienes que se volvió algo establecido y adoptado por las culturas y las formas de vida: las decisiones serias de valor o las preferencias del nivel más alto nos indican, en primer lugar, lo que es bueno para nosotros. Normas distintas no deben contradecirse recíprocamente, si pretenden ser válidas para el mismo círculo de destinatarios; deben enmarcarse en un conjunto coherente, o sea, formar un sistema. Valores distintos compiten entre sí por tener prioridad; en la medida en que encuentren un reconocimiento intersubjetivo en una cultura o forma de vida, constituyen configuraciones flexibles plenas de tensión. Normas y valores, por lo tanto, difieren entre sí, en primer lugar, porque se refieren, respectivamente, a acciones obligatorias o a acciones teleológicas; en segundo lugar, por los códigos binarios o graduales de sus pretendidos valores; en tercero, por su carácter absoluto o relativo; y, finalmente, por los criterios que los conjuntos de sistemas de normas tienen que cumplir ante los requerimientos de los sistemas de valores. El hecho de que normas y valores se distingan por esas propiedades lógicas produce diferencias significativas también en el terreno de su aplicación. Diferentes tipos de orientación de la acción son una consecuencia del hecho de que yo permita que, en un caso dado, mis actos estén determinados por normas o por valores. La pregunta sobre qué debo hacer en una situación específica se formula de manera diferente en los dos casos. A la luz de las normas puedo decidir cuál es la acción que corresponde; mientras que la perspectiva de los valores me indica cuál es la conducta adecuada. Naturalmente, en ambos casos, el problema de la aplicación requiere que elija la acción correcta. Desde el punto de vista de un sistema de normas, es "correcta" la acción que sea igualmente buena para todos. Ahora, si hablamos de un conjunto típico de valores para nuestra cultura o forma de vida, el comportamiento "correcto" es aquel que en general y a largo plazo sea bueno para nosotros. En los principios del derecho o en los bienes jurídicos esa diferencia con frecuencia no es tomada en cuenta,

porque el derecho positivo es válido sólo en un territorio jurídico determinado y su correspondiente círculo de destinatarios. A pesar de esa restricción *de facto* en el ámbito de la validez, los derechos fundamentales adquieren un sentido distinto si los concebimos, con Dworkin, como principios deontológicos del derecho, o, con Alexy, como bienes jurídicos optimizables. En su carácter de normas, regulan algo que tiene el mismo interés para todos por igual; como valores, se asocian con otros valores para constituir un orden simbólico que expresa la identidad y la forma de vida de una determinada comunidad jurídica. Indudablemente, el contenido teleológico también posee un medio de ingresar en el derecho, pero el derecho definido por un sistema de derechos domestica las finalidades o metas (*Zielsetszungen*) y los juicios de valor del legislador a través de la estricta prioridad del punto de vista normativo. Si alguien pretendiera identificar a la Constitución con un orden concreto de valores, se equivocaría en lo que respecta al carácter específicamente jurídico de la misma, ya que los derechos fundamentales, al ser normas jurídicas, se constituyen, como las reglas morales, de acuerdo con el modelo de las normas de acción obligatorias, y no con el de los bienes atractivos. Y más adelante (1992/318), Alexy subraya que si una corte constitucional adoptara la teoría del orden de valores y fundamentara en ella la praxis de sus decisiones, aumentaría el peligro de los juicios irracionales, porque los argumentos funcionalistas empezarían a predominar sobre los normativos. Por otro lado (1992/317), la prestación jurisdiccional (práctica decisoria judicial) orientada por principios, tiene que decidir qué pretensiones y qué conductas son correctas en un conflicto dado -y no cómo equilibrar bienes o relacionar valores. Es cierto que las normas poseen o incluyen una estructura relacional flexible, donde las relaciones pueden alterarse de un caso a otro; pero esta alteración se sujeta a una condición de coherencia, que asegura que todas las normas se adapten de manera conjunta en un sistema que posee una armonía interna, un sistema diseñado para admitir precisamente una solución correcta para cada caso. La validez jurídica del juicio tiene el sentido deontológico de un comando, y no el sentido teleológico de lo que podemos alcanzar dadas determinadas circunstancias en el horizonte de nuestros deseos. Lo que es mejor para nosotros en determinado momento no coincide *eo ipso* con lo que es igualmente bueno para todos.

Page 168

## 62. La diferencia entre principio y regla (Canotilho)

Afirma Canotilho, siguiendo de cerca a Alexy, Dworkin y Zagrebelsky, como él mismo señala (1991/174, nota 9), que las diferencias cualitativas entre *principios* y *reglas* jurídicas se deben traducir, fundamentalmente, en los siguientes aspectos:

"1) Los principios son normas jurídicas que imponen una *optimización*, compatibles con varios grados de concretización, de acuerdo con los condicionamientos fácticos y jurídicos; las *reglas* son normas que prescriben imperativamente una exigencia (imponen, permiten, prohíben) que se cumple o no (en palabras de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); la convivencia de los principios es conflictiva (Zagrebelsky); la convivencia de las reglas es antinómica. Los principios coexisten; las reglas antinómicas se excluyen;

2) Consecuentemente, los principios, al constituir *exigencias de optimización*, permiten el equilibrio de valores e intereses (no obedecen, como las reglas, a la 'lógica del todo o nada'), de acuerdo con su *peso* y la ponderación de otros principios eventualmente conflictivos; las reglas no dejan espacio disponible para ninguna otra solución, pues si una regla *vale* (tiene validez) debe cumplirse en la

exacta medida de sus prescripciones, ni más ni menos;

- 3) En caso de *conflicto entre principios*, éstos pueden ser objeto de valoración, de armonización, ya que sólo tienen 'exigencias' o 'standards' que deben realizarse en '*prima facie*'; las reglas contienen 'fijezas normativas' *definitivas*, siendo insustentable la *validez* simultánea de reglas contradictorias;
- 4) Los principios suscitan problemas de *validez* y *peso* (importancia, ponderación, validez); las reglas plantean sólo problemas de *validez* (si no son correctas tienen que ser modificadas)" (1991/ 173-174).

Page 169

## 63. La diferencia entre principio y regla (Luis Prieto Sanchís)

Entre los autores que se han ocupado recientemente de este tema, Luis Prieto Sanchís (1998/51-52) adopta una posición interesante: i) según él, quien afirme que dentro del derecho existen dos clases de ingredientes totalmente distintos, las reglas y los principios, debe demostrar que existe una diferencia estructural o morfológica entre ambos; que es posible identificar algún trazo que se manifiesta siempre que estamos ante un principio y nunca en las reglas; ii) si alguien sustenta, por el contrario, que los mismos enunciados pueden a veces funcionar como reglas, y a veces como principios, pero que su operatividad o manera de funcionar es sustancialmente distinta, entonces la diferencia cualitativa entre ambos no se origina en el derecho, sino en la argumentación, o como afirma Alexy, en el lado pasivo del derecho. Así, las reglas y los principios no se referirían a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas.

Además, prosigue el autor (1998/58), lo que hace que una norma sea un principio no es su enunciado lingüístico, sino el modo de resolver sus eventuales conflictos: si ante una divergencia con una norma determinada, cede siempre o triunfa siempre, estaremos ante una regla; si, ante una divergencia con otra norma, cede o triunfa según el caso, estaremos ante un principio.

Y más adelante (1998/61), transcribiendo a Gianformaggio, observa que la diferencia entre regla y principio surge *exclusivamente* en el momento de la interpretación/aplicación.

Cabe señalar, respecto a esta última observación, que sólo en el transcurso del proceso de interpretación (al atravesar el círculo hermenéutico) el intérprete podrá decidir si hay o no hay conflicto entre reglas o colisión entre principios. Ahora, si efectivamente es el tipo de oposición (conflicto o colisión) que define regla y principio, entonces sólo durante el proceso de interpretación se podrá operar la distinción.

Page 170

Prieto Sanchís (1998/55) -considerando que los principios son mandamientos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden cumplirse en diferentes grados y que la debida medida de su cumplimiento no depende sólo de las posibilidades reales, sino también de las posibilidades jurídicas -sustenta que la indeterminación de lo que Alexy llama las "posibilidades fácticas" expresa la peculiaridad de las directrices, normas que no prescriben una conducta concreta, sino solamente la obligación de perseguir ciertos fines, cuya plena satisfacción tampoco se exige. Y prosigue: otras normas -que no son directrices- también sugieren una posibilidad de graduación; estas últimas, sin

embargo, requieren siempre, en cada caso, un exacto nivel de cumplimiento, aunque sea difícil definirlo. Por ejemplo, las normas que exigen una determinada diligencia, aunque admitiendo un cumplimiento gradual, permiten decir que se actuó diligentemente o que no se actuó diligentemente. Las directrices ya no exigen un grado preciso de cumplimiento.

## 64. De nuevo, la diferencia entre regla y principio

A esta altura de la exposición podemos observar, dejando al margen los criterios para ello propuestos por Dworkin, que los siguientes trazos distinguen los principios de las reglas jurídicas.

Primero: la generalidad de la regla jurídica es diferente de la generalidad de un principio jurídico (Boulanger). La regla es general porque se establece para un número indeterminado de actos o hechos; no obstante, es especial en la medida en que no regula más que algunos actos o ciertos hechos: se modifica para ser aplicada a una situación jurídica determinada; en cuanto al principio, por el contrario, es general porque implica una serie indefinida de aplicaciones.

Segundo: la síntesis de Canotilho, reproducida anteriormente en el apartado 62, a la cual me remito.

Tercero: la diferencia entre regla y principio surge *exclusivamente* en el momento de la interpretación/aplicación (Prieto Sanchís y Gianformaggio), de modo que sólo en el curso del proceso de interpretación (al atravesar el círculo hermenéutico) el intérprete podrá decidir si hay o no conflicto entre reglas o colisión entre principios; ahora, si efectivamente es el tipo de oposición (conflicto o colisión) que define regla y principio, entonces sólo durante el proceso de interpretación se podrá realizar la distinción.

A todas esas contribuciones dedicadas a distinguir los *principios* de las *reglas* jurídicas hay que añadir también el hecho de que los *principios* actúan como mecanismo de *control* de la producción de normas-reglas, ya que, como hemos visto, la *norma* es algo producido por el intérprete (aunque el mismo intérprete produzca la "*norma de principio*").

En ello, sin embargo, no existe ninguna contradicción, puesto que los principios pueden ser la *medida* del *control externo* de la *producción de normas*.

Por añadidura, la elección del *principio* debe ser realizada por el intérprete (siempre ante un caso concreto), a partir de la ponderación del *contenido* del mismo *principio*, mientras que la declaración de la *valididad* de cada *regla*, en cada caso, depende de la consideración de criterios formales, exteriores a ellas.

## 65. Los llamados "principios" de la proporcionalidad y de la razonabilidad

El llamado "principio" de la proporcionalidad consustancia un *postulado normativo aplicativo*. Como tal, implica -como observa Humberto Bergmann Ávila (1999/170)- una *condición formal* o estructural de conocimiento concreto (= aplicación) de otras normas. Se divide en tres subpostulados: el de la

*adecuación, el de la necesidad o indispensabilidad, y el de la proporcionalidad en sentido estricto* (Alexy 1986/100; Bonavides 1998/360 ss.; Guerra Filho 1989/69 ss.).

La proporcionalidad no consustancia ningún principio, dado que, como señala Alexy (1986/100, nota 84), adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas en relación con algo Page 172 diferente; no es que algunas veces tengan preferencia y a veces no; lo que importa es si esas exigencias se satisfacen o no, y si su satisfacción trae como consecuencia la ilegalidad. Ésta es la razón por la cual esas tres exigencias, en las que se manifiesta la proporcionalidad en sentido amplio, son clasificadas como reglas.

Sobre este asunto afirma Humberto Bergmann Ávila (1999/169-170): "su descripción abstracta no permite una concretización gradual en principio, pues en su estructura trifásica radica la única posibilidad de su aplicación; la aplicación de esa estructura no depende de las posibilidades fácticas y normativas, ya que su contenido normativo es neutro en relación con el contexto fáctico; su explicación abstracta excluye, en principio, su aptitud y necesidad de ponderación, ya que su contenido no será modificado por el enfrentamiento con otros principios. Y por si fuera poco, la proporcionalidad no determina las razones a las que su aplicación atribuirá un peso, sino sólo una estructura formal de aplicación de otros principios. [...] No se trata tampoco de una condición, en el sentido de que, sin ella, la aplicación del derecho sería imposible. Se trata de una condición normativa, es decir, instituida por el mismo derecho para su *debida* aplicación. Si no se obedece el principio de la proporcionalidad no existe la *debida* realización integral de los bienes jurídicamente resguardados. Es decir: traduce un *postulado normativo aplicativo*, como aquí se afirma".

Nuestra doctrina, sin embargo, lo ha banalizado, de tal manera que, considerándolo como un principio superior, pretende aplicarlo en todo y a cualquier caso concreto, lo que conferiría al Poder Judicial la facultad de "corregir" al legislador, invadiendo su ámbito de competencia.

Sobre este tema, aunque hablando de los principios en general, viene a cuento la reflexión de Jean Schmidt (1955/132-133): "Le juge veut atteindre um certain but. La loi lui interdit de rechercher un telle fin, mais il pense que la solution apportée par lui recevra l'adhésion de la société. Sans doute, les dispositions édictées par les législateurs ne permettent pas de trancher le litige dans le sens désiré, il faut néanmoins considérer cette pensée sociale, dont la pensée du juge est le reflet, et qui lui 'commande' de déroger à la loi. Comment ne pas être alors tenté de recourir aux principes généraux du droit[?] Mais, une remarque capitale s'impose: il ne Page 173 s'agit plus de véritables principes généraux, mais de la formule '*principes généraux du droit*', formule vidée de son sens et n'ayant plus d'autre utilité que de justifier la position adoptée. Par ce moyen, le juge atteint le but recherché et transgresse ainsi la loi en semblant la respecter" [cursivas en el original]. En este sentido, Schmidt (1955/292 ss.) menciona dos decisiones del Consejo de Estado: el juicio "Ministre de l'Agriculture contre dame Lamotte" y el juicio Falco y Vidaillac.

La razonabilidad fue acuñada en el seno del derecho administrativo, actuando como instrumento de control del ejercicio de la discrecionalidad por parte de la Administración.<sup>41</sup>

"The court -dicen Wade & Forsyth (2000/364)- must not usurp the discretion of the public authority which Parliament appointed to take the decision. Within the bounds of legal reasonableness is the area in which the deciding authority has genuinely free discretion. If it passes those bounds, it acts *ultra vires*".

La distinción entre ambas es trazada por Humberto Bergmann Ávila (1999/173-174):

i) "Primero, hay casos en que se analiza la correlación entre dos bienes jurídicos protegidos por principios constitucionales, en función de los cuales es necesario saber si la medida adoptada es adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente instituido (relación medio x fin), si la medida es necesaria porque no puede sustituirse por otro medio igualmente eficaz y menos restrictivo del bien jurídico en cuestión (relación medio x medio) y si la medida no está en relación de desproporción en relación con el fin que quiere alcanzarse (relación medio x fin). En ese caso, deben analizarse dos *bienes jurídicos* protegidos por principios constitucionales y la *medida* adoptada para su protección [...] Se trata de un *examen abstracto* de los *bienes jurídicos* en cuestión (seguridad, libertad, vida, etc.), específicamente en función de la *medida* adoptada" -en este caso, la *proporcionalidad*;

ii) "Segundo, hay casos en que se analiza la constitucionalidad de la aplicación de una medida no con base en una relación medio-fin, sino con base en la *situación personal* del sujeto implicado. La pre-Page 174gunta que debe hacerse es: ¿la concretización de la medida abstractamente prevista implica la no realización sustancial del bien jurídico correlato para *determinado sujeto*? Se trata de un *examen concreto-individual* de los bienes jurídicos en cuestión, no en función de la medida en relación con un fin, sino en razón de la *particularidad* o *excepcionalidad* del caso individual. [...] La razonabilidad [...] determina que las condiciones personales e individuales de los sujetos implicados sean tomadas en cuenta en la decisión"- ésta es la *razonabilidad*.

No hay nada nuevo en la proporcionalidad ni en la razonabilidad, postulados que desde hace mucho tiempo -independientemente de la formulación de ambas nociones- han sido aplicados por el Poder Judicial en su interpretación/aplicación del derecho, como si ambos estuviesen incluidos en sus pliegues (Ávila 1999/170).

Así, lo que ahora sabemos, repito, es no sólo que la *norma* es el resultado de la interpretación, cuyo objeto es el *texto*, sino también que el intérprete no interpreta solamente los *textos*, sino también, conjuntamente con los *textos*, los *hechos*. Y más aún: al contrario de lo que piensan muchos, imaginando que basta con saber leer para poder interpretar correctamente el derecho, sabemos también que no se interpretan simplemente los *textos* o un *texto*. Interpretamos el *derecho* en su totalidad, desde la Constitución hasta los textos normativos menos importantes en la jerarquía de las fuentes del derecho.

Proporcionalidad y razonabilidad son, así, postulados normativos de la interpretación/aplicación del derecho- un nuevo nombre que se da a los viejos y olvidados cánones de interpretación<sup>42</sup> - y no a los principios.

65-bis (sigue). Hay con todo más a observar. El derecho positivo, derecho establecido por el Estado, también llamado *derecho moderno*, se presta a permitir el flujo de la circulación mercantil.<sup>43</sup>

La equidad, como señaló Franz Neumann [1975:171] al hablar sobre la teoría jurídica liberal [*liberal legal theory*], se presentaba siempre Page 175 como algo incompatible con la previsibilidad, que es el primer requisito del derecho liberal [= *derecho moderno*]. Era necesario transformar la equidad en un sistema rígido de normas para que se asegurara la previsibilidad requerida por las transacciones económicas.

Como el mercado exigía del Estado la producción de normas jurídicas que garantizaran la previsibilidad y la confianza en las relaciones económicas, esa necesidad justificó, siguiendo a Neumann [1975:167-168], la limitación de poder de la monarquía patrimonial y del feudalismo. Esa limitación culminó en la creación del poder legislativo de los parlamentos. Así, la tarea primordial del Estado es la creación de un orden jurídico que haga posible el cumplimiento de las obligaciones

contractuales, y previsible, la expectativa de que esas obligaciones serán cumplidas.

La equidad comprometía esa expectativa e incluso la seguridad jurídica. De ahí surge el derecho establecido por el Estado, que la rechaza y la sustituye.

El mismo Neumann [1975:171-172] observa, sin embargo, que ese rechazo solamente podría ser absoluto en el marco de un sistema económico competitivo. Por eso, el punto de vista de la equidad se retoma en la medida en que aumenta la concentración del poder económico y el Estado empieza a desarrollar actividades intervencionistas.<sup>44</sup> Así surge, en un principio, la regla de la *razonabilidad*, que nace en el seno de la legislación antitrust.

Recuérdese que la equidad se opone al carácter general de la ley [= del derecho moderno]. Como antes observé [numero 33], Aristóteles [1990:V 14, 14, 1.137 b, 10-20] afirmaba la necesidad de corrección de la justicia legal porque, en razón de su propia esencia, la materia de las cosas de orden práctico posee un carácter de irregularidad. Por eso, cuando la ley expresa una regla general y surge algo que queda fuera de esa formulación general, -ahí donde el legislador omitió la previsión del caso y pecó por exceso de simplificación- debemos corregir la omisión y con-Page 176vertirnos en intérpretes de lo que el legislador hubiera dicho si estuviera presente en este momento y lo que hubiera establecido en la ley si conociera el caso en cuestión.

El hecho, sin embargo, es que la lección de Aristóteles fue olvidada, y la equidad desapareció del derecho moderno, renuente a cualquier posibilidad de subjetivismo en la aplicación de la ley por el juez. Tan es así que, enfrentada a la realidad, cuando se retoma su noción -y esto es lo que me interesa sustentar-, aunque asuma la misma forma y contenido, la equidad adquiere otros nombres. En un principio, tomó el nombre de *razonabilidad*; más recientemente, el de *proporcionalidad*.

Lo que me interesa especialmente afirmar, inspirado en Neumann, es que la *proporcionalidad* es tan sólo un nuevo nombre de la *equidad*.

El rechazo de que es objeto por el derecho moderno, por su incompatibilidad con la previsibilidad y la seguridad jurídica, se adecuaba plenamente a la teoría de la subsunción, hoy superada.

Pero no hay nada nuevo en la *proporcionalidad* o en la *razonabilidad*, postulados que, independientemente de su formulación, el Poder Judicial ha ejercido desde hace mucho en la interpretación y aplicación del derecho. Antes se denominaban, simplemente, *equidad*.

Otro aspecto me interesa ofrecer a la reflexión de aquellos que aún cultivan ese hábito, se relaciona con el hecho de que la pauta de la *proporcionalidad* -así como la de la *razonabilidad*- se lleva a cabo en el momento de la *norma de decisión*.

La norma jurídica se produce para ser aplicada a un caso concreto. Esa aplicación se realiza -de acuerdo con la conocida exposición de Kelsen- mediante la formulación de una decisión judicial, una sentencia, que expresa la *norma de decisión*. He ahí la diferencia entre la *norma jurídica* y la *norma de decisión*. Ésta se define a partir de aquéllas. Lo que afirma es el hecho de que ambas pautas -la de la *proporcionalidad* y la de la *razonabilidad*- son llevadas a cabo en el momento de la *norma de decisión* [= interpretación *in concreto*], no en el de la producción de la norma jurídica [= interpretación *in abstracto*].

Page 177

Me explico:

La diferencia entre *interpretación* y *aplicación* resulta de la concepción de la primera como una mera operación de subsunción. En el silogismo subsuntivo, la premisa mayor es el texto normativo; la menor, los presupuestos de hecho y la consecuencia jurídica. La premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no conforme a la ley.

La interpretación *in abstracto* se relaciona con el texto, con la premisa mayor en el silogismo; la interpretación *in concreto*, con la conducta, con los hechos. Esta última es considerada como *aplicación*; la primera, como *interpretación* [vease el Apéndice II].

Sin embargo, hoy sabemos que la llamada interpretación *in abstracto* implica necesariamente la consideración de los hechos, de modo que no es posible separar la *interpretación* de la *aplicación*, o sea, interpretación *in abstracto* e interpretación *in concreto*.

Lo que sigue siendo válido, de cualquier forma, es la distinción entre el momento de la producción de la norma jurídica -insisto en que la interpretación/aplicación del derecho no es un simple ejercicio de subsunción- y el momento de la norma de decisión. La doctrina -que insiste en separar la *interpretación* y la *aplicación*-, cae en el equívoco de situar el recurso a la *proporcionalidad* y a la *razonabilidad* en el primer momento, cuando la verdad es que ambas se llevan a cabo en el segundo.

## 66. Antinomias

Sin pretender en este momento introducirnos en el tema de las antinomias jurídicas,<sup>45</sup> nos interesa señalar que el conflicto entre reglas jurídicas desemboca en una *antinomia*, entendida como una situación de incompatibilidad entre ambas (cuando las dos reglas pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez), lo que hace necesario que una de ellas sea eliminada del sistema.

Así, la *antinomia jurídica* es una situación que exige que se elimine del sistema una de las *reglas*. Esta decisión, inevitable, sobre cuál de esas reglas será preservada, se llevará a cabo mediante la utilización del criterio o de los criterios empleados para el efecto en el sistema.<sup>46</sup>

Nos encontramos, así, ante un posible *conflicto entre reglas*, es decir, frente a una *antinomia jurídica propia*.

La doctrina menciona, por su parte, la existencia de *antinomias jurídicas improprias*. En éstas, sin embargo, el conflicto no ocasiona necesariamente que una de las normas sea eliminada por fuerza del sistema. El conflicto es evidente -hay incompatibilidad entre ambas-, pero no crea una *antinomia jurídica*.<sup>47</sup>

Los *conflictos entre principios* son de este tipo: la elección que realiza el intérprete de uno de ellos en detrimento del que se le opone no implica la desobediencia de este último.<sup>48</sup> Lo repito: ese tipo de conflicto no produce una *antinomia*.

Surge así la situación señalada por Dworkin: la circunstancia de que, en un caso dado, la adopción de un principio por el intérprete implique el alejamiento de otro que, de esta forma, entra en conflicto con el primero, sin que ello ocasione que éste sea eliminado del sistema, incluso porque -lo repito- *en otro caso*, y enfrentado al mismo principio, éste pueda llegar a prevalecer.

Recuérdese la observación de Robert Alexy (1986/76): los conflictos entre *reglas* se producen en la *dimensión de la validez*, mientras que los conflictos entre *principios* se llevan a cabo -dado que Page 179 sólo principios *válidos* pueden chocar entre sí- *dentro de la dimensión del peso*.

Eso significa que, en cada caso, se generan diversos *juegos de principios*, de modo que diferentes soluciones y decisiones, en distintos casos, pueden alcanzarse: algunas de ellas favorecerán la decisividad de cierto principio, y otras lo denegarán.

Cada conjunción o juego de principios estará conformado por determinaciones de muy diversos tipos.<sup>49</sup> en este punto, debemos insistir en que el fenómeno jurídico no es una cuestión científica sino una *cuestión política*,<sup>50</sup> y que, por otra parte, la aplicación del derecho es una *prudencia* y no una *ciencia*.

Desde principios del siglo pasado, François Gény (1919/46) mencionaba la posibilidad de deducir consecuencias contradictorias del encuentro de dos principios que parecen estar sólidamente establecidos, lo que haría necesario elegir uno de ellos y sobreponer su lógica a la del otro; pero eso, prosigue Gény, pone en tela de juicio hasta cierto punto la solidez de ambos, si la contradicción no se explica mediante la deducción de la excepción de un tercer principio. Nótese que Gény, en este pasaje, señala que precisamente la solidez de los principios no es absoluta, ya que están sujetos a excepciones. No hay ninguna novedad en la exposición de Dworkin.

## 67. Oposición y contradicción entre principios

El derecho, como sistema, constituye un orden axiológico o teleológico de principios, y éstos conllevan excepciones y pueden presentar entre sí *oposiciones* o *contradicciones*, como señala Canaris (1989/77 y 88).

Así, considerando determinado derecho como reflejo y paradigma de determinada realidad social, como un producto histórico-cultural lleno Page 180 de contradicciones y huecos, es el momento ahora de distinguir situaciones de *oposición* y de *contradicción* entre principios, situaciones que ocasionarían una ruptura en el sistema (*orden axiológico o teleológico de principios generales*).

El primer tipo de conflicto se resuelve en la medida en que se designen distintos tipos de aplicaciones a principios que apunten en direcciones opuestas, de manera que se establezca un acuerdo entre ambos - "*Kompromiss zwischen verschiedenen Grundgedanken*", afirma Engisch (1983/166). En este punto, al contrario de lo que plantea Engisch, no hay *contradicción*, sino una mera *oposición* de principios (Canaris 1989/205) -de la cual no se desprende ninguna falla en el sistema.

Las *oposiciones* entre principios no son algo desconocido para un determinado derecho; por el contrario, le confieren sentido. Por otro lado, la contradicción entre principios, dice Canaris (1989/205-206), es siempre algo que no debería existir, una *falta de armonía* (Engisch 1983/165) que, por eso mismo, debe ser eliminada si es posible.<sup>51</sup>

La falta de reflexión ha llevado a algunos analistas del derecho a confundir valores (teleológicos) con principios (deontológicos), poniéndose así a la deriva ante una mal digerida comprensión de la exposición dworkiniana, que en rigor excluye los principios del ámbito normativo. Es pertinente observar que 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

resultado de una oposición al positivismo estilo Dworkin, o de la incomprensión, o de un simple deseo de confundir.

La tensión entre el principio de la seguridad jurídica, que exige que la Administración cumpla las sentencias judiciales, y el de la legalidad del presupuesto, que sujeta este cumplimiento a la existencia de rubros presupuestales para tal fin -situación peculiar de oposición entre principios- dio lugar, en España, a un problema Page 181 prácticamente idéntico al que se presentaría diez años después en Brasil. Me refiero, por un lado, a la sentencia STC 32/1982, de 7 de junio, comentada por Nuria Ibarra García, Isabel Jerez Núñez y Emilio Labella (1995/178); y por el otro, a la situación relatada en mi obra *Despesa Pública -Conflito entre principios e eficácia das regras jurídicas- O princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública* (1992/130-148).

## **68. Dejar de lado un principio implica pérdida de efectividad de la regla que le da concreción**

Las *reglas* -conviene dejarlo muy en claro- son concreciones de los *principios*.

Así, se establece entre principios y reglas una relación especial: *principio*, según Antoine Jeannaud (1982/620), es una "norme occupant dans la hiérarchie une place qui fait obstacle à la validité d'autres règles".

Aunque aludiendo exclusivamente a los principios "determinati dalla legge", Italia (2000/43) dice que "Il principio determinato dal legislatore è una disposizione normativa che rappresenta, per così dire, lo stampo, il prototipo, la matrice, di successive disposizioni normative. Il contenuto del principio esprime una regola, la quale sarà ripetuta, riflessa, in altre disposizioni normative".

Por lo tanto, *no se produce nunca una antinomia jurídica entre principios y reglas jurídicas*. Éstas llevan a cabo la concreción de aquéllos. Por consiguiente, cuando dos principios entran en pugna y uno domina sobre el otro, las reglas que dan concreción al que fue vencido *se dejan de lado*: no se produce su aplicación en una determinada hipótesis, aunque permanezcan integradas válidamente (es decir, tengan *validez*) en el ordenamiento jurídico.

Insisto: las que *dejan de lado* son las reglas (concreciones de principios) que le dan concreción a ese principio que, en el enfrentamiento con otro, resultó vencido.

Page 182

Dicho de otra forma: las reglas que dan concreción al principio vencido, aunque sigan teniendo *validez*, pierden *eficacia* -es decir, *efectividad*- en relación con la situación en la que se manifestó el conflicto entre principios.

## **69. Ausencia de reglas sobre la dimensión de peso de los principios**

Por lo general, no existe en el sistema ninguna regla o principio que sirva para orientar al intérprete sobre cuál de los principios, en el caso de que surja un conflicto entre ellos, debe ser elegido y cuál se debe dejar de lado.

Eso solamente se puede saber en el contexto de cada caso, de acuerdo con el ámbito en que se produzca el conflicto.

Me permito hacer referencia en este punto al modelo metodológico desarrollado por Poulantzas (1965), que admite la concepción de una estructuración normativa interna del derecho, resultante de la transposición a éste de la estructuración y totalización preexistentes en el nivel de la infraestructura. A partir de ahí, refiriéndose a las antinomias entre principios, observa (1965/315) que lo que parece ser una "antinomia" esencial, absoluta e irreductible en el nivel del derecho, constituye en general, en el nivel de la infraestructura, una contradicción dialéctica en el interior de una totalidad significativa que agrupa a ciertos intereses y necesidades de la praxis. El juez debe resolver la contradicción entre dos principios jurídicos en relación con un caso concreto, haciendo referencia a la infraestructura, decidiendo cuál de los dos principios reviste, en un caso concreto, una mayor importancia desde el punto de vista de los datos de la infraestructura. Así, más adelante (1965/320-321), observa que puede suceder que en una situación concreta el principio de libertad contractual se presente como el medio de realización de la autonomía privada; en otra situación, sin embargo -es el caso, por ejemplo, de los contratos colectivos de trabajo-, se presentará como tal la limitación de esa misma libertad contractual frente a los intereses de la colectividad.

Page 183

Así, en cada caso, en cada situación, la *dimensión del peso o la importancia de los principios* tiene que ser analizada. Eso explica lo que enuncié anteriormente: el hecho de que, en un caso dado, un intérprete se inclinara por un principio -lo que implicara el alejamiento de otro principio que entrara en oposición con aquél-, no significa que el principio no elegido sea eliminado del sistema, pues incluso, *en otro caso*, hasta frente al mismo principio, puede llegar a prevalecer.

Pero esto tampoco es una regla, ya que es posible que determinado principio, al enfrentarse con otro muchas veces, siempre, sistemáticamente prevalezca sobre él, sin que éste sea eliminado del sistema. Este último, en situaciones en donde no se encuentre en oposición con el primero, sino con otro distinto, podrá o no resultar vencedor frente a este tercer principio.

## 70. Juegos de principios

Esto sucede sobre todo -aunque no solamente- cuando la aplicación de un principio por el intérprete conduce al alejamiento de otro, en el marco de los *juegos de principios* que a veces privilegian la decisividad de uno y a veces la descartan.

Para poner un ejemplo, diremos que, algunas veces, la elección de una determinada decisión está estructurada bajo el predominio del principio del *interés público* sobre el principio del *derecho adquirido*, o viceversa.

Vamos a suponer que existe una ley que otorgue incentivos al ejercicio de actividades económicas en un cierto ámbito regional. Posteriormente, una nueva ley ordena sectorialmente el ejercicio de determinada actividad, de tal forma que se opera una revocación de la primera, en lo que respecta a las actividades emprendidas en el sector considerado por la nueva ley. El *interés público*, por un lado, se

inclinará a imponer la pronta suspensión del goce, por los agentes económicos que ejercen esa determinada actividad, en el ámbito regional referido por la primera ley, de los incentivos de que habían disfrutado. Por otra parte, sin embargo, Page 184 el principio del *derecho adquirido* tenderá, vigorosamente, a justificar la solución contraria, aunque sea contraria a lo que prescribe el principio del *interés público*. Elaboro este ejemplo, naturalmente, dejando de lado la hipótesis que afirma que atender al interés público sería prestigiar el derecho adquirido. En el ejemplo que elegí no hay lugar para ese tipo de argumentación. Prosiguiendo, entonces, tendremos que, en este caso, surge un conflicto entre el *interés público* y el *derecho adquirido*.

¿De qué manera se podría solucionar este conflicto?

Seguramente, aquellos que de manera incondicional optan por la *ideología estática de la interpretación jurídica* encontrarán de inmediato argumentos que justifiquen su preferencia por el predominio del derecho adquirido por encima del interés público. Para fundamentar ese predominio recurrirán a la "voluntad del legislador" e incluso al "espíritu de la ley". El valor de la "seguridad" será esgrimido en apasionadas argumentaciones, tanto más fuertes retóricamente si se basan en otros valores metafísicos, ajenos al contexto del derecho y de la Constitución.

Por el otro lado, los que defienden la *ideología dinámica de la interpretación jurídica*, visualizando el derecho también como un instrumento de cambio social, tenderán a sustentar el predominio del interés público en relación con el derecho adquirido.

El problema, además, admite también una solución que podríamos llamar "liberal progresista", basada en el hecho de que, en Brasil, el artículo 5º, XXXVI de la Constitución de 1988, dispone, para el caso, lo que equivaldría a la desapropiación del derecho al disfrute de los incentivos revocados, a quien los tuviera como adquiridos. Y eso, incluso si los efectos resultantes de dicha desapropiación produjesen las mismas consecuencias económicas que la conservación directa que su disfrute generaría...

Así pues, el problema debe resolverse de tal modo que los juicios y los prejuicios del intérprete tengan la menor influencia posible en la decisión que tome.

Page 185

Esto podrá lograrse en la medida en que -especialmente en el caso de la interpretación de principios que se encuentran en el nivel constitucional, y es el caso precisamente del *interés público* y del *derecho adquirido*- el intérprete pondere los principios de manera adecuada en cada situación, y atribuya un peso mayor a uno de ellos sólo si es completamente imposible la compatibilidad entre ambos.

Sin embargo, la atribución de un mayor peso a uno -y no a otro- no es algo discrecional. Repito lo que afirmé anteriormente: *el intérprete está vinculado por los principios; además, no se interpreta la Constitución en fragmentos, en pedazos*. El momento en que se atribuye un peso mayor a un determinado principio es muy importante porque en éste, si se está buscando 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 toma en cuenta la Constitución entera, como una totalidad. En este proceso se revelan variables múltiples: variables de hecho (las circunstancias peculiares del problema en cuestión) y de tipo jurídico (lingüísticas, sistémicas y funcionales). Y, paradójicamente, es justamente el hecho de que el intérprete esté limitado, constreñido por los principios, lo que hace más creativa la prudencia que practica.

## 71. Las reglas son aplicaciones de los principios

En este punto debemos hacer una última observación, en lo que respecta a lo afirmado por Boulanger (1950/57), de que las reglas son aplicaciones de los principios. Ésa es la razón por la cual la interpretación/ aplicación de las reglas jurídicas (= de los textos de las reglas), tanto de las reglas constitucionales como de las comprendidas en la legislación ordinaria, no puede ser emprendida sin tomar en cuenta debidamente a los principios -en especial cuando se trate de *principios explícitos*- sobre los cuales se basan, es decir, a los que dan concreción.

Los principios, dice François Ewald (2000/68), "se encuentran, en todo momento, completamente dentro de las reglas que los aplican, sin agotarse nunca en ninguna de ellas".

Page 186

La fuerza de los principios radica fundamentalmente en eso; se trata de una fuerza que, como ya señalamos, es de tal magnitud que, gracias a su *objetividad y presencialidad normativa*, -que no depende de una consagración específica en un precepto específico-, llega al extremo de negar toda importancia a la noción de discrecionalidad judicial.

Es tan grande esa fuerza en situaciones revolucionarias, que nuevos principios, revolucionariamente incorporados por el orden jurídico, ocasionan que muchas reglas que formaban parte de ese orden pierdan su vigencia. Las observaciones de Jean Boulanger (1950/69-70) en ese sentido son muy claras: "Une grande révolution politique et sociale ne peut pas ne pas susciter l'apparition de principes nouveaux. On l'a bien vu en France, après 1789. On l'a vu mieux encore en Russie, lors de la révolution bolcheviste de 1917. Pour notre part, nous connaissons peu de pages plus suggestives que celles où Trotsky rapporte le premier acte politique de l'insurrection triomphante. La scène se passe au Palais d'Hiver; la fusillade crépite encore, lorsque Lénine, quittant la retraite d'où il dirigeait les opérations, s'en vient rejoindre ses compagnons. Il enlève la perruque et la fausse barbe qui l'avaient aidé à se dérober aux recherches de la police; il annonce la victoire du prolétariat, et aussitôt (c'est le geste chargé de signification pour un juriste), il tire, d'une poche de son veston, le décret qui opère la nationalisation immédiate et globale du sol russe. En suite de quoi, les auditeurs entonnent l'Internationale, et la ferveur mystique de certains d'entre eux rappelle cette ferveur religieuse qui souleve les Te Deum chantés, selon la tradition chrétienne, après un grand événement heureux. Faisons la part de ce qu'il y a de spécifiquement russe dans tout ceci. Il reste que ce décret de nationalisation, pris dès la première heure, était une application directe des théories marxistes: il venait en tête de toutes les mesures qui ont eu pour but d'instaurer un ordre nouveau: le gouvernement nouveau s'est soucié, avant tout, d'organiser les structures économiques et sociales en accord avec les enseignements de Marx. Peu importe, après cela, que dans la rédaction des codes soviétiques, on retrouve un bon nombre de concepts anciens, qui sont, pour une bonne part, des concepts du droit romain. Les spécialistes nous mettent en garde contre cette apparence trompeuse: ces concepts ne correspondent plus aux mêmes réalités. Il y Page 187 a désaccord sur l'essentiel, c'est-à-dire sur les principes. Le divorce intellectuel et moral d'avec les autres droits est consommé."

Jorge Miranda añade sobre este punto (2000/229): "La función ordenadora de los principios se muestra de manera especialmente nítida y fuerte en momentos revolucionarios, durante los cuales ellos reflejan una nueva idea de derecho, porque en ellos se asienta directamente la vida jurídico-política del país, y no en los escasos y precarios preceptos escritos".

Por otra parte, no hay nada nuevo en afirmar que las reglas son aplicaciones de los principios, algo

que ya se sabía desde principios del siglo XIX, cuando Luis XVIII promulgó la Ordenanza de 17 de julio de 1816, "qui supprime, dans les différens Codes, les Dénominations, Expressions et Formules qui ne sont plus en harmonie avec les principes du Gouvernement établi par la Charte constitutionnelle, et porte qu'il sera fait une édition nouvelle de ces Codes", cuyo texto vale la pena transcribir: "LOUIS, par la grâce de Dieu, Roi DE FRANCE ET DE NAVARRE, à tous ceux qui ces présentes verront, SALUT. Nous sommes trop convaincus des maux que l'instabilité de la législation peut causer dans un Etat, pour songer à une révision générale des cinq Codes qui étaient en vigueur dans notre royaume au moment où nous avons donné à nos peuples la Charte constitutionnelle; et nous nous réservons seulement de proposer des lois particulières, pour réformer les dispositions susceptibles d'être améliorées, ou dans lesquelles le temps ou l'expérience nous aurait fait apercevoir des imperfections: mais, si de pareilles réformes ne peuvent être que l'ouvrage du temps et le fruit de longues méditations, il est indispensable de supprimer dès à présent des différens Codes les dénominations, expressions et formules qui ne sont plus en harmonie avec les principes de notre gouvernement, et qui rappellent des temps et des circonstances dont nous voudrions pouvoir effacer jusqu'au sonvenir. A CES CAUSES, de l'avis de notre conseil, et sur le rapport de notre amé et féal chevalier le chancelier de France, garde des sceaux, chargé par interim du portefeuille de la justice, NOUS AVONS ORDONNÉ et ORDONNONS ce qui suit: ARTICLE PREMIER. Les dénominations, expressions et formules qui rappellent les divers gouvernemens antérieurs à notre retour dans Page 188 notre royaume, sont et demeurent effacées du Code civil, du Code de procédure civile, du Code de commerce, du Code d'instruction criminelle et du Code pénal, et elles y sont dès à présent remplacées par les dénominations, expressions et formules conformes au gouvernement établi par la Charte constitutionnelle. 2. Nous défendons, en conséquence, à nos cours et tribunaux, préfets, souspréfets, conseillers de préfecture, et à tous autres nos officiers et sujets, d'employer, dans les citations qu'ils seraient obligés de faire d'aucune loi, arrêté, décret, ou autre acte quelconqué, les dénominations et expressions supprimées par l'article précédent. 3. Il sera fait incessamment, et sous la direction de notre chancelier, chargé par interim du portefeuille du département de la justice, une édition nouvelle des différens Codes, contenant les changemens ordonnés par la présente. 4. Dans l'édition présentement ordonnée, la substance et la rédaction de tous les articles actuellement en vigueur demeurera textuellement la même. Cette édition contiendra ceux même des articles des différens Codes qui ont été abrogés ou modifiés par des lois postérieures: mais il sera fait mention, en note ou en marge, des lois qui les changent ou les modifient; et ces lois seront imprimées à la suite desdits Codes. 5. Les éditions nouvelles des Codes seront soumises à notre approbation, et chacun des Codes sera inséré au bulletin des lois, sur lequel il sera libre à tous imprimeurs de notre royaume d'en faire eux-mêmes, et pour leur compte, telles éditions qu'ils jugeront convenables. 6. Notre chancelier est chargé de l'exécution de la présente ordonnance, à laquelle nos ministres secrétaires d'état tiendront la main, en ce qui les concerne, dans leurs départemens respectifs. Donné à Paris, au château des Tuilleries, le 17e, jour du mois de juillet de l'an de grâce 1816, et de notre règne le vingtdeuxième".

Por último, debemos recordar que, como observé anteriormente, nunca se manifiesta antinomia jurídica entre principios y reglas jurídicas. Éstas, como vimos, concretizan a aquéllos. Así, cuando en la confrontación entre dos principios, uno prevalece sobre el otro, las reglas que dan concreción al que fue vencido son *hechas a un lado*, y no se realiza su aplicación a una determinada posibilidad aunque sigan formando parte válida del ordenamiento jurídico. Vuelvo aquí a los tres ejemplos de Dworkin, referen-Page 189tes a la aplicación del principio que afirma que *nadie se beneficia de su propio fraude (torpeza)*.<sup>52</sup> Debe señalarse que -y ésta es la hipótesis sobre la que basa Dworkin su exposición (1987/23)- el homicidio de quien deja herencia, perpetrado por el heredero, impide el cumplimiento, en razón del principio, de la regla de sucesión que beneficiaría al homicida.<sup>53</sup>

### III

## De nuevo la interpretación

# 72. Importancia de los principios para la interpretación

Los principios cumplen innumerables funciones dentro del sistema jurídico, y por esta razón no es posible formular una teoría general de ellos que tenga un sentido único (Balaguer Callejón 1997/127).

Por otro lado, sin embargo, la interpretación del derecho se encuentra (debe encontrarse) dominada por la fuerza de los principios. Los principios cumplen una función interpretativa y confieren coherencia al sistema.

Cada derecho no es una mera suma de normas, sino un conjunto dotado de unidad y coherencia, basadas precisamente sobre sus principios (los de ese derecho en cuestión).<sup>54</sup> De ahí mi énfasis en la demostración de que los principios son normas jurídicas, elementos internos del sistema; se encuentran integrados a él. Es por ello que parte de la interpretación del derecho se encuentra dominada por la fuerza de los principios.

Sobre este punto, véase a Jean Boulanger (1950/56-57). Canotilho afirma que los principios constitucionales "proporcionan siempre directrices materiales de interpretación de las normas constitucionales" (1983/201). Jorge Miranda señala (2000/230): "La acción mediata de los principios consiste, en primer lugar, en que funcionan como criterios de interpretación y de integración, ya que son ellos los que proporcionan coherencia general al sistema. Así, Page 190 el sentido exacto de los preceptos constitucionales tiene que encontrarse en la conjunción de los principios, y la integración tiene que realizarse de tal forma que se vuelvan explícitas o aplicables las normas que el legislador constituyente no quiso o no pudo expresar cabalmente". El dominio de la interpretación jurídica (*interpretación en sentido estricto*) por los principios es una señal que caracteriza, de modo indeleble, la diferencia que la separa de la comprensión a la que se refiere Esser (1961/323) como "comprensión filológica" del texto. Ese dominio es tan grande que, como señala Esser (1961/339), "cuando la ley no toma ninguna posición de principio, el intérprete, desprovisto de la ayuda de los principios, se enfrenta con la paradójica necesidad de sacar de la ley principios que no están en ella".

También hay que señalar que la demostración de que los principios son elementos internos del sistema los coloca, en la dinámica del proceso de interpretación jurídica, en el *contexto sistémico*. La metáfora del "orden de valores" que se pretende detectar en el texto constitucional y en el derecho -en cada derecho- se vuelve así innecesaria, y el sistema se depura.<sup>55</sup> De esta manera, las posibilidades de realización de justicia material residen -o no- en el propio texto constitucional, en ese mismo derecho. No se encuentran más allá de éstos, en valoraciones abstractas elaboradas por los movimientos románticos y naturalistas del "derecho libre", del behaviourismo, del *legal realism*, del pragmatismo de la jurisprudencia de intereses que, como apunta García de Enterria (1984/31), en su búsqueda de valores materiales, disuelven la objetividad y la posibilidad del derecho.

El asunto de las posibilidades de realización de justicia material implica la cuestión de la legitimidad del derecho: sólo un derecho legítimo puede instrumentar plenamente la producción de justicia material.

En lo que se refiere específicamente al derecho económico, Carlos Ferreira de Almeida (*op. cit.*, pp. 713-714) menciona los *principios generales de derecho económico*, "inducidos de la totalidad de las normas vigentes, en su aplicación a las relaciones jurídicoeconómicas concretas. No se trata de un puro empirismo, ya que esos mismos principios, una vez establecidos por la doctrina, van a influir, de abajo hacia arriba, desde lo abstracto hacia lo concreto, sobre el conocimiento del derecho. Y también porque no hay principios generales válidos que contradigan a la Constitución Política".

Por otra parte, la complejidad y la gravedad de la interpretación se vuelven mayores por la circunstancia de que, además de que los principios son considerados como el criterio dominante de ella misma (la interpretación), ellos se constituyen también en objeto de la interpretación. En este punto es donde el tema exige un análisis más cuidadoso.

Vitorio Italia (1994/156 ss.) apunta la tendencia de que la legislación se transforma en "legislación de principios". Y, más adelante (1994/174), menciona una nueva época de *codificación*, la *codificación de los principios*, en la cual el mecanismo de la "*fábrica de las leyes*" se transformará en "*fábrica de los principios*". Posteriormente (2000/190-191), en defensa de la importancia de los principios "*determinati dalla legge*", afirma: "Tale principi potrebbero essere paragonati - con tutti i limiti che il paragone comporta - alle colonne che reggono le volte di una struttura architettonica, e che condizionano le spinte e le contro-spinge del sistema. L'aumento della massa dell'edificio comporta la necessità di questi punti di coordinamento, di queste 'chiavi di volta' nelle varie parti dell'edificio, che - in un regime di autonomia e di pluralismo normativo - 'tengono assieme il sistema', evitando forze centrifughe e situazione non più governabili e caotiche".

La complejidad de la interpretación del derecho reposa fundamentalmente en la fuerza de los principios que conforman las *reglas* (Varga Page 192 1993/4 [*principles "control the rules as well"*]), los mismos que -considerados como su criterio dominante- constituyen también objeto de la interpretación.

Los principios actúan como mecanismo de *control* de la producción de normas por el intérprete, aunque él mismo produzca las *normas-principio*. Sin embargo, no existe contradicción en esto, en la medida en que los principios actúan como la *medida del control externo de la producción de normas*. Además, la elección del principio tiene que ser realizada por el intérprete -siempre ante un caso concreto- a partir de la ponderación del *contenido* del mismo principio, mientras que la declaración de validez de cada regla, en cada caso, depende de la consideración de criterios formales exteriores a ellas.

Dotar de esa fuerza a los principios, al volverlos criterios determinantes de la interpretación del derecho -lo que puede hacer viable la realización de la *ética en la ley* y llevar a buen término las intenciones de quienes aspiran al "*carácter ético del derecho*" -es algo que, con toda seguridad, será criticado.

La censura más inmediata se planteará en los siguientes términos: el intérprete, que en un sistema codificado se apoya en principios implícitos ("*buenas costumbres*", "*buena fe*", por ejemplo) para legitimar alguna decisión que tome, se expone a la acusación de que ignora las normas codificadas o las tergiversa (Hassemer 1992/206). La crítica formulada por Italia (2000/29-30) se encamina también

por ahí: los principios implícitos serían un instrumento impreciso y arbitrario, y no contribuirían a la certeza del derecho. Sin embargo, la utilización de los principios como criterios determinantes de la interpretación, tal como propongo, no puede refutarse formulando una observación tan simplista, que se limita a repetir, sin su brillantez, la crítica de Kelsen a Esser. La exposición que desarrollé sobre su positividad me absuelve.

La alternativa de una *interpretación principiológica*, más la premisa de que el derecho se debe interpretar siempre como un todo no conducen, no obstante, a una adhesión al método científico-espiritual (= método valorativo, sociológico), cuya expresión más acabada se encuentra en el pensamiento de integración de Smend, ni a una *jurisprudencia de valores*.

Page 193

El principal mérito de la contribución de Smend, desde mi punto de vista, radica en la afirmación de que la Constitución no se compone de un conjunto de normas y estatutos aislados, sino que debe ser visualizada -e interpretada- como un todo, lo que nos hará verla de manera más *política* que *jurídica* (Paulo Bonavides, 1998/ 320). La *jurisprudencia de valores* se estructura a partir de la atribución de una importancia fundamental, normativa, a un *orden de valores* transpuesto al nivel constitucional, básicamente, en la afirmación de los *derechos fundamentales*. Bajo su influencia, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal da Alemania subrayó la afirmación de los derechos económicos enunciados en el texto de la Ley Fundamental. Así, tales valores acaban siendo considerados como los fundamentos de una *sintaxis constitucional*, que incluso puede encontrarse fuera de la misma Constitución (Canotilho 1982/268). La unidad del ordenamiento constitucional se basa, de esta manera, en un "orden de valores" materiales expresos en el texto constitucional, al que deben adecuarse todas las normas de que se compone el sistema jurídico (García de Enterria 1982/97-98). A propósito de la oposición de Forsthoff a la jurisprudencia de valores, véase Canotilho (1983/ 230 ss.), Bonavides (19998/326 ss.) y García de Enterria (1984/48-49).

## 73. La falsa neutralidad política del intérprete

Otro aspecto de mi argumentación que será criticado es que presento la interpretación del derecho como una política, lo que subvierte lo *jurídico* (entendiendo lo *jurídico* como *actividad técnica*, realizada por alguien neutro que debe estar completamente ajeno a la realidad, al hombre, a la sociedad, absolutamente extraño al sentimiento de lo político).

A todo ello responderé observando, con Klaus Adomeit (1984/ 46-47), que una orden jurídica sin lo político resulta carente de impulso, muerta. Una orden jurídica como tal existe sólo como objeto de una *ciencia del derecho* cuyo universo de indagación se reduce a la norma jurídica, verdadera *ciencia de la norma jurídica*, esterilizadora de la vida Page 194 social. El objeto de esa ciencia está disociado de la realidad social, sujeto exclusivamente a ponderaciones *estéticas*, algo enteramente diverso de lo que efectiva y realmente es el *derecho -instancia de la realidad social*.

La *neutralidad política* del intérprete sólo existe en los libros, en los *discursos jurídicos*. En los *discursos del derecho* siempre se disuelve.

Dice Jean Schmidt (1955/21), citando a Goré (*L'enrichissement aux dépens d'autrui*, tesis, París, 1949): "Dans tout problème juridique, la pensée de l'interprète joue un rôle aussi important que les textes eux-mêmes. Dans toute interprétation, il est impossible de déterminer exactement ce qui vient des textes et ce qui vient de l'homme".

Kalinowski (1982/118) observa que toda acción humana está orientada a un fin, que implica toda una filosofía adoptada consciente o inconscientemente. Si un hombre tiene esta o aquella filosofía, ella le dicta, a él y a sus acciones, una determinada finalidad última, y viceversa. Esta finalidad última, resultado tanto de la filosofía del ser como de la filosofía del hombre, del ser humano y de la sociedad humana, determina, a su vez, a la política, por un lado, y por el otro, al principio supremo de la interpretación jurídica, el cual, como el mismo derecho, está subordinado a la política (solución que no siempre es la mejor), o la subordina (lo que rara vez sucede).

El hecho es que todas las decisiones *jurídicas*, por el mismo hecho de serlo, son *políticas*. Negarlo equivaldría a la entronización del lema *fiat justitia pereat mundus*. Sin comentarios.

## 74. Interpretación y régimen político

El punto decisivo que debo tocar en este momento de mi exposición se relaciona con la fuerza del régimen político como criterio interpretativo, que -como observa Paulo Bonavides (1998/300)- se manifiesta en el plano constitucional, con toda la evidencia en los casos de interpretación abrogante, "es decir, en los casos relativos a aquella interpretación 'que conduce a no aplicar una norma porque ya no se adapta a Page 195 los principios de la materia o de la estructura jurídica del Estado'", pero que se producen con frecuencia en la transición de un régimen a otro, o sea, en el surgimiento de un nuevo orden constitucional.

Debo observar, no obstante, que este nuevo orden constitucional puede surgir ya sea mediante la promulgación de un nuevo texto constitucional, ya sea -aunque preservando el mismo texto constitucional- cuando lo rebase un revolucionario surgimiento de nuevos principios.

Lo que está en juego aquí es el tema de la fuerza de los principios, que debe ser objeto de un cuidadoso tratamiento sobre todo en la segunda hipótesis mencionada.

Es importante tomar en cuenta en el análisis de este asunto la circunstancia de que en cada derecho subyace, de manera latente, un determinado conjunto de principios diverso del conjunto de aquellos que subyacen, latentes, en otros derechos. La alteración del régimen político en determinada sociedad se refleja directamente en la disposición de esos principios.

Obsérvese también que, como resultado del predominio de un principio sobre otro, se produce el *alejamiento* de las reglas que dan concreción al principio superado. He ahí por qué Antoine Jeammaud (1982/620, nota 12 -pasaje transcrto en el apartado 59) anota que el principio es "norme occupant dans la hiérarchie une place qui fait obstacle à la validité d'autres règles" (el subrayado es mío).

## 75. Negación de la discrecionalidad judicial

Aún debo abordar el asunto de la *discrecionalidad judicial*, cuya existencia niego. El juez, incluso cuando se encuentra ante posibles lagunas normativas, toma decisiones basándose estrechamente en los principios generales de derecho; no produce normas *libremente*.

Todo intérprete, como todo juez, aunque nunca se encuentre sometido al "espíritu de la ley" o a la "voluntad del legislador", estará siempre Page 196 estrechamente limitado por los textos normativos,

en especial, pero no exclusivamente -es obvio- por los que transmiten *principios* (y hago alusión aquí, también, al "texto" del derecho presupuesto). Y conviene también observar que los textos que transmiten *normas-objetivo* reducen la amplitud del marco del texto y de los hechos, de modo que no caben en ella soluciones que no se adapten totalmente a esas *normas-objetivo*.

Para hacer énfasis en este punto, empleo las palabras de Friedrich Müller (2000/28): "El texto de la norma es tratado cronológicamente como *primera instancia* entre diversas alternativas de solución, y materialmente como límite de las alternativas admisibles de solución".

La "apertura" de los *textos de derecho*, aunque suficiente para permitir que el derecho permanezca al servicio de la realidad, no es absoluta. Cualquier intérprete estará siempre atado, constreñido por ellos. Del rompimiento de esa limitación por el intérprete auténtico resultará la subversión del *texto*.

Mas existe otra razón que me hace rechazar la idea de que el intérprete auténtico actúa en el campo de una cierta "discrecionalidad". Esa razón se basa en la circunstancia de que el intérprete auténtico no tiene la facultad de formular *juicios de oportunidad*, sino exclusivamente juicios de legalidad. Aunque el juez no sea tan sólo la "boca que pronuncia las palabras de la ley", como se infiere de lo que he expuesto hasta ahora, su función -deber-poder- está contenida en los límites de la *legalidad* (y de la *constitucionalidad*). Interpretar el derecho es formular *juicios de legalidad*. La discrecionalidad se ejerce en el campo donde se formulan *juicios de oportunidad* (= elección entre indiferentes jurídicos), pero sólo cuando una norma jurídica haya dado a la autoridad pública la facultad de su formulación.

Reflexionando en la ambigüedad de la expresión *poder discrecional*, Ronald Dworkin (1987/31) observa que su sentido exacto depende del contexto en el que se use. Así, en un sentido débil, la expresión se usa frecuentemente para señalar que alguna razón impide que alguien aplique determinados *standards* de modo mecánico, exigiendo que ese alguien formule algún tipo de juicio. Lo expreso ahora a mi manera: el poder discrecional, en este sentido -débil- se relaciona solamente con el hecho de que la aplicación de cualquier orden, indicación, concepto, etc., requiere alguna explicación, o sea, requiere un agente capaz de pensar, por lo tanto, que no sea un estúpido. En este sentido, la discrecionalidad equivale a capacidad de raciocinio. En un segundo sentido débil, la expresión se utiliza para decir que una determinada persona es el titular de la capacidad definitiva de tomar una decisión, que no puede ser alterada o anulada por otra persona. En este sentido, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal estaría dotado de poder discrecional para decidir sobre la constitucionalidad de un acto dado. En sentido fuerte, el poder discrecional establece que su titular no está limitado, al tomar decisiones, por ningún *standard* establecido por otra autoridad.

Obsérvese que muchas veces se habla de la discrecionalidad judicial sólo para afirmar que los jueces (intérpretes auténticos) son los últimos en aplicar el derecho (sus decisiones no pueden ser corregidas, son cosa juzgada), o para decir que las normas jurídicas no se aplican mecánicamente, pues requieren de un intérprete; o incluso, para decir que los jueces deben suplir lagunas del derecho cuando éstas se presenten. Nada de eso, sin embargo, constituye discrecionalidad (= juicio de oportunidad); todo eso es interpretación (= juicio de legalidad).

Lo que se ha denominado *discrecionalidad judicial* es el poder de creación de una *norma jurídica* que el intérprete auténtico ejerce formulando *juicios de legalidad* (no de *oportunidad*). La distinción entre ambos juicios reside en que el *juicio de oportunidad* implica una opción entre *indiferentes jurídicos*, procesada *subjetivamente* por el agente; el *juicio de legalidad* es actuación, aunque desarrollada en el campo de la *prudencia*, que el intérprete auténtico desarrolla atado, limitado por el texto normativo y, naturalmente, por los hechos.

La interpretación es expresión de una manifestación *constitutiva*, que implica una *decisión*. Esa

decisión es asumida, insisto, mediante la formulación de un *juicio de legalidad* -no de un *juicio de oportunidad* (= *discrecionalidad*). No obstante, la doctrina insiste en el equívoco de confundir *discrecionalidad* (*juicio de oportunidad*) con la *libertad de pensar*, propia de la naturaleza del hombre.<sup>56</sup>

Por eso mismo, *sin actuar en el mismo plano lógico*, de manera que sea posible *oponer* la legalidad a la discrecionalidad-, y puesto que ésta se desprende siempre de una *atribución normativa* a quien la practica-, la discrecionalidad se convierte en una *técnica de la legalidad*.

Aun cuando el intérprete auténtico reflexione sobre los *principios*, al atribuir un peso mayor a uno de ellos -y no a otro-, tampoco entonces ejerce la discrecionalidad. El momento en que atribuye esa importancia selectiva es muy importante porque en él, cuando se busca alcanzar la definición de una de las soluciones correctas, en la lista de las posibles soluciones correctas a que puede conducir la interpretación del derecho, se pondera el *derecho*, en su conjunto (y la Constitución entera), como totalidad se revelan. Múltiples variables, de hecho -las circunstancias peculiares del caso -y jurídicas - lingüísticas, sistémicas y funcionales-. Y, paradójicamente, es justo el hecho de que el intérprete esté limitado, constreñido por los principios, lo que vuelve más creativa la *prudencia* que practica.

Deseo referirme también a la exposición de Michel Troper (1995/ 241-242), en la que, al analizar la libertad del juez de expresar su voluntad, llama la atención sobre la confusión entre libre albedrío y libertad, en sentido jurídico. Cuando decimos que una autoridad o un órgano judicial es libre, no deseamos afirmar, por cierto, que se sustraen a todos los determinismos. Y esto es así porque entendemos por "libertad" no una situación indeterminada, sino solamente una libertad "jurídica". Ahora bien, precisamente porque la interpretación es jurídicamente libre podemos comprender que está sujeta a un determinismo. Una teoría que admite que la interpretación consiste en descubrir un sentido ya existente en el texto no indaga sino lo que el intérprete debe hacer, y no intenta explicar lo que realmente hace.

Alejándome de la línea de interpretación de Troper, debo subrayar que el intérprete está sujeto a innumerables determinismos, el más importante de los cuales es el determinismo del texto del derecho en su totalidad. Por otro lado, debo señalar también que el hecho de descubrir el sentido ya existente en el texto no implica que la interpretación se convierta en un mero acto de conocimiento. Entre otras razones, para dejar esto bien establecido me dispuse a escribir este pequeño libro.

En el derecho brasileño, la única posibilidad de ejercer la discrecionalidad judicial es la que se encuentra prevista expresamente en el artículo 1109 del Código de Proceso Civil que, al referirse a los procedimientos especiales de jurisdicción voluntaria, establece que "El juez decidirá sobre lo requerido en el término de 10 (diez) días; sin embargo, no está obligado a seguir un criterio de legalidad estricta, pudiendo adoptar en cada caso la solución que le parezca más conveniente y oportuna". Aun así -y aunque el juez, en la jurisdicción voluntaria, no esté dirimiendo ningún conflicto o controversia-, la doctrina señala que esa discrecionalidad puede ser ejercida exclusivamente en términos de actividad procesal, nunca de modo que afecte el derecho material.

## 76. La subversión del texto

Acerca de la cuestión de saber cuándo el intérprete auténtico subvierte el texto -porque no puede subvertir la *norma* ni la *ideología del derecho*, ya que él mismo es quien las produce- aporto la siguiente contribución.

Dado que la interpretación es una *prudencia* (no es *saber* puro, separado del ser), esa subversión se verificará cuando el intérprete auténtico produzca interpretante (norma/ideología) *no correcto*. La verificación de esa *subversión* también es (debe ser) objeto de una *prudencia*. El *interpretante* será *correcto* cuando -esta conclusión es de Aarnio (1992/ 278)- i) se inserte en el marco (el contexto) del derecho; ii) el discurso Page 200 que lo justifica se procese de manera racional; iii) se adapte al código de los valores dominantes.

Recuérdense también las observaciones de Habermas (1992/243). La tarea de juzgar, para que se realice la función integradora del orden jurídico y la pretensión de legitimidad del derecho, debe cumplir simultáneamente las condiciones de una *decisión consistente* y de la *aceptabilidad racional*. Puesto que esas condiciones no se armonizan fácilmente, deben conciliarse dos criterios en la praxis de la toma de decisión judicial (*Entscheidungspraxis*). Por un lado, el principio de la certeza del derecho (*Prinzip der Rechtssicherheit*) requiere decisiones que puedan ser tomadas consistentemente en el marco del orden jurídico vigente. Por otro lado, la pretensión de legitimidad (*der Legitimitätsanpruch*) del orden jurídico requiere decisiones que sean consistentes no sólo con el tratamiento anterior de los casos análogos y con el sistema de reglas vigente (*geltenden Regelsystem*), sino que presupone también que estas decisiones estén racionalmente fundadas en los hechos del caso (*Sache*), de tal modo que los coasociados puedan aceptarlas como decisiones racionales. Los jueces, que deciden los casos efectivos también desde la perspectiva de un futuro presente, profieren juicios que configuran pretensiones de validez a la luz de reglas y principios legítimos. En esa medida, los fundamentos de justificación deben ser considerados con independencia de las contingencias del contexto en que se originaron. Ese cambio de enfoque, de lo histórico a lo sistémico, se hace efectivo de manera explícita con la transición de la justificación interna (*internen Rechtfertigung*) de una decisión que esté basada en premisas establecidas con anterioridad para una justificación externa (*externen Rechtfertigung*) de esas mismas premisas. Como en el caso de las leyes, también las decisiones judiciales son creaciones tanto de la historia como de la moralidad.

La corrección (*Richtigkeit*) de los juicios normativos (*normativer Urteile*) nunca podrá explicarse de acuerdo con las pautas de una teoría de la correspondencia con la verdad, ya que los derechos son construcciones sociales que no debemos hipostasiar en hechos. La "corrección" representa la *aceptabilidad racional* fundada en buenas razones. La legitimidad (*Gültigkeit*) de un juicio (*Urteils*) está, sin Page 201 duda, definida por el hecho de que sus condiciones de validez (*Geltungsbedingungen*) se hayan cumplido (Habermas 1992/277).

Por último, véase la sucinta e incisiva exposición de Marcelo Neves (2001/364 ss.)

## 77. La fuerza normativa del derecho

Es importante, finalmente, señalar que, al ser el *derecho* algo dinámico -transporto a ese plano las reflexiones de Hesse (1991/19-20) sobre la Constitución-, su fuerza normativa se manifiesta cuando se asienta en la *naturaleza singular del presente* (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*), es decir, cuando su contenido corresponde a esa naturaleza singular.

Declara Hesse (1991/24): "En síntesis, puede afirmarse que la Constitución jurídica está condicionada por la realidad histórica. No puede separarse de la realidad concreta de su tiempo. La pretensión de eficacia de la Constitución solamente puede llevarse a efecto si se toma en cuenta esa realidad. [...] Se constatan los límites de la fuerza normativa de la Constitución cuando el ordenamiento constitucional ya no se basa en la naturaleza singular del presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Estos límites, sin embargo, no son precisos, ya que esa característica singular está constituida tanto por la

idea de voluntad de Constitución (*Wille zur Verfassung*) como por los factores sociales, económicos o de otro tipo. Cuanto más intensa fuese la voluntad de Constitución, menos significativas serán las restricciones y los límites impuestos a la fuerza normativa de la Constitución. La voluntad de Constitución, *sin embargo, no puede suprimir esos límites. Ningún poder del mundo, ni siquiera la Constitución, puede alterar los condicionamientos naturales*"(las cursivas son mías).

Dicho de otra manera: no es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino que, por el contrario, su ser social determina su conciencia.

Page 202

Así, su fuerza normativa acaba cuando el *derecho* ya no corresponde a la *naturaleza singular del presente*. En ese caso, se ve frustrada materialmente la finalidad de los textos del derecho que estén en conflicto con la realidad, y el mismo derecho se transforma en un obstáculo al pleno desarrollo de las fuerzas sociales.

Corresponde entonces al intérprete, bajo el manto de los principios, actualizar el derecho. Que perezca así la certeza, en beneficio de la esperanza.

---

[2] Sobre la interpretación como el momento creativo del derecho en el pensamiento de Ascarelli, véase Paolo Grossi, *Per la storia del pensiero giurídico moderno*, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 354 ss.

[3] Uso la expresión "intérprete auténtico" en el sentido que le da Kelsen.

[4] Y ésta, como señala Ascarelli, se convierte después en un nuevo texto.

[5] Ya desde principios del siglo pasado, proponiendo un nuevo método de interpretación, François Gény (1919) rechaza la concepción de la interpretación como mera técnica deductiva, fundada sobre la presuposición de que los textos normativos contienen ya soluciones para todos los casos, y de que todo el derecho positivo está contenido en la ley escrita. A propósito de esta concepción, a la que se refiere como método tradicional, Gény (1919 /54-55) transcribe la exposición de Liard: el derecho es la ley escrita; la misión de las Facultades de Derecho es enseñar a interpretar la ley, cuyo método es descriptivo; los artículos del código son teoremas, cuyo enlace entre sí debe ser demostrado, deduciendo de él sus consecuencias; el jurista es un geómetra; la educación puramente jurídica es puramente dialéctica; la principal misión del magistrado y del abogado es hacer clara la tesisura de los negocios y relacionarlos con tales o cuales reglas establecidas en las leyes. Lo mismo fue afirmado anteriormente por Stuart Mill, citado también por Gény (1919/54): bajo los lineamientos de un código escrito, el juez no tiene que decidir cuál será la mejor solución intrínseca de un caso particular que deba resolver, sino sólo indicar el artículo de la ley que puede aplicársele, lo que el legislador dispone en el caso análogo y la intención que debe suponérsele a propósito del caso en cuestión; el método que debe seguirse es completa y exclusivamente un método de razonamiento por silogismos, como si se tratara de la interpretación de una fórmula". El defecto capital de ese método, según Gény (1919/65-67), es que inmoviliza al derecho e impide el desarrollo de cualquier idea nueva. Si nos atenemos a las conclusiones de ese método tradicional, todos los casos jurídicos deben resolverse mediante las soluciones positivamente consagradas por el legislador -que se encuentran justicadas en un texto-, de modo que permanecemos forzosa y definitivamente en la situación en que estábamos en el momento en que surgió la ley; y cualquiera que sea la evolución posterior de los hechos o de las ideas, el intérprete no estará autorizado a rebasar el horizonte que el legislador estableció en el momento en que definió la regla.Y cuando posteriormente surja un caso nuevo, fuera de los límites de

ese horizonte, se trata de hacerlo encajar en el marco abstracto y general proporcionado por la misma ley o por sus elementos, sin importar que no haya una coincidencia perfecta entre el nuevo caso y ese marco. Entonces, continúa Geny, es necesario, con una cierta dosis de libertad interpretativa, darles la vuelta a esos obstáculos, lo que no puede hacerse, sin embargo, sin agraviar al sistema y sin que el intérprete se coloque en el terreno del empirismo. De este defecto del sistema de interpretación puramente legal y deductivo, y de la falta de plasticidad que imprime al derecho positivo, se desprende otro, más grave, que consiste en que ese mismo sistema permite un subjetivismo sumamente confuso en la interpretación; esos defectos son los que Gény trata de combatir con el método que expone. Para él (1919/30), la interpretación no se reduce a la práctica mecánica de algunas fórmulas técnicas, sino que precisa de mucha delicadeza y perspicacia; implica, esencialmente, la conversión de una regla - generalmente abstracta y fría- en algo vivo, concreto, donde los diversos intereses de la vida jurídica pueden sentirse satisfechos. Y como la fórmula apodíctica de la ley -prosigue Gény- resulta simple y descolorida ante las circunstancias y los hechos, complejos y dinámicos, a los que debe adaptarse, es necesario animar esa fórmula, hacer que surja de ella y circule en la vida real toda la equidad, toda la utilidad práctica por ella expresada.

[6] Véase Engisch (1967/57 ss.).

[7] Vuelvo a repetir que de aquí en adelante usaré esta expresión en otro sentido, el que le atribuye Kelsen, para quien el intérprete auténtico es la autoridad judicial.

[8] Véase el Apéndice sobre el lenguaje jurídico.

[9] La traducción menciona "norma", pero se trata del "texto".

[10] Para Müller, el ámbito normativo no es sólo una mera suma de hechos, sino que abarca un conjunto de elementos reales y posibles, que se presentan en toda regla (= enunciado normativo), formulados con elementos estructurales tomados de la realidad. El ámbito de la norma no abarca (inmediatamente) la totalidad de los hechos; este ámbito se manifiesta cuando el intérprete emplea un método de interpretación para aplicar las normas jurídicas; entonces, con base en el hecho concreto, surgen en ese ámbito importantes estructuras sociales, sobre las cuales se definirá el universo de la norma.

[11] El programa de la norma es la orden o comando jurídico, en sus aspectos gramáticotextuales; el dominio de la norma es el fragmento de la realidad social parcialmente alcanzado por la norma (realidad social impactada por la norma); la concreción debe comprender norma y realidad, de donde surge la norma de decisión.

[12] Empleo en este punto un ejemplo de Cornelutti (1959/44).

[13] Más adelante hablaré de la distinción entre estos dos discursos.

[14] Vide supra, el apartado 02.

[15] Transcribimos más adelante, en el Apéndice II, el discurso pronunciado el 25 de mayo de 1790.

[16] En palabras de Kelsen. Sin embargo, no hay diferencia entre interpretación y aplicación.

[17] Ahí radica la crítica de Kelsen a la jurisprudencia de los conceptos: no se puede producir derecho nuevo a través de una interpretación puramente cognoscitiva.

[18] La denominada Metódica Jurídica Normativo-Estructurante posee, según Canotilho (1991/221), los siguientes postulados básicos: "1) la metódica jurídica tiene como objetivo investigar los diversos ámbitos de realización del derecho constitucional (legislación, administración, jurisdicción); 2) y con el fin de entender la transformación de las normas que deben concretarse en una 'decisión práctica' (la metódica está ligada a la resolución de los problemas prácticos) 3) la metódica debe atender la estructura de la norma y del texto normativo, la perspectiva de la normatividad y del proceso de concretización, la concretización normativa y las funciones jurídico prácticas; 4) elemento decisivo para la comprensión de la estructura normativa es una teoría hermenéutica de la norma jurídica que parte de la falta de identidad entre norma y texto normativo; 5) el texto de un precepto jurídico positivo es sólo la parte visible del iceberg normativo (F. Müller), y corresponde en general al programa normativo (orden o comando jurídico en la doctrina tradicional); 6) pero la norma no abarca solo el texto, sino que abarca un 'dominio normativo', es decir, un 'pedazo de realidad social' que el programa normativo abarca sólo parcialmente; 7) en consecuencia, la concretización normativa debe abocarse a trabajar con dos tipos de elementos de concretización: con los elementos resultantes de la interpretación del texto de la norma (= elemento literal de la doctrina clásica), y con el elemento de concretización resultante de la investigación del referente normativo (dominio o región normativa)".

[19] Véase Gadamer (1991/385 ss.) sobre la diferencia entre prudencia (*phrónesis*) y *tekhne*, 386 ss.

[20] Véase Hesse (1998/6-63).

[21] Donde Hassemer dice "norma", yo digo "texto".

[22] Sería más correcto decir: la noción de acto obsceno.

[23] Texto y no norma, repito.

[24] También en Antonio Francisco de Souza (1987/23 ss.) se presenta esta equiparación.

[25] Por lo que se refiere a la no superposición de las categorías "norma programática" y "norma-objetivo", véase mi obra *Direito, conceitos e normas jurídicas*, op. cit., pp. 150-151.

[26] En este punto, me limito a señalar el artículo 3o de la Constitución brasileña de 1988.

[27] La observación es de Perelman (1979/106).

[28] Empleo el término axiomas con grandes reservas (véase mi obra *Direito, conceitos e normas jurídicas*, 1988/30).

[29] Me permito sugerir al lector las siguientes referencias bibliográficas: Paulo Bonavides (1998/228 ss.), Luis Prieto Sanchís (1998) y Alfonso García Figueroa (1998).

[30] Nótese que, en este punto, el principio no es norma, sino que es anterior al mismo texto de la norma.

[31] Jeammaud usa la expresión "principio-regla" (*ibidem*).

[32] Wróblewski (1988/318) afirma que los principios positivos del derecho, los principios implícitos del derecho y los principios extrasistémicos del derecho consustancian reglas.

[33] Luis Prieto Sanchís (1998/50) afirma que esos principios son "consecuencias interpretativas".

[34] Sobre el origen de los principios, véase Anna Pintore (1982/32-34).

[35] Véase Ronald Dworkin (1987/31-39).

[36] En este sentido, véase Jean Boulanger (1950/56-57). Boulanger habla, incluso, de la existencia de una jerarquía entre principios (1950/72).

[37] Véase el apartado 59.

[38] Nótese lo que dispone el artículo 93, IX de la Constitución de 1988 sobre la necesaria fundamentación de las decisiones de los órganos del Poder Judicial.

[39] El ejemplo de Dworkin debe ser entendido, en el contexto de nuestro derecho puesto, desde las consideraciones definidas por el [artículo 1.379](#) del [Código Civil](#).

[40] Repito aquí las palabras de Pietro Barcellona (1977/15).

[41] Sobre la discrecionalidad de la Administración, véase Grau 2003/191 ss.

[42] Olvidados por la nueva hermenéutica, como vimos.

[43] Véase mi *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 274.

[44] Actividades "intervencionistas" porque el liberalismo supone una nítida separación entre Estado y sociedad civil, es decir, entre Estado y mercado.

[45] Véase Tércio Sampaio Feraz Jr. (1989/184 ss.) y Norberto Bobbio (1960/82 ss.). Sobre el conflicto de normas, véase Kelsen (1979/285 ss.).

[46] Lex superior derogat inferiori, lex specialis derogat generalis, lex posterior derogat priori, v.g. Bobbio (1960/96-98) alude a los tres criterios fundamentales para la solución de las antinomias: el criterio cronológico, el criterio jerárquico y el criterio de la especialidad.

[47] Bobbio [1960/93-94] alude a la antinomia de principio, a la antinomia de valoración y a la antinomia teleológica. Tércio Sampaio Ferraz Junior, (1989/191), las dos primeras.

[48] Tércio Sampaio Ferraz Junior (1989/191). Vide Menezes Cordeiro (1986/140-141).

[49] También al realizar tales juegos de principios, el intérprete actúa bajo la influencia de valores ideológicos. Existe ahí, claramente, una elección entre principios (Boulanger 1950/74).

[50] Véase mi *O direito posto e o direito pressuposto* (2003/35 ss.).

[51] Recuérdese que, para Alexy, la oposición entre reglas constituye un conflicto (*Regelkonflikt*), mientras que la oposición entre principios consustancia una simple colisión (*Prinzipienkollisionen*).

[52] Véanse los apartados 39 y 57.

[53] Obsérvese que en nuestro derecho positivo este problema se resuelve mediante la aplicación de la regla del [artículo 1.814, I](#) del [Código Civil](#).

[54] Con un sentido análogo, véase Roscoe Pound (1965/62-66).

[55] Los principios, según Alexy (1986/126-127) -repite lo que ya anteriormente afirmé- son mandamientos de optimización, y pertenecen al ámbito deontológico, mientras que los valores están incluidos en el nivel axiológico. Lo que constituye lo mejor en el modelo de los valores es, en el modelo de los principios, lo debido (1986/133). Por otra parte, sostiene Habermas (1992/311-312), los principios están dotados de sentido deontológico, mientras que los valores están dotados de significado teleológico. Por eso -afirma- los principios obligan igualmente a todos sus destinatarios, sin excepción, a cumplir sus expectativas generalizadas de comportamiento. Los valores, por otro lado, deben entenderse como preferencias intersubjetivamente compartidas; expresan la "preferenciabilidad" (Vorzugswürdigkeit) -o carácter preferencial- de bienes por los cuales se considera, en colectividades específicas, que vale la pena luchar, y se adquieren o se realizan mediante acciones dirigidas a objetivos o finalidades. De ahí por qué los valores son bienes atractivos -no son normas.

[56] Incluso cuando una persona formule juicios de legalidad, ejerce su libertad de pensar, la que le es propia, ya que esos juicios abarcan el pensamiento y los pensamientos son libres (Goethe)... Aquí, sin embargo, los pensamientos son libres solamente en el marco de la legalidad...