

rá por lo común ningún efecto dañino, de modo que si el depositario no devuelve la cosa y se promueve un litigio al respecto, el juez hará bien decretando que debe devolverla y, además, que debe indemnizar al depositante por los perjuicios que le hubiere ocasionado con su retardo en la entrega de la cosa. Sin embargo, en algún caso podría ser inconveniente que el juez resolviera de ese modo, como, por ejemplo, si el loco furioso pide que se le devuelva la espada que dio en depósito. En este caso, el juez tendría buenas razones para no decidir conforme lo justo según la ley, porque si bien existe y es justa la norma abstracta y general que da derecho al depositante a recuperar la cosa dada en depósito, en la situación del loco furioso que reclama la devolución de su espada no sería justo resolver conforme a esa norma puesto que, de hacerlo, se seguirían consecuencias inconvenientes. ¿Cuáles? Las que se siguen siempre que un loco furioso circula armado entre sus semejantes.

Por ello es que Tomás de Aquino se refiere a la equidad como "los preceptos *concretos* de los hombres *prudentes*". Por eso es también que a la equidad se la llama "justicia del caso particular". En consecuencia, la equidad no es algo *distinto* de lo *justo*, sino algo justo que es *mejor* que lo *justo legal*. Dicho brevemente: lo equitativo es justo, y, a la vez, *mejor* que lo justo legal.

Una noción de equidad.— Sin embargo, la equidad juega un papel importante en el derecho no sólo en las dos hipótesis antes señaladas, sino también en la interpretación de las leyes oscuras o contradictorias. Por lo mismo, es posible construir la siguiente noción de equidad:

Dícese que un caso jurídicamente relevante de la vida social se resuelve en equidad cuando, al faltar una ley que lo contemple y regule, o bien al existir una ley que lo regula de un modo que resulta vago, indeterminado, oscuro, confuso o contradictorio, o bien al existir una ley que lo regule y que de su aplicación puedan seguirse consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que el autor de la ley no previó ni pudo querer que se produjeran y que parece razonable evitar, el juzgador encargado del conocimiento y fallo del caso administra una solución construida sobre la base de la idea que él forja en conciencia acerca de lo que sea justo resolver a propósito del caso de que se trate, para lo cual el juzgador empleará ante todo

su prudencia, esto es, su capacidad de deliberar en torno al caso, a fin de verificar y comprender las particulares circunstancias del mismo, viéndose asimismo influenciado en su decisión por diversos factores a los que se puede llamar fuentes de las decisiones equitativas.

Dicha noción de equidad puede ser descompuesta en *tres* partes. La *primera*, que va desde la palabra "Dícese" hasta el verbo "evitar", identifica las tres *hipótesis* en que la equidad puede hacerse presente, que son las mismas, por lo demás, que dan cabida a los principios generales del derecho, razón por la cual estos últimos y la equidad comparten la condición de fuentes supletorias del derecho. De este modo, la equidad, según lo expresado en esa parte de la noción que hemos dado de la misma, sirve para interpretar las leyes, para integrarlas en caso de lagunas, y, asimismo, para evitar que de la aplicación de una ley a un caso dado puedan seguirse consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes que el autor de esa ley no previó ni pudo querer que se produjeran, de modo que resulta razonable que sea el juez quien evite finalmente que se produzcan.

La *segunda* parte de nuestra noción de equidad, que se inicia con la expresión "el juzgador" y concluye con la palabra "trate", pone de manifiesto el *núcleo* del concepto de equidad, puesto que dice que decidir en equidad un asunto equivale a decidirlo sobre la base de la idea que acerca de lo justo consigue formarse el juzgador en relación con el caso de que se trata. Por lo tanto, si decidir en equidad es decidir conforme a una idea de lo justo, cabe advertir que no se trata de una idea *general* acerca de la justicia, sino de la idea de lo justo que frente al caso *particular* de que se trata ha podido formarse el juzgador. En consecuencia, la solución de equidad es una construcción estimativa que tiene lugar en la conciencia del juzgador, quien forma dentro de sí una idea acerca de lo que sea justo en relación con el caso de que se trata.

Para dar la correspondiente solución de equidad, el juzgador cuenta, ante todo, con su propia capacidad valorativa, que le permitirá sopesar las distintas alternativas de solución que el caso pueda ofrecer, y cuenta también con el propio caso a resolver, cuyos hechos y circunstancias delimitan un marco objetivo al que se circunscribe la atención y la actividad valorativa del juzgador.

Lo anterior no significa que la solución de equidad se construya arbitrariamente por el juzgador, puesto que, además de lo ya dicho, es preciso advertir que esa solución vendrá siempre determinada, en mayor o menor medida según los casos, por distintos antecedentes o factores que, combinados entre sí y debidamente ponderados por la percepción valorativa del juzgador, coadyuvan a formar el criterio de éste.

A tales factores o antecedentes puede denominárseles "fuentes de la equidad", o fuentes de las decisiones equitativas, y a ellas vamos a referirnos al pasar ahora a la tercera parte de nuestra noción de equidad. Esa parte comienza con la expresión "para lo cual" y concluye con la palabra "equitativas", que es aquella con la que termina la propia noción que nos encontramos analizando.

Dicha parte *final* de la noción puntualiza, en primer término, que la equidad se vincula con la virtud intelectual de la prudencia, esto es, con la capacidad y el hábito de deliberar lo conveniente a cierto fin. Prudente, escribe Aristóteles, "es el que sabe deliberar, o sea, el que calcula bien lo conveniente a cierto fin", en nuestro caso el de dar una solución adecuada a la situación que el juez debe resolver. Tanto más se conecta con la equidad la virtud de la prudencia si se tienen en cuenta las expresiones de Aristóteles en el sentido de que esta última virtud "no es sólo de lo universal, sino que debe conocer las circunstancias particulares, porque se ordena a la acción, y la acción se refiere a los casos particulares. La prudencia, por tanto, es práctica; así que es preciso poseerla en lo general y en lo particular, y más bien en esto último".

Tal como ha sido señalado, para dar la solución de equidad, esto es, para llegar a formarse una idea acerca de qué sea lo justo a resolver en el caso de que se trata, el juzgador cuenta no sólo con su prudencia, sino con determinados antecedentes o factores que coadyuvan a formar el criterio del juzgador. A tales antecedentes y factores puede llamárseles, por lo mismo, "fuentes de las decisiones equitativas" y a ellos nos vamos a referir a continuación.

Fuentes de las decisiones equitativas.— Si volvemos a la idea que Aristóteles tuvo de la equidad, comprobaríamos que para este autor la fuente de la equidad es lo *justo natural*.

Justo legal, según quedó establecido antes, es lo justo según la ley, de manera que decir de una cosa que ella es justa según la ley equivale a afirmar que lo es en virtud de que el legislador así lo ha establecido en alguna de las normas abstractas y generales de las que es autor.

Pero también hay cosas que son justas por naturaleza, esto es, porque la naturaleza, no el legislador, así lo ha dispuesto, de manera que al lado de lo *justo legal* existe lo *justo natural*.

Trasladando la distinción entre justo natural y justo legal, entre cosas que son justas por naturaleza y otras que lo son por disposición de la ley, al lenguaje actual de los juristas, puede decirse que para Aristóteles está por un lado el *derecho natural*, que en todas partes tiene la misma fuerza y que no depende de nuestra aprobación o desaprobación, y, por otro, el *derecho positivo*, compuesto por normas cuyo contenido es en principio indiferente, de modo que corresponde a la autoridad normativa dotarlas de un contenido o de otro. En consecuencia, el derecho natural encuentra su causa en la naturaleza, y porque la naturaleza es la misma en todas partes, las prescripciones del derecho natural poseen similar fuerza y virtud en todas partes. Son universales e inmutables, "como el fuego, que quema aquí lo mismo que en Persia", según la expresiva declaración de Aristóteles. Por lo mismo, el contenido del derecho natural no es discurrido por el hombre, sino que proviene directamente de la naturaleza, traducándose dicho contenido, según Tomás de Aquino, en "ciertos principios indemostrables y en las cosas próximas a ellos, tales como debe evitarse el mal, a nadie debe dañarse injustamente, no debe hurtarse, y otros semejantes".

En cambio, el derecho positivo encuentra su causa en la voluntad o decisión del hombre, quien lo instituye dotándolo de los más diversos contenidos. Sus normas, por lo mismo, son contingentes y variables y limitan su validez a un ámbito temporal y territorial determinado. En palabras de Aristóteles, "las cosas justas que no son naturales sino por humana disposición no son las mismas en todas partes, como no lo son las constituciones políticas".

Con todo, Aristóteles entiende que el derecho positivo deriva del derecho natural, ya por *conclusión*, ya por *determinación*. La derivación es por *conclusión* cuando el contenido de una norma del derecho positivo resulta ser una aplicación directa de al-

guna norma o principio del derecho natural. Por ejemplo, cuando el derecho positivo castiga el homicidio, lo que hace es fijar una de las conclusiones que es posible derivar del principio del derecho natural que dice que a nadie debe dañarse injustamente. La derivación ocurre por *determinación* en todo aquello que el derecho positivo puede normar tanto de un modo como de otro, al no proceder su contenido directamente del derecho natural, como acontece cada vez que la ley establece cuál es la escala de penalidad que un juez puede recorrer en presencia de un delito de homicidio.

En ese marco de ideas, Aristóteles considera que la fuente de la equidad es lo justo natural, lo cual significa que el juzgador debe fijar el contenido de su fallo en equidad estableciendo qué es lo que dispone el derecho natural sobre la materia de que se trate. Ahora bien, si se pregunta cómo puede acceder el juzgador a lo *justo natural*, para derivar de allí la solución de equidad, Aristóteles responde que ello se consigue por medio de las virtudes intelectuales, a saber, prudencia, sabiduría e intuición.

La solución dada por Aristóteles en este punto no está exenta de dificultades, puesto que para que el reenvío del juez al derecho natural tenga éxito se requieren varias condiciones, a saber, que el derecho natural exista realmente; que el juez esté convencido de su existencia; que el juez cuente con medios confiables para acceder al conocimiento del derecho natural; y, establecido todo eso, que el derecho natural provea efectivamente la solución de equidad que el juez tiene que acoger en su fallo.

Por lo mismo, resulta conveniente atender a un planteamiento distinto sobre la cuestión de la fuente de las decisiones equitativas, como puede ser el siguiente:

- a) la solución de equidad responde siempre a una convicción de orden estimativo que el juzgador forma en su conciencia respecto de lo que sea justo resolver frente a un caso dado;
- b) para formar esa convicción, el juzgador cuenta con su propia conciencia valorativa y cuenta, además, con el caso concreto al que la atención de dicha conciencia debe dirigirse;
- c) lo anterior no significa que la solución de equidad se construya arbitrariamente por el juzgador, puesto que dicha solución vendrá siempre determinada, en mayor o menor medida, por ciertos antecedentes o factores de diversa índole;

d) los principios generales del derecho, que comparten con la equidad el carácter de fuentes supletorias del derecho, son uno de tales elementos o factores, puesto que, debidamente inteligidos por el juzgador, demarcan un ámbito de sentido que éste no podría traspasar con su decisión equitativa. En otros términos: los principios generales del derecho imponen al juzgador unos ciertos límites que éste no puede traspasar al dar una determinada decisión de equidad;

e) otro factor importante está constituido por los precedentes, esto es, por otras decisiones de equidad previas que hayan recaído sobre casos próximos o afines a aquel que tiene que ser resuelto en equidad. La combinación de la equidad con el precedente es perfectamente posible, puesto que las decisiones de equidad pueden llegar a formar una masa de precedentes a la que el juez que debe dar un fallo en equidad puede sentirse fuertemente vinculado;

f) el razonamiento por analogía, que constituye un método de integración de la ley, tal como veremos en el capítulo V, puede ser también un valioso auxilio para el juzgador cada vez que éste deba recurrir a la equidad en cualquiera de las tres hipótesis que fueron destacadas a propósito de la noción de equidad que fijamos precedentemente;

g) la solución de equidad estará también determinada por las valoraciones socialmente dominantes que respecto de la materia de que se trate tengan un firme arraigo en la sociedad de que se trate. En rigor, un juez nunca es indiferente a ese tipo de valoraciones, lo confiese o no así, y los fallos en equidad son propicios a una mayor influencia de la atmósfera valorativa que pueda rodear al juez en un momento dado;

h) las propias y personales convicciones valorativas del juez jugarán también un papel importante, como es obvio, al momento que aquél tenga que formarse una idea acerca de qué sea lo justo a resolver frente a un caso determinado; e

i) por último, vale la pena decir que todos esos elementos y factores, actuando en conjunto y de manera interrelacionada, influirán en la solución de equidad, en mayor o menor medida según los casos y de un modo más o menos consciente para el juzgador. Por lo mismo, la solución de equidad aparecerá siempre como fruto de una decisión razonada y voluntaria del pro-

pio juzgador, aunque las raíces de la decisión podrán ser rastreadas en la presencia simultánea y no siempre armoniosa de esa suma de antecedentes y factores previamente identificados.

La equidad en el derecho chileno.— El estatuto acordado a la equidad en nuestro derecho es el mismo que tuvimos ocasión de analizar a propósito de los principios generales del derecho. Juegan aquí el art. 24 del Código Civil y el art. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, así como las disposiciones constitucionales y del Código Orgánico de Tribunales que consagran el llamado “principio de inexcusabilidad”.

Es preciso mencionar, además, por lo que respecta a las lagunas del derecho legislado, el art. 5 del Código Civil, y, desde luego, el art. 23 del mismo cuerpo legal, que declara que lo favorable u odioso de una disposición legal no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación.

Llama la atención, en todo caso, que el art. 24 se refiera a la equidad bajo la expresión “equidad natural”, lo cual, lo mismo que en el caso de la expresión “espíritu general de la legislación”, puede ser entendido como una restricción, puesto que si se dice “principios generales del derecho” se dice algo más que “espíritu general de la legislación”, mientras que si se dice “equidad” se dice también algo más que “equidad natural”.

¿Qué puede ser la equidad *natural*?

Al valerse de una expresión como esa, Bello no pensaba en la posibilidad de que el juez antepusiera su idea de justicia a la que se encontrare plasmada en la ley. Ni siquiera pensaba en la equidad como un correctivo o enderezamiento de lo justo según la ley. Decía él que “el juez es esclavo de la ley” y que “debe el juez seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza”, expresiones con las cuales no hacía sino ponerse a tono con las ideas por entonces dominantes de la Exégesis y exteriorizar sus temores frente a una judicatura profesionalmente débil en un país que tenía sólo algunas décadas de vida independiente.

En parecer de Alejandro Guzmán, la *equidad natural* no es otra que la que se encuentra en los textos, y que es producto de la reflexión y discusión de los juristas, aunque en tiempos pretéritos “todos los juristas pensaban que había un texto en que la equidad estaba inscrita como por antonomasia: el *Corpus Iu-*

ris. Domat es un buen ejemplo de este punto de vista, puesto que sostuvo que “las reglas que se extraen de las decisiones contenidas en el Derecho romano tienen el carácter de leyes naturales, por los principios de la equidad natural de donde ellas han sido sacadas”. En esta misma línea de pensamiento, el propio Bello, refiriéndose a las leyes romanas, dijo de ellas que “han pasado por la prueba del tiempo, se han probado en el crisol de la filosofía y se han hallado conforme a los principios de la equidad y de la recta razón”.

Por nuestra parte, reiteramos que equidad no es sinónimo de subjetividad ni menos de arbitrariedad, y que para formar una decisión equitativa bien puede recurrirse también, además de los elementos o factores que ya indicamos, a criterios que se encuentren aprobados por la doctrina, lo cual dista mucho de aceptar la idea, escasamente realista, de que las antiguas leyes romanas puedan constituirse en una cantera inagotable y siempre actual de soluciones cada vez que un juez de nuestro tiempo tenga que dar un fallo en equidad.

6. EL ACTO JURIDICO

Hecho jurídico, acto jurídico y contrato. El acto jurídico y el contrato como fuentes formales del derecho.

Hecho, hecho jurídico y acto jurídico.— Ante todo, es preciso distinguir entre *hechos* y *hechos jurídicos*, puesto que los *actos jurídicos*—objeto ahora de nuestro interés— son una clase de hechos jurídicos, mientras que, por su parte, los *contratos* son un tipo de acto jurídico.

Un *hecho*, sin más calificación, es aquel que proviene de la naturaleza o del hombre y que no produce efectos en el campo del derecho. La luna llena y el saludo que alguien hace al conductor del vehículo de transporte público al que sube por la mañana constituyen ejemplos, respectivamente, de hechos de la naturaleza y del hombre que no producen efectos jurídicos.

Hecho jurídico, en cambio, es aquel que proviene de la naturaleza o del hombre y que produce efectos en el campo del derecho. El transcurso del tiempo, en virtud del cual un joven adquiere la mayoría de edad, y el matrimonio, son ejemplos, res-

pectivamente, de hechos de la naturaleza y del hombre que producen efectos jurídicos.

A los hechos jurídicos provenientes del hombre se les puede llamar *hechos jurídicos propiamente tales*. Por su parte, estos hechos pueden ser *involuntarios* y *voluntarios*. Involuntarios son aquellos que provienen del hombre, aunque sin la intención precisa de producir efectos jurídicos, como es el caso, por ejemplo, del art. 2319 del Código Civil, que a propósito de los delitos y cuasidelitos civiles, dispone que no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes, aunque serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Hechos jurídicos voluntarios son aquellos que el hombre ejecuta conscientemente y que producen efectos jurídicos, sean o no queridos por su autor. Estos hechos jurídicos voluntarios pueden ser *lícitos* o *ilícitos*. Los hechos voluntarios ilícitos se llaman delitos y los delitos pueden a su vez ser delitos civiles o delitos penales. En la comisión de delitos el responsable de éstos busca obtener ciertos efectos, pero los efectos propiamente jurídicos que se siguen de su acción los establece la ley. Ahora bien, un hecho ilícito del hombre puede ser deliberado, caso en el cual estamos en presencia de un *delito*, o resultado sólo del descuido o negligencia del autor, caso en el cual estamos en presencia de un *cuasidelito*, pero, en todo caso, las consecuencias jurídicas resultantes no son queridas por quien ejecutó el acto correspondiente, sino establecidas e impuestas por la ley.

En cuanto a los hechos jurídicos voluntarios y lícitos, pueden ser producidos con intención de producir determinados efectos jurídicos, caso en el cual constituyen lo que se llama *actos jurídicos*, o bien sin intención de producir determinados efectos jurídicos, caso de los así llamados *cuasicontratos*.

Por tanto, *acto jurídico* es toda manifestación voluntaria y lícita del hombre, ejecutado con la intención precisa de producir determinados efectos jurídicos, los cuales pueden consistir en la adquisición, pérdida o modificación de derechos y deberes jurídicos.

Ahora bien, una de las clasificaciones más importantes de los actos jurídicos es la que distingue entre *actos jurídicos unilaterales* y *actos jurídicos bilaterales*. Los primeros son aquellos que para formarse como tales precisan de la voluntad de una sola parte,

mientras que los segundos son los que para formarse como tales requieren del acuerdo de voluntades de dos o más partes. Como se ve, esta clasificación atiende al número de *partes* que se necesitan para la formación del acto y no al número de *personas*, puesto que cada parte puede estar constituida por una o varias personas. Cabe señalar, asimismo, que al acuerdo de voluntades necesario para producir un acto jurídico bilateral se le llama *consentimiento*.

En cuanto a los actos jurídicos unilaterales, los hay que producen efectos jurídicos únicamente en relación con la parte que los otorga, como acontece, por ejemplo, con la oferta de celebrar un contrato que obliga al que la hace a suscribir el contrato cuando la oferta es aceptada o con el ofrecimiento de un premio o recompensa. Pero hay también actos jurídicos unilaterales que producen efectos respecto de personas distintas de aquella que los ejecuta u otorga, como es el caso del testamento.

A los actos jurídicos bilaterales se les llama también *convenciones*, y se les denomina *contratos* cuando la finalidad es *crear* derechos y obligaciones. De este modo, *convención* es todo acto jurídico bilateral destinado a *crear, modificar* o *extinguir* derechos y obligaciones, mientras que *contrato* es aquella convención que está destinada únicamente a *crear* derechos y obligaciones para las partes que intervienen en ella. En consecuencia, la convención es el género y el contrato la especie.

Por su parte, los contratos también se clasifican en uni y bilaterales, dependiendo si las obligaciones que por su intermedio se crean son sólo para una de las partes o para ambas. Así, *contrato unilateral* es aquel en que una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna, como es el caso de la donación y del comodato, mientras que *contrato bilateral* es aquel en que ambas partes se obligan recíprocamente, como acontece con la compraventa y el arrendamiento.

En materia de contratos, el principio rector de los mismos es el que se señala por el art. 1545 del Código Civil, que declara que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo y por causas legales".

Lo que semejante disposición persigue no es transformar el *contrato* en una *ley*, puesto que sabemos que la ley es una fuente formal del derecho en la que intervienen dos poderes del Esta-

do, legislativo y ejecutivo. Al expresarse del modo que lo hace, la citada disposición quiere reforzar la autonomía que los sujetos de derecho tienen para contratar y, por este medio, para crear derechos y obligaciones, y reforzar, asimismo, el carácter vinculante que las cláusulas de un contrato tienen respecto de quienes hayan concurrido a su celebración. En otras palabras: la disposición del art. 1545 del Código Civil refuerza la idea de que lo que hacen a fin de cuenta los contratantes al contratar es crear o producir determinadas normas jurídicas, de carácter particular, que concederán derechos e impondrán obligaciones a las partes según el tipo de contrato que hayan celebrado.

En cuanto a los efectos de los contratos, eso es, concerniente a los derechos y obligaciones que resultan para los contratantes, pueden producirse tres situaciones, a saber, que la legislación nada disponga al respecto y que todos los efectos se regulen exclusivamente por la voluntad de las partes; que la legislación regule los efectos del contrato de un modo genérico que permite a las partes contratantes variar en alguna medida las normas legales sobre la materia o introducir especificaciones no contempladas en éstas; y que la legislación regule de modo pormenorizado y estricto todos los efectos del contrato, caso en el cual la voluntad de las partes se hace presente al momento de celebrarse el contrato, mas no en la determinación de sus efectos.

Lo que interesa destacar, en todo caso, es que, cualquiera sea la situación de los contratantes respecto de la determinación de los efectos del contrato, su voluntad es necesaria para que el contrato pueda nacer a la vida jurídica, lo cual significa que la voluntad de los sujetos contratantes siempre tiene, en mayor o menor medida según los casos, un poder de producir normas jurídicas particulares cuyo ámbito de validez se circunscribirá, en principio, a los propios sujetos contratantes.

En cuanto a las demás clasificaciones de los actos jurídicos, así como a los elementos constitutivos y a los requisitos necesarios para su existencia y validez, son materias propias de un curso de derecho civil. Lo mismo cabe decir de los contratos. Lo que interesa ahora, de preferencia, es percibir cómo los actos jurídicos, y en especial los contratos, constituyen una fuente formal del derecho, esto es, un procedimiento para crear o producir normas jurídicas, a la vez que un continente donde es posible identificar normas de ese tipo.

Actos jurídicos y contratos como fuentes formales del derecho.— En efecto, los actos jurídicos y los contratos, tal como han sido definidos previamente, dan cuenta de una zona que el ordenamiento jurídico deja a los sujetos de derecho para que participen directamente en el proceso de producción del derecho por medio de las determinaciones voluntarias que tales sujetos quieran hacer en ese sentido.

En otros términos, el *negocio jurídico*—como a veces se prefiere llamar a los actos jurídicos— es un hecho productor de derecho, tanto como lo son la ley en el caso del legislador y la sentencia en el caso del juez, no más que tratándose del acto jurídico y de quienes lo otorgan estamos en presencia no de órganos jurídicos en posición de autoridad, sino de sujetos normativos que quedan vinculados por las mismas normas que ellos han concurrido a producir, unas normas de carácter particular, similares en esto a las de la sentencia judicial, puesto que por lo común afectarán con su validez únicamente a los sujetos que hayan intervenido en la elaboración del acto jurídico de que se trate.

Actos jurídicos y contratos, por lo mismo, confirman que el derecho cuenta tanto con métodos *heterónomos* como *autónomos* de producción de normas, y que el derecho no está compuesto sólo por normas *generales*, sino que las hay también *particulares*.

Podría creerse que los sujetos de derecho no producen normas jurídicas por medio de los actos jurídicos y de los contratos, puesto que al otorgar aquéllos y suscribir éstos deben hacer aplicación de las normas del derecho legislado que se refieren a su capacidad para otorgar actos jurídicos y celebrar contratos y que regulan muchas veces, además, la manera de otorgarlos y celebrarlos e, incluso, los efectos jurídicos que habrían de seguirse. Sin embargo, y tal como tuvimos ocasión de explicar a propósito de la sentencia judicial como fuente formal del derecho, que los sujetos de derecho al contratar hagan aplicación de determinadas normas generales de la legislación no impide que a la vez creen o produzcan normas jurídicas particulares.

Tiene razón Kelsen, en consecuencia, cuando afirma que al establecer el ordenamiento jurídico al negocio jurídico como un hecho productor de derecho, lo que hace, a fin de cuentas, es "autorizar a los individuos sujetos al negocio a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas generales produ-

cidas por vía de legislación o costumbre, por las normas que son producidas mediante el negocio jurídico”.

Tratándose en particular de los contratos, el autor aclara que se trata “de lejos del negocio jurídico más importante en el derecho moderno”, configurándose los contratos a partir de “las declaraciones concordantes de voluntad de dos o más individuos, dirigida a una determinada conducta de los mismos”. Puede ser que el ordenamiento jurídico prescriba determinada forma para esas declaraciones a fin de que produzcan efectivamente las normas que obliguen y faculten a los contratantes —por ejemplo, estableciendo que el contrato ha de celebrarse por escrito—, pero, en todo caso, “las partes tienen que expresar de alguna manera su voluntad, es decir, darle alguna exteriorización”.

Con todo, la palabra “contrato”, lo mismo que pasa con la “ley”, designa tanto al hecho productor de normas jurídicas como a las normas que resultan de ese hecho. Así, dice Kelsen, “se habla de la celebración de un contrato, aludiéndose así a los actos que constituyen el hecho productor de normas” y “se habla de la validez de un contrato, aludiéndose a la norma producida por ese hecho, puesto que sólo una norma, y no un acto, puede tener validez”. Lo que pone de manifiesto este doble uso de la palabra “contrato” —para aludir a un *hecho productor de normas* y para aludir a las *normas* que resultan de ese hecho— no es más que el efecto que se sigue de ser el contrato, a la vez, un método de producción de normas y un continente donde es posible identificar las normas que han sido producidas convencionalmente por dos o más sujetos de derecho.

Al contratar —continúa Kelsen— “las partes hacen uso de las normas legales que hacen posible las transacciones jurídicas”, de donde resulta que “al concluir una transacción jurídica las partes aplican esas normas generales”. Pero, a la vez, se trata de un acto creador de derecho, “ya que produce deberes jurídicos y derechos subjetivos de las partes que en él intervienen”.

De este modo, la voluntad de dos sujetos concordantes en la decisión que uno de ellos dé una cosa mientras el otro pague su valor en dinero, debe ajustarse, tanto formal como materialmente, a las normas generales de la legislación que regulan la compraventa, normas que, por tanto, resultan aplicadas con ocasión del contrato que estamos imaginando. Si se trata de un inmueble, por ejemplo, la declaración de voluntad de las partes

tendrá que constar en una escritura pública (marco formal), mientras que el precio de la venta deberá ser determinado por los contratantes, no pudiendo dejarse al arbitrio de uno de ellos (marco material). Pero los deberes y facultades jurídicas concretas de que resultan investidas las partes contratantes como resultado del contrato no provienen propiamente de las normas generales que se aplican en este negocio, sino de las normas particulares que por medio de este mismo negocio jurídico han sido creadas.

De este modo, la determinada obligación de *A* de dar su casa a *B* a cambio de una suma de dinero *P*, no proviene de que el Código Civil establezca como obligación principal del vendedor la entrega de la cosa —por cuanto se trata de una formulación abstracta y general—, sino de la voluntad expresada en tal sentido al momento de celebrarse el respectivo contrato. Y lo mismo puede decirse de la obligación de *B* de pagar el precio *P*. Tanto es así que antes de la celebración del contrato, ni *A* ni *B* tenían recíprocamente ningún tipo de obligación al respecto. Ni *A* debía entregar su casa a *B* ni éste debía a *A* la suma de dinero *P*. Si estas obligaciones jurídicas han nacido, lo mismo que los derechos correlativos a ellas, es en virtud de la declaración de voluntad concurrente. Si *A* y *B* no contratan, nada se deben, no existe —en suma— norma jurídica alguna que les imponga, determinadamente, los deberes jurídicos que cada uno reconoce como suyos.

Así las cosas, y si del contrato resultan obligaciones y facultades jurídicas, y si las obligaciones y facultades jurídicas provienen siempre de una norma jurídica, quiere decir, entonces, que el contrato ha constituido, a la vez, un acto de *aplicación* de normas jurídicas y un acto de *creación* de éstas. Ahora bien, las normas generales que resultan aplicadas y las particulares que son creadas con ocasión del contrato no difieren en su carácter normativo, sino en el hecho de que las primeras tienen un carácter *general y abstracto*, mientras que las segundas lo tienen *individualizado y singularizado*.

A fin de contrastar las precedentes ideas con la moderna evolución tenida por el derecho de los contratos y con las distintas modalidades que se conocen, pueden verse las páginas finales del trabajo del autor de este manual, *La dimensión de autonomía en el derecho*, publicado en Revista de Ciencias Sociales N^o 20, “El

PRIMERA PARTE
EL ORDENAMIENTO JURIDICO
COMO SISTEMA NORMATIVO DINAMICO

I. INTRODUCCION

Norma jurídica y ordenamiento jurídico.

LAS FUENTES DEL DERECHO

307

Los actos corporativos como fuentes formales del derecho.—El ordenamiento jurídico, así como autoriza a los sujetos de derecho individualmente considerados para producir normas jurídicas particulares en aplicación de las normas generales de la legislación, del mismo modo reconoce competencia a las organizaciones para producir normas generales en el marco de la legislación, aunque se trata de normas que, por su misma finalidad, no pueden tener un ámbito de validez que sobrepase el de la respectiva institución y el de los que en calidad de asociados pertenecen a ella.

La legislación, en suma, regula la producción del derecho corporativo por parte de los diversos tipos de instituciones, de modo que cada vez que éstas producen normas estatutarias aplican aquellas de la legislación que regulan su producción. A la vez, y tal como acontece con los actos jurídicos, los actos corporativos conducen a la creación de nuevas normas, que junto con establecer el objeto de la institución y la organización interna de ésta, fijan los derechos y deberes de los asociados y regulan las actuaciones de éstos en la esfera más amplia de las actividades de la institución.

En suma: los actos corporativos *aplican y producen* derecho, o, mejor aun, producen el llamado derecho corporativo o estatutario en aplicación de las normas del derecho legislado que da competencia a distintos tipos de organizaciones para producir las normas jurídicas por las que habrán de regirse internamente.

Actos jurídicos y actos corporativos.—De ambos puede decirse que constituyen ámbitos que para la producción jurídica el ordenamiento jurídico reserva para sujetos e instituciones que no tienen el carácter de órganos del Estado. Sin embargo, hay diferencias entre unos y otros.

De partida, los actos jurídicos producen normas jurídicas sobre la base de la voluntad de quienes los otorgan o concurren a ellos; en cambio, los actos corporativos producen normas para el conjunto de los asociados, sin que éstos tengan que consentir en las normas de que se trata, las cuales son dictadas por los órganos internos de la respectiva organización; por ejemplo, su directorio o la asamblea de socios, actuando aquél y ésta por medio de determinaciones de mayoría.

306

INTRODUCCION AL DERECHO

neokantismo en la filosofía del derecho", Edeval, Valparaíso, 1982.

7. ACTOS CORPORATIVOS

Concepto. Los actos corporativos como fuentes formales del derecho. Actos jurídicos y actos corporativos.

Concepto.—Actos corporativos son aquellos que ejecutan las corporaciones e instituciones, en general personas jurídicas colectivas, y tienen por finalidad crear o producir normas jurídicas generales, aunque circunscritas en su ámbito de validez únicamente a los socios o asociados de la institución de que se trate.

De este modo, por ejemplo, las corporaciones y fundaciones, ambas personas jurídicas colectivas sin fines de lucro, producen normas de vasto alcance, esto es, que no afectan a uno o más determinados individuos, sino a todos los que forman parte del correspondiente círculo de asociados. Por lo mismo, los actos corporativos, y las normas que por su intermedio se producen, regulan la actividad de la institución y las relaciones que concretamente a ésta tienen entre sí los asociados.

Cabe destacar, por lo mismo, que los actos corporativos son ejecutados no por sujetos de derecho individualmente considerados, sino por entes colectivos que en general se llaman "organizaciones". El resultado de los actos corporativos son normas jurídicas generales, en el sentido antes explicado, no obstante que su validez se limita a los miembros de la respectiva organización, quienes les deben acatamiento aunque no hubieren participado en la producción de las normas. Al conjunto de las normas resultantes de los actos corporativos se le denomina *derecho corporativo*, o *derecho estatutario*, puesto que sus normas tienen origen en las organizaciones y se expresan y contienen en los estatutos que cada corporación se da a sí misma para regir su actividad y regular los derechos y deberes de los asociados. Se trata, como dice Antonio Bascañán Valdés, de "un conjunto de normas estatutarias de carácter general, abstracto y permanente, que rigen la conducta no sólo de quienes las dictaron, sino también la de quienes ingresan con posterioridad a la institución".

Por otra parte, los actos jurídicos conducen a la producción de normas particulares que en principio circunscriben su validez a los sujetos que concurren al acto; en cambio, los actos corporativos conducen a la producción de normas generales, aunque limitadas, en todo caso, a la organización que las dicta.

CAPITULO IV

EL ORDENAMIENTO JURIDICO

se sigue que “el ordenamiento proporciona la materia del sistema”, mientras que “el sistema consiste en la reconstrucción científica del ordenamiento, reduciendo su contenido a conceptos y organizando o disponiendo éstos según criterios teóricos determinados”.

Por lo mismo, las características de coherencia y sistematicidad que se predicen comúnmente del ordenamiento jurídico, son, a nuestro juicio, propiedades que debe tener el sistema jurídico. En otras palabras: un conjunto de normas no es necesariamente coherente ni sistemático, aunque sí debe serlo el conjunto de proposiciones de carácter cognoscitivo que reconstruyen y explican ese conjunto de normas con vistas a su difusión y mejor aplicación a los casos prácticos que se presentan en la vida social.

Finalmente, *comunidad jurídica* es una expresión que se utiliza para aludir a un conjunto de seres humanos cuyos comportamientos se encuentran regidos por un mismo ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que si el ordenamiento jurídico rige la vida de una comunidad jurídica, el primero no debe ser confundido con la segunda, puesto que el ordenamiento es un conjunto de normas y la segunda un conjunto de seres humanos. Por tanto, el ordenamiento jurídico chileno es una cosa y la comunidad jurídica chilena otra, aunque ésta se halla regida por aquél.

Establecidos los conceptos y distinciones anteriores, de lo que vamos a tratar en este capítulo es del *ordenamiento jurídico*, es decir, de ese determinado conjunto de normas jurídicas vigentes en un lugar y tiempo dados.

Afirmar que las normas jurídicas constituyen en su conjunto un ordenamiento, supone que aquellas no son independientes unas de otras, o sea, supone que para “existir, persistir y conseguir adecuadamente sus fines, requieren de otras y del conjunto de todas ellas”, como escribe Manuel de Rivacoba. En otras palabras, la idea de que las *normas* forman un *ordenamiento* supone que las primeras no permanecen “inconexas” o en una situación de mera “yuxtaposición”, sino que se hallan “vinculadas unas a otras, ora coordinada, ora subordinadamente”.

Sin embargo, existen *cuatro* situaciones problemáticas que dificultarían la identificación de un vínculo común entre todas las normas jurídicas que rigen en un lugar y tiempo dados. En primer lugar, las normas jurídicas son *innumerables*, lo cual quiere

decir que en relación a cualquier derecho históricamente dado, por ejemplo, el derecho chileno actualmente vigente, no se encuentra determinado, ni es tampoco determinable, el número o cantidad exacta de normas que lo componen. Además de innumerables, acontece con las normas jurídicas que éstas no se producen a través de un solo método de creación, sino por medio de *distintos métodos* —las llamadas “fuentes formales del derecho”—, y, por lo tanto, las normas no se encuentran en un solo continente normativo, sino que se reparten, por así decirlo, en varios de estos continentes. Por otra parte, algunos de tales métodos de producción de las normas son *heterónomos*, como es el caso de la legislación y de la jurisprudencia de los tribunales, mientras que otros muestran una importante dimensión de *autonomía*, como es el caso de la costumbre jurídica y de los actos jurídicos. Por último, a todo lo anterior se suma el hecho de que algunas de las fuentes formales, por ejemplo, la legislación y la costumbre, suelen dar lugar a normas jurídicas de carácter *abstracto y general*, esto es, a normas que rigen números indeterminados de personas, hechos o situaciones, en tanto que otras fuentes, como el caso de la sentencia judicial y los actos jurídicos, originan normas jurídicas *concretas y singulares*, o sea, normas que restringen su ámbito de validez a determinados sujetos, casos o situaciones.

A pesar de tales dificultades, es posible afirmar que las normas jurídicas forman un todo unitario, aunque para determinar de una manera plausible que ello ocurre efectivamente así, es preciso esclarecer previamente qué entendemos por “todo unitario”, o, lo que es lo mismo, es menester establecer sobre la base de qué condición o exigencia un conjunto de partes o de elementos pueden llegar a constituir un todo unitario.

Todo unitario es lo opuesto a parte o elemento, como también lo opuesto a simple suma, adición o yuxtaposición de partes o elementos. Dicho positivamente: un todo es una reunión de partes o elementos vinculados entre sí por una fundamentación común. Así, por ejemplo, es por obra de algún vínculo o fundamentación común que un conjunto de palabras puede ser identificado en determinados casos como constitutivo de una unidad que llamamos “novela”.

Por lo mismo, las normas jurídicas constituirán un todo unitario en la medida en que sea posible verificar a su respecto la

aislada de la norma jurídica, desaparecen si con ese mismo propósito se adopta la perspectiva del ordenamiento jurídico, esto es, la de esa suerte de organización o conjunto que forman las normas del derecho. Por lo mismo, escribe Bobbio, "el problema de la definición del derecho encuentra su lugar apropiado en la teoría del ordenamiento y no en la teoría de la norma jurídica".

Si se acepta el punto de vista antes señalado, quiere decir, como reitera Bobbio, que "el problema de la definición del derecho se convierte en un problema de definición de un ordenamiento normativo y, consecuentemente, la distinción entre este tipo de ordenamiento normativo y otro deja de ser un problema de definición de un tipo de norma". Al proceder de este modo, para explicar qué es una norma jurídica bastaría con decir que es aquella "que pertenece a un ordenamiento jurídico", con lo cual "el problema de determinar qué significa 'jurídico' se desplaza de la norma al ordenamiento".

Así las cosas, con ese reenvío de la norma al ordenamiento, "la dificultad para encontrar una respuesta a la pregunta ¿qué se entiende por norma jurídica?, se resuelve desplazando el plano de la investigación, esto es, haciendo otra pregunta: ¿qué se entiende por ordenamiento jurídico?"

La estrategia propiciada por Bobbio tiene importancia, porque una de las dificultades con que nos encontramos al considerar el derecho desde la perspectiva de la norma jurídica, consistió en que algunos enunciados que forman parte del derecho no son normas, que es lo que ocurre, por ejemplo, con los enunciados que definen conceptos jurídicos o expresan determinadas aspiraciones económicas, sociales o culturales de la sociedad. En cambio, un ordenamiento, esto es, un conjunto normativo, como dice Nino, "no siempre está constituido sólo por normas", de modo que la consideración del derecho como ordenamiento permite dar cabida a enunciados no estrictamente normativos y concluir, como hace Hart, que el derecho es algo que tiene que ver *preferentemente* con normas.

Por otra parte, si hemos de ponerlo ahora en el lenguaje de Kelsen, pasar de la teoría de la *norma jurídica* a la teoría del *ordenamiento jurídico* equivale a pasar de una consideración "estática" a una "dinámica" del derecho, o sea, significa pasar de una visión del derecho en estado de reposo a otra donde se le apre-

cia como una estructura de normas en que unas regulan la producción de otras y crean entre sí relaciones tanto de coordinación como de subordinación.

Una teoría estática del derecho, dice Kelsen, tiene por objeto el derecho "en su estado de equilibrio"; en cambio, una teoría dinámica tiene como objeto "el proceso en que el derecho se produce y aplica, el derecho en su movimiento".

2. CONCEPTOS Y DISTINCIONES

Orden jurídico, ordenamiento jurídico, sistema jurídico, comunidad jurídica. Sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos. Validez y fundamento de validez.

Orden jurídico, ordenamiento jurídico, sistema jurídico y comunidad jurídica.— Las expresiones "orden jurídico", "ordenamiento jurídico" y "sistema jurídico" suelen emplearse indistintamente, aunque es preciso distinguirlas. Seguiremos en esto a Manuel de Rivacoba en su libro *División y fuentes del derecho positivo*.

Orden jurídico es el conjunto de relaciones de vida reguladas por el derecho, que se dan en una sociedad o grupo social, en un momento determinado. Se trata, pues, de una realidad *social*.

Ordenamiento jurídico es el conjunto unitario y coherente de normas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado. Se trata, entonces, de una realidad *normativa*.

Sistema jurídico es una expresión que se reserva para aludir al conjunto ordenado de conocimientos que acerca del derecho nos provee la ciencia jurídica a través de las llamadas reglas de derecho o proposiciones acerca de las normas jurídicas. Se trata, por lo mismo, de una realidad *cognoscitiva*.

Como dice Manuel de Rivacoba, el ordenamiento jurídico es el principio informante de la realidad informada que llamamos orden jurídico, de modo que "el ordenamiento funciona, cobra vida y logra su finalidad en el orden". Por su lado, el ordenamiento jurídico, como conjunto de normas, no puede ser confundido con el sistema jurídico, que es un conjunto de proposiciones o de conocimientos acerca de las normas, de donde

jerarquía (Constitución, leyes) no contienen en sí todo el material jurídico, sino que más bien se ocupan de señalar los órganos y los procedimientos mediante los cuales es posible dictar nuevas normas”.

El ordenamiento jurídico, entonces, como apunta Roberto Vernengo, aparece como una “organización pautada, entre órganos con distinta jerarquía, para la producción del derecho”.

Validez y fundamento de validez.— Para su debida comprensión, lo expresado previamente exige esclarecer tres cuestiones, a saber, qué se entiende por *validez* de las normas jurídicas (concepto de validez), qué se entiende por *fundamento de validez* de las normas jurídicas (concepto de fundamento de validez) y *cuál es* el fundamento de validez de las normas jurídicas (base de la validez).

Esas tres preguntas, si bien ligadas entre sí, deben mantenerse separadas para evitar confusiones.

Digamos, por ahora, que *validez* de las normas jurídicas es la existencia específica de que éstas se encuentran dotadas. Por lo mismo, decir que una norma jurídica es válida equivale a afirmar que ella *existe* como tal, y que, por ello, es *obligatoria*, y obligatoria, además, en un doble sentido, a saber, obligatoria para los sujetos normativos, que deben obedecerla, y obligatoria también para los órganos jurisdiccionales, los cuales tienen que aplicarla en sus consecuencias coactivas.

Fundamento de validez de las normas jurídicas es aquello que confiere u otorga validez a éstas, o sea, aquello en virtud de lo cual podemos decir que una norma jurídica existe y que es obligatoria. De este modo, si validez es sinónimo de existencia y obligatoriedad de las normas jurídicas, fundamento de validez es lo que otorga la validez, o sea, lo que permite certificar la existencia y obligatoriedad de las normas.

Si validez, por una parte, y fundamento de validez, por la otra, son lo que acaba de afirmarse, ¿cuál es el fundamento de validez de las normas jurídicas, o sea, qué es, concretamente, lo que otorga a las normas jurídicas su existencia como tales y su consiguiente obligatoriedad?

Según una *primera respuesta* sobre el particular —precisamente la de Kelsen—, el fundamento de validez de las normas jurídicas se encuentra en otra norma jurídica, aunque de rango o

jerarquía superior, la cual, al regular la creación de la norma inferior de que se trate, determina respecto de ésta un triple registro de datos, a saber, quién está facultado para crearla, el procedimiento que debe seguirse en su creación y ciertos límites que en cuanto al contenido de la norma inferior deberá respetar quien haya sido autorizado para producirla.

Más adelante vamos a desarrollar en extenso esta primera respuesta.

Una *segunda respuesta* afirma que el fundamento de validez de las normas jurídicas se encuentra en el hecho de que éstas sean efectivamente reconocidas y observadas como tales por los correspondientes sujetos imperados. De este modo, para que una norma jurídica valga, esto es, para que exista y obligue, tiene que acontecer un hecho bien preciso, a saber, que la norma sea habitualmente reconocida y observada como tal al interior de la comunidad jurídica de que se trate. Para un punto de vista como éste, en consecuencia, una “ley” que aprueba el parlamento, y que luego es promulgada y mandada publicar por el Presidente de la República, no es todavía, propiamente hablando, una ley, esto es, un conjunto de normas jurídicas obligatorias, sino apenas una suerte de *proyecto de ley* que será definitivamente validado como ley sólo cuando los correspondientes sujetos imperados lo reconozcan y obedezcan como tal.

Para una respuesta como ésta, norma jurídica válida no es la que el legislador aprueba en tal carácter después de haber seguido el procedimiento establecido por la Constitución, sino la que los sujetos imperados reconocen y obedecen como tal.

Una *tercera respuesta* posible a la pregunta que inquiere por el fundamento de validez de las normas jurídicas afirma que dicho fundamento se encuentra en el hecho de que éstas sean efectivamente aplicadas por los órganos jurisdiccionales con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional que por mandato constitucional les está encomendada. Tal como se aprecia, para un punto de vista como éste también es necesario que acontezca un hecho para que una norma jurídica sea válida, aunque este hecho no es ya el *reconocimiento* y *obedecimiento* de la norma por parte de los *sujetos imperados*, sino la *aplicación* que la norma encuentra de parte de los *tribunales de justicia*.

Para una respuesta como la anterior, norma jurídica válida no es la que en tal carácter aprueba el legislador, ni tampoco la

presencia de un vínculo o fundamentación común a todas ellas. Como dice Kelsen, "si se concibe al derecho como un orden normativo, como un sistema de normas, surge el interrogante siguiente: ¿qué funda la unidad de una multiplicidad de normas? ¿Por qué pertenece una norma determinada a un orden determinado?"

Sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos.—

Si nos atenemos a una concepción normativista del derecho, en especial a la de Kelsen, cuya teoría del ordenamiento jurídico vamos a seguir en esta parte, el vínculo común que es posible verificar entre las normas jurídicas de un derecho históricamente dado consiste en que la validez de cada norma descansa o se fundamenta en otra norma, de grado superior, que es la que establece el órgano o persona facultado para producir la norma inferior, el procedimiento que se debe seguir en su creación y ciertos límites de contenido que tal órgano o persona deberá respetar al momento de crear la norma inferior de que se trate, y, en último término, dicho vínculo común consiste en que, a fin de cuentas, la validez de todas y cada una de las normas jurídicas que rigen una comunidad jurídica dada descansa o se fundamenta en una norma única, llamada por Kelsen "norma básica" o "norma fundamental".

Según Kelsen, y atendida la índole del fundamento de validez de las normas, cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas, a saber, *sistemas normativos estáticos* y *sistemas normativos dinámicos*. Un sistema normativo es *estático* (y entiéndase aquí "sistema" como equivalente a "ordenamiento") cuando las normas que lo componen valen por su contenido, un contenido que es posible aprobar en la medida en que pueda ser derivado de una norma más general cuya evidencia no se discute. Así, la moral es para Kelsen un sistema normativo estático, puesto que normas tales como "No se debe mentir", "No se debe engañar" o "Se debe mantener la palabra empeñada", derivan de la norma básica más general que ordena decir la verdad, la cual "tiene un contenido que es aceptado como inmediatamente evidente".

Por la inversa, un sistema normativo es *dinámico* —y tal es el caso del derecho— cuando sus normas valen no por su contenido, sino por su origen o *pedigree*, con lo cual quiere decirse que

valen en la medida en que han sido producidas por quien, por medio del procedimiento que y dentro de los límites de contenido que hubiere establecido al respecto una norma superior del mismo sistema. En el caso de un sistema normativo dinámico, como se aprecia, hay también un examen del contenido de las normas, pero sin que se pueda decir que el contenido de las normas inferiores deriva del de las normas superiores como lo particular lo hace de lo general. En lo que Kelsen llama un sistema dinámico, la norma superior no determina el contenido de la inferior, sino que —menos que eso— lo que hace es limitar en alguna medida ese contenido, de modo que las más importantes de las indicaciones que establece la norma superior respecto de la inferior cuya creación regula son quién podrá crear la norma inferior y cómo deberá proceder en la creación de ésta.

Como dice el propio Kelsen, "una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado, es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de una determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta".

En la medida en que el derecho es un sistema dinámico de normas, se puede advertir que para decidir sobre la validez de las normas jurídicas debe atenderse no tanto al contenido de éstas como a su *pedigree*, esto es, el criterio que prevalece no es el de si resulta posible aprobar el contenido de la norma al derivar ese contenido de una norma previa y más general que hemos aceptado previamente, sino la circunstancia de si la norma de que se trate proviene o no de la autoridad y del procedimiento que fueron establecidos para su producción por una norma de jerarquía superior.

Es así como podemos ver, en palabras de Antonio Bascañán, "como la Constitución Política establece el Poder legislativo y el procedimiento a que debe someterse el legislador para dictar las leyes; como la ley establece los requisitos de validez necesarios para que la autonomía de la voluntad de los particulares cree nuevas normas jurídicas; como el juez está facultado por la ley para dictar sentencias y resolver mediante una norma individualizada el caso particular que juzga". Es de ese mismo modo, también, como podemos apreciar que "las normas de mayor

las siguientes *significaciones equivalentes* que puede tener la palabra "validez". Validez puede significar: a) que la norma obliga a un determinado comportamiento a ciertas personas en determinadas circunstancias; b) que la norma existe; c) que la norma pertenece a un ordenamiento jurídico dado; y d) que la norma se ha generado de conformidad a los preceptos de otra norma válida.

Sin embargo, nos parece que esas distintas significaciones de la palabra "validez", más que equivalentes, resultan unas ser consecuencias de otras, como se mostrará a continuación. En efecto, que la norma obligue a un determinado comportamiento bajo ciertas circunstancias (*primera significación*) sólo es posible a partir de la constatación de que la norma existe como tal (*segunda significación*), al paso que esta declaración de existencia respecto de una norma es viable únicamente si la norma pertenece a un ordenamiento jurídico dado (*tercera significación*), lo cual, por último, sólo es posible de decir respecto de una norma que se haya generado de conformidad con los preceptos de otra norma válida del mismo ordenamiento (*cuarta significación*).

En todo caso, decir que la validez de las normas jurídicas significa lo que fue señalado, esto es, existencia y obligatoriedad de las mismas, no importa atribuir ningún alcance moral a dicha obligatoriedad, sino constatar que una determinada conducta, vista desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico dado, resulta *jurídicamente* obligatoria para los correspondientes sujetos normativos, llamados a obedecerla, y para los órganos jurisdiccionales, llamados, por su parte, a aplicarla. Como puntualiza Kelsen a este respecto, "el concepto de obligación jurídica se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicación moral", todo lo cual no excluye, por consiguiente, que las normas jurídicas, una vez identificadas como tales y certificadas en su existencia y obligatoriedad *jurídica*, puedan ser luego inspeccionadas y valoradas desde el punto de vista de algún sistema *moral*, a fin de determinar si puede o no atribuírseles obligatoriedad en relación con este último sistema. O sea, para Kelsen *validez* de una norma jurídica no equivale a *justificación* de la misma desde un punto de vista moral, lo cual significa que afirmar que una norma jurídica es válida no significa admitir, por ese solo hecho, que ella tiene alguna fuerza obligatoria moral.

Como aclara por su parte Jorge Millas, validez del derecho "no significa otra cosa sino que alguien debe comportarse de cierta manera y ello en cuanto a que la conducta contraria trae aparejada una consecuencia. Lo cual no es óbice para que una norma válida en sentido jurídico, valga también en sentido axiológico y sea asiento de un valor moral, religioso, práctico, etc. Así, por ejemplo, la norma que estatuye que la enajenación de los bienes del menor no habilitado de edad requiere autorización judicial, aparte de ser válida, porque obliga al guardador, al juez y a terceros, es también buena, útil, justa; vale jurídicamente, porque pertenece al orden jurídico vigente, y vale también axiológicamente en cuanto es asiento de valores positivos. Pero esta concurrencia de las dos cualidades, la jurídica y la axiológica, no es requisito esencial de las normas; las normas no necesitan ser buenas para ser jurídicas; basta con que sean válidas, con que pertenezcan a un orden de Derecho. Otra cosa es que nosotros nos sintamos obligados 'en conciencia' a cumplir dichas normas jurídicas sólo porque son jurídicas".

La estructura escalonada del ordenamiento jurídico.— Siguiendo con el punto de vista que estamos desarrollando acerca del fundamento de validez de las normas jurídicas, es preciso reiterar que dicho fundamento no depende ni de los títulos éticos que la norma pueda exhibir vista en su contenido, ni depende tampoco del hecho de que la norma en cuestión sea efectivamente obedecida y aplicada. El derecho es un sistema normativo dinámico, como señala Kelsen, y, en tal sentido, la validez de cada norma depende de la circunstancia de haber sido producida de acuerdo con la respectiva norma superior del mismo ordenamiento. Así las cosas, el fundamento de validez de una norma jurídica no depende de un juicio de *valor* ni de un juicio de *hecho*, sino que depende de otra *norma*. ¿De cuál norma? De la norma superior del mismo ordenamiento que regula su creación.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico se nos presenta como una estructura de normas *superiores* o *fundantes* y de normas *inferiores* o *fundadas*. Norma superior o fundante es aquella que regula la creación de una norma inferior o fundada. Por su parte, norma inferior o fundada es aquella que es regulada en su creación por una norma superior o fundante. La Constitu-

que reconocen y obedecen los sujetos imperados, sino la que de hecho aplican los tribunales en sus resoluciones y fallos.

Una *cuarta respuesta*, que combina las dos anteriores, sostiene que el fundamento de validez de las normas jurídicas es mixto, o sea, que dicho fundamento se encuentra en el hecho conjunto de que ellas sean, a la vez que generalmente obedecidas por los sujetos imperados, habitualmente aplicadas por los órganos jurisdiccionales.

Para una respuesta como ésta el fundamento de validez de una norma jurídica continúa siendo un hecho, aunque esta vez se trata de un hecho doble, puesto que para reconocer validez a una norma será necesario atender tanto a la conducta de los sujetos imperados como a la de los tribunales de justicia.

Por último, una *quinta respuesta* afirma que el fundamento de validez de las normas jurídicas se encuentra en otras normas, anteriores y superiores a los ordenamientos jurídicos positivos, que conformarían lo que se llama "derecho natural", de modo que una norma jurídica sería válida sólo en el caso de que, vista en su contenido, se encuentre en consonancia con las normas y principios de ese derecho natural. Esta respuesta, como se ve, presupone la existencia del derecho natural como un ordenamiento anterior y superior a los derechos positivos dotados de realidad histórica, de modo que éstos, para conseguir validez, tendrían que ajustar sus normas a las prescripciones del derecho natural.

En consecuencia, para una respuesta como esa, norma jurídica válida no sería la que el legislador promulga en ese carácter, ni la que los sujetos reconocen y obedecen como tal, ni la que aplican los tribunales, ni tampoco la que junto con ser obedecida es también habitualmente aplicada, sino aquella que se encuentra de acuerdo con el derecho natural.

Por lo mismo, para ese quinto punto de vista, la cuestión sobre el fundamento de validez de las normas jurídicas se resuelve no en una argumentación *normativa* (primera respuesta) ni tampoco en un examen *fáctico* (segunda, tercera y cuarta respuestas), sino en una dimensión propiamente *valorativa*, puesto que para acordar validez a las normas jurídicas promueve una inspección de los títulos éticos del contenido de éstas, hasta el punto de concluir que una norma jurídica no es válida, esto es, que no existe ni obliga, si su contenido no es como debería ser se-

gún las prescripciones del derecho natural, de modo que si una norma del derecho positivo contraviene una norma o principio del derecho natural, dicha norma no podría ser considerada una norma jurídica válida, sino una simple orden arbitraria dada por una autoridad dotada sólo de la fuerza suficiente para establecerla e imponerla.

A continuación, vamos a desarrollar la primera de las cinco respuestas antes indicadas, valiéndonos para ello de la teoría del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen.

3. LA TEORIA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE KELSEN

Validez como existencia de las normas jurídicas. La estructura escalonada del ordenamiento jurídico: normas fundantes y normas fundadas. La norma básica del ordenamiento jurídico nacional. Los conflictos de normas.

Validez como existencia de las normas jurídicas.— Para Kelsen, la palabra "validez", aplicada a normas jurídicas, designa simplemente la existencia de éstas y su consiguiente pretensión de obligatoriedad. "La validez de una norma positiva —escribe el autor— no es otra cosa que el modo particular de su existencia". Por validez, agrega, "entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene fuerza obligatoria frente a aquellos cuyas conductas regula".

En suma: decir de una norma jurídica que es *válida* equivale a afirmar que esa norma *existe* y que, por existir, ella es *obligatoria*. Obligatoria, además, en un doble sentido: obligatoria para los sujetos normativos, quienes deben obedecerla, y obligatoria para los órganos jurisdiccionales, los cuales deben aplicarla, en sus consecuencias coactivas, toda vez que la norma no haya sido obedecida en un caso dado. Más sucintamente, entonces, decir de una norma jurídica que es *válida*, o que un conjunto de ellas lo son, equivale a afirmar que esa o esas normas *existen*, que son *obligatorias* y que *deben ser obedecidas y aplicadas*.

Jorge Millas, si bien admite que el concepto de validez designa, en definitiva, la existencia de la norma jurídica, propone

articulado mismo de aquélla, establece normas precisas acerca de cuáles órganos estarán facultados para producir las leyes e, incluso, para introducir, modificar o dejar sin efecto normas de la propia Constitución.

Tocante ahora a la segunda afirmación, ella se justifica porque cada vez que se produce una norma inferior o fundada se hace aplicación de la correspondiente norma superior o fundante que regula su creación. En otras palabras, si alguien está autorizado por el ordenamiento jurídico para crear nuevas normas jurídicas, al momento de producir éstas hace aplicación de las normas que le conceden dicha autorización. De este modo, cuando el órgano legislativo discute y aprueba un proyecto de ley y concurre así a la producción de nuevas normas, hace para ello aplicación de las normas constitucionales que fijaron previamente el marco formal y material para la formación de las leyes. Lo propio acontece con los órganos jurisdiccionales, los cuales, al producir normas particulares a través de sus fallos, hacen a la vez aplicación de las normas legales que establecen el marco material y formal para la dictación de las sentencias.

Respecto de esa misma segunda afirmación —toda creación de derecho importa una aplicación de derecho—, ella muestra también que no hay una diferencia absoluta entre las funciones de *producir* y de *aplicar* el derecho. Muestra, asimismo, que las funciones de producir y de aplicar el derecho no se encuentran confiadas a órganos distintos —por ejemplo, la de producir al órgano legislativo y la de aplicar a los órganos jurisdiccionales—, sino que ambos poderes del Estado, al cumplir las funciones que les son propias, a la vez *crean y aplican* derecho. Otra cosa es que la función de producir derecho, en el caso del órgano legislativo, prevalezca sobre la de aplicarlo, mientras que la función de aplicar derecho, tratándose de los órganos jurisdiccionales, prevalezca sobre la de producirlo. Pero se trata nada más que de una cuestión de énfasis que no elimina la afirmación de que ambos órganos o poderes del Estado producen y aplican derecho.

Por otra parte, y siempre a propósito de la afirmación de que toda creación de derecho es a la vez aplicación de derecho, sólo hace excepción a ella la creación de la primera constitución histórica de un ordenamiento jurídico, como también la creación de una nueva primera constitución histórica, puesto que en am-

bos casos lo que hay es sólo creación, no aplicación de derecho. Por su lado, en el extremo opuesto del ordenamiento jurídico, cuando un órgano del Estado procede a ejecutar una resolución judicial, puede decirse que hay sólo aplicación de derecho, mas no creación de éste.

Si nos atenemos a una visión del ordenamiento jurídico como la que hemos expuesto previamente, éste se nos presenta como una estructura de gradas normativas fundantes y fundadas, como una especie de *pirámide invertida* en cuya parte superior se ubican las normas más generales y de mayor jerarquía —la Constitución—, mientras que en su parte inferior lo hacen las normas particulares y de menor jerarquía, como es el caso de la sentencia judicial, situándose en la zona intermedia entre unas y otras las leyes, la costumbre jurídica y los actos jurídicos y contratos que celebran los particulares.

La figura de una *pirámide* se presta bien para visualizar la diversa jerarquía de las distintas gradas normativas que componen el ordenamiento —arriba las de mayor jerarquía, abajo las de menor jerarquía—, en tanto que la figura de una *pirámide invertida* se ajusta bien a la circunstancia de la mayor generalidad o amplitud que las normas de mayor jerarquía tienen respecto de las de menor jerarquía.

De este modo, a la pregunta “¿por qué vale una sentencia judicial?” puede responderse que la sentencia fundamenta su validez en la ley, esto es, que vale porque ha sido dictada por quien, dentro del procedimiento que y con los límites de contenido que se encuentran establecidos en las leyes. Por su parte, a la pregunta “¿por qué vale una ley?” puede contestarse diciendo que la ley fundamenta su validez en la Constitución, o sea, que vale porque ha sido producida por los órganos, dentro del procedimiento y con apego a los límites de contenido que la Constitución estableció para las leyes. A la vez, a la pregunta “¿por qué vale la Constitución?” puede responderse que ella fundamenta su validez en la Constitución históricamente anterior, o sea, que vale porque sus normas fueron producidas por quien, dentro del procedimiento que y con los límites de contenido que fijó la Constitución inmediatamente anterior, puesto que —tal como se dijo antes— toda Constitución establece normas acerca de quién y cómo estará facultado para introducir nuevas normas constitucionales o para modificar o dejar sin efecto las ya existentes.

ción es entonces norma superior o fundante respecto de la ley, puesto que regula el modo de creación de ésta, en tanto que la ley es norma inferior o fundada respecto de la Constitución. A su vez, la ley, en el sentido amplio del término, que es norma inferior o fundada respecto de la Constitución, pasa a ser norma superior o fundante respecto de la sentencia judicial, porque es a través de las disposiciones sustantivas y procesales de las leyes cómo se regula la emisión de las sentencias por parte de los jueces, lo cual trae consigo, como es evidente, que la sentencia judicial sea norma inferior o fundada respecto de la ley.

La norma fundante, esto es, la que regula la producción de una norma fundada, establece respecto de esta última un *triple* registro de datos, a saber, *primero*, el órgano, autoridad o sujeto facultado para producir la norma inferior de que se trate; *segundo*, el método o procedimiento que dicho órgano, autoridad o persona deberá seguir para la producción de la norma inferior; y *tercero*, los límites que el mismo órgano, autoridad o persona deberá respetar al dar a la norma inferior un determinado contenido.

En otras palabras, la norma fundante, respecto de la norma fundada cuya producción regula, establece quién, dentro de qué procedimiento y con cuáles límites de contenido está facultado para producir la norma fundada de que se trate.

Así, por ejemplo, la Constitución, al ser norma fundante respecto de la ley, establece que los órganos autorizados para producir las leyes son el Presidente de la República y el Congreso Nacional; fija el procedimiento a que esos órganos y autoridades deben sujetarse en la formación de las leyes; y establece también ciertos límites al contenido de que pueden dotar a las leyes que produzcan. Del mismo modo, los códigos y leyes, tanto de carácter sustantivo como procesal, al constituir una grada normativa fundante respecto de la sentencia judicial, establecen que los órganos jurisdiccionales, actuando cada cual dentro del ámbito de su respectiva competencia, deben conocer y fallar los casos jurídicamente relevantes que se les someten; fijan los procedimientos que tales órganos deben seguir para el conocimiento y fallo de los asuntos; y establecen normas precisas acerca de los contenidos que los jueces deben dar a los fallos que emiten.

De este modo, puede decirse que la norma superior o fundante fija el *marco formal* y *material* para la producción de la co-

rrespondiente norma inferior o fundada. El *marco formal* está constituido por la indicación del órgano, autoridad o persona facultado para crear la norma inferior y por la determinación del procedimiento que deberá seguirse al momento de producirla. En cambio, el *marco material* está constituido por los límites de contenido que la norma superior preestablece en relación con el contenido que podrá darse a la correspondiente norma inferior.

Ahora bien, si se pregunta por cuál de ambos marcos resulta más determinante, habría que admitir que lo es el marco formal, y, dentro de él, la primera de las dos menciones que establece, puesto que lo menos que una norma superior puede establecer respecto de la inferior, cuya producción regula, es quién está autorizado para producirla. En otras palabras, la norma superior puede omitir pronunciarse sobre el procedimiento que deberá seguirse para la producción de la norma inferior y no decir nada tampoco acerca del contenido de ésta, sin que ni lo uno ni lo otro obste a la creación de la norma inferior. Sencillamente, en tales casos el órgano, autoridad o persona facultado para producir la norma inferior se encontrará libre en lo que concierne tanto al método de producción como al contenido de ésta. Pero si la norma superior omitiere indicar quién es el que está autorizado para producir la norma inferior correspondiente, entonces no podría haber creación de esta última.

Del modo antes indicado, puede afirmarse que *el derecho regula su propia creación*, y que, a la vez, *toda creación de derecho importa aplicación de derecho*.

En cuanto a la primera de tales afirmaciones, ella se justifica porque la producción de cada nueva norma jurídica, así como la modificación o derogación de una norma que forma ya parte del ordenamiento jurídico, se halla siempre regulada por otra norma del mismo ordenamiento, aunque de rango superior, que establece respecto de aquella quién, cómo y dentro de qué límites está autorizado para crearla. En otros términos, es el propio ordenamiento jurídico el que prevé la incorporación de nuevas normas, así como la modificación o derogación de las que forman parte de él, e individualiza a quienes, por medio de qué procedimientos y con cuáles límites de contenido podrá continuar el proceso de producción jurídica. Así, al darse una determinada Constitución, toda comunidad jurídica, en el

Kelsen tiene que desembocar finalmente en una *primera* Constitución histórica de la comunidad jurídica de que se trate, Constitución que será producto del acto fundacional del Estado de que se trate. Pero si esto es así, resulta inevitable preguntarse “¿por qué vale esa primera Constitución histórica?”, aunque ya estamos advertidos de que el respectivo fundamento de validez no puede encontrarse en una Constitución anterior a ella, puesto que nos encontramos en la hipótesis de la *primera* Constitución histórica.

A estas alturas de su teoría del ordenamiento jurídico, Kelsen echa mano de lo que él llama “norma básica” o “norma fundamental”, que es la que sirve de fundamento de validez a la *primera* Constitución histórica, y, asimismo, a cada *nueva primera* Constitución histórica que pueda haberse introducido en una comunidad jurídica sin observar las normas de la Constitución anterior, por ejemplo, como resultado de un golpe de Estado o de una revolución que ha tenido éxito. Advertimos esto último porque la llamada “norma básica” o “norma fundamental” sirve de fundamento a la *primera* Constitución histórica como a cualquier otra *nueva primera* Constitución que pueda introducirse más tarde, rompiendo la continuidad constitucional, por obra, como se dijo, de un golpe de Estado o de una revolución exitosa. Ello es así porque, en efecto, ese proceso de retornos constitucionales que describimos antes puede desembocar tanto en una *primera* Constitución histórica, si es que en la respectiva comunidad jurídica de que se trate ha existido normalidad constitucional, como en una *nueva primera* Constitución histórica puesta por el grupo vencedor en un golpe de Estado o en una revolución que rompieron con dicha normalidad.

Si hasta el momento de llegar a la primera Constitución histórica, o a la nueva primera Constitución histórica, Kelsen ha podido encontrar siempre el fundamento de validez de una norma jurídica en otra norma jurídica y nunca en un hecho o en una valoración del contenido de la norma, lo mismo tiene que hacer cuando se trata de identificar el fundamento de dicha primera Constitución o de dicha primera nueva Constitución.

Lo anterior quiere decir que el fundamento de la primera Constitución histórica tiene que ser una norma, aunque no puede tratarse ya de una norma positiva, esto es, de una norma *puesta* por alguien antes de esa primera Constitución. Tiene que

tratarse de una norma *supuesta*, y a esta norma supuesta Kelsen la llama del modo antes indicado: “norma básica” o “norma fundamental”.

La norma básica o fundamental, al apoyar la validez de la primera Constitución histórica, fundamenta finalmente la validez de todas las demás normas que han seguido a la primera Constitución en la conformación del ordenamiento jurídico de que se trate. Si se parte “del supuesto de que esa norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado —escribe Kelsen—, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente, y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico, el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción”. “Llamaremos *norma básica* —continúa Kelsen— a la presuposición de que el sentido objetivo del acto del constituyente es también su sentido objetivo, es decir, la presuposición de que mediante ese acto se ha establecido una norma jurídica válida, es decir, obligatoria, o, en otros términos, la presuposición de que debemos comportarnos como la constitución prescribe”. Por lo mismo, agrega todavía el autor, “la función de la norma básica es permitir que se considere el *sentido subjetivo* de los actos creadores de derecho como un *sentido objetivo* y, por lo tanto, como normas objetivamente válidas”. Así, y “puesto que es una peculiaridad del derecho regular su propia creación, porque una norma jurídica es válida si es creada de la manera determinada por otra norma jurídica, la norma básica es la razón última de validez del orden jurídico porque otorga competencia al primer legislador histórico”.

De otra parte, la norma básica, al ser la razón última de validez del ordenamiento jurídico, constituye también la unidad de éste, puesto que puede decirse que una pluralidad de normas constituye una unidad, un ordenamiento, sólo cuando la validez de todas ellas reposa, en último análisis, en una norma única.

Kelsen reitera planteamientos como esos en la segunda versión de su *Teoría pura del derecho*, al señalar que al fin siempre se llega a una primera Constitución histórica del Estado, cuya validez, precisamente por tratarse de la *primera* Constitución, “no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica”. Es decir, añade el mismo autor, “se llegaría a una constitución del Estado implantada revolucionariamente,

Sobre el particular, tomemos lo que ocurre, por ejemplo, en caso de que un individuo es privado de su libertad. ¿Por qué dicha privación de libertad constituye una actuación jurídica lícita que puede ser referida a un ordenamiento jurídico dado? La respuesta es que ello es así porque dicho acto coactivo fue ordenado por una resolución dictada por un tribunal competente. Ahora bien, la norma particular establecida por el correspondiente tribunal, y en cuya ejecución tuvo lugar la privación de libertad del individuo, fundamenta su validez en la legislación penal y procesal penal correspondientes, que establecen bajo qué condiciones un juez puede expedir una orden como esa. A su vez, la validez de la legislación penal y procesal penal apoya su validez en la Constitución, que es la norma de grado superior que establece el órgano competente y el procedimiento para la creación de las leyes. Finalmente, si nos preguntamos por el fundamento de validez de la Constitución actualmente vigente, identificaremos generalmente una Constitución anterior que le otorga ese fundamento, aunque también podríamos preguntarnos por qué vale esta Constitución anterior, en cuyo caso la respuesta habrá que buscarla en la Constitución a su vez anterior a ella. De este modo, siempre será posible encontrar una Constitución anterior que fundamente la validez de la que le siguió, aunque este proceso de regresos tienen que terminar en una *primera* Constitución histórica, que es generalmente producto de un acto de independencia del Estado frente a otro Estado.

Del modo que hemos venido indicando, la cuestión del fundamento de validez se resuelve en una serie dinámica de interrelaciones normativas entre gradas normativas fundantes y gradas normativas fundadas, entre normas superiores y normas inferiores.

Kelsen, reiterando ese punto de vista, señala que “preguntar por el fundamento de validez de una norma, esto es, por qué vale, por qué es obligatoria, por qué debe ser obedecida, es preguntar por qué el sentido subjetivo de un acto dirigido intencionalmente a un determinado comportamiento es interpretado también como su sentido objetivo. Para contestar a esta pregunta –sigue Kelsen– hay que recurrir a una norma superior. El fundamento de validez de una norma, esto es, de un deber ser, sólo puede ser otra norma, un deber ser, y no un hecho, esto es, un ser”.

Ahora bien, Kelsen llama sentido *subjetivo* de un acto de creación de derecho a aquel que a su propio acto atribuye el que lo ejecuta. Por ejemplo, los parlamentarios reunidos en su sala habitual de sesiones alzan las manos, depositan votos en una urna o presionan un dispositivo electrónico, y lo que ellos entienden hacer al proceder de ese modo, *subjetivamente*, es dar su aprobación a una ley, esto es, producir un conjunto de normas jurídicas. Por su parte, el sentido *objetivo* de un acto de creación de derecho es aquel que puede atribuirse al acto de que se trate por relación a las normas jurídicas superiores que lo autorizan y regulan, de modo que si el acto legislativo de nuestro ejemplo fue ejecutado de conformidad con tales normas, puede decirse, ahora *objetivamente*, que tiene el efecto de producir una nueva ley.

Pero ambos sentidos, *subjetivo* y *objetivo*, si bien pueden coincidir –como ocurre en el ejemplo anterior–, no tienen necesariamente que coincidir. Siguiendo en esta parte el mismo ejemplo dado por Kelsen en la primera versión de su libro *Teoría pura del derecho*, el zapatero que en la localidad de Koepenick, en los alrededores de Berlín, se hizo entregar en 1906 el contenido de la caja de caudales del municipio, vistiendo para ello uniforme del ejército y pretextando que se trataba de cumplir una orden dada por las autoridades militares competentes, realizó, en su idea del asunto, un acto de tipo administrativo, aunque desde el punto de vista objetivo en lo que incurrió fue en un delito.

Ahora bien, si cuando nos preguntamos por el fundamento de validez de las normas de un ordenamiento, ellas pueden ser reconducidas hasta la Constitución actualmente vigente, en tanto que cuando nos preguntamos por el fundamento de validez de esta última podemos remitirnos a una Constitución anterior, todavía es posible preguntar –según adelantamos hace un instante– por qué vale esa Constitución anterior. La respuesta de Kelsen y su teoría pura del derecho es que dicha Constitución vale en virtud de una Constitución anterior a ella, mientras que ésta, a su turno, vale por referencia a una Constitución aun anterior, y así, hasta llegar a una primera Constitución histórica del respectivo ordenamiento.

La norma básica del ordenamiento jurídico nacional.– Como se ve, dicho proceso de regresos constitucionales que propone

esto es, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta”.

Hay otro aspecto que debe ser destacado, a saber, que la teoría de la norma básica permite a Kelsen ofrecer un fundamento de validez a la primera Constitución histórica, y a la totalidad del ordenamiento jurídico que sigue a continuación, sin necesidad de pronunciarse acerca de si el contenido de esa primera Constitución o del respectivo ordenamiento es justo o injusto. Esto quiere decir que si en la hipótesis de una primera Constitución histórica no es posible remitirse a alguna autoridad *jurídica* que hubiere establecido una norma positiva previa, tampoco es necesario recurrir a una autoridad *metajurídica* —como serían Dios o la Naturaleza— que hubiere mandado obedecer esa primera Constitución. Por lo mismo, “con la presuposición de la norma fundante básica —dice Kelsen— no se afirma ningún valor trascendente del derecho positivo”. Con esta última afirmación, el autor austríaco trata de ponerse a resguardo de la crítica de Alf Ross a la teoría kelseniana de la norma básica, que consiste en lo siguiente: si el fundamento último de validez del derecho se encuentra en una norma que está *fuera* del ordenamiento jurídico positivo —como es el caso de la norma básica—, entonces la posición de Kelsen se emparenta en este punto con las doctrinas del derecho natural, las cuales colocan también fuera o más allá del ordenamiento jurídico positivo el fundamento de validez de éste.

Cabe señalar, asimismo, que la norma básica puede fundamentar la validez de una *primera* Constitución, o de una *nueva primera* Constitución, sólo en el caso de que ésta sea en términos generales eficaz, o sea, sólo puede fundamentar la validez de una primera Constitución que sea en general obedecida y aplicada como tal. “Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica —escribe Kelsen—, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente, a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y mediatamente al orden coactivo producido conforme a esa constitución, también eficaz en términos generales,

en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella”.

Lo anterior quiere decir que la presuposición de la norma básica no es arbitraria, esto es, no se trata de una libre invención que pueda hacerse respecto de cualquier primera Constitución. Por la inversa, se trata de una presuposición que cabe únicamente respecto de una primera Constitución “efectivamente impuesta” y “eficaz en términos generales”, lo cual significa que la presuposición de la norma básica es posible sólo por referencia a una primera Constitución que sea exitosa desde el punto de vista de su eficacia, o sea, de una primera Constitución que consiga realmente ser obedecida y aplicada como tal.

Al afirmar Kelsen que la presuposición de la norma básica sólo es posible respecto de una primera Constitución que sea eficaz, está dando a la eficacia de la primera Constitución una importancia mayor que la que otorga a la eficacia a propósito de las restantes normas del ordenamiento. Validez y eficacia de una norma jurídica —según fue anticipado en el capítulo I— son conceptos distintos, aunque Kelsen admite que hay relación entre ellos. Este autor, a la hora de preguntarse por esa relación, sostiene que es preciso eludir dos respuestas extremas, a saber, la que niega toda relación entre validez y eficacia y la que postula que la eficacia es el fundamento de la validez. Para Kelsen, como analizaremos más adelante, la relación entre validez y eficacia consiste en que la segunda es *condición* de la primera, o sea, que una norma jurídica, si bien no requiere ser eficaz para *empezar a ser válida*, necesita en cambio ser eficaz para *continuar siendo válida*. De este modo, una ley es válida desde el momento que agota su proceso de formación y es publicada en el Diario Oficial, lo cual significa que adquiere validez antes de saberse siquiera si será o no eficaz, o sea, antes de conocerse el hecho de si los sujetos normativos y los órganos jurisdiccionales la obedecerán y aplicarán regularmente. Sin embargo, dicha ley, para continuar siendo válida, esto es, para no perder su validez, necesita conseguir eficacia, lo cual quiere decir que si no obtiene eficacia, o si la obtiene y más tarde la pierde, pierde también su validez.

Repárese, entonces, en cómo la relación entre validez y eficacia es mucho más fuerte tratándose de la primera Constitución que de las restantes normas positivas del ordenamiento,

esto es, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta”.

Hay otro aspecto que debe ser destacado, a saber, que la teoría de la norma básica permite a Kelsen ofrecer un fundamento de validez a la primera Constitución histórica, y a la totalidad del ordenamiento jurídico que sigue a continuación, sin necesidad de pronunciarse acerca de si el contenido de esa primera Constitución o del respectivo ordenamiento es justo o injusto. Esto quiere decir que si en la hipótesis de una primera Constitución histórica no es posible remitirse a alguna autoridad *jurídica* que hubiere establecido una norma positiva previa, tampoco es necesario recurrir a una autoridad *metajurídica* —como serían Dios o la Naturaleza— que hubiere mandado obedecer esa primera Constitución. Por lo mismo, “con la presuposición de la norma fundante básica —dice Kelsen— no se afirma ningún valor trascendente del derecho positivo”. Con esta última afirmación, el autor austríaco trata de ponerse a resguardo de la crítica de Alf Ross a la teoría kelseniana de la norma básica, que consiste en lo siguiente: si el fundamento último de validez del derecho se encuentra en una norma que está *fuera* del ordenamiento jurídico positivo —como es el caso de la norma básica—, entonces la posición de Kelsen se emparenta en este punto con las doctrinas del derecho natural, las cuales colocan también fuera o más allá del ordenamiento jurídico positivo el fundamento de validez de éste.

Cabe señalar, asimismo, que la norma básica puede fundamentar la validez de una *primera* Constitución, o de una *nueva primera* Constitución, sólo en el caso de que ésta sea en términos generales eficaz, o sea, sólo puede fundamentar la validez de una primera Constitución que sea en general obedecida y aplicada como tal. “Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica —escribe Kelsen—, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente, a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y mediatamente al orden coactivo producido conforme a esa constitución, también eficaz en términos generales,

en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella”.

Lo anterior quiere decir que la presuposición de la norma básica no es arbitraria, esto es, no se trata de una libre invención que pueda hacerse respecto de cualquier primera Constitución. Por la inversa, se trata de una presuposición que cabe únicamente respecto de una primera Constitución “efectivamente impuesta” y “eficaz en términos generales”, lo cual significa que la presuposición de la norma básica es posible sólo por referencia a una primera Constitución que sea exitosa desde el punto de vista de su eficacia, o sea, de una primera Constitución que consiga realmente ser obedecida y aplicada como tal.

Al afirmar Kelsen que la presuposición de la norma básica sólo es posible respecto de una primera Constitución que sea eficaz, está dando a la eficacia de la primera Constitución una importancia mayor que la que otorga a la eficacia a propósito de las restantes normas del ordenamiento. Validez y eficacia de una norma jurídica —según fue anticipado en el capítulo I— son conceptos distintos, aunque Kelsen admite que hay relación entre ellos. Este autor, a la hora de preguntarse por esa relación, sostiene que es preciso eludir dos respuestas extremas, a saber, la que niega toda relación entre validez y eficacia y la que postula que la eficacia es el fundamento de la validez. Para Kelsen, como analizaremos más adelante, la relación entre validez y eficacia consiste en que la segunda es *condición* de la primera, o sea, que una norma jurídica, si bien no requiere ser eficaz para *empezar a ser válida*, necesita en cambio ser eficaz para *continuar siendo válida*. De este modo, una ley es válida desde el momento que agota su proceso de formación y es publicada en el Diario Oficial, lo cual significa que adquiere validez antes de saberse siquiera si será o no eficaz, o sea, antes de conocerse el hecho de si los sujetos normativos y los órganos jurisdiccionales la obedecerán y aplicarán regularmente. Sin embargo, dicha ley, para continuar siendo válida, esto es, para no perder su validez, necesita conseguir eficacia, lo cual quiere decir que si no obtiene eficacia, o si la obtiene y más tarde la pierde, pierde también su validez.

Repárese, entonces, en cómo la relación entre validez y eficacia es mucho más fuerte tratándose de la primera Constitución que de las restantes normas positivas del ordenamiento,

puesto que en el caso de aquélla la eficacia es necesaria para que la primera Constitución empiece a ser válida y no sólo para que continúe siéndolo. Ello en atención a la reiterada afirmación de Kelsen en el sentido de que la norma básica sólo puede ser presupuesta respecto de una primera Constitución que en general sea eficaz. Por lo mismo, se podría afirmar que, a fin de cuentas, lo que de verdad fundamenta la primera Constitución sería la eficacia de ésta, el hecho de ser habitualmente obedecida y aplicada, y que la llamada norma básica constituiría sólo una apariencia o enmascaramiento normativo del hecho de la eficacia. Con ello queremos decir que para fundamentar la validez de la primera Constitución, Kelsen echaría mano de lo que él llama "norma básica" sólo como una manera de evitar a ese nivel superior del ordenamiento jurídico lo que antes de llegar a él pudo eludir exitosamente, esto es, que el fundamento de validez de una norma pudiera depender de un hecho, concretamente del hecho de su eficacia, y no de otra norma.

Sin embargo, tal crítica al planteamiento de Kelsen puede ser respondida si es que la norma básica de un ordenamiento jurídico nacional es vista desde la perspectiva del orden jurídico internacional, según mostraremos más adelante.

En cuanto a las características que suelen predicarse de la norma básica, ellas son las siguientes:

En primer término, la norma básica no es una norma positiva o puesta por alguna autoridad, sino una norma *supuesta*. En tal sentido, la norma básica queda suficientemente diferenciada de la primera Constitución cuya validez fundamenta, así como de las demás normas positivas que siguen a ésta.

En atención a este carácter no positivo de la norma básica, Kelsen ha dicho que se trata de una "hipótesis" de que se vale la ciencia del derecho para describir un ordenamiento jurídico; de una "constitución en sentido lógico-jurídico"; de un "presupuesto lógico-trascendental" que tiene nada más que alcances cognoscitivos; y, asimismo, que se trata de una "norma pensada", de una "norma simulada", de una auténtica "ficción", como se expresa en su obra *Teoría general de las normas*, que fue editada y publicada después de la muerte del autor. Explicando precisamente la última de estas expresiones —la norma básica como una "ficción"— Kelsen escribe lo siguiente en la obra antes mencionada: "Una ficción, citando a Vaihinger, es un orden del pen-

samiento, la cual se utiliza cuando no se puede alcanzar la meta del pensamiento con el material existente". Así las cosas, en el caso de un ordenamiento jurídico, la meta del pensamiento (la meta de la ciencia del derecho) sería explicar el fundamento de validez de sus normas, y esta meta, al menos en la última de sus fases o etapas, o sea, cuando lo que se trata de fundamentar es la validez de la primera Constitución, sólo podría ser alcanzada, como dice el propio Kelsen, "a través de una ficción".

Del modo antes indicado, Kelsen abandona su primitiva idea de la norma básica como una *hipótesis*, porque una hipótesis es algo destinado a verificarse o a falsarse, esto es, algo que la realidad pueda tanto confirmar como desmentir, en tanto que una *ficción* es algo que simplemente no concuerda con la realidad ni tiene tampoco la pretensión de hacerlo.

En cuanto norma supuesta, conviene destacar que la ciencia del derecho no presupone directamente la norma básica y que tampoco está obligada a hacerlo. Lo que la ciencia del derecho hace es mostrar que se *presupone* una norma básica cada vez que el sentido subjetivo de los actos creadores de derecho del primer constituyente son interpretados también como su sentido objetivo, o, puesto de otro, sólo si se presupone la norma básica es posible interpretar el sentido subjetivo de los actos del primer constituyente como su sentido objetivo.

Seguidamente, la norma básica es *condicional*, lo cual quiere decir que *sólo si* se presupone la norma básica es posible tener por válida la primera Constitución de un ordenamiento jurídico positivo. Puesto de otra manera, la norma básica no es un dogma, o sea, nadie está propiamente obligado a presuponerla. Como dice Kelsen, "un punto esencial de mi teoría es que no es necesario presuponer la norma básica, pero que sólo *si* la presuponemos podemos considerar a un orden coercitivo, que es generalmente eficaz, como un sistema de normas objetivamente válidas. En consecuencia, el fundamento de la validez objetiva de las normas jurídicas es condicional; está condicionado por la presuposición de la norma básica".

En tercer lugar, la norma básica es *relativa*, en el sentido de que ella no es uniforme para todos los ordenamientos jurídicos. "Para cada ordenamiento jurídico, dice Kelsen, debe presuponerse una norma básica *específica* referente a la constitución (en sentido jurídico-positivo) de *ese* orden jurídico". Dicho de otra

puesto que en el caso de aquélla la eficacia es necesaria para que la primera Constitución empiece a ser válida y no sólo para que continúe siéndolo. Ello en atención a la reiterada afirmación de Kelsen en el sentido de que la norma básica sólo puede ser presupuesta respecto de una primera Constitución que en general sea eficaz. Por lo mismo, se podría afirmar que, a fin de cuentas, lo que de verdad fundamenta la primera Constitución sería la eficacia de ésta, el hecho de ser habitualmente obedecida y aplicada, y que la llamada norma básica constituiría sólo una apariencia o enmascaramiento normativo del hecho de la eficacia. Con ello queremos decir que para fundamentar la validez de la primera Constitución, Kelsen echaría mano de lo que él llama "norma básica" sólo como una manera de evitar a ese nivel superior del ordenamiento jurídico lo que antes de llegar a él pudo eludir exitosamente, esto es, que el fundamento de validez de una norma pudiera depender de un hecho, concretamente del hecho de su eficacia, y no de otra norma.

Sin embargo, tal crítica al planteamiento de Kelsen puede ser respondida si es que la norma básica de un ordenamiento jurídico nacional es vista desde la perspectiva del orden jurídico internacional, según mostraremos más adelante.

En cuanto a las características que suelen predicarse de la norma básica, ellas son las siguientes:

En primer término, la norma básica no es una norma positiva o puesta por alguna autoridad, sino una norma *supuesta*. En tal sentido, la norma básica queda suficientemente diferenciada de la primera Constitución cuya validez fundamenta, así como de las demás normas positivas que siguen a ésta.

En atención a este carácter no positivo de la norma básica, Kelsen ha dicho que se trata de una "hipótesis" de que se vale la ciencia del derecho para describir un ordenamiento jurídico; de una "constitución en sentido lógico-jurídico"; de un "presupuesto lógico-trascendental" que tiene nada más que alcances cognoscitivos; y, asimismo, que se trata de una "norma pensada", de una "norma simulada", de una auténtica "ficción", como se expresa en su obra *Teoría general de las normas*, que fue editada y publicada después de la muerte del autor. Explicando precisamente la última de estas expresiones —la norma básica como una "ficción"— Kelsen escribe lo siguiente en la obra antes mencionada: "Una ficción, citando a Vaihinger, es un orden del pen-

samiento, la cual se utiliza cuando no se puede alcanzar la meta del pensamiento con el material existente". Así las cosas, en el caso de un ordenamiento jurídico, la meta del pensamiento (la meta de la ciencia del derecho) sería explicar el fundamento de validez de sus normas, y esta meta, al menos en la última de sus fases o etapas, o sea, cuando lo que se trata de fundamentar es la validez de la primera Constitución, sólo podría ser alcanzada, como dice el propio Kelsen, "a través de una ficción".

Del modo antes indicado, Kelsen abandona su primitiva idea de la norma básica como una *hipótesis*, porque una hipótesis es algo destinado a verificarse o a falsarse, esto es, algo que la realidad pueda tanto confirmar como desmentir, en tanto que una *ficción* es algo que simplemente no concuerda con la realidad ni tiene tampoco la pretensión de hacerlo.

En cuanto norma supuesta, conviene destacar que la ciencia del derecho no presupone directamente la norma básica y que tampoco está obligada a hacerlo. Lo que la ciencia del derecho hace es mostrar que se *presupone* una norma básica cada vez que el sentido subjetivo de los actos creadores de derecho del primer constituyente son interpretados también como su sentido objetivo, o, puesto de otro, sólo si se presupone la norma básica es posible interpretar el sentido subjetivo de los actos del primer constituyente como su sentido objetivo.

Seguidamente, la norma básica es *condicional*, lo cual quiere decir que *sólo si* se presupone la norma básica es posible tener por válida la primera Constitución de un ordenamiento jurídico positivo. Puesto de otra manera, la norma básica no es un dogma, o sea, nadie está propiamente obligado a presuponerla. Como dice Kelsen, "un punto esencial de mi teoría es que no es necesario presuponer la norma básica, pero que sólo *si* la presuponemos podemos considerar a un orden coercitivo, que es generalmente eficaz, como un sistema de normas objetivamente válidas. En consecuencia, el fundamento de la validez objetiva de las normas jurídicas es condicional; está condicionado por la presuposición de la norma básica".

En tercer lugar, la norma básica es *relativa*, en el sentido de que ella no es uniforme para todos los ordenamientos jurídicos. "Para cada ordenamiento jurídico, dice Kelsen, debe presuponerse una norma básica *específica* referente a la constitución (en sentido jurídico-positivo) de *ese* orden jurídico". Dicho de otra

Si el conflicto se produce entre dos normas del *mismo grado*, por ejemplo, entre dos leyes ordinarias, debe aplicarse el principio de que la ley posterior deroga la anterior, y entender, en consecuencia, que la ley posterior ha suprimido la validez de la anterior en todo aquello en que ambas se contradigan.

Si ambas normas del mismo grado hubieren sido introducidas simultáneamente, esto es, si de ninguna de ellas puede decirse que es posterior a la otra, que es lo que acontecería, por ejemplo, si una misma ley contiene dos normas contradictorias entre sí, las soluciones pueden ser tres: entender que las normas en conflicto se anulan entre sí, entender que el órgano llamado a aplicarlas puede optar libremente entre ellas, o entender que una de tales normas limita la validez de la otra. En todo caso, las dos primeras soluciones son viables cuando la contradicción entre las normas en conflicto es total, mientras que la tercera solución sólo puede tener cabida cuando las normas en conflicto se contradicen parcialmente.

Sostiene Kelsen que el conflicto puede producirse también entre dos normas individuales, como ser, “dos sentencias judiciales, especialmente cuando ambas normas han sido dictadas por órganos diferentes”. “Puede suceder, agrega, que un litigante sea condenado por un tribunal, mientras que el otro lo absuelve”. En un caso como éste, Kelsen es de opinión de solucionar el conflicto dejando que “el órgano de ejecución cuente con la opción de actuar conforme a una u otra sentencia”. De este modo, si el acto coactivo que una de las sentencias establece como debido es ejecutado, la otra sentencia “permanece duraderamente ineficaz y pierde su validez”; por la inversa, si el acto coactivo no se ejecuta, se actúa conforme a la sentencia que absolvió al acusado, de modo que la otra sentencia, la que establecía el acto coactivo como debido, “permanece duraderamente ineficaz y pierde su validez”. Sin embargo, es preciso advertir que si las dos sentencias provienen de dos instancias judiciales distintas, una superior y otra inferior, prevalece la sentencia del tribunal superior. Es más: en tal caso ni siquiera puede decirse que estamos en presencia de un conflicto normativo, puesto que la norma establecida por el tribunal inferior no se afirma en su validez mientras sea susceptible de algún recurso ante el propio tribunal que la dictó o ante un tribunal de superior jerarquía.

Ahora bien, si el conflicto normativo apareciera en una misma sentencia judicial, tendríamos simplemente un acto “carente de sentido”, dice Kelsen, esto es, “no contaríamos con ninguna norma jurídica objetivamente válida”. En nuestra opinión, sin embargo, en una hipótesis como esa sería posible intentar lo que en nuestro ordenamiento jurídico se llama recurso de rectificación, aclaración o enmienda, que se deduce ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida.

Tratándose ahora de normas de distinto nivel, Kelsen entiende que “no puede suscitarse ningún conflicto, dado que la norma inferior tiene en la norma superior su fundamento de validez”. Por lo tanto, “si se considera como válida una norma de nivel inferior, ello quiere decir que es vista como correspondiente a una norma de nivel superior”.

Un conflicto semejante es el que podría producirse, por ejemplo, entre la Constitución y una ley ordinaria, entre una ley y su reglamento, o entre la ley y una sentencia judicial.

Lo que Kelsen quiere decir a este respecto no es que las normas inferiores no puedan ser producidas fuera del marco formal o material de la correspondiente norma superior, sino que cuando ello ocurre lo que se sigue realmente es que la norma inferior es *válida, aunque anulable*. Válida, porque mientras no se reclama de ella haciendo uso de los recursos correspondientes, la norma continuará existiendo como tal; y anulable, porque se trata de una norma susceptible de ser anulada a través de los procedimientos que franquee el propio ordenamiento jurídico. Como explica a este respecto Manuel de Rivacoba, “la norma superior prescribe no solamente que la norma inferior debe ser producida en una forma determinada y que debe tener o no tener un contenido determinado, sino, asimismo, que, en caso de ser producida en otra forma o de tener otro contenido que los prescritos, no ha de considerarse nula por ello, sino que ha de valer mientras no sea anulada por el órgano y mediante el procedimiento establecido al efecto”. Y continúa Rivacoba: “lo que se llama inconstitucionalidad de la ley —y otro tanto puede decirse del reglamento ilegal y del acto judicial o del administrativo ilegal o contrario al reglamento— no es, pues, una contradicción lógica entre el contenido de una ley y el de la Constitución, sino simplemente una condición estatuida por ésta para la iniciación de un procedimiento que conduce o a la derogación de la ley, válida hasta entonces,

manera, como los diversos ordenamientos jurídicos reconocen constituciones jurídico-positivas también diversas, debe presuponerse normas básicas distintas. “Lo que tienen en común todas estas normas básicas –declara Kelsen– es que se refieren a una constitución jurídico-positiva en base a la cual se ha establecido un orden normativo coercitivo positivo que en términos generales es eficaz”.

En cuarto término, la norma básica es *jurídica* en un sentido y *metajurídica* en otro. Es jurídica en cuanto cumple una función jurídica relevante, a saber, servir de fundamento de validez a la primera Constitución histórica y, en definitiva, a todas las demás normas del ordenamiento jurídico que, según vimos, pueden ser reconducidas hasta ella. Es metajurídica en el sentido de que, al no ser una norma positiva, está ella en cierto modo fuera del ordenamiento jurídico positivo cuya validez fundamenta.

El carácter metajurídico de la norma básica es entonces una consecuencia de su carácter no positivo. Así, Kelsen sostiene que la norma básica es metajurídica “si se entiende por esta palabra que ella no es una norma de derecho positivo, es decir, una norma creada por un acto real de voluntad de un órgano jurídico”; pero, a la vez, se trata de una norma jurídica si por esto entendemos “todo lo que tenga funciones jurídicas relevantes”.

Luego de señalar que la norma básica es metajurídica en cuanto no se trata de una norma positiva y jurídica en cuanto cumple funciones jurídicas relevantes, Kelsen admite que “la teoría de la norma básica es –hasta cierto punto– similar a la doctrina del derecho natural, según la cual un orden jurídico es válido si corresponde al derecho natural”. Por lo mismo, agrega, “el derecho natural no es considerado *metajurídico* a pesar de no ser derecho *positivo*”. Sin embargo, y en propias palabras del autor, existe una “diferencia fundamental” entre la teoría de la norma básica y la doctrina del derecho natural. Tal diferencia consiste en que “el contenido del orden jurídico es completamente independiente de la norma básica, de la cual puede ser derivada sólo la validez objetiva de la norma del orden jurídico positivo y no el contenido de ese orden; mientras que, de acuerdo con la doctrina del derecho natural, un orden positivo es válido solamente en tanto su contenido corresponde al del derecho natural”.

Por último, si vista desde la perspectiva del ordenamiento jurídico nacional cuya validez fundamenta, la norma básica es una

norma *no positiva*, apreciada desde el punto de vista del derecho internacional aparece como una norma consuetudinaria de carácter *positivo*, en especial si se otorga al derecho internacional una primacía sobre los derechos internos o nacionales. Sin embargo, para comprender mejor este punto, tendremos que explicar más adelante, en este mismo capítulo, en qué consiste la eficacia del derecho; cuál es la relación entre validez y eficacia; qué tipo de vínculo existe entre eficacia, primera Constitución y norma básica; y, por último, cómo la norma básica puede ser vista tanto desde la perspectiva de un derecho nacional como desde la del derecho internacional.

Los conflictos de normas.– De acuerdo con lo explicado antes, si la norma básica es el fundamento último de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico, ella constituye también, en palabras de Kelsen, “la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas”.

Dicha unidad, sin embargo, no excluye la posibilidad de conflictos entre normas de un mismo ordenamiento, esto es, la posibilidad de que normas de un mismo ordenamiento jurídico puedan contradecirse mutuamente.

Si las normas jurídicas no pueden ser verdaderas ni falsas, y si sólo de las reglas de derecho o proposiciones jurídicas tiene sentido predicar verdad o falsedad, ello quiere decir que el principio lógico de no contradicción sólo puede aplicarse a los enunciados que describen normas y no propiamente a las normas de un ordenamiento.

Con todo, Kelsen admite que principios lógicos como el de no contradicción puedan aplicarse también, “indirectamente”, a las normas jurídicas, puesto que “no es de ninguna manera insólito sostener que dos normas jurídicas se contradicen mutuamente”, que es lo que ocurriría, por ejemplo, si una norma declara que una determinada conducta es debida y otra norma del mismo ordenamiento establece que esa misma conducta no es debida.

Como el ordenamiento jurídico es una estructura escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas, el problema del conflicto normativo puede ocurrir tanto entre normas de un *mismo nivel* jerárquico como entre normas de *distinto nivel*.

un conflicto entre dos criterios fuertes y no entre uno fuerte y otro débil, como en las dos situaciones anteriores. Por lo mismo, Bobbio concluye a este respecto que no existe "una regla general consolidada", de modo que, también en esta última situación, lo mismo que en el caso de la ausencia de criterios, "la solución dependerá del intérprete, quien aplicará uno u otro criterio, de acuerdo a las circunstancias".

4. LA EFICACIA DE LAS NORMAS JURIDICAS

Concepto de eficacia. Las conductas componentes de la eficacia. La relación entre validez y eficacia. Eficacia y norma básica. Derecho nacional, derecho internacional y norma básica.

Concepto de eficacia.— La eficacia designa la correspondencia general entre las conductas que una norma jurídica exige como debidas a los sujetos imperados y a los órganos jurisdiccionales y los comportamientos habitualmente emitidos por unos y otros en el curso de la vida social.

En consecuencia, puede decirse que una norma jurídica es eficaz, o que un conjunto de ellas lo son, o que lo es todo un ordenamiento jurídico globalmente considerado, cuando dicha norma, normas u ordenamiento son generalmente obedecidos y aplicados, esto es, cuando los sujetos normativos actúan en la mayoría de los casos como las normas o el ordenamiento les prescriben hacerlo, y cuando los órganos jurisdiccionales, también en la mayoría de los casos, aplican las consecuencias jurídicas previstas por las normas, en especial las sanciones que se establecen para el caso de que los sujetos normativos no den cumplimiento a lo que las normas demandan de ellos.

Dicho brevemente, una norma jurídica es eficaz cuando es generalmente obedecida y generalmente aplicada

En tanto *válida*, una norma jurídica *debe ser* obedecida y aplicada; en cambio, sólo de una norma que *es* generalmente obedecida y aplicada puede decirse que es *eficaz*. "La validez de una norma jurídica, dice Kelsen, significa que debe ser acatada y aplicada y no que es acatada y aplicada". Esta última circunstancia —la de ser la norma acatada y aplicada— constituye la eficacia de la norma. Por lo mismo, la eficacia nunca es segura, sino sólo

probable, lo cual quiere decir que una norma jurídica válida tanto puede ser eficaz como ineficaz. Es cierto que normas jurídicas válidas que se incorporan a un ordenamiento jurídico que en general es eficaz tienen grandes probabilidades de llegar también a ser eficaces, pero nada asegura realmente que así sea.

La eficacia de las normas jurídicas designa el hecho habitual de su obediencia y aplicación por parte de sujetos imperados y órganos jurisdiccionales, al margen de las motivaciones que unos y otros puedan tener para obedecerlas y aplicarlas. Los motivos por los cuales los sujetos normativos obedecen las normas jurídicas son múltiples y variados. Van desde una probable adhesión a la norma hasta el temor a verse expuestos a la sanción que la norma prevé para el caso de incumplimiento. Lo mismo, las motivaciones de un tribunal para aplicar una norma jurídica pueden ir desde la aprobación que al juez merece la norma hasta el deber profesional de fallar conforme a ella o el deseo de no verse expuesto a que lo fallado por él sea revocado por un tribunal de jerarquía superior. Por lo mismo, cualesquiera sean los motivos que sujetos imperados y órganos jurisdiccionales pueden tener para obedecer y hacer aplicación de una norma, a ésta, para ser eficaz, le basta con que, en el hecho, se la obedezca y aplique regularmente.

Por otra parte, la *eficacia* de las normas jurídicas no es lo mismo que el *reconocimiento* de éstas. Para que una norma jurídica sea eficaz es útil que se la reconozca como tal, esto es, que se la identifique y admita en su existencia y consiguiente pretensión de obligatoriedad, aunque la eficacia es algo distinto de ese reconocimiento: se trata nada más que de un hecho que tiene que ver no con la disposición de los sujetos normativos y órganos jurisdiccionales frente a las normas, sino con el obediencia y aplicación regulares que unos y otros observen ante las normas.

Además, la *eficacia* de las normas jurídicas debe ser distinguida de la *efectividad* de éstas. La efectividad de una norma jurídica consiste en la obtención de los fines que ella persiga y no en el simple obediencia y aplicación regulares que la norma encuentre de parte de sujetos normativos y órganos jurisdiccionales. Valiéndonos de un ejemplo de Juan Ramón Capella, César, al conceder la ciudadanía romana a los médicos y maestros de las artes liberales, intentó atraer y promover el establecimiento de ese tipo de personas en Roma. La eficacia, en este caso,

y, por ende, constitucional, o al castigo de un órgano determinado. Los preceptos de la Constitución concernientes a la producción y el contenido de las leyes han de ser entendidos, así, en conexión esencial con aquellos otros que se refieren a la violación de la Constitución, es decir, a las normas creadas en forma distinta o que posean un contenido distinto de los previamente prescritos”.

En consecuencia, mientras no se declare la anulación de la norma inferior, ésta permanece válida, e incluso continuará siéndolo si el procedimiento para su anulación “no se intenta, o se agota sin que se declare la nulidad”, o si tal procedimiento no está previsto en absoluto por el ordenamiento jurídico respectivo.

Antes de dejar el tema del conflicto de normas, conviene dar cuenta de la manera como lo plantea Norberto Bobbio en su *Teoría general del derecho*.

Bobbio llama “antinomia” a la situación que se produce cuando dos normas de un mismo ordenamiento jurídico son incompatibles entre sí. Por otra parte, existen lo que el autor llama “antinomias solubles” y “antinomias insolubles”. Las primeras se producen en aquellos casos en que la incompatibilidad entre las normas puede ser resuelta en aplicación de uno solo de los criterios ideados para resolver antinomias. Por lo mismo, a las antinomias solubles Bobbio las llama también “antinomias aparentes”. En cambio, “antinomias insolubles”, o “antinomias reales”, son aquellas que se producen en dos situaciones: cuando no se puede aplicar ninguno de los criterios ideados para resolver antinomias y cuando se pueden aplicar dos o más criterios opuestos para resolverlas. Por lo mismo, escribe Bobbio, “diremos que las antinomias reales son aquellas en las cuales el intérprete queda abandonado a sí mismo, ya sea por la ausencia de un criterio o por un conflicto entre los criterios dados”.

Ahora bien, en cuanto a los criterios para resolver antinomias, Bobbio menciona el criterio *cronológico*, el *jerárquico* y el de *especialidad*.

El criterio cronológico es aquel según el cual entre dos normas incompatibles, *una anterior y otra posterior*, prevalece la posterior. El criterio jerárquico es aquel según el cual entre dos normas incompatibles, *una superior y otra inferior*, prevalece la de mayor jerarquía dentro del ordenamiento. El criterio de especialidad es aquel según el cual entre dos normas incompatibles,

una general y otra especial, prevalece la de carácter especial. Estos tres principios, en el mismo orden que fueron presentados, se contienen en las expresiones latinas “*lex posterior derogat priori*”, “*lex superior derogat inferior*”, y “*lex specialis derogat generali*”.

En consecuencia, dice Bobbio, “el criterio cronológico sirve cuando dos normas incompatibles son sucesivas; el criterio jerárquico cuando dos normas incompatibles están en diferentes niveles; y el criterio de especialidad cuando el conflicto se plantea entre una norma general y otra especial”.

Sin embargo, puede darse el caso de una antinomia entre normas contemporáneas, del mismo nivel y ambas generales. En tal caso, la antinomia no puede resolverse en aplicación de ninguno de los tres criterios antes señalados. ¿Qué hacer entonces en este caso? Bobbio sugiere recurrir a la forma de la norma, esto es, determinar si las normas incompatibles son imperativas, prohibitivas o permisivas, y aplicar entonces un cuarto criterio, que el autor llama *criterio de prevalencia*. Por ejemplo, “si de dos normas incompatibles una es imperativa o prohibitiva y la otra permisiva, prevalece la permisiva”. Este criterio, añade Bobbio, parece razonable y “corresponde a uno de los cánones interpretativos seguidos más frecuentemente por los juristas, esto es, el de dar prevalencia, en caso de ambigüedad o incertidumbre en la interpretación de un texto, a la interpretación *favorable* antes que a la *odiosa*”.

Pero, ¿qué pasa cuando de las normas incompatibles una es imperativa y la otra prohibitiva? Aquí cabría la regla “según la cual dos normas contrarias, o sea, una norma que obliga a hacer algo y otra que lo prohíbe, se eliminan mutuamente y, por tanto, el comportamiento, antes de ser considerado ordenado o prohibido, se considera permitido o lícito”.

El otro caso de antinomia real se produce cuando ésta puede ser resuelta aplicando dos o más criterios contrarios entre sí.

Cuando el conflicto se da entre el criterio jerárquico y el cronológico, debe entenderse que prevalece el jerárquico. Si el conflicto se produce entre el criterio de especialidad y el cronológico, debe ser resuelto a favor del primero de ellos, de modo que “*lex posterior non derogat priori specialis*”. Por último, el conflicto entre el criterio jerárquico y el de especialidad es el que presenta mayores dificultades, puesto que se trata de

Volviendo a las dos conductas componentes de la eficacia, lo normal será que exista una cierta correspondencia entre ambas, lo cual quiere decir que de una norma que es habitualmente obedecida cabe esperar que sea también regularmente aplicada por los órganos jurisdiccionales en los mínimos casos de infracción que la norma registre de parte de los sujetos imperados. Como dice Luis Legaz Lacambra, “normalmente son aplicadas aquellas normas que son normalmente aceptadas; pues la aceptación normal y relativamente máxima implica la transgresión normal y relativamente mínima”.

Sin embargo, es preciso guardarse de creer que las relaciones de correspondencia entre las dos conductas componentes de la eficacia son necesarias, o siquiera constantes, porque bien puede ocurrir que el ascenso o descenso en la eficacia principal de una norma no vayan seguidos de un similar ascenso o descenso en la eficacia consecucional, o viceversa. Sin perjuicio de la normal correspondencia entre eficacia principal y eficacia consecucional, lo cierto es que ambas se encuentran en una cierta tensión que es preciso medir en cada caso para determinar cuánto de una y de otra tiene una norma jurídica o un conjunto de ellas.

La relación entre validez y eficacia.— Validez y eficacia son dos conceptos distintos. Una cosa es lo que se quiere decir de una norma jurídica cuando se afirma que es *válida* y otra distinta cuando lo que se afirma de ella es que es *eficaz*. Decir que una norma jurídica es válida, o que un conjunto de normas lo son, equivale a certificar que esa norma o normas existen y que obligan, o sea, que *deben ser* obedecidas y aplicadas. En cambio, decir que una norma jurídica es eficaz, o que un conjunto de normas lo son, equivale a comprobar que esa norma o normas *son* generalmente obedecidas y aplicadas.

Ahora bien, si no obstante esa diferencia se pregunta acerca de cuál podría ser la relación entre validez y eficacia, dos son las respuestas extremas que según Kelsen es preciso eludir: la de una *teoría idealista*, que afirma que no existe relación alguna entre validez y eficacia; y la de una *teoría realista*, que afirma que la validez es lo mismo que la eficacia o que ésta es el fundamento de aquélla.

Desechadas por el autor ambas doctrinas, Kelsen procura trazar la relación entre validez y eficacia de un modo que lo aleje

tanto de la teoría idealista como de la realista, aunque la solución que acaba proponiendo está ciertamente más cerca de la segunda que de la primera de esas dos teorías.⁴

El pensamiento de Kelsen a este respecto puede ser resumido de la siguiente manera:

a) validez y eficacia son conceptos diferentes que no deben ser confundidos;

b) no obstante ser conceptos distintos, existe relación entre validez y eficacia;

c) dicha relación no consiste en que validez y eficacia sean lo mismo, porque en tal caso más que relación se produciría una confusión entre ambos conceptos;

d) tampoco consiste dicha relación en que la eficacia sea el fundamento de la validez; y

e) la relación consiste en que la eficacia es *condición* de la validez.

Tal como se ve, al emitir la *segunda* de las afirmaciones precedentes, Kelsen se aleja del planteamiento de la teoría idealista, en tanto que al hacer suyas las afirmaciones *tercera* y *cuarta* hace otro tanto respecto de la teoría realista. Para el autor una teoría idealista es falsa por cuanto es imposible sostener que la pérdida de eficacia de una norma, o de un sistema de normas, deje absolutamente intocada y sin afectar la validez de una u otro. A la vez, una teoría realista es falsa si identifica validez con eficacia, puesto que el primero de esos conceptos se sitúa en el plano del *deber ser*, en tanto que el segundo lo hace en el plano del *ser*, de modo que una norma jurídica es válida antes de saberse si será o no eficaz. Así, “las normas generales de una ley cobran validez antes de que cobren eficacia en un sentido o en el otro, y un tribunal que aplica una ley por primera vez, inmediatamente después de haber sido promulgada, sin que, por lo tanto, haya podido aun adquirir eficacia, aplica una ley válida”. Además, una teoría realista es también falsa si lo que afirma es que la eficacia constituye el fundamento de la validez, porque, según Kelsen, el fundamento de validez de una norma jurídica sólo puede ser otra norma jurídica del mismo ordenamiento, nunca un hecho. “El fundamento de validez de un ordenamiento jurídico —escribe— es una norma fundamental presupuesta que estatuye que uno debe comportarse de acuerdo con una constitución que ha sido efectivamente creada y que es eficaz en términos generales”.

consistió en la real consideración de esas personas como ciudadanos romanos por parte de los magistrados y demás autoridades, mientras que la efectividad debió medirse por el número efectivo de esas personas que se asentaron realmente en Roma y que dieron lugar al clima intelectual que el gobernante buscó conseguir al atraerlos a la ciudad. Este ejemplo histórico es adecuado, porque la norma en cuestión, si bien tuvo eficacia, no consiguió efectividad, lo cual quiere decir que fue de hecho obedecida y aplicada, aunque no consiguió los fines últimos que se perseguían con su establecimiento.

Las investigaciones empíricas acerca de la eficacia de las normas jurídicas, que buscan establecer en qué medida son ellas obedecidas por los sujetos normativos y aplicadas por los órganos jurisdiccionales, tienen gran importancia para advertir cuánto de lo que el derecho dispone a nivel de sus normas vive realmente como derecho al interior de la comunidad jurídica de que se trate y cuánto no pasa de ser letra muerta escrita en un papel. Entre otras tareas de que esa disciplina se ocupa, la sociología del derecho se interesa por la eficacia de las normas jurídicas, porque, como dice Jean Carbonnier, la sociología del derecho "reconoce que las normas jurídicas y las instituciones poseen un determinado coeficiente de eficacia o ineficacia que debe ser tenido en cuenta. Dicho de otra manera: ella considera que la totalidad de lo jurídico no está encerrado en las normas e instituciones". Por su parte, y refiriéndose a las palabras de la ley, F. S. Cohen apunta que "las palabras son frágiles evolverios para los propósitos del legislador. El viaje hacia el ámbito de la observancia es largo y peligroso".

Las conductas componentes de la eficacia.— Desde el punto de vista de las conductas que la componen, la eficacia muestra dos componentes, a saber, el comportamiento que frente a las normas observan los sujetos imperados por éstas y el comportamiento que frente a las normas muestran los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, que las conductas componentes de la eficacia sean las dos que acabamos de mencionar no es sino consecuencia de que las normas jurídicas se refieren o van dirigidas a ambos, a sujetos imperados y a los órganos jurisdiccionales, demandando de los primeros que las cumplan y de los segundos que las apliquen.

A este respecto, tiene razón Jorge Millas cuando dice que la relación de eficacia es doble: está por una parte la eficacia de la norma en cuanto a su cumplimiento por el súbdito, y la eficacia en cuanto a su cumplimiento por el órgano público que sanciona el incumplimiento en que aquél incurre. Por lo mismo, "bien podemos llamar a aquella *eficacia principal*, porque depende precisamente de que se observe la conducta que la norma trata de inducir, y a la segunda *eficacia consecucional*, toda vez que ella se determina por la conducta del órgano sancionador que la norma requiere como consecuencia del incumplimiento principal".

En otras palabras, si las normas jurídicas son directivas que se dirigen *principalmente* a los sujetos normativos y *consecucionalmente* a los órganos jurisdiccionales, cobra sentido llamar eficacia principal a la primera y eficacia consecucional a la segunda.

Cabe señalar también, por lo que respecta a la eficacia consecucional, que para determinar cuánta eficacia pueda tener en tal sentido una o más normas jurídicas, no basta con investigar el comportamiento de los tribunales en cuanto éstos hagan o no aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por las normas, sino que es preciso determinar también si lo que los tribunales resuelven se ejecuta realmente o no por las autoridades públicas correspondientes. En otras palabras: la eficacia consecucional de una norma jurídica no está dada por la sola declaración habitual de sus consecuencias por parte de los tribunales, sino, además, por la efectiva ejecución de tales consecuencias por parte de los funcionarios correspondientes.

Cabe decir, asimismo, que las investigaciones acerca de la eficacia consecucional de las normas permitirá establecer no sólo lo que los tribunales hacen o dejan efectivamente de hacer en relación con lo que las normas del respectivo ordenamiento les ordenan hacer, sino que, además, permitirán determinar cómo actúan de hecho los titulares de las acciones que pueden ser intentadas ante los tribunales de justicia. Esto es importante, porque la pérdida de eficacia consecucional de una norma no siempre obedecerá a que los órganos jurisdiccionales dejaron de aplicarla, sino que podrá ser el resultado de la inactividad procesal de la autoridad pública o del ofendido que tienen el deber o la posibilidad de requerir la intervención de los tribunales en presencia de las infracciones a las normas jurídicas.

sulta posible soslayar antes de llegar a ella, a saber, la afirmación de que la eficacia es realmente el fundamento de la validez de las normas.

Cabe reiterar aquí que la norma básica no fundamenta únicamente la validez de la primera Constitución histórica de una comunidad jurídica dada, sino también la de toda nueva primera Constitución que sea introducida eficazmente como resultado de un golpe de Estado o de una revolución. Para Kelsen, un golpe de Estado exitoso, o bien una revolución triunfante, vistos desde un punto de vista jurídico, no son otra cosa que la sustitución de la Constitución vigente sin sujetarse a los procedimientos que esta misma Constitución establecía para su modificación o reforma.

“El principio de legitimidad, dice Kelsen, es así restringido por el principio de eficacia”, lo cual reafirma la siguiente convicción: Kelsen puede describir acertadamente lo que ocurre desde un punto de vista jurídico cada vez que una Constitución es invalidada por actos de fuerza y sustituida por otra que dictan los mismos que ejecutaron tales actos de fuerza, aunque resulta claro, asimismo, que, a fin de cuentas, es siempre el principio de eficacia el que prevalece, de donde resulta la dificultad, o acaso la contradicción, de continuar afirmando —como hace Kelsen— que la validez de una norma depende siempre de otra norma, nunca de un hecho.

Como se pregunta Bobbio a este mismo respecto, “¿qué se entiende por revolución? Se entiende el derrocamiento ilegítimo de un ordenamiento jurídico preexistente, llevado a cabo internamente y, al mismo tiempo, el establecimiento de un ordenamiento jurídico nuevo”. Por lo mismo, “la definición jurídica de revolución ha puesto en apuros a los juristas porque presenta dos aspectos: respecto al ordenamiento precedente es un hecho ilegítimo (tan es así que si fracasa, los que están implicados terminan mal, y ni siquiera se llama revolución, sino insurrección, sublevación, etc.); respecto al ordenamiento posterior, a que da origen aquella, es el fundamento mismo de la legitimidad de todo el ordenamiento, o sea, es un hecho constitutivo de derecho”.

Con todo, es un hecho que, cada vez que acontece un golpe de Estado o una revolución que triunfa, no se sustituye la totalidad del ordenamiento jurídico preexistente, sino únicamente la

Constitución, y a veces, sólo una parte de ésta, lo cual permite advertir que el nuevo y el viejo ordenamiento jurídico no se excluyen absolutamente y que, en medida no importante, el viejo ordenamiento se traspassa al nuevo. “¿Cómo explicar este traspasso?”, se pregunta Bobbio, y responde lo siguiente: “La mejor forma de hacerlo es recurriendo a la figura de la *recepción*”, lo cual quiere decir lo siguiente: “en el nuevo ordenamiento tiene lugar una verdadera y propia recepción de buena parte del viejo; y se entienden generalmente como receptadas todas aquellas normas que no son explícita o implícitamente abrogadas”. De este modo, continúa Bobbio, “el nuevo ordenamiento no se resquebraja por el hecho de estar constituido en parte por normas del viejo ordenamiento: las normas comunes al viejo y al nuevo ordenamiento pertenecen sólo *materialmente* al primero, pues *formalmente* son todas normas del nuevo ordenamiento en el sentido que éstas son válidas no ya con base en la norma fundamental del ordenamiento anterior, sino con base en la norma fundamental del nuevo ordenamiento. En este sentido hablamos de recepción, y no de pura y simplemente de permanencia de lo viejo en lo nuevo. La recepción es un acto jurídico con el cual un ordenamiento acoge y hace suyas normas de otro ordenamiento, de donde estas normas permanecen materialmente iguales, pero dejan de serlo en cuanto a la forma”.

Derecho nacional, derecho internacional y norma básica.— Cuando tratamos de la teoría kelseniana de la norma básica, dijimos que ésta permite fundamentar la validez de una primera Constitución que sea en términos generales eficaz, esto es, que resulte en el hecho generalmente obedecida y aplicada. El propio Kelsen, en su libro *Principios de derecho internacional público*, insiste sobre el particular, cuando escribe que “si analizamos nuestros juicios relativos a la validez de las normas, encontramos que nosotros presuponemos la primera Constitución como una norma válida solamente bajo la condición de que el orden jurídico establecido sobre la base de esta constitución sea, de una manera general, efectivo, esto es, efectivamente aplicado y obedecido”.

Sin embargo, el principio de que un ordenamiento jurídico debe ser generalmente efectivo para ser válido es, en sí mismo, una norma, la cual puede ser formulada diciendo que “los hom-

Ahora bien, ¿qué quiere decir Kelsen con la quinta y última de las afirmaciones antes señaladas, o sea, qué quiere decir cuando concluye en que la eficacia es *condición* de la validez, o, por ponerlo con sus propias palabras, qué quiere realmente decir cuando sostiene que “la eficacia de las normas jurídicas es condición de su validez, pero no es esta validez misma, ni es la eficacia el fundamento de la validez?”

Lo que el autor quiere decir es que la validez de una norma jurídica es inicialmente independiente de su eficacia, esto es, que una norma jurídica es válida antes de saberse si será o no eficaz, pero que dicha norma pierde su validez si no consigue ser eficaz, o si, habiéndola conseguido, cesa luego de ser eficaz. De este modo, una ley publicada hoy en el Diario Oficial es *ya* una ley válida. Si esa ley consigue ser eficaz, continuará siendo válida. Pero si no logra ser eficaz, o pierde más adelante la eficacia que tuvo inicialmente, deja de ser una ley válida.

En consecuencia, una norma jurídica no precisa ser eficaz para *empezar* a ser válida, aunque sí requiere de la eficacia para *continuar* siendo válida. En otras palabras, sólo si la eficacia se añade a la validez de la norma ésta continúa siendo válida, mientras que en el caso contrario, esto es, cuando la eficacia no se añade a la validez, o bien cuando la norma pierde la eficacia que tuvo en algún momento, la norma en cuestión pierde también su validez.

En suma: la eficacia es una condición que “debe agregarse para que tanto el orden jurídico como un todo, así como cada norma jurídica aislada, no pierdan su validez”. Y para que se capte bien que la eficacia es únicamente condición de la validez, mas no la validez misma ni el fundamento de ésta, Kelsen se vale de la siguiente analogía: “Un hombre, para vivir, tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, deben satisfacerse otras condiciones, como, por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacer ni con el alimentarse”.

Cabe reiterar que tanto un ordenamiento jurídico estimado como un todo, lo mismo que cada norma aislada de éste, requieren ser eficaces para conservar su validez. Sin embargo, hay que tener presente que la eficacia que condiciona la validez del ordenamiento jurídico considerado como un todo, condiciona doblemente la validez de cada norma aislada del mismo orde-

namiento, puesto que cada norma, para conservar su validez, requiere pertenecer a un ordenamiento en general eficaz y, adicionalmente, necesita también conseguir eficacia por sí misma.

Eficacia y norma básica.— Si la norma básica, según vimos en su momento, sólo puede ser presupuesta respecto de una primera Constitución que en términos generales ha conseguido ser eficaz, si, en otras palabras, la norma básica puede ser enunciada diciendo que vale la primera Constitución a condición de que el primer constituyente haya conseguido imponerla en términos de su eficacia, quiere decir, entonces, que la eficacia del derecho aparece más reforzada a nivel de la primera Constitución que al de las restantes normas del ordenamiento. Es más: en nuestro parecer, la eficacia, a nivel de la primera Constitución, parece ser más que una simple condición de la validez de ésta, o sea, parece ser más que algo que simplemente debe añadirse a ella para que la primera Constitución *continúe* siendo válida, puesto que, de acuerdo al modo como Kelsen enuncia la norma básica, no podría atribuirse validez a una primera Constitución que no resultara eficaz desde un *comienzo*.

En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre con las restantes normas del ordenamiento, la primera Constitución no tiene la alternativa de resultar eficaz o no eficaz. Simplemente, si no es eficaz desde el comienzo no puede presuponerse su validez. En consecuencia, de una primera Constitución que no sea eficaz, no podría decirse que ella perdió su validez, sino que no llegó siquiera a ser válida.

A nivel de la primera Constitución se produce entonces una relación entre validez y eficacia mucho más estrecha que la que hay a nivel de las restantes normas del ordenamiento, o, como dice Juan Ramón Capella, tratándose de las normas *derivadas* Kelsen sobrevalora la validez, mientras que tratándose de la *primera Constitución* lo que hace es sobrevalorar la eficacia.

La duda que surge a este respecto, sin embargo, es si se trata sólo de una cuestión de énfasis, o sea, de valorar en un caso más la validez que la eficacia y en el otro más la eficacia que la validez, o si lo que hay aquí es una auténtica contradicción en el pensamiento de Kelsen, quien en su explicación de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, al llegar al nivel de la primera Constitución, no habría podido evitar lo que sí le re-

noce las normas del derecho internacional, sería el auténtico fundamento de validez de este último derecho, de modo que el Estado continuaría siendo la autoridad jurídica suprema. Por lo mismo, el derecho internacional no sería obligatorio más que para el Estado que lo hubiere reconocido.

Un punto de vista como ese, al afirmar que el derecho internacional, lo mismo que los ordenamientos jurídicos de los demás Estados, valen para un Estado determinado únicamente en la medida en que este último los reconozca como tales, llega a la conclusión de que el ordenamiento jurídico internacional no sólo carece de supremacía sobre el derecho nacional, sino, incluso, que ni siquiera se trata de un ordenamiento jurídico independiente. Esto es así porque, al radicar la validez del derecho internacional, así como la de los restantes ordenamientos jurídicos nacionales, en el acto de reconocimiento que a uno y a otros dispensa cada Estado, el ordenamiento jurídico internacional pasa así a ser una parte integrante del derecho nacional, una parte libremente admitida por éste. Se trataría de una especie de "derecho público" externo que comprendería al conjunto de normas estatales que regulan las relaciones con los demás Estados y cuya recepción se produciría sólo en virtud de un acto de reconocimiento.

En otras palabras: la necesidad de admitir la validez, esto es, la existencia del derecho internacional y la existencia, asimismo, de los ordenamientos jurídicos internos de los restantes Estados, conduce a este punto de vista desde un *dualismo* inicial, consistente en afirmar que derecho nacional y derecho internacional son ordenamientos independientes uno de otro, a un *monismo* final, consistente, a su turno, en la afirmación de que el ordenamiento jurídico internacional, en la medida en que su validez depende de un acto de reconocimiento del Estado, es una parte integrante del ordenamiento jurídico interno que lo reconoce como tal.

Kelsen impugna el punto de vista antes descrito y propicia una explicación unitaria de ambos ordenamientos jurídicos, nacional e internacional, tratando de demostrar la fuente común de validez que tienen ambos ordenamientos. Ello porque si el derecho nacional y el derecho internacional no constituyen dos ordenamientos jurídicos independientes uno del otro, tiene que ser porque ambos reconocen un fundamento común en cuan-

to a su validez. Este punto de vista de Kelsen es coherente con su afirmación de que varias normas jurídicas pertenecen a un mismo ordenamiento sólo en la medida en que la validez de tales normas pueda ser referida, en último término, a una misma norma básica o fundamental.

Entonces la pregunta es la siguiente: ¿cómo llegar a una norma básica que fundamente la validez de todo el derecho, tanto nacional como internacional?

La teoría del ordenamiento jurídico propuesta por Kelsen nos dejó en su oportunidad en la así llamada norma básica o norma fundamental. Esta norma, según explicamos antes, es una norma no positiva, una norma supuesta y no puesta, que al fundamentar la validez de la primera Constitución funda también la de todas las normas emanadas posteriormente de los órganos, autoridades y personas a quienes esa misma Constitución facultó para continuar con el proceso de producción del derecho.

Ahora bien, el presupuesto en que consiste la norma básica obliga a tener por válido el ordenamiento jurídico instaurado por el primer constituyente sólo a condición de que este ordenamiento sea eficaz. Por su parte, este principio que enuncia la norma básica de un ordenamiento jurídico nacional, a saber, la de que todo ordenamiento jurídico interno debe ser eficaz para ser válido, es, en sí mismo, una norma que puede ser enunciada diciendo "Los hombres deben conducirse en conformidad con un ordenamiento coercitivo que, en su conjunto, sea generalmente eficaz".

Pues bien: esa norma —sostiene Kelsen— "es una norma de derecho internacional positivo, el principio de efectividad que predomina en ese derecho", puesto que ella va implícita "en la regla formulada usualmente por la afirmación de que de acuerdo con el derecho internacional un gobierno efectivo e independiente es el gobierno legítimo de un Estado".

Con tales planteamientos, Kelsen subraya que de acuerdo con el derecho internacional la primera Constitución de un Estado, o la nueva primera Constitución fruto de un golpe de Estado o de una revolución triunfantes, es válida sólo si el ordenamiento jurídico establecido de conformidad con esa misma primera Constitución resulta en términos generales eficaz, esto es, generalmente obedecido y aplicado. De este modo, el llamado "principio de efectividad", conforme al cual debe tenerse por

bres deben conducirse de conformidad con un orden coercitivo que, en su conjunto, sea generalmente efectivo". Pero esta última, admite Kelsen, "es una norma de derecho internacional positivo, el principio de efectividad que predomina en ese derecho".

Lo anterior significa que la norma básica, que es una norma *supuesta* si se la mira desde abajo, o sea, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico interno cuya validez fundamenta, pasa a ser ahora una norma *puesta*, esto es, positiva, si se la considera desde la perspectiva del derecho internacional. Ello es así porque entre las normas consuetudinarias que forman parte del derecho internacional, se cuenta la de que debe tenerse por gobierno de un Estado a aquel que sea capaz de imponer un determinado ordenamiento jurídico en términos de eficacia. La existencia de esta norma consuetudinaria estaría demostrada por la práctica habitual que siguen al respecto los Estados cada vez que en el territorio de otro Estado acontece una guerra civil, una revolución o un golpe de Estado.

Para Kelsen, el derecho internacional es derecho en el mismo sentido que lo son los derechos nacionales, aunque se trata ciertamente de un derecho menos evolucionado que estos últimos. En la misma obra recién citada, el autor afirma que no hay diferencias de naturaleza entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho internacional, porque este último es también "un orden coercitivo, un conjunto de normas que disponen sanciones socialmente organizadas para ser ejecutadas como reacción contra actos ilícitos. De este modo, a pesar de las evidentes diferencias que existen entre los derechos nacionales y el derecho internacional, sobre todo en cuanto a las sanciones (en los primeros la pena y la ejecución civil, en el segundo la represalia y la guerra) y en cuanto al diverso grado de centralización de los órganos encargados de la producción y de la aplicación de las normas (mayor en el caso de los primeros y menor en el caso del segundo), el derecho internacional es "derecho auténtico en el mismo sentido que el orden jurídico de cada Estado". Todavía más, Kelsen llega a decir que "no hay nada que haga peligrar tanto la idea de la paz como la convicción —no fundada en los hechos— de que el orden actual en las relaciones interestatales no es un orden 'jurídico' en el sentido estricto y auténtico de la palabra. Y no hay mayor ilusión que la de creer que se

aumenta el valor e importancia de la organización internacional reconociéndole un carácter moral, en lugar de un carácter jurídico. Si se quiere servir a la paz, no hay nada mejor que hablar del derecho internacional, en lugar de entretenerse, como es corriente, a declamar sobre una nebulosa justicia, abandonando la elaboración del incipiente derecho internacional".

Pero si uno de los problemas que Kelsen considera decisivos a este respecto es el de si el derecho internacional es o no realmente derecho en el mismo sentido que lo son los derechos nacionales, el otro problema capital es el de si el derecho internacional está o no por encima de los ordenamientos jurídicos nacionales.

El segundo de tales problemas concierne a la relación entre derecho nacional y derecho internacional.

Sobre el particular, Kelsen es de opinión que el enfoque de la relación entre uno y otro ordenamiento puede hacerse partiendo del derecho nacional o bien del derecho internacional. Si se parte del derecho nacional y del principio de la soberanía absoluta de cada Estado, ambos ordenamientos permanecerán obviamente separados, esto es, existirán independientemente uno del otro y regularán materias distintas a través de fuentes también diversas. Los partidarios de este punto de vista sostienen, en consecuencia, que sobre el Estado no existe ningún otro poder jerárquico superior, y ello como resultado de que "con la propiedad de la soberanía suele reconocerse al Estado una cualidad, una supremacía absolutas", de donde resulta que el Estado es el orden "absolutamente supremo, la comunidad suprema".

Sin embargo, los partidarios de un enfoque como ese no pueden negar la existencia del derecho internacional y deben proporcionar alguna explicación acerca de la naturaleza jurídica de un ordenamiento que aparece colocado fuera de los ordenamientos jurídicos nacionales. Dirán, en consecuencia, que siendo el ordenamiento jurídico nacional independiente del ordenamiento jurídico internacional, las normas de este último obligan únicamente al Estado que las haya reconocido, con lo cual adoptan finalmente un criterio que otorga primacía al derecho nacional sobre el derecho internacional, puesto que el fundamento de validez de este último se encontraría en un acto de voluntad del Estado. Precisamente, ese acto, en tanto reco-

modo: "los Estados deberán comportarse como lo hayan hecho por costumbre". O, "los Estados deben conducirse en la forma en que han solido hacerlo".

En consecuencia, y visto dinámicamente, el ordenamiento jurídico internacional se despliega también escalonada y jerárquicamente a partir de su norma básica. El primer escalón de este ordenamiento jurídico, visualizándolo de arriba abajo, está constituido por el derecho consuetudinario. El grado siguiente por las normas creadas convencionalmente en virtud de los tratados, cuya validez, según vimos, depende de la norma *pacta sunt servanda*, que pertenece al primer escalón del ordenamiento internacional. Finalmente, la tercera grada está formada por las normas creadas por organismos que a su vez han sido creados en virtud de los tratados, como por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o de la Corte Internacional de Justicia, o de los tribunales de arbitraje.

Del modo que hemos señalado puede Kelsen fundar la validez del derecho de manera unitaria, esto es, de una manera comprensiva tanto del ordenamiento jurídico nacional como del ordenamiento jurídico internacional. Sin embargo, queda una cuestión final por resolver, y es la siguiente: la costumbre por medio de la cual se crea el derecho internacional consiste en actos de los estados. Entonces podría objetar que los estados debieron existir antes que hubiera un derecho internacional. Pero, ¿cómo puede el derecho interno o nacional derivar su validez del derecho internacional si la aplicación del último presupone la existencia del primero?

Kelsen responde a esa interrogante haciendo ver que la relación entre derecho nacional y derecho internacional no se plantea desde el punto de vista *histórico*, sino desde un punto de vista *lógico-jurídico*. "El hecho de que el derecho internacional consuetudinario exista, no implica necesariamente que la existencia de los Estados haya precedido a la del derecho internacional..., puesto que es muy posible que los grupos sociales primitivos evolucionarán convirtiéndose en Estados, simultáneamente con el desarrollo del derecho internacional... Pero aún suponiendo que la existencia de los Estados haya sido anterior a la del Derecho internacional, la relación histórica entre los órdenes jurídicos nacional e internacional, no excluye la relación lógica que, según se afirma, existe entre sus razones de validez".

Lo dicho hasta aquí permite apreciar que la validez del derecho puede ser explicada partiendo ya de la primacía del derecho nacional, ya de la primacía del derecho internacional. También ha quedado claro que Kelsen sólo objeta la primera de estas doctrinas en cuanto quiere permanecer dualista, o sea, en cuanto quiere presentarnos el ordenamiento jurídico nacional y el ordenamiento jurídico internacional como dos sistemas de normas independientes entre sí, carentes de un fundamento común de validez. Pero la doctrina del primado del derecho nacional, según vimos, no puede, a riesgo de incurrir en un error lógico, permanecer en tal dualismo, afirmando, en definitiva, que la validez del derecho internacional se apoya en el acto de reconocimiento del Estado, o sea, en el derecho interno o nacional. Por esta afirmación, que le resulta ineludible para explicar la existencia del ordenamiento jurídico internacional, la doctrina de la primacía del derecho nacional se transforma también en una explicación monista del problema de la relación entre ambos ordenamientos jurídicos.

Por lo mismo, según ya se ha dicho, Kelsen es de opinión que ambas doctrinas —la del primado del derecho nacional y la del primado del derecho internacional— no afectan ni al contenido ni a las funciones del derecho internacional y, por ende, ambas pueden valer cuando se trata de llevar a cabo una comprensión e interpretación del derecho o a una efectiva organización jurídica mundial.

La elección de una u otra doctrina afecta únicamente al fundamento de validez de uno y otro ordenamiento jurídico. Si se parte de la primacía del derecho nacional, el derecho internacional, al valer únicamente en la medida en que es aceptado por aquél, funda entonces su validez en el ordenamiento jurídico nacional. Por la inversa, si se parte de la primacía del derecho internacional, el derecho nacional, al constituir el producto de una delegación de aquél, funda entonces su validez en el ordenamiento jurídico internacional.

Ahora bien, si se puede reprochar alguna contradicción es a la primera de estas doctrinas, la de la primacía del derecho nacional, pero solamente en cuanto quiera presentarse como una teoría dualista, esto es, en cuanto mantenga el punto de vista de que el derecho internacional constituye un ordenamiento jurídico sin relación alguna con el derecho nacional, puesto que

ordenamiento jurídico de un Estado aquel que haya sido establecido en términos de eficacia, resulta ser una norma positiva de derecho internacional. Este principio de efectividad, por lo tanto, puede formularse diciendo que "si en algún lugar y en cualquier forma se establece un poder, capaz de asegurar permanente obediencia a su orden coercitivo entre los individuos cuya conducta ese orden regula, entonces la comunidad jurídica constituida por este orden coercitivo es un Estado en el sentido del derecho internacional". Así las cosas, "lo que desde el punto de vista del orden estatal es una hipótesis de la ciencia del derecho, desde el punto de vista del primado del orden internacional es una proposición jurídica positiva".

Es de esa manera como Kelsen llega al punto de vista de la primacía del derecho internacional, puesto que es una norma perteneciente a éste la que aparece fundamentando la validez de los ordenamientos jurídicos estatales. Además, con semejante punto de vista, el autor invierte la dirección del reconocimiento entre uno y otro ordenamiento, puesto que si la doctrina de la primacía del derecho nacional sobre el internacional afirmaba que éste vale únicamente en la medida en que es reconocido por aquél, para la doctrina de la primacía del derecho internacional sobre el nacional la situación es precisamente la inversa. Explicando las implicancias de la segunda de esas doctrinas, Kelsen sostiene que "desde que los órdenes jurídicos nacionales hallan la razón de su validez en el orden jurídico internacional, el que al mismo tiempo determina sus esferas de validez, el orden jurídico internacional ha de ser superior a todos los órdenes nacionales". O sea, como advierte Carlos Nino, Kelsen no es partidario del *monismo nacional*, que sostiene que el derecho internacional recibe su validez de los derechos nacionales, ni del *pluralismo*, que sostiene que el derecho internacional es un ordenamiento independiente de los derechos nacionales. De lo que Kelsen es partidario es de un *monismo internacional*, porque afirma que los derechos nacionales forman parte del derecho internacional.

Dicho lo anterior de otro modo, "el supuesto teórico fundador de la unidad es por así decirlo ascendido en un grado: conviértese en la norma fundamental constitutiva del orden jurídico internacional y, por tanto, de la unidad del sistema jurídico total".

Así las cosas, y desde el momento en que el derecho nacional encuentra su razón de validez en una norma del derecho internacional, la última razón de la validez de éste será también la del derecho nacional o interno. Se trata, ahora, de ubicar entonces la norma básica del derecho internacional, esto es, el fundamento último y común de validez de todas las normas pertenecientes a este ordenamiento, la cual constituirá también, por la razón antes anotada, el fundamento de validez del derecho nacional. Al fijar la norma básica del derecho internacional resolveremos acerca de cuál es la razón de validez de la norma positiva de este ordenamiento en que se funda a su vez la validez de los ordenamientos jurídicos nacionales, tarea con la cual, a fin de cuentas, estaremos dando con esa fundamentación en último término común que la doctrina de Kelsen exige para una visión unitaria del derecho.

Ahora bien, para encontrar la fuente de validez del ordenamiento jurídico internacional, Kelsen propone un procedimiento semejante al empleado para arribar a la norma básica de un ordenamiento jurídico nacional, esto es, partir de la norma de más baja jerarquía dentro del ordenamiento internacional, es decir, la sentencia de un tribunal internacional.

Si nos preguntamos por la validez de una norma emanada de un tribunal internacional, tendremos que respondernos que tal norma es válida porque así se desprende del tratado en cuya virtud el tribunal fue constituido. Si nos preguntamos luego por la validez de este tratado, esto es, si nos preguntamos acerca de por qué obligan sus disposiciones a los estados que lo han convenido, la respuesta será encontrada en una norma más general que prescribe que los estados deben comportarse de acuerdo con los tratados que hubieren celebrado, "o sea, la norma que se expresa comúnmente por medio de la expresión *pacta sunt servanda*. Esta norma es una norma de Derecho internacional general que ha sido creada por costumbre constituida por los actos de los propios Estados a través del tiempo".

Pero, con todo, quedaría aún por preguntarse acerca del fundamento de validez de esta norma que se expresa bajo la fórmula *pacta sunt servanda*, pregunta que nos conduce finalmente a la norma básica del ordenamiento jurídico internacional, "que tiene que ser una norma que admita a la costumbre como hecho creador de derecho, y que podría enunciarse del siguiente

Vittorio Frosini, Bustamante y Montoro, H. Lauperchat y Julius Stone.

Kunz, que tanto y tantas veces coincide con el pensamiento de Kelsen, reprocha no obstante a éste que no haya abandonado su "vieja actitud en lo que se refiere a la elección entre la tesis de la primacía del Derecho internacional y la primacía del Derecho nacional", añadiendo que "la aceptación de la primacía del Derecho internacional, como yo he demostrado desde hace un cuarto de siglo, es una necesidad puramente teórica, porque, si partimos de la tesis de la primacía del Derecho nacional, es imposible construir y comprender el Derecho positivo actualmente en vigor". Alfred Verdross, luego de declarar que "el Derecho internacional positivo, lejos de basarse en la voluntad de los Estados *particulares*, es producto de la *comunidad de los Estados*", observa seguidamente que "el concepto de la soberanía relativa (estado soberano como comunidad *que se gobierna plenamente a sí misma*, o sea, como comunidad *independiente*) es, pues, plenamente compatible con la existencia de un Derecho internacional...". "Más aún —concluye Verdross es propio del Derecho internacional el vincular principalmente a Estados independientes constituyendo con ellos una comunidad jurídica". El cubano A. S. de Bustamante y Montoro, en abierta inclinación por la primacía del derecho internacional, declara que "las normas conocidas con el nombre de Derecho internacional constituyen un ordenamiento jurídico totalitario superior a los Estados, que delimita los respectivos ámbitos de validez de los mismos...", "Esto significa —agrega el autor citado— que, en tal supuesto, ningún Estado es soberano, puesto que todos se hallan sometidos en la misma medida al ordenamiento de la comunidad jurídica internacional..." "La tesis contraria —finaliza Bustamante y Montoro— resulta tan fácilmente rebatible que no requiere una discusión: nadie sostendría hoy, en serio, el primado del ordenamiento jurídico interno, inspirado en una concepción anárquica de la soberanía del Estado". Por su parte, Frosini se declara partidario de "deshacer definitivamente las reservas y las dudas de origen kelseniano sobre la cuestión de la 'primacía' del Derecho interno o del Derecho internacional", inclinándose por la preeminencia de este último. H. Lauterpacht, luego de opinar que la detención de Kelsen ante la alternativa del primado de uno u otro ordenamiento jurídico, se debe a su deseo

de no exponerse a ser calificado de iusnaturalista, se pronuncia decididamente por la primacía del derecho internacional, señalando que "mientras la primacía del Derecho nacional es posible a nivel del Derecho positivo de un estado aislado, es incompatible con la unidad final del conocimiento jurídico". Finalmente, Julius Stone, en términos parecidos a los empleados por Kunz, critica a Kelsen en cuanto el jurista vienés deja abierta la alternativa acerca de la primacía del derecho nacional o del derecho internacional.

Para un mayor desarrollo de tales ideas, y, en general, de los principales conceptos de la teoría del ordenamiento jurídico, puede consultarse el libro del autor de este manual, *Derecho, desobediencia y justicia*, Edeval, Valparaíso, 1977, que cuenta con una segunda edición el año 1992.

en tal caso obstaría a una comprensión unitaria del derecho. Pero si la doctrina de la primacía del derecho nacional, sustentada, como hemos visto, en el principio de la soberanía del Estado, se aleja de tal contradicción y en vez de refractar al ordenamiento jurídico internacional lo presenta y explica como parte del ordenamiento jurídico interno, esto es, apoyando su validez en el reconocimiento que éste le dispensa, entonces la doctrina de la primacía del derecho nacional, alterando nada más que el centro de gravedad de la validez jurídica, constituye también una teoría monista y comprensiva del derecho en su totalidad.

En consecuencia, podemos preguntarnos, con Kelsen, ¿en qué consiste la diferencia entre ambas construcciones monistas? El derecho internacional, cuyo reconocimiento por parte de un Estado es, desde el punto de vista de la teoría que afirma la prioridad del orden jurídico estatal, la condición de su validez y que, por consiguiente, sólo vale como parte integrante de un orden jurídico nacional es, en su contenido, el mismo derecho internacional que, desde el punto de vista de la primacía del orden internacional, vale como fundamento superior a todos los órdenes jurídicos estatales, es decir, como orden jurídico delegante. La diferencia entre ambas construcciones monistas acerca de las relaciones del derecho internacional con el derecho estatal se refiere sólo al fundamento de validez del orden internacional y no a su contenido. Según la teoría que toma como punto de partida la validez de un orden jurídico estatal, el fundamento de validez del derecho internacional es la norma básica supuesta según la cual el establecimiento de la primera constitución histórica del Estado, cuyo orden constituye el punto de partida de la construcción, es un hecho creador de derecho. Según la otra teoría cuyo punto de partida no es un orden jurídico estatal sino el derecho internacional, su fundamento de validez es la norma básica presupuesta según la cual la costumbre de los Estados es un hecho creador de derecho.

Por lo mismo, preferir una u otra de estas doctrinas no importa un cometido científico, sino una decisión política. Así, optar por la primacía del derecho internacional juega un rol muy importante en la ideología del pacifismo; mientras que la opción de la doctrina de la primacía del derecho nacional lo hace respecto de la ideología del imperialismo. Kelsen mismo se abs-

tiene de escoger, al menos desde un punto de vista científico, aunque, en lo personal, se inclina decididamente por la doctrina de la primacía del derecho internacional, la cual explica también mejor la igualdad jurídica entre los Estados. Pero esto no significa para Kelsen negar la legitimidad o procedencia del punto de vista contrario, sino, admitir que, sobre la base de la ciencia jurídica, no es posible la elección entre ambas doctrinas. "La Ciencia —dice Kelsen— no puede hacer más que describir ambas doctrinas y mostrar cómo uno u otro sistema de referencia tiene que ser aceptado cuando se trata de determinar la relación entre Derecho nacional y Derecho internacional". Quien valore más la idea de la soberanía del Estado, preferirá la doctrina de la primacía del derecho nacional. Quien valore más la idea de una organización jurídica mundial, preferirá la doctrina de la primacía del derecho internacional. Se trata, sencillamente, de dos sistemas de referencia distintos.

Ahora bien, Luis Legaz Lacambra al ocuparse de estas dos doctrinas, admite que, desde la perspectiva de Kelsen, "no se puede decir que cualquiera de ellas tenga más valor teórico-jurídico que la otra". Lo mismo, Radbruch, cuando escribe que no es posible resolver con objetividad "la pugna entre derecho nacional y extranjero". Y Luis Recasens Siches cuando declara en que "no puede, sin embargo, afirmarse que la teoría del *primado* del orden jurídico internacional sea la sola verdadera, la única científicamente justificada. Se trata de dos hipótesis, que, desde el mero punto de vista técnico-jurídico, tienen el mismo valor. La decisión a favor de una o de otra no nos la puede dar la Teoría Pura del Derecho, sino *una concepción filosófico-ética*".

Nos parece, apuntaremos por nuestra parte, que esta abstención de la teoría pura en orden a conferir preeminencia a una u otra de las dos interpretaciones posibles, aunque el propio Kelsen, en lo personal, y dadas sus convicciones democráticas y pacifistas, alejadas de toda exacerbación nacionalista, se inclina por el primado del derecho internacional, resulta una exigencia derivada de la necesaria consecuencia que esta teoría debe mantener con su postulado de constituir una ciencia jurídica, a la vez que descriptiva, depurada de todo elemento ideológico, incluida, por cierto, la ideología del mismo Kelsen.

Ahora bien, en una posición distinta a la de Kelsen en este punto, puede señalarse a Joseph L. Kunz, Alfred Verdross,

los intereses de los individuos, en tanto que el derecho público protegería y regularía *principalmente* el interés general o común.

Otras doctrinas dualistas fundan la distinción en el *sujeto*, y afirman, en consecuencia, que mientras el derecho público regula las relaciones entre gobernantes y gobernados, el derecho privado hace otro tanto con las relaciones jurídicas que se producen entre los propios gobernados, o, si se prefiere, que el primero se refiere a las relaciones jurídicas en que interviene el Estado o cualquiera de sus órganos, mientras que el segundo concierne sólo a las relaciones entre particulares.

Negación de la distinción.— Pero existen también doctrinas monistas sobre la materia, esto es, puntos de vista que niegan la distinción entre derecho público y derecho privado. En todo caso, lo que estas doctrinas niegan no es que la distinción haya sido efectivamente hecha y de alguna manera mantenida hasta hoy. Lo que un punto de vista monista niega es que exista fundamento suficiente que apoye la distinción.

La teoría pura del derecho de Kelsen, que según anticipamos es monista frente al dualismo derecho natural-derecho positivo y frente al dualismo derecho objetivo-derecho subjetivo, lo es también frente al dualismo que ahora nos ocupa.

Kelsen considera que la distinción entre derecho público y privado carece de base científica y tiene sólo un carácter ideológico. “Mediante esta diferencia de principio entre una esfera jurídica pública, o sea, política, y una esfera privada, es decir, no política —afirma el autor—, se trata de evitar la evidencia de que el derecho “privado” producido a través de un contrato (negocio jurídico) no es menos escenario del poder político que el derecho público producido por la legislación y la administración”.

Kelsen es de parecer que lo único que hay detrás de la distinción que nos ocupa, además del sesgo ideológico ya mencionado, son diversos métodos de producción de las normas del ordenamiento jurídico, con lo cual quiere decir que el aspecto público del derecho aparece de relieve en el caso de los métodos *heterónomos* de producción jurídica (legislación, actos de la potestad reglamentaria, sentencias de los tribunales), mientras que el aspecto privado se destaca en el caso de los métodos *autónomos* de producción del derecho, especialmente en el caso de los actos jurídicos y de los contratos.

Kelsen va todavía más lejos y cuestiona incluso la distinción entre Estado y derecho, una distinción a la que también atribuye carácter ideológico. Esta distinción, que en palabras del autor “desempeña una función ideológica de extraordinario significado, de un significado que no cabe menospreciar”, afirma que “el Estado tiene que ser representado como persona distinta del derecho para que el derecho —producido por ese Estado, para luego someterse a él— luego pueda justificar al Estado. Y el derecho sólo puede justificar al Estado cuando es presupuesto como un orden esencialmente diferente del Estado, contrapuesto a la naturaleza originaria de éste —el poder— y de ahí, en algún sentido, como un orden correcto o justo. Así, el Estado, como el puro hecho de la fuerza, se convierte en un Estado de derecho que se justifica en tanto produce derecho”.

Descartada la distinción entre Estado y derecho, Kelsen propicia lo que él llama la identidad entre uno y otro, identidad que se produciría “en cuanto el Estado es un orden jurídico”. “Es usual caracterizar al Estado como una organización política —añade— pero así sólo se expresa que el Estado es un orden coactivo, puesto que el elemento específicamente ‘político’ de esa organización reside en la coacción ejercida de hombre a hombre, regulada por ese orden”. Y concluye diciendo: “como organización política, el Estado es un orden jurídico”.

Sin embargo, no todo ordenamiento jurídico es un Estado, puesto que “ni los órdenes jurídicos preestatales de las sociedades primitivas ni el orden jurídico supra o interestatal, del derecho internacional, configuran un Estado. Para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir, tiene que instaurar órganos que funcionen con división del trabajo para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado”.

Precisamente, es en dicha centralización, cree Kelsen, que el ordenamiento jurídico estatal se diferencia de los ordenamientos jurídicos primitivos, o preestatales, como también de los ordenamientos supra o interestatales, es decir, el derecho internacional. Ello porque tanto en los ordenamientos jurídicos primitivos como en el derecho internacional, “las normas jurídicas generales no son producidas por un órgano legislativo central,

DIVISIONES Y PARTES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

1. DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO

Origen histórico de la distinción. Fundamento de la distinción. Negación de la distinción.

Origen histórico de la distinción.— La distinción más amplia y general que es posible hacer a propósito del derecho positivo, la cual sirve comúnmente para ordenar luego las distintas ramas o partes del ordenamiento jurídico, es la que contrapone *derecho público* a *derecho privado*.

El origen de la distinción puede encontrarse en un texto de Ulpiano, escrito posiblemente a inicios del siglo tercero, en el que se lee lo siguiente, según lo expone Manuel de Rivacoba: “Dos son las posiciones (o *puntos de vista*) para (literalmente, *de*) este estudio, público y privado. Derecho público es el que atiende al estado de la cosa pública (lit., *cosa romana*); el privado, a la utilidad de cada uno en particular. Unas cosas son de utilidad pública (lit., *útiles públicamente*); otras, de utilidad privada. El Derecho público se refiere a los magistrados, a los sacerdotes, a las cosas sagradas; el Derecho privado es tripartito: se compone de preceptos naturales, o de gentes o civiles (es decir, *de preceptos del derecho natural, del de gentes o del civil*)”.

La distinción entre derecho público y derecho privado fue introducida ya en el derecho romano y, establecida la influencia que ese derecho ejerció sobre los derechos modernos, se la ha estimado desde entonces muy relevante, aunque “dándole quizás un sentido y una importancia de que careciera en sus comienzos” —como dice Rivacoba—, puesto que la frase inicial del

fragmento de Ulpiano, al expresar que “dos son las *posiciones* para el estudio del derecho”, sugiere no propiamente una división del derecho, sino, menos que eso, dos puntos de vista para el estudio de éste.

Por lo mismo, como vuelve a decir Rivacoba, lo que queda firme luego de analizar el texto de Ulpiano es lo siguiente: *primero*, que en la mente de Ulpiano lo que hubo no fue una división irreconciliable del derecho en dos partes ni una antítesis entre dos partes, sino sólo dos puntos de vista posibles para el estudio del derecho; *segundo*, que para él el derecho público no es otra cosa que el *ius civitatis*, es decir, el derecho político y el administrativo, aunque no proporciona una idea clara y precisa acerca del *ius privatum*.

En cuanto a la eventual supremacía del derecho público sobre el privado, o de éste sobre aquél, tiene razón Manuel de Rivacoba cuando advierte que tratándose del derecho público hay un matiz de superioridad del Estado respecto de los particulares, mientras que en el caso del derecho privado lo que se persigue es regular relaciones de los particulares entre sí. De este modo, “si se alzaprima y valora al individuo sobre la comunidad, aparecerá preponderante el Derecho privado, mientras que, si se pasa a considerar a éstos como algo sustantivo y superior a los individuos que la integran y se valora a éstos sólo en función de aquélla, adquirirá un papel principal y dominante el Derecho público”.

Fundamento de la distinción.— Para fundamentar la distinción entre derecho público y derecho privado existen varias doctrinas *dualistas*, esto es, varios autores que aceptan esa distinción y procuran explicarla de algún modo. Pero hay también a este respecto puntos de vista *monistas*, o sea, autores que niegan que exista base suficiente para distinguir entre uno y otro derecho.

Ente las doctrinas dualistas está aquella que funda la distinción en el *interés*, y afirma que el derecho privado es el que ampara y regula los intereses de los individuos como particulares, mientras que el derecho público protege y regula el interés general o común. Otra doctrina, también dualista, advierte que hay siempre dificultades para distinguir entre los intereses de los individuos y el interés general o común, y afirma, en consecuencia, que derecho privado es el que ampara y regula *principalmente*

El segundo de los argumentos, además de estar desmentido por la constitución cada vez más frecuente de tribunales con competencia internacional, lo está también por el hecho de que no pocas normas del derecho internacional se cumplen por lo común de manera espontánea por los Estados que han asumido los deberes jurídicos correspondientes.

En cuanto al tercer argumento, además de haberse constituido órganos internacionales capaces de ejecutar sanciones en ese ámbito, lo cierto es que la reacción directa del propio Estado ofendido constituye también una manera, si bien imperfecta, de aplicar sanciones al Estado infractor.

Del mismo modo, y aun si se admite que el derecho internacional es todavía un derecho poco evolucionado en los tres aspectos antes señalados, esto es, un derecho más parecido al derecho interno de las sociedades primitivas que a los de las sociedades modernas, Kelsen es de opinión que el derecho internacional es derecho en el mismo sentido que lo es el derecho nacional. En propias palabras del autor, "el derecho internacional exhibe en tanto orden coactivo el mismo carácter que el derecho estatal, distinguiéndose de éste, con todo, en cuanto muestra cierta semejanza con el derecho de las sociedades primitivas el no establecer, por lo menos como derecho general que obliga a todos los Estados, ningún órgano que funcione con división del trabajo". Por lo mismo, se trata de un derecho que "se encuentra aun en una etapa de amplia descentralización", o sea, que "está justamente en el inicio de un desarrollo que el derecho estatal ya ha dejado atrás". La producción de las normas generales "se produce por vía de la costumbre o por vía de convención (tratado), es decir, por medio de los miembros mismos de la comunidad jurídica, y no a través de un órgano legislativo particular. Y lo mismo sucede con respecto a la aplicación de las normas más generales a los casos concretos".

Derecho general y derecho particular.— La organización política que adoptan determinados Estados puede traer consigo que ciertas normas jurídicas valgan en todo el territorio, mientras otras valen en una parte acotada de éste. A las primeras se las puede llamar "derecho general" y a las segundas "derecho particular".

El caso de España es bien elocuente a este respecto, puesto que coexiste allí un derecho general, común a todo el territo-

rio de la península, con el derecho que rige en particular dentro del territorio de cada una de las distintas comunidades autónomas.

Otro ejemplo al respecto lo constituyen los Estados federales, tales como Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica, en los cuales al derecho general del país se suma el derecho de cada estado federal o provincia, según sea la división territorial que se hubiere adoptado.

Las ramas del derecho interno.— Al interior de cada ordenamiento jurídico interno o nacional es posible distinguir las así llamadas "ramas del derecho", que no son otra cosa que diversos ámbitos de regulación jurídica que, dotados de una relativa autonomía dentro del respectivo ordenamiento jurídico, reciben una denominación propia que los identifica y diferencia de los demás. Ello explica que exista un derecho constitucional, un derecho penal, un derecho civil, un derecho del trabajo, un derecho procesal, etc.

Esa división interna del ordenamiento jurídico se expresa también en el modo como las facultades de derecho organizan la formación jurídica de los estudiantes, porque la mayor parte de las asignaturas que constituyen el plan de estudios se corresponden, tanto en su denominación como en sus contenidos temáticos, con las así llamadas ramas del derecho. De este modo, para el estudio del derecho constitucional, considerado como una parte del ordenamiento jurídico nacional, existe una asignatura del mismo nombre, y otro tanto acontece con el derecho civil, el penal y las demás ramas del derecho.

Sin embargo, no siempre existe una correspondencia como esa, lo cual significa, por un lado, que no todo sector de regulación jurídica dotado de una relativa autonomía dentro del ordenamiento jurídico da lugar a una asignatura universitaria del mismo nombre, y, por el otro, que existen asignaturas que no versan sobre alguna determinada rama del derecho.

Cabe reiterar en este momento, por lo mismo, la distinción entre *derecho* y *ciencia del derecho*. Las ramas del derecho son parte del derecho, mientras que las asignaturas que las estudian y exponen son una manifestación de la ciencia del derecho. Por tanto, si bien "derecho constitucional" es el nombre que se da tanto a una rama del derecho como a la asignatura que se ocu-

sino que lo son consuetudinariamente, lo que significa que el procedimiento de producción general del derecho está descentralizado”.

En ese mismo orden de ideas, Kelsen avanza todavía más y afirma que la expresión “Estado de Derecho” es pleonástica, esto es, redundante, puesto que “si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho”. En consecuencia, para Kelsen no es la palabra “derecho” la que estaría de más en la expresión “Estado de derecho”, sino la palabra “Estado”, puesto que “lo que existe como objeto del conocimiento es sólo el derecho”.

En efecto —continúa Kelsen—, la idea de que el Estado preexiste al derecho, esto es, la idea de que el Estado primero se constituye como tal y luego crea el derecho para someterse a éste y adquirir entonces la condición de Estado de derecho, es errónea. Por de pronto, “debe establecerse que un Estado no sujeto a derecho es impensable”, “puesto que el Estado sólo existe en actos estatales, es decir, en actos realizados por hombres que se atribuyen al Estado como persona jurídica”.

En suma, concluye el autor, “no se produce, ni puede producirse, un proceso en el cual un Estado, preexistente a su derecho, cree el derecho para luego someterse a él. No es el Estado el que se subordina al derecho por él creado, es el derecho el que regula la conducta de los hombres y, especialmente, la conducta orientada a la producción de derecho”.

Para aclarar todavía más las precedentes ideas de Kelsen, conviene mencionar ahora las tres definiciones que según Bobbio pueden darse del Estado de Derecho.

En primer lugar está la que Bobbio llama “definición débil”, que sería precisamente la de Kelsen, en atención a que este último autor, tal como hemos visto, afirma que todo Estado es un Estado de Derecho, debido a que todo Estado es regulado por el derecho. En cambio, una “definición fuerte” es la que señala que el Estado de Derecho es aquel que está fundado en el reconocimiento de algunos derechos, como son justamente los derechos naturales, que están por encima del Estado. Al centro, en fin, está lo que Bobbio denomina una “definición intermedia”, para la cual Estado de Derecho es aquel Estado en el que existe el gobierno de las leyes y no el gobierno de los hombres.

Ahora bien, en cuanto a qué debe entenderse por “gobierno de las leyes”, Bobbio dice enseguida que es aquel en el que las decisiones de gobierno se adoptan *sub lege*, y, a la vez, *per lege*. Gobierno *sub lege* es el gobierno sometido a la ley, o sea, el gobierno que ejerce su poder subordinado a la ley. Por su parte, gobierno *per lege* es el gobierno por medio de la ley, esto es, el gobierno que no resuelve caso a caso por medio de decretos que se dan para cada situación particular, sino que lo hace por medio de las normas abstractas y generales de la ley, garantizando así la igualdad ante la ley.

2. OTRAS DISTINCIONES

Derecho interno y derecho externo. Derecho general y derecho particular. Las ramas del derecho interno.

Derecho interno y derecho externo.— Además del ordenamiento jurídico de cada Estado, al que se llama “derecho interno” o “derecho nacional”, existe también el “derecho externo” o “derecho internacional”.

El importante desarrollo tenido por el segundo de esos derechos, particularmente en la segunda mitad de este siglo, ha vuelto cada vez menos frecuentes las discusiones acerca de si el derecho internacional es o no auténtico derecho.

Tales discusiones se vieron favorecidas en su momento por los siguientes argumentos que precisa Manuel de Rivacoba: falta de un legislador superior y común a los diversos Estados que dicte las normas internacionales; falta de organismos jurisdiccionales de carácter internacional que apliquen esas normas; y ausencia de órganos ejecutivos que las hagan cumplir e impongan efectivamente las correspondientes sanciones.

Al primero de tales argumentos se puede responder diciendo que el derecho, además de poder ser creado por el legislador, puede serlo también consuetudinariamente, esto es, por obra de la costumbre jurídica, como también por medio de pactos o tratados a los que concurren dos o más Estados, sin perjuicio de lo cual hoy es posible observar una manifiesta tendencia, si bien lenta, a la constitución de órganos legislativos de carácter supranacional.

CAPITULO V
INTERPRETACION E INTEGRACION
DEL DERECHO

pa de su estudio, lo cierto es que en cuanto rama del derecho el derecho constitucional es un conjunto de normas, mientras que en cuanto asignatura se trata de un conjunto de proposiciones acerca de esas normas.

Otra distinción que conviene introducir aquí es la que existe entre *asignaturas* y *disciplinas*. Una disciplina es un conjunto ordenado y sistemático de conocimientos acerca de un determinado sector de regulación jurídica o acerca de otros aspectos o dimensiones del fenómeno jurídico, y una asignatura jurídica es una instancia curricular presente en el plan de estudios de una carrera de derecho.

Ahora bien, sucede normalmente que detrás de cada asignatura hay una disciplina que la sostiene. Así, detrás de la asignatura llamada "Derecho penal" existe una "dogmática penal", esto es, una ciencia jurídico-penal. Sin embargo, puede haber una disciplina que no dé lugar a una asignatura, como ocurre en nuestro medio, por ejemplo, con la sociología del derecho, que es ciertamente una disciplina, aunque la correspondiente asignatura suele estar ausente del plan de estudios de las facultades de Derecho de nuestro país. A la inversa, la Introducción al Derecho es una asignatura invariablemente presente en dichos planes de estudio, aunque no tiene detrás una determinada disciplina que la sostenga y que lleve ese mismo nombre. Por lo mismo, la Introducción al Derecho, tal como fue explicado en el prólogo de este manual, es únicamente una instancia curricular que, si bien indispensable, no reconoce una disciplina en que apoyarse, de modo que los conocimientos que ella selecciona, ordena y transmite a los estudiantes provienen en verdad de varias diferentes disciplinas, por ejemplo, teoría del derecho, filosofía del derecho, sociología jurídica, historia del derecho, dogmática jurídica, etc.

Por lo tanto, de quien imparte una asignatura puede decirse que es profesor de la misma y, a la vez, especialista en la disciplina que la sostenga. En cambio, de quien imparte una asignatura como Introducción al Derecho puede decirse que es profesor de la misma, aunque no un especialista en alguna de las varias disciplinas en que dicha asignatura se apoya según los distintos temas de que trata.

Con motivo del desarrollo de la asignatura de Introducción al Derecho, así como con ocasión de los manuales o textos que

se producen para facilitar a los alumnos el estudio de las diversas materias, suelen proponerse definiciones acerca de cada una de las distintas ramas del derecho. Esto puede ser ciertamente útil, porque el inicio del estudio de esas ramas se produce en el segundo año de la carrera, esto es, cuando los alumnos han aprobado ya su curso de Introducción al Derecho.

Sin embargo, consideramos mejor dejar esas definiciones a los distintos especialistas, esto es, a quienes van a tener a su cargo el desarrollo pormenorizado de las distintas ramas del derecho.

Con todo, y si se estimare conveniente incluir tales definiciones en el desarrollo del curso de Introducción al Derecho, sugerimos recurrir para ello a los siguientes textos: *El ordenamiento jurídico*, de Antonio Bascañán Valdés; *Lecciones de Introducción al Derecho*, de Jaime Williams; *División y fuentes del derecho positivo*, de Manuel de Rivacoba; e *Introducción al Derecho*, de Luis Prieto Sanchís.

pretación de la ley –en el sentido amplio de este último término–, una interpretación de los tratados internacionales –que si bien siguen internamente el proceso de formación de las leyes tienen reglas propias de interpretación–, una interpretación de la costumbre jurídica, una interpretación de los contratos, e, incluso, una interpretación de las sentencias judiciales.

Todavía más: la interpretación del derecho es una actividad que consiste en establecer el significado no sólo de las normas jurídicas, sino también de los demás estándares que es posible encontrar en todo ordenamiento jurídico y que no son normas, como es el caso de los principios.

Interesa destacar, por lo mismo, que la interpretación jurídica no puede ser circunscrita únicamente a las normas escritas del derecho legislado. La interpretación jurídica tiene un campo más amplio y concierne a todo lo que tiene “valor normativo”, criterio bajo el cual –como propone Luis Díez Picazo– “cabe situar no sólo la interpretación de la ley, sino también una función de interpretación de las normas consuetudinarias y de los principios generales del derecho”.

En suma: cada vez que hablamos de interpretación del derecho nos referimos a una actividad que concierne a todas las normas jurídicas, cualquiera sea la fuente formal por cuyo intermedio haya sido producida e incorporada al ordenamiento jurídico, y no únicamente a las normas legales que produce el órgano legislativo. Dicho de otro modo: cada vez que hablamos de interpretación del derecho aludimos a una actividad que se realiza por referencia a las normas jurídicas introducidas por un enunciado lingüístico proveniente de cualquiera de los órganos, autoridades o sujetos autorizados para producir normas jurídicas, y no sólo a las normas sancionadas por medio de enunciados lingüísticos de los poderes que intervienen en la formación de las leyes. En consecuencia, la expresión “interpretación del derecho” tiene obviamente un alcance más amplio que la expresión “interpretación de la ley”.

Aplicación e interpretación del derecho.– Si en su teoría acerca del ordenamiento jurídico Kelsen llama la atención acerca de la conexión que existe entre *creación* y *aplicación* del derecho como dos funciones que se combinan y que no se excluyen entre sí, lo cual permite afirmar que toda creación de derecho es

también aplicación de derecho, en su teoría sobre la interpretación jurídica el mismo autor pone de manifiesto la relación que existe entre la *aplicación* de las normas jurídicas y la *interpretación* de éstas.

En efecto, cada vez que el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de las normas jurídicas que aplicará, o sea, tiene que interpretar esas normas.

“La interpretación –escribe Kelsen– es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior”.

El caso en el que más se piensa cuando se habla de interpretación jurídica es el de la interpretación de la ley por parte de los jueces, quienes, en aplicación de las normas del derecho legislado, deben dar solución a los casos que se les presentan. En efecto, los jueces deben resolver los casos en aplicación de las normas legales que los regulan, de modo que tienen que interpretar esas normas, o sea, tienen que acordarles algún significado.

Pero el legislador, que produce leyes en aplicación de la Constitución que regula el proceso de formación de las leyes y establece ciertos límites en relación con el contenido de éstas, interpreta también dicha Constitución, esto es, acuerda algún significado a las normas constitucionales dentro de cuyo marco lleva a cabo su tarea de discusión y aprobación de las leyes.

Por su parte, un órgano administrativo o un tribunal, sean de carácter nacional o internacional, deben hacer muchas veces aplicación no de una ley en sentido estricto, sino de un tratado internacional, lo cual exige también que lleven a cabo una interpretación de ese tratado.

Pero la interpretación jurídica no se circunscribe a las normas abstractas y generales de la Constitución, los tratados y las leyes, sino que alcanzan también a las normas particulares, por ejemplo, a las que se contienen en las sentencias judiciales y en los actos jurídicos. Esto es así desde el momento en que también las normas individuales deben ser aplicadas, de donde se sigue que tienen que ser interpretadas.

Para Kelsen, en suma, la interpretación es una actividad que tiene lugar cada vez que un órgano jurídico aplica una o más normas jurídicas, cualquiera sea la fuente formal por medio de la cual estas normas hayan sido producidas.

PRIMERA PARTE
INTERPRETACION DEL DERECHO

1. GENERALIDADES

Interpretación e interpretación del derecho. Aplicación e interpretación del derecho. La interpretación como búsqueda de sentido y los sentidos de la interpretación. Normas jurídicas y lenguaje. Palabras y definiciones. La interpretación jurídica: ¿interpretación de normas o interpretación de textos? Interpretación jurídica y argumentación jurídica. Explicar decisiones y justificar decisiones.

Interpretación e interpretación del derecho.— Interpretar es una acción humana que consiste en establecer el *significado* de algo.

Por lo mismo, interpretar el derecho tiene que ser la acción que ejecutan determinadas personas con el fin de establecer el significado del derecho.

Ahora bien, si entendemos al derecho como una realidad normativa, esto es, como algo que contiene normas o que tiene que ver preferentemente con normas, interpretar el derecho equivaldría a establecer el significado de las normas en que el derecho consiste.

Por otra parte, tales normas, como fue mostrado en el capítulo sobre fuentes del derecho, se hallan repartidas en distintos continentes normativos, cada uno de los cuales recibe esa misma denominación: “fuentes del derecho”. De este modo, cuando hablamos de interpretación del derecho hablamos de la acción que consiste en establecer el significado de las normas jurídicas de cualquiera de las fuentes formales del respectivo ordenamiento jurídico, lo cual trae consigo que exista una inter-

para hacer conocer a cada uno de ellos lo que el otro ha dicho o está diciendo”.

En cierto modo, todo intérprete es un intermediario, lo cual explica que a los traductores de idiomas se les llame también de ese modo.

Siguiendo con estas ideas, “interpretación” es también el nombre que damos a la ejecución de una obra de teatro o de una composición musical. Así, de un actor, como también de un violinista, decimos que es un *intérprete*. Un intérprete que es asimismo un intermediario entre el autor de la obra literaria o musical y el público. Pero en esta intermediación entre autor y público, tanto el actor como el violinista se comportan como intérpretes en otro sentido, puesto que no se limitan a repetir mecánicamente algo previamente dado —los parlamentos de la obra de teatro, las notas de la composición musical—, sino que *significan*, esto es, *interpretan* la obra o composición de que se trate. En consecuencia, el actor y el violinista son intérpretes en un doble sentido: intermedian entre el autor de la obra y el público y, además, significan la obra que transmiten al público.

A su vez, el propio autor de la obra puede ser considerado él mismo un *intérprete* de las realidades objetivas o subjetivas que se encuentran en el origen de su obra.

Por último, el receptor final de la obra, esto es, el público, lleva también a cabo una interpretación de lo visto y oído, o sea, atribuye algún significado a la obra en cuestión.

En consecuencia, es correcto afirmar que “se interpreta cuando se atribuye sentido o significación a algo que nos viene ya previamente dado”, como escribe Diez Picazo.

Tratándose de la interpretación jurídica, lo que nos viene previamente dado es el derecho. Por lo mismo, la interpretación jurídica es la tarea que se acomete para establecer el sentido y la significación que tienen las normas jurídicas.

Tratándose siempre de la interpretación en general y de la jurídica en particular, conviene destacar que con la palabra “interpretación” aludimos tanto a una *actividad* como al producto o *resultado* de esa actividad. Así, interpretamos un texto cuando intentamos establecer alguno de sus posibles sentidos (actividad) y cuando damos una versión de alguno de esos sentidos mediante un nuevo texto que el intérprete crea y propone (resultado).

Otra distinción importante de ser tomada en cuenta a propósito de la interpretación en general y de la interpretación jurídica en particular es la que propone Jerzy Wróbelwski entre interpretación en sentido *amplísimo*, interpretación en sentido *amplio* e interpretación en sentido *estricto*. El autor enuncia esta distinción a partir del hecho de que la interpretación no está restringida al ámbito del derecho, con lo cual quiere decir que interpretamos múltiples objetos y no únicamente ese determinado objeto que llamamos “derecho”.

En un sentido *amplísimo*, interpretación es una actividad destinada a comprender no sólo el derecho, sino cualquier objeto cultural, esto es, cualquier otro objeto producido también por el hombre. En este sentido amplísimo, es posible interpretar desde una escultura antigua hasta un texto escrito recientemente, desde utensilios empleados en sociedades primitivas hasta las modernas computadoras.

En sentido *amplio*, interpretación es una actividad centrada sólo en el lenguaje, escrito o hablado, y, en especial, en el lenguaje de textos jurídicos. En este sentido amplio del término, cualquier texto, jurídico o no, requiere ser interpretado en cuanto se halla siempre necesitado de que se atribuya significado al conjunto de palabras y de frases que lo sustentan.

En sentido *estricto*, interpretación es aquella actividad que se realiza únicamente en el caso de que un determinado texto jurídico ofrezca dudas en cuanto a su significado, de modo que, para despejar esas dudas, el intérprete se vale de ciertos métodos conducentes a la determinación del significado que busca. La necesidad de este tipo de interpretación surge como consecuencia de que las expresiones del lenguaje común, como también las del lenguaje jurídico, se comprenden inmediatamente en situaciones normales, aunque hay casos en los que surgen dudas y es preciso utilizar ciertas reglas para determinar el sentido dudoso que pueda ofrecer un determinado texto.

Por último, dentro de la interpretación en sentido estricto, suele distinguirse entre interpretación *operativa* e interpretación *teórica*. La *interpretación teórica* es la que se lleva a cabo de las normas jurídicas y que no está ligada a la necesidad de dar solución a un caso concreto de la vida social, como es, por ejemplo, la que llevan a cabo los juristas en sus explicaciones orales o escritas acerca del derecho vigente. En cambio, la *interpretación operativa* es

A esta interpretación Kelsen la llama “interpretación auténtica”, a fin de diferenciarla de aquella que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada o por la ciencia del derecho.

Kelsen es consciente de que individuos que no tienen que aplicar el derecho, sino acatarlo, llevan a cabo una interpretación de las normas jurídicas cada vez que intentan comprender qué es lo que dichas normas establecen y qué es lo que ellos deben hacer para evitar las correspondientes sanciones. En consecuencia, los propios sujetos normativos pueden establecer el significado de las normas jurídicas que regulan su comportamiento.

Por otra parte, los juristas, a quienes tampoco corresponde aplicar el derecho, sino meramente identificarlo y describirlo con fines de conocimiento y difusión, llevan a cabo una interpretación de las normas jurídicas cuando hacen ciencia del derecho.

Esas dos modalidades de interpretación –la que efectúan los *sujetos normativos* y la que corre por cuenta de los *juristas*–, en la medida en que no son hechas por órganos de aplicación del derecho, constituyen una “interpretación no auténtica”, denominación de la que se vale Kelsen para diferenciarla de la interpretación auténtica, esto es, la que llevan a cabo los órganos jurídicos cuando aplican el derecho.

Como dice a este respecto el autor mexicano Rolando Tamayo Salmorán, quien denomina a la interpretación auténtica “interpretación orgánica” y “no orgánica” a la no auténtica, “si en la interpretación orgánica el lenguaje en que se expresa el derecho (Constitución, ley, etc.) es interpretado por los órganos encargados de su aplicación a fin de crear los materiales jurídicos que los completan (decisión administrativa, sentencias, etc.), en el caso de la interpretación no orgánica el intérprete es *prima facie* ajeno a la creación jurídica”. Por lo mismo, y puesto que en la interpretación no orgánica el intérprete no tiene la posibilidad de aplicar el derecho que interpreta, “entonces la interpretación no orgánica se agota, en principio, con la sola significación dada al lenguaje jurídico”.

Por lo mismo, la interpretación auténtica del derecho produce nuevo derecho, esto es, la interpretación auténtica de normas jurídicas de jerarquía superior por un órgano de aplicación

de las mismas –la Constitución por parte del legislador, la ley por parte de los jueces– conduce a la creación de nuevas normas jurídicas, a saber, las leyes en el caso del legislador y las sentencias en el de los jueces, cosa que no ocurre tratándose de la interpretación cognoscitiva que lleva a cabo la ciencia del derecho, puesto que ésta no conduce a la creación de nuevo derecho y se reduce a exponer los posibles significados de las normas jurídicas. Pero los juristas, como dice Kelsen, “no pueden adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente para aplicar el derecho”.

Sin embargo, es frecuente que un jurista presente una determinada interpretación como la *única correcta*, como también lo es que un abogado invoque ante el juez sólo una de las varias interpretaciones posibles de una norma jurídica. Sin embargo, en tales casos el jurista y el abogado cumplen según Kelsen una tarea *jurídico-política*, y no una función *científico-jurídica*, puesto que lo que persiguen es “ganar influencia sobre la producción del derecho”, esto es, persuadir a los órganos jurídicos que aplican normas jurídicas con miras a producir nuevas normas.

Por eso es que Rolando Tamayo, al referirse a la interpretación no orgánica, dice que ésta se agota, *en principio* con la sola significación dada al lenguaje jurídico.

Naturalmente que lo anterior no puede ser negado a los juristas y a los abogados, esto es, no se les puede privar de su derecho a influir en la producción jurídica, sobre todo en la que corresponde llevar a cabo a los jueces. “Sólo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con harta frecuencia”, acota finalmente Kelsen, “sino en nombre de los intereses de sus clientes o en el de los que suscriban más ampliamente acerca de la dirección que a su juicio deban adoptar las decisiones jurídicas que toman los órganos de aplicación y producción del derecho”.

La interpretación como búsqueda de sentido y los sentidos de la interpretación.— Volviendo a la acepción general que tiene la palabra “interpretación”, conviene precisar que ella proviene de la locución latina “inter-pres”, la cual procede a su vez de la expresión griega “meta fraxtes”, con lo cual –como dice Luis Díez Picazo– se quiere indicar “al que se coloca entre dos que hablan

boleto de lotería para entretenerse? Se podría decir, entonces, que la nota común es que se trata de actividades humanas que son todas guiadas por reglas y en las que, de algún modo, se gana o se pierde. Pero, ¿quién podría decir que ciertos juegos infantiles están guiados por reglas y que se les practica con el fin de ganar o perder?

Tratándose ahora de la *vaguedad*, la incertidumbre en la interpretación de ciertos términos no se produce por el hecho de no saber en qué sentido han sido ellos empleados, sino porque se trata de términos respecto de los cuales se ignora dónde termina el campo de su aplicación. Palabras como “joven”, “adulto”, “anciano”, “calvo”, son términos cuyo significado no ignoramos, aunque tenemos dudas sobre su exacto campo de aplicación. No tiene sentido preguntarse a qué precisa edad se deja de ser joven, o a qué precisa edad se empieza a ser un anciano, o cuántos cabellos es preciso tener para no ser calvo. Todo cuanto podemos decir es que hay casos típicos frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar palabras como esas y casos claramente excluidos de su aplicación. Pero, entre unos y otros, queda una zona bastante extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, tenemos dudas de si es o no adecuado cubrirlos con tales palabras.

La vaguedad está bastante presente en el lenguaje jurídico, por ejemplo, cuando se habla de “buenas costumbres”, “orden público”, “culpa grave”, “peligro inminente”, “velocidad excesiva”, etc.

Por lo mismo, como dice nuevamente Nino, “las condiciones para el uso de una palabra no están determinadas por la realidad”, sino por “ciertas reglas del lenguaje convenidas por la gente”, de donde se sigue que al querer elucidar lo que decimos con la palabra “hombre” no procuramos identificar determinadas propiedades de los hombres, sino establecer los distintos usos que tiene dicha palabra, o sea, se trata de llevar a cabo “un relevamiento de los casos en que se aplica la palabra hombre”.

Ciertas preguntas acerca de palabras importantes, como ¿qué es el *derecho*? o ¿qué es *justicia*? o ¿qué es *democracia*? suelen sumirnos en hondas perplejidades, porque, a diferencia de otros tipos de preguntas, como ¿qué temperatura tenemos hoy? o ¿cuál es la raíz cuadrada de 749?, ignoramos lo que tenemos que ha-

cer para encontrar las correspondientes respuestas. Se trata, como dice Isaiah Berlin, de “preguntas filosóficas”, preguntas cuya particularidad consiste en que se trata de preguntas respecto de las cuales no disponemos de métodos ciertos ni convenidos acerca de dónde y cómo buscar las correspondientes respuestas.

Sin embargo, tales preguntas pierden buena parte de su dramatismo si es que procuramos responderlas precisando los usos más frecuentes que se hace de las palabras a que las preguntas se refieren. Por lo mismo, no pocos filósofos convienen en que el cometido de la filosofía no es descubrir verdades, sino establecer significados, concretamente, los significados de las palabras que utiliza la ciencia para describir una determinada zona de la realidad. Es por esta razón que un filósofo como Ortega pudo decir que la filosofía es “la inmersión en el pequeño abismo que es cada palabra”, y que el propio Berlin haya considerado que la filosofía presta uno de sus mejores servicios a la humanidad cada vez que consigue aclarar el o los significados en que empleamos determinadas palabras consideradas importantes. Siguiendo esta línea de pensamiento, el papel de la filosofía del derecho no consistiría en descubrir verdades —por ejemplo, dar una única y verdadera respuesta a preguntas tales como ¿qué es el *derecho*? o ¿qué es *justicia*?—, sino en aclarar los distintos usos que de tales palabras hacen los juristas.

Este giro de la filosofía general, consistente en pasar de los problemas filosóficos a las palabras, concentrando en éstas su atención, se debió al así llamado “positivismo lógico”, una corriente que surgió en Viena en la década de 1920 y que tuvo luego un fuerte desarrollo en Inglaterra, sobre todo al influjo de las ideas de Ludwig Wittgenstein. Para este autor, el papel de la ciencia consistía en la búsqueda de la verdad, mientras que el de la filosofía era la búsqueda del significado, de modo que el procedimiento de la filosofía es la clarificación y su resultado la claridad.

A eso, repetimos, se le llamó el *giro* o la *reorientación* de la filosofía, puesto que se abandona la idea de que la filosofía sea propiamente un modo de saber, esto es, un cierto tipo de discurso que nos lleva a descubrir nuevas verdades acerca de algún elenco de problemas previamente identificados como los problemas filosóficos.

aquella que se realiza con miras a dar solución a un caso concreto de la vida social, o sea, se trata de una actividad interpretativa que, entre otras posibles autoridades, llevan a cabo los jueces.

Normas jurídicas y lenguaje.— Las normas jurídicas se sustentan en el lenguaje, generalmente escrito, y es esa base de sustentación que ellas tienen lo que permite que las normas puedan ser comunicadas por la autoridad normativa que las dicta a los sujetos normativos que deben obedecerlas. Como suele decirse, la finalidad que persigue toda autoridad normativa es influir en el comportamiento de los correspondientes sujetos normativos, lo cual supone que las normas tengan que ser comunicadas a éstos. Ahora bien, la comunicación supone el uso de un lenguaje compartido tanto por el que establece la norma como por los destinatarios de ésta. En términos de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, “dictar normas supone la existencia de una comunidad lingüística a la que pertenecen todos los involucrados en la actividad normativa. Toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma no es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan”.

En consecuencia, trabajar con normas es trabajar con palabras, a saber, con las palabras de que se valió quien produjo la norma. Esto es bien patente en el caso del legislador y de las normas del derecho legislado, puesto que resulta indispensable que aquél se valga de un acto lingüístico al momento de aprobar y promulgar una determinada ley. Como escribe Carlos Nino, “los legisladores utilizan un lenguaje natural, como el castellano, hablado por sus súbditos, ya que generalmente están interesados en comunicar sus directivas en la forma más eficaz, lo cual obviamente no conseguirían si emplearan un idioma extranjero o un lenguaje privado”.

Ahora bien, las palabras —y esto vale también para las palabras de la ley o para las de cualquier otra norma jurídica— son *símbolos*, no *signos*. Los signos tienen una relación *natural* o *causal* con los objetos que representan, de modo que el humo puede ser considerado un signo del fuego y la alta temperatura del organismo de una persona como signo de una enfermedad. En cambio, los símbolos tienen una relación *convencional* con los objetos que representan, lo cual significa que provienen de convenciones establecidas por los hombres.

Las palabras son símbolos, aunque no faltan quienes las tratan como si fueran signos, esto es, como representaciones que tendrían una relación natural con los objetos a que se refieren, que es lo que ponen de manifiesto, por ejemplo, las siguientes expresiones de Jorge Luis Borges: “Si el nombre es el reflejo de la cosa, en las letras de “rosa” está la rosa y todo el Nilo en la palabra “Nilo”. Como contrapunto, Umberto Eco sostiene que “la rosa está primera en el nombre; no tenemos más que puros nombres”.

Como las palabras son símbolos, ellas no tienen un único significado que pueda ser considerado como el verdadero significado. Por la inversa, las palabras tienen múltiples significados. Así, por ejemplo, una palabra tan sencilla como “mesa” tiene los varios significados o usos que identifica el diccionario oficial de nuestra lengua.

A propósito de lo anterior, y siguiendo en esto a Carrió, es preciso distinguir la *ambigüedad* del lenguaje de la *vaguedad* de éste.

La *ambigüedad* se produce cuando una misma palabra tiene distintos significados, que es lo que acontece con “radio”, expresión ésta que sirve para designar un aparato eléctrico, un metal descubierto por los esposos Curie, la mitad del diámetro, e, incluso, el ámbito de acción o de influencia de algo. De este modo, para aclarar el significado de esa palabra, o de cualquier otra, es preciso atender al contexto lingüístico en que ella aparece y a la determinada situación dentro de la cual se la emplea.

También acusan ambigüedad aquellas palabras que se aplican a varios objetos que no presentan propiedades comunes y donde, a pesar de ello, se tiene la impresión de que el uso de una misma palabra no es un mero accidente, sino algo justificado. Tomando sobre el particular el ejemplo de Wittgenstein, hablamos de “juego” para aludir al fútbol, a la rayuela, a los juegos de palabras, al rugby, al malabarismo, al polo, a los solitarios, al ajedrez, a la lotería, a la ruleta, a las rondas infantiles y al bridge. Pues bien: ¿qué tienen en común todas esas cosas? O sea, ¿cuál es la propiedad común a todas ellas que justifique el empleo de la palabra “juego” para aludir a actividades humanas tan disímiles como esas? Se podría decir que en todos esos casos se trata de actividades humanas guiadas por un fin de diversión o entretenimiento. Pero, ¿quién compra un

ción normativa, en especial tratándose de textos legales, conduce siempre a un único y verdadero sentido de los mismos, en circunstancias de que, frecuentemente, todo lo más que puede establecer el intérprete son los distintos sentidos y alcances que es posible dar al texto interpretado.

Lo anterior ha sido bien explicado por Kelsen, al advertir que la interpretación del derecho, y en particular la interpretación de la ley, no consiste en una tarea cuyo resultado sea la determinación del *único o verdadero significado* del texto interpretado, sino que se trata de una operación que tiene por finalidad determinar el marco de *posibles significados* de ese texto, y, consiguientemente, las varias posibilidades de aplicación que él tiene. Por ello, dice Kelsen, “la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias decisiones, todas las cuales, en la medida en que quepan dentro del marco de posibles interpretaciones, tienen en principio el mismo valor”.

La interpretación jurídica: ¿interpretación de normas o interpretación de textos?.— De acuerdo a lo expresado previamente, conviene tener presente la distinción entre *textos y normas*, o, lo que es lo mismo, entre los enunciados normativos que aparecen en los textos y las normas que resultan luego de interpretar éstos.

Los primeros —los textos— están constituidos por enunciados con significación normativa, mientras que las segundas —las normas— constituyen el sentido o el significado que se establece para tales enunciados. Como escribe Rolando Tamayo, “la interpretación jurídica muestra una característica específica: supone reglas exclusivas de interpretación. Esto último conduce a la tesis de que el derecho, o mejor, el lenguaje en el que el derecho se formula, se distingue claramente del lenguaje común (del cual toma su vocabulario) en la medida en que se interpreta y se reformula según un metalenguaje diferente al del lenguaje común”. O, como señala Roberto Vernengo, en el ámbito del derecho siempre hay, por una parte, uno o más enunciados con significación normativa que son interpretados y, por la otra, uno o más enunciados interpretativos acerca de aquéllos. En consecuencia, lo que persigue toda interpretación de textos jurídicos es llegar a “disponer de una traducción aceptable” del texto de

que se trate, por lo que “entender un enunciado es disponer de otro enunciado que pueda traducir al primero”.

Sin embargo, es preciso advertir que en el modo de hablar habitual de los juristas, sean éstos profesores de derecho, abogados o jueces, está siempre presente la idea de la interpretación del derecho como una actividad referida a normas y no a los textos que, una vez interpretados, permiten llegar a las normas. Por esta razón, puede justificarse que se continúe hablando de la interpretación del derecho como una interpretación de normas —lo cual se hará a veces más adelante en este mismo manual—, pero a condición de que no se pierda de vista que se trata únicamente de una manera de hablar y de que se mantenga en claro la distinción entre las normas como significado de los enunciados que aparecen en los textos jurídicos y los textos jurídicos en que tales enunciados se contienen.

Por lo demás, si bien la interpretación jurídica es una interpretación de textos, la interpretación de textos en general reconoce algunas diferencias con la interpretación de textos jurídicos en particular. Tal como lo han puesto de manifiesto autores como Aarnio y Stromholm, la interpretación jurídica, entendiéndola por tal la que recae sobre textos jurídicos —por ejemplo, leyes— presenta cuatro aspectos relevantes que le son propios:

a) la interpretación jurídica tiene una conexión más amplia e importante con el contexto social que otras formas de interpretación de textos; b) existe una división jerárquica de papeles entre los intérpretes; c) la interpretación jurídica aspira a satisfacer ciertos fines, tales como la seguridad jurídica o la justicia; y d) el ámbito al que se circunscribe la interpretación jurídica, esto es, las normas jurídicas, forman un ordenamiento, tal como tuvimos ocasión de analizar en el capítulo anterior de este manual.

Interpretación jurídica y argumentación jurídica.— Podemos decir que cuando un agente cualquiera interpreta el derecho —por ejemplo, un juez o un jurista— y termina ofreciendo un producto o resultado de su actividad interpretativa, esto es, una traducción del texto interpretado, procura siempre que dicha traducción sea plausible, esto es, que aparezca ante sí y ante los ojos de los demás operadores jurídicos como algo razonable, o

Podría pensarse que hay algo trivial en esa idea que atribuye a la filosofía antes una preocupación por el lenguaje que por los así llamados problemas filosóficos, como son, por ejemplo, el problema del ser, el problema del conocer, o el problema del actuar correcto, que han dado lugar, respectivamente, a esas partes o capítulos de la filosofía tradicional que se llaman Ontología, Gnoseología y Etica. Pero, descontado que las palabras también constituyen problemas, lo cierto es que pensamos con palabras, de modo que el examen de éstas es, a fin de cuentas, el examen del propio pensamiento.

Palabras y definiciones.— Siguiendo nuevamente a Nino, la acción y el resultado de establecer el significado de una palabra se llama “definición”. Por su parte, las definiciones admiten las siguientes clasificaciones:

a) *definiciones lexicográficas*, que son aquellas que proporcionan una determinada información y que pueden ser tenidas por verdaderas o falsas según si se corresponden o no con el uso de que pretenden dar cuenta. Por ejemplo, “En Chile se usa la expresión *ambo* para hacer referencia a una vestimenta masculina que consta de una chaqueta y de un pantalón fabricados de géneros diversos”.

b) *definiciones estipulativas*, que son aquellas que expresan una decisión o acuerdo acerca del uso que habrá de darse a una palabra. De estas definiciones no puede decirse que sean verdaderas o falsas, puesto que no pretenden describir el uso lingüístico de un término, sino expresar una directiva acerca del significado que se dará a una determinada palabra en un cierto contexto. Por ejemplo, las definiciones que de ciertas palabras de uso corriente en las leyes hace nuestro Código Civil.

Desde el punto de vista del método que emplean para transmitir los criterios acerca del uso de las palabras, las definiciones admiten las siguientes clasificaciones:

a) definiciones que establecen el significado de una palabra enunciando las propiedades definitorias de la expresión que se pretende definir. Por ejemplo, “El hombre es un animal racional”.

b) definiciones que para establecer el significado de una palabra mencionan algunos miembros de la denotación de ésta.

Por ejemplo, “Son profesionales los abogados, los médicos, los dentistas, etc.”.

c) definiciones ostensivas, que son aquellas que procuran definir una palabra pronunciándola y señalando al mismo tiempo algún objeto denotado por ella. Por ejemplo, cuando se le enseña a un niño qué es un caballo pronunciando la palabra “caballo” y mostrándole el determinado finasangre que avanza en ese momento por la pista de carreras de un hipódromo.

d) definiciones contextuales, que son aquellas por medio de las cuales se comunica el significado de una palabra incluyéndola en un contexto característico, de modo tal que la comprensión del conjunto de la frase de que se trate permite identificar el significado de ésta. Por ejemplo, “Interpusieron amparo a favor de Juan Pérez”, o “Interpusieron protección a favor de Luis Pérez”, donde las palabras “amparo” y “protección”, como unos recursos o acciones que nuestra Constitución autoriza en ciertas circunstancias, surge del mismo contexto en que esas palabras se encuentran en la frase correspondiente.

Por otra parte, es un hecho que por lo común tratamos con las palabras no aisladamente, sino formando esos conjuntos que llamamos frases. Recuérdese a este respecto lo que se dijo en el capítulo I acerca de los diferentes usos del lenguaje, puesto que las frases o oraciones que componemos con las palabras pueden emitirse con fines tan distintos como informar sobre la realidad, expresar emociones, establecer directivas para motivar determinados comportamientos, etc.

Por lo mismo, cuando se trata de la interpretación jurídica lo que se interpreta son propiamente *textos*, no *normas*, puesto que las normas son fijadas como resultado de la interpretación que se hace de los textos jurídicos que tienen significación normativa.

En consecuencia, lo que encara el intérprete en el ámbito del derecho son textos —el texto de una ley, el texto de un tratado, el texto de un contrato—, de modo que las normas sólo quedan fijadas una vez que se ha efectuado la interpretación del texto correspondiente, o sea, una vez que el intérprete ha establecido los significados y alcances que pueden darse al texto de que se trate. Esto último previene también acerca del error de creer que la interpretación de los textos jurídicos con significa-

no sólo sobre el sentido de las normas que aplican, sino también sobre *hechos* y sobre *valores* que conciernan al caso que deban resolver.

En efecto, se sobrevalora comúnmente la importancia que tienen las normas en la argumentación judicial y en las decisiones que tales argumentaciones apoyan, en circunstancias de que la prueba de los *hechos* es lo que muchas veces decide la suerte de un litigio. El derecho, en medida importante, es lo que los jueces declaran como tal, es lo que los jueces deciden en los casos concretos de que conocen. Por lo mismo, los abogados de las partes deben procurar la predicción de ese comportamiento. Esto es lo que explica la idea de Oliver Wendell Holmes en el sentido de que el derecho no es otra cosa que las predicciones acerca de cómo se comportarán los tribunales. Sin embargo, tales predicciones no se refieren sólo a las normas que los jueces aplicarán ni a la interpretación más probable que harán de ellas. Se refieren también a la actitud que los jueces tendrán ante los hechos de la causa y ante la prueba que se rinda para acreditarlos. En consecuencia, en las controversias que se llevan ante los tribunales muchas de las discusiones de las partes se concentran en los hechos, en la prueba de éstos y en la ponderación que haya de hacerse de la prueba rendida, antes que en las normas aplicables a los hechos y en las consecuencias que deban seguirse de su aplicación.

Como dice sobre el particular otro jurista norteamericano —Jerome Frank—, “en la gran mayoría de los pleitos los abogados no tienen la menor dificultad en anticipar qué normas jurídicas aplicarán los tribunales, desde que la mayoría de estas normas son precisas y bien asentadas, y ni las partes ni los jueces se molestan por ellas, porque los únicos problemas son problemas de hecho, tales como si Ding estaba conduciendo su automóvil a 80 millas por hora cuando atropelló a Dong, o si Nervous disparó contra High y lo mató, o si Sydney entregó el título de dominio de su granja a Simón”.

En cuanto a los *valores* y a su incidencia en la argumentación judicial, el punto será tratado a propósito de las distintas doctrinas sobre interpretación judicial de las leyes que serán presentadas más adelante.

Explicar y justificar decisiones.— Según fue analizado en el capítulo relativo a las fuentes formales del derecho, los jueces apli-

can y crean derecho, o, mejor aún, aplican derecho con vistas a producir más derecho. Por lo mismo, los jueces deben establecer el sentido de las normas que aplican, o sea, deben interpretarlas, lo cual da lugar a lo que se conoce con el nombre de “interpretación judicial del derecho” y, más en particular, “interpretación judicial de la ley”.

La afirmación de que los jueces aplican determinadas normas jurídicas de carácter abstracto y general con miras a crear nuevas normas jurídicas de índole concreta y singular refuerza la idea de que los jueces toman finalmente decisiones respecto de los casos de que conocen, la más importante de las cuales es la sentencia con que ponen término a los juicios que ante ellos se promueven.

Por lo mismo, interesa destacar ahora qué es lo que se espera de los jueces, en términos de argumentación, cuando, una vez interpretado el derecho aplicable al caso, adoptan una determinada decisión.

Tratándose en general de decisiones, es conveniente advertir que éstas pueden ser *explicadas* o *justificadas*.

Se *explica* una decisión cuando se mencionan a su respecto las razones que permiten *entenderla*. Así, si alguien dice que Juan mató a su mujer Luisa porque ésta le arrebatada permanentemente el control del televisor, lo que está haciendo es explicar la decisión de Juan. Por tanto, cuando esa misma persona dice “La razón por la que Juan mató a Luisa fue que ésta le arrebatada el control del televisor”, la palabra “razón” viene aplicada en un sentido *débil* o impropio, esto es, como simple sinónimo de “motivo”.

En cambio, se *justifica* una decisión cuando se ofrecen a su respecto razones que permiten *aceptarla*, esto es, tenerla por adecuada o correcta, de modo que la decisión pueda ser aprobada no sólo por quien la adoptó, sino por cualquier otra persona que se informe de ella. Si la misma persona de nuestro ejemplo dice ahora que “Juan no tuvo razón al matar a Luisa porque ésta le arrebatada el control del televisor”, la palabra “razón” viene utilizada ahora en un sentido *fuerte* o propio, esto es, como algo cuya ausencia permite reprobar el comportamiento de Juan.

Pues bien, de quienes toman decisiones jurídicas, especialmente de los jueces, se espera que justifiquen sus decisiones, no que meramente las expliquen, lo cual supone que esos opera-

sea, como algo que se encuentra suficientemente justificado, todo lo cual supone de parte de ese agente un esfuerzo argumentativo en favor de la interpretación escogida.

Si argumentar, como dice Manuel Atienza, es una actividad compleja que consiste en "producir razones a favor de lo que decimos, en mostrar qué razones son pertinentes y por qué, y en rebatir otras posibles razones que justificarían una conclusión distinta a la nuestra", es evidente que existe lo que podríamos llamar "argumentación jurídica", que sería toda aquella destinada a justificar determinadas posiciones como decisiones que se adoptan en asuntos o problemas de interés para el derecho.

En consecuencia, la argumentación *jurídica* es más amplia que la argumentación *interpretativa*, y, a su vez, la argumentación interpretativa es más amplia que la argumentación *judicial*. Puesto de otro modo, la argumentación jurídica no se agota en la argumentación interpretativa y ésta no se agota tampoco en la argumentación judicial.

La argumentación *jurídica*—así, en general— es toda aquella que se produce en contextos jurídicos, ya sea que esos contextos se refieran a la producción de normas jurídicas (legislador), a la interpretación de normas con fines de conocimiento, difusión y facilitación de la solución de casos (juristas) o la interpretación y aplicación de normas con miras a dar solución a casos reales de la vida social (jueces). En otras palabras, argumentan jurídicamente los legisladores, los juristas y también los jueces cada vez que estas distintas categorías de personas llevan a cabo las funciones que les son propias. Así, por ejemplo, el legislador razona jurídicamente a favor de una determinada ley que acaba de ser votada favorablemente en el Congreso Nacional. Un jurista razona jurídicamente cuando analiza el texto de esa ley y trata de explicarla por medio de una exposición oral o escrita. En fin, un juez razona jurídicamente cada vez que, analizados los hechos del caso e interpretadas las normas correspondientes, funda de alguna manera la decisión que adopta frente al caso.

Sin embargo, es preciso advertir que la mayoría de las teorías acerca del razonamiento y la argumentación jurídicas han dirigido su atención al ámbito de los jueces y han descuidado un tanto los otros dos contextos en los que también se produce razonamiento y argumentación de tipo jurídicos. Quizás si el menos explorado de estos otros dos contextos sea el del legisla-

dor, al considerar que se trata de una argumentación más política que jurídica.

Al hilo de lo dicho precedentemente, quizás convenga distinguir entre *razonar* jurídicamente y *argumentar* jurídicamente, porque la expresión "razonar" alude más bien a los procesos interiores que tienen lugar cuando se piensa jurídicamente, en tanto que el verbo "argumentar" se refiere a la exteriorización, verbal o escrita, que hace el que ha razonado previamente desde un punto de vista jurídico. Tanto es así que no puede descartarse que los *razonamientos* jurídicos de una persona no coincidan con las *argumentaciones* jurídicas que esa misma persona comparte con otros miembros de la comunidad jurídica.

Por otra parte, y en lo que al razonamiento jurídico se refiere, éste tiene un distinto carácter según se oriente sólo al conocimiento o a la toma de decisiones. El razonamiento jurídico de los juristas tiene en este sentido un carácter *teórico*, en cuanto su finalidad es, ante todo, aumentar el conocimiento que se tiene acerca del derecho y facilitar la difusión de ese mismo conocimiento, y sólo secundariamente se dirige a influir en los órganos de aplicación y creación del derecho. En cambio, el razonamiento jurídico de legisladores y de jueces tiene un carácter *práctico*, puesto que está orientado a la toma de decisiones que a tales autoridades corresponde adoptar en el campo de sus respectivas funciones y competencias.

En cuanto a la argumentación interpretativa, es naturalmente más restringida que la argumentación jurídica, puesto que se trata de aquella que tiene lugar únicamente cuando se trata de interpretar el derecho, esto es, de acordar significado a determinadas normas jurídicas o, como hemos dicho antes, a los enunciados lingüísticos en que tales normas se expresan.

Por su parte, la argumentación judicial es aun más restringida que la argumentación interpretativa, puesto que la primera tiene lugar únicamente cuando un determinado caso de la vida social es resuelto por los órganos jurisdiccionales. Esto quiere decir que la argumentación judicial es aquella que ofrecen los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, en concreto aquella que ofrecen para justificar las decisiones que adoptan.

Sin embargo, debe advertirse que la argumentación judicial no se reduce a una modalidad de la argumentación interpretativa, puesto que los jueces no argumentan sólo sobre *normas*, o

que la lleva a cabo, desde el punto de vista del *resultado* a que conduce, y desde el punto de vista de si la actividad interpretativa, especialmente en el caso de la que llevan a cabo los jueces, se encuentra o no *reglada* por el respectivo ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista del *agente* que la lleva a cabo, es posible distinguir entre *interpretación pública*, o por vía de autoridad, e *interpretación privada*.

La interpretación pública, a su vez, se clasifica en *interpretación legal*, *interpretación judicial* e *interpretación administrativa*.

La *interpretación legal*, llamada también *auténtica*, es la que de la ley lleva a cabo el propio órgano productor de las leyes, esto es, el órgano o poder legislativo, ya sea que lo haga en el propio texto de la ley interpretada o valiéndose de una ley posterior que toma por ello el nombre de ley interpretativa. Esta ley interpretativa se entiende incorporada a la ley interpretada, según lo establece el Art. 9 del Código Civil. En cuanto a la *interpretación judicial de la ley*, es aquella que llevan a cabo los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les está encomendada, en virtud de la cual deben conocer y resolver los casos jurídicamente relevantes que se les someten en aplicación de las leyes que regulan tales casos. Por su parte, *interpretación administrativa* es la que realizan determinados órganos y servicios públicos que cumplen funciones fiscalizadoras de diversa naturaleza, tales como Contraloría, Servicio de Impuestos Internos, Dirección del Trabajo, etc., y suele ella expresarse en dictámenes que emanan del jefe superior del órgano o servicio de que se trate, dictámenes que tienen por finalidad hacer aplicación de normas legales que rigen en el ámbito de competencia del respectivo órgano o servicio.

Descontada la interpretación que el legislador hace siempre de las normas constitucionales que regulan la actividad legislativa —como resultado de que el legislador aplica esas normas cada vez que estudia, discute y aprueba una ley o cumple cualquiera de las otras funciones que la Constitución le asigna—, lo cierto es que el órgano legislativo no está obligado a establecer el significado que habrá de darse a las leyes que aprueba y despacha, es decir, no está obligado a interpretar de modo auténtico las normas legales que produce. Por ello es que la interpretación legal o auténtica es más bien escasa y tiene un carácter excepcional.

Los jueces son los llamados a interpretar las normas legales, puesto que deben hacer aplicación de éstas en relación con los casos de que conocen. Es más, tal como indicamos antes en este mismo capítulo, cada vez que se habla de interpretación jurídica, y en particular de interpretación de la ley, en lo que se piensa comúnmente es en la interpretación judicial, esto es, en la atribución de significado que los jueces hacen a las normas abstractas y generales de las leyes al hacer aplicación de éstas a los casos concretos de que conocen y al establecer, en fin, la norma jurídica individual para el caso de que se trate. Es por esta razón que vamos a volver más adelante sobre la interpretación judicial.

Una diferencia importante entre interpretación legal e interpretación judicial es que la primera tiene obligatoriedad *general*, tal como lo establece el Art. 3 del Código Civil —que dice que “sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”—, mientras que la interpretación judicial tiene obligatoriedad sólo en relación al caso de que se trate, como indica a continuación esa misma disposición del Código Civil: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

En cuanto a la interpretación privada, se trata de la que llevan a cabo los propios *sujetos de derecho*, la que realizan los *juristas* y, asimismo, la que llevan a cabo los *abogados* en su condición de expertos en derecho.

En primer lugar, los propios sujetos normativos, que deben acatar y obedecer las leyes, llevan a cabo una interpretación de éstas, o sea, atribuyen algún significado a las normas legales que regulan su comportamiento. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un individuo revisa y trata de comprender la legislación del tránsito antes de presentarse a rendir el examen que le permitirá obtener licencia para conducir vehículos motorizados.

En segundo lugar, tenemos la interpretación privada que de las leyes llevan a cabo los juristas cuando hacen ciencia del derecho, actividad que expresan en sus explicaciones verbales con ocasión del proceso de formación jurídica y en las obras escritas de que son autores.

Seguidamente está la interpretación que de las leyes hacen los abogados en las contiendas y demás gestiones que realizan ante los tribunales y los órganos de la administración en repre-

dores jurídicos deban respaldar sus decisiones con razones en un sentido fuerte del término, o sea, con razones que permitan que ellos mismos, así como los restantes operadores jurídicos, puedan no sólo entender tales decisiones, sino, más que eso, aprobarlas, lo cual supone un esfuerzo argumentativo de parte de tales operadores a favor de las decisiones que adoptan.

Tratándose siempre de los jueces y de las decisiones que éstos adoptan en el ejercicio de la función jurisdiccional, otras dos alternativas son también posibles, además de *explicar* y *justificar* esas decisiones. Nos referimos a las actitudes que consisten en *imponer* y en *probar* tales decisiones, situándose la de imponer por debajo de la de explicar y la de probar por encima de la de justificar. Así, un juez impone una decisión cuando la adopta y comunica sin ofrecer para ello ningún tipo de razones, ni siquiera en el sentido débil del término, que es lo que ocurriría, por ejemplo, si un juez, luego de escuchar al querellante y al querellado en una causa por homicidio, dijera simplemente, aludiendo al segundo de aquellos, "Mátenlo". En cambio, un juez explica una decisión cuando ofrece a favor de ésta alguna razón en el sentido débil del término, que es lo que ocurriría si al fallar un recurso de apelación el tribunal de segunda distancia dijera "Visto: se confirma la resolución apelada", e, incluso, lo que acontecería si el mismo tribunal dijera "Visto lo establecido en el artículo X del Código X, se confirma la resolución apelada".

Como se ve, imponer una decisión es menos que explicarla, y, a su turno, explicarla es menos que justificarla.

Por su parte, probar una decisión es más que justificarla, puesto que podría decirse que un juez prueba una decisión cuando ofrece en favor de ésta razones en un sentido *fortísimo* del término, esto es, razones de tal modo concluyentes que sean capaces de dar no sólo plausibilidad a la decisión de que se trate, sino de demostrar que se trata de la única decisión posible, e, incluso, de una decisión que debe ser tenida como la *verdadera* solución.

En nuestra opinión, lo que cabe esperar de los jueces, en especial cuando se trata de las decisiones más importantes que deben adoptar —las sentencias— es *justificar* tales decisiones y no meramente imponerlas o explicarlas, ni tampoco probarlas. En otras palabras, si no es aceptable que un juez imponga ni tam-

poco explique sus decisiones más importantes, tampoco es exigible que las pruebe como únicas o verdaderas.

2. INTERPRETACION DE LA LEY

Concepto y clasificaciones. Meta o propósito de la interpretación de la ley. Métodos o elementos de la interpretación de la ley. Los elementos de interpretación de la ley en el derecho chileno. Interpretación de las normas del Código Civil sobre interpretación de la ley. Criterios de interpretación de la ley en otras ramas del derecho. Los razonamientos interpretativos. La interpretación judicial de la ley como interpretación operativa.

Concepto y clasificaciones.— La interpretación de la ley es la operación que consiste en establecer algún significado de las normas jurídicas que forman el derecho legislado o, si se prefiere, la operación destinada a establecer el o los significados posibles que tienen los enunciados lingüísticos de que se ha valido el autor de las leyes para establecer y comunicar su mensaje normativo

Ese modo doble de definir la interpretación de la ley se explica porque en el lenguaje habitual de los juristas dicha interpretación es una actividad que recae directamente sobre las normas legales, en circunstancias de que, en rigor, la interpretación de la ley fija o establece las normas legales como resultado de atribuir significado no a las normas legales, sino a los enunciados lingüísticos que expresan y comunican el acto normativo que lleva a cabo la autoridad legislativa. De acuerdo a este segundo punto de vista, la interpretación de la ley es una interpretación de textos, no de normas, tal como fue explicado previamente.

Por otra parte, hablamos aquí de interpretación de la ley empleando la palabra "ley" en el sentido amplio de ese término, o sea, comprendiendo todas las distintas clases de leyes, desde la Constitución hasta las manifestaciones de la potestad reglamentaria, con exclusión únicamente de los tratados internacionales, los cuales tienen un estatuto propio en cuanto a su interpretación, según se mostrará más adelante.

En cuanto a las clasificaciones más frecuentes de la interpretación de la ley, ellas se hacen desde el punto de vista del *agente*

la norma en cuestión una interpretación extensiva e impedir el ingreso de la cabra? Nos parece que lo que el jefe de estación debe hacer es lo segundo y, basado en que la finalidad de la norma es prohibir el ingreso a los andenes de cualquier animal que pueda perturbar a los pasajeros, sean o no perros, tendría que impedir el ingreso de la cabra.

Pero supongamos que, cansado de discutir con quienes pretenden ingresar a los andenes con cabras y otros animales distintos de los perros, el jefe de estación cambia el enunciado de la norma por el siguiente: "Prohibido ingresar con animales". Imaginemos a continuación que un campesino pretende entrar al andén con una mariposa posada en su hombro y preguntémonos cuál tendría que ser en este caso la actitud del intérprete, porque si se da una interpretación estricta a la nueva norma tendría que impedirse el ingreso del campesino y su mariposa. Sin embargo, todos coincidiremos –salvo tal vez los alérgicos a las mariposas– que la norma será interpretada restrictivamente, por entender que al decir "animales" no quiso incluir a aquellos que por su tamaño y demás características no están en condiciones de molestar a los pasajeros.

Se podría admitir que, en principio, toda interpretación de la ley debe ser estricta y que tanto la interpretación restrictiva como extensiva sólo pueden ser adoptadas –como en el ejemplo anterior– en caso de que el intérprete pueda ofrecer buenas razones para ello.

Otros ejemplos sobre el particular podrían enunciarse de la siguiente manera: ¿Era correcto eximir de responsabilidad al propietario de una avestruz traída a Roma desde Africa que había causado daños en la propiedad de un tercero sólo porque la Ley de las Doce Tablas concedía una acción semejante ante los deterioros causados por cuadrúpedos? ¿Resultaba adecuado, en el siglo X, impedir la entrada al monasterio benedictino de St. Gall a la Duquesa de Hadwig, protectora del lugar, sólo porque existía la regla de San Benito que prohibía a las mujeres pisar el umbral del monasterio?

Respecto del segundo de esos ejemplos, cuenta Luis Diez Picazo que planteado el problema, esto es, habiendo manifestado la duquesa su intención de visitar la abadía, el abad convocó a una reunión de todos los monjes, porque si bien la aplicación estricta de la regla debía conducir a impedir la entrada de la du-

quesa por razón de su sexo, la interdicción de la entrada a quien era patrona y protectora de la abadía podía ocasionar funestas consecuencias y poner en riesgo el futuro de aquella casa de Dios. Por lo mismo, la solución adoptada fue la que propuso uno de los monjes: "La duquesa es el patrono de nuestra abadía y en esta calidad debe ser considerada como un hombre; y si nuestra regla es estricta, que entre sin poner los pies en el umbral".

Asumo que todos estaremos de acuerdo con la solución que se administró en ese caso, esto es, que todos habríamos hecho una interpretación de la regla que permitiera el ingreso de la duquesa a la abadía, aunque no tenemos por qué compartir la argumentación que fundó la decisión de los monjes. En rigor, la duquesa no podía ser considerada como un hombre y parece extremadamente formal creer que la regla no se vulneraba porque ella ingresaba sin poner los pies en el umbral, por ejemplo, subida en una especie de andarilla. Por lo mismo, lo que los monjes debieron concluir fue que era preciso hacer una interpretación no estricta de la norma, sino una de carácter restrictivo, en atención a las consecuencias notoriamente injustas o inconvenientes, ciertamente no queridas por el que promulgó la regla, que se habrían seguido en caso de impedir el ingreso de la patrona y protectora del convento. La duquesa no era un hombre ni tenía por qué ingresar en andas. Simplemente, la norma, en el tenor literal de su enunciado, no le era aplicable en atención a razones bastante atendibles que cualquier observador razonable habría podido compartir.

Una última clasificación de la interpretación legal es aquella que distingue entre *interpretación reglada* e *interpretación no reglada*.

Interpretación reglada es aquella que en cuanto al método que debe seguir el intérprete para establecer el o los significados de las normas legales interpretadas se encuentra normado por el respectivo ordenamiento jurídico. Es lo que ocurre, sin ir más lejos, en el caso del ordenamiento jurídico chileno, que regula el modo de llevar a cabo la interpretación de la ley en el título preliminar del Código Civil. En cambio, *interpretación no reglada* es aquella que no se encuentra normada por el ordenamiento jurídico de que se trate, de modo que el intérprete de la ley puede llevar a cabo la atribución de significado a ésta de manera más libre que en el caso de la interpretación reglada.

sentación de partes o de personas interesadas en determinado asunto jurídico.

Diferenciamos la interpretación privada de los abogados de la de los juristas, porque nos parece que la primera está más directamente vinculada a la aplicación de las normas legales por parte del determinado tribunal u órgano de la administración ante el cual actúan dichos profesionales. Se trata, por lo mismo, de una interpretación más circunstancial que aquella que realizan los juristas, y, asimismo, más interferida por los intereses de la parte que el abogado representa ante tales instancias judiciales o administrativas.

Con lo anterior no se quiere sugerir que la interpretación *doctrinal* de las leyes que llevan a cabo los juristas no esté ligada en absoluto a la aplicación de las normas o que se encuentre libre de toda interferencia, sino que en el caso de la interpretación *profesional* que hacen los abogados esa vinculación e interferencia son más marcadas y directas. Si lo ponemos en el lenguaje de Kelsen, tanto el jurista como el abogado, cuando establecen, promueven o invocan una determinada interpretación de un texto legal, buscan influir en la producción jurídica que está confiada a los órganos que deben hacer aplicación de los textos legales, es decir, buscan persuadir, especialmente a los jueces, de que la interpretación que ellos han establecido, o que promueven e invocan, es la correcta. Sin embargo, ese deseo de ganar influencia es más fuerte, más directo y está también más interferido por intereses en el caso del abogado que en el del jurista.

La interpretación doctrinal que los juristas llevan a cabo de las leyes se expresa, oralmente o por escrito, en un lenguaje jurídico *cognoscitivo* que recae sobre el lenguaje jurídico *prescriptivo* de los textos legales. Esto significa que las proposiciones que enuncia la ciencia jurídica recaen sobre las normas jurídicas, o bien sobre los textos legales, de manera que puede decirse que el lenguaje de los textos legales es objeto del lenguaje compuesto por las proposiciones de la ciencia del derecho. En consecuencia, como observa Rolando Tamayo, "las normas jurídicas serían, en relación con los enunciados jurídicos, un lenguaje objeto", mientras que estos últimos constituirían, en relación con las normas jurídicas, un metalenguaje, es decir, un lenguaje que se utiliza para hablar acerca de otro lenguaje previamente dado.

Desde el punto de vista del *resultado* a que conduce, la interpretación legal se clasifica en *estricta*, *extensiva* y *restrictiva*.

Se llama *interpretación estricta* a aquella que, una vez efectuada por el intérprete, conduce a la conclusión de que el texto legal interpretado debe ser aplicado únicamente a los casos que él expresamente menciona, sin extender por tanto la aplicación del texto a más casos de los que éste contempla y sin restringirlo tampoco a menos casos de los que el propio texto interpretado señala. Se la llama también *interpretación declarativa*.

Interpretación extensiva es aquella en la que como resultado de la misma se concluye que la ley interpretada debe aplicarse a más casos o situaciones de los que ella expresamente menciona.

Interpretación restrictiva, por su parte, es aquella que como resultado de la misma se concluye que la ley interpretada debe aplicarse a menos casos o situaciones de las que ella menciona expresamente.

Así las cosas, si en la interpretación estricta el alcance que se da a la ley interpretada es el mismo que se desprende de las palabras empleadas por el texto correspondiente, en la interpretación restrictiva el alcance que se da a la ley se limita a menos casos de los que el texto indica, mientras que la interpretación extensiva es aquella que se produce cuando el alcance que se da a la ley interpretada cubre más casos o situaciones de las que su texto indica.

No es posible establecer una regla acerca de si la interpretación de las leyes debe ser estricta, restrictiva o extensiva. Sólo el resultado de la actividad interpretativa podrá decir cuándo estamos en presencia de una u otra de estas tres clases de interpretación. Sin embargo, el Art. 23 del Código Civil chileno se inclina por la primera de esas tres modalidades de la interpretación.

El ejemplo de Gustav Radbruch a este respecto es ya clásico, aunque lo vamos a retocar un tanto en las siguientes explicaciones.

Una norma comunicada por medio de un aviso a la entrada de una estación de ferrocarriles dispone "Prohibido el ingreso con perros". ¿Qué acontecería, sin embargo, si un campesino intenta ingresar al andén con una cabra? ¿Deberá el jefe de estación correspondiente interpretar esa norma en forma estricta y permitir el ingreso del campesino con su cabra o deberá dar a

pretados, sino una *metamorfosis* de éstos que les permite no permanecer estáticos mientras las condiciones de vida de la sociedad continúan evolucionando.

La diferencia entre la teoría subjetiva y la teoría objetiva es ilustrada por Radbruch con la imagen de un barco que sale de las aguas del puerto bajo la dirección de un práctico, pero que busca luego su propio curso en el mar libre bajo el mando del capitán. Engisch, por su parte, se vale de otro paralelo para ilustrar tal diferencia, al señalar que al referirse a las relaciones del legislador con la ley uno se siente tentado a pensar en las relaciones de los padres con sus hijos, "a quienes en un primer momento se les infunde el espíritu de la casa paterna, pero que luego se vuelven cada vez más independientes, hasta llegar a oponerse a los padres con sus propias concepciones y decisiones".

Por otra parte, es preciso observar el subjetivismo y el objetivismo no agotan todos los posibles métodos de interpretación, o, puesto de otro modo, es preciso advertir que tanto una como otra teoría plantean interrogantes que de alguna manera las aproximan entre sí. De este modo, cuando la teoría subjetiva llama a desentrañar la voluntad del legislador, ¿se refiere a los antecedentes de hecho que el legislador tuvo a la vista al momento de aprobar la ley que se trata de interpretar o a los objetivos que buscó con el establecimiento de la ley? De la misma manera, cuando la teoría objetiva propicia la búsqueda de un sentido actualizado de la ley, ¿no debe acaso tener en cuenta cuál es el probable sentido histórico de la ley que ahora debe ser actualizado?

Es por ello que no faltan autores, como es el caso de Karl Larenz y Luis Recasens Siches, que si bien se muestran partidarios de que el intérprete busque ante todo el sentido normativo propio de la ley y no el que está ligado a la voluntad histórico-psicológica del legislador, porque —según argumentan— "la ley es más sabia que el legislador", se inclinan finalmente por una *síntesis* entre ambos puntos de vista, lo cual no significa colocar una teoría al lado de la otra, sino combinarlas de algún modo que permita pasar desde lo simple a lo complejo. Por lo mismo, tales autores, conscientes de que toda ley es portadora de la memoria personal del legislador que la produjo, aunque conscientes también de que en ella se va acumulando una memoria más amplia y profunda como consecuencia de que una ley no pue-

de conservar indefinidamente el mismo sentido y alcance que tuvo cuando fue dictada, propugnan la búsqueda del sentido normativo propio de la ley, sin perjuicio de considerar que la investigación acerca de la voluntad del legislador que la dictó no es irrelevante a la hora de determinar cuál puede ser ese sentido normativo propio de la ley.

La siguiente cita de Larenz pone de manifiesto el intento del autor por conseguir la síntesis antes aludida: "la cuestión de si la meta de la interpretación es el conocimiento de la voluntad del legislador, en sentido de un *factum* histórico, o el sentido normativo de la ley, considerando a éste entonces como regulativo, ha de ser resuelto claramente, en principio, en el segundo sentido. Pues el mero '*factum*' de lo que realmente se ha querido no tiene por sí solo fuerza normativa; ésta sólo le corresponde a la ley como la voluntad jurídica general objetivizada. Con ello no se quiere decir, sin embargo, que el *factum* de la voluntad histórica carezca de significación para el contenido de este sentido legal normativo. Antes bien, actúa sobre él como impulso creador. La ley, como voluntad expresada del legislador, lleva en sí los caracteres de 'su' tiempo; pero como ley ahora vigente, se transforma 'con' el tiempo. Ambos 'elementos' tienen la misma gran significación; ambos han de ser tenidos en cuenta por la interpretación".

Cabe señalar, por último, que existe un aspecto político evidente que subyace la discusión entre subjetivistas y objetivistas. Al propiciar que el intérprete debe buscar la voluntad de quien produjo la ley y plegarse a ella, lo que se pretende en el plano político es una mejor realización de los propósitos de la autoridad legislativa, lo cual cuadra muy bien con los postulados de un gobierno que quisiera dejar reducidos a los intérpretes —y en especial a los jueces— a la condición de esclavos de la ley, o sea, a la boca por la que habla el legislador aun cuando este último haya desaparecido hace ya mucho tiempo. "El intérprete —escribe Luiz Diez Picazo—, como servidor de un príncipe o de un jefe, debe tratar de averiguar qué es lo que éste ha querido y complacerle", sin perjuicio de que cuando el poder legislativo está constituido por un órgano colegiado y no por uno de carácter unipersonal, esto es, cuando el poder legislativo encarna en un congreso o en un parlamento, y no en un príncipe, hablar de voluntad del legislador no pasa de ser una auténtica ficción.

Meta o propósito de la interpretación de la ley.— Es claro que la interpretación de la ley busca establecer un significado para ésta, aunque uno de los problemas centrales que plantea la teoría de la interpretación jurídica es el de si tal significado debe ser establecido sobre la base de determinar cuál fue la voluntad histórica que como creador de la ley el legislador depositó en ésta, o cuál es la voluntad que vive actualmente en la ley, con independencia de cuál haya podido ser la que tuvo quien produjo la ley en un momento determinado.

Dicho problema es el que ha dado lugar a una *teoría subjetiva* y a una *teoría objetiva* de la interpretación de la ley.

Para la primera de esas teorías, toda ley es portadora del sentido subjetivo que imprimió en ella el legislador que la produjo, de modo que la meta del intérprete no puede ser otra que la de reconstruir la voluntad histórica que tuvo el legislador al momento de aprobar la ley que se trata de interpretar. De acuerdo con este punto de vista, como explica Karl Engisch, el intérprete tiene que “penetrar en el alma del legislador”, esto es, tiene que “colocarse mentalmente en el punto de vista del legislador y repetir artificialmente en sí mismo su actividad”.

La teoría subjetiva parte de la base de que toda ley es expresión de la voluntad de quien la dictó, de modo que lo decisivo al momento de interpretar una ley es descubrir esa voluntad, para lo cual el intérprete cuenta, ante todo, con las palabras de la ley, esto es, con las palabras mediante las cuales el legislador expresó su pensamiento normativo, las cuales pueden conducirle al sentido que el propio legislador vinculó a tales palabras.

Para la teoría objetiva, en cambio, toda ley, si bien emana de un acto deliberado y consciente de producción normativa por parte del legislador, se desprende de la voluntad de éste y, merced a su inserción en el ordenamiento jurídico y a su incorporación a lo que podríamos llamar el tráfico jurídico, y, sobre todo, merced al cambio de las circunstancias que pueda haberse producido entre el momento en que fue aprobada y el instante posterior en que ella es interpretada, la ley adquiere un sentido objetivo propio que es el que el intérprete debe establecer.

La teoría objetiva, en consecuencia, parte de la base de que toda ley es portadora de un sentido propio, sentido que la ley adquiere con independencia de aquel que el legislador quiso

imprimirle al momento de su creación, de modo que la tarea del intérprete tiene que consistir en fijar ese sentido y no en retroceder años, y posiblemente decenios, en busca del alma de un legislador que ya no existe. La tarea del intérprete —como explica nuevamente Engisch— “consiste en interpretar de acuerdo con los tiempos, contemporáneamente”, y dirigir su mirada no hacia el pasado, sino hacia el presente y el futuro. Y refiriéndose en particular a la interpretación judicial de la ley, añade todavía el mismo autor: “Transformar a quien aplica la ley en el fiel sirviente del legislador significaría degradarlo en su función. Por lo pronto, el juez, en tanto depositario del ‘tercer poder’ del Estado, está situado en un plano de igualdad con respecto al legislador. Cuando mediante la interpretación objetiva de la ley la hace valer como tal, defiende su propia independencia”. Por lo demás, “el legislador moderno es un ser anónimo formado por una pluralidad de direcciones de voluntad”, en tanto que “el sentido de la ley sólo puede ser su sentido único y no contradictorio”.

Puesta la distinción entre subjetivistas y objetivistas en otros términos, la interpretación subjetiva sería una interpretación *conservante*, con carácter cognoscitivo, mientras que la interpretación objetiva sería una interpretación *innovadora*, con carácter modificador, aunque no faltan autores que se niegan a calificar como interpretativas las decisiones innovadoras de los intérpretes cuando éstas no están basadas en el respeto a la autoridad de la ley y de quien la produjo —en particular tratándose de decisiones innovadoras de los jueces—, y sostienen, en consecuencia, que la llamada interpretación objetiva, más que un método para identificar el sentido que tiene un determinado texto legal, es una manera de cambiar simplemente el sentido de ese texto. Según expresan Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, esto último demuestra que la palabra “interpretación” es peligrosamente ambigua, puesto que se la usa para describir tanto la actividad tendiente a *descubrir* el sentido como la que consiste en *modificar* el sentido.

Por su parte, Alf Ross, quien relativiza la oposición entre interpretación subjetiva y objetiva, entendiéndolas más bien como dos *estilos* que como dos auténticos *métodos* de interpretación, sostiene que por medio de lo que se llama interpretación objetiva se produce no una *modificación* de los textos legales inter-

El elemento histórico en sentido estricto parte de la base de que toda ley tiene una historia que es posible de ser reconstruida a partir de los distintos documentos que dan cuenta de su respectivo proceso de formación. Por su parte, el elemento histórico en sentido amplio opera sobre la base de reconocer que el estado general del derecho al momento de aprobarse la ley que se trata de interpretar, así como las fuentes materiales que sea posible identificar en el origen de ésta, constituyen datos relevantes al momento de tener que acordar a dicha ley un determinado sentido y alcance.

El *elemento lógico* es aquel que para establecer el o los posibles sentidos y alcances de una ley se vale del análisis intelectual de las conexiones que las normas de una misma ley guardan entre sí, esto es, entendidas en el contexto que ellas forman y no de manera aislada, así como de las conexiones que las normas de la ley que se trata de interpretar puedan reconocer con las de otras leyes que versen sobre la misma materia.

El elemento lógico parte de la base de que las normas de una ley hacen un conjunto y que deben ser interpretadas no en forma aislada o desvinculada unas de otras, sino en el contexto del mensaje normativo del cual forman parte, y asume, del mismo modo, que las normas de una ley hacen también un conjunto con las de otras leyes que versen sobre una materia similar.

En cuanto al *elemento sistemático*, no difiere sustancialmente del elemento lógico y representa sólo un grado más avanzado de éste, puesto que consiste en establecer el o los posibles sentidos y alcances de una ley atendiendo ahora a las conexiones que la ley que se trata de interpretar pueda guardar con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte, incluidos los principios generales del derecho, y no solamente con las normas de otras leyes que versan sobre la misma materia de la ley interpretada.

El elemento sistemático asume que las normas de una ley guardan relaciones no sólo entre sí y con las de otras leyes que versen sobre la misma materia, sino que tales relaciones se dan por referencia a todo el ordenamiento jurídico, de modo que su interpretación tiene que ser efectuada en el contexto más amplio de este último.

El *elemento teleológico*, en fin, es aquel que permite establecer el o los sentidos y alcances posibles de una ley atendiendo al fin de ésta, o sea, a los determinados objetivos que se buscó conseguir por medio de su establecimiento.

Este último elemento parte de la base que el legislador dicta leyes animado de ciertos propósitos cuya identificación debe jugar un papel importante al momento de interpretar dichas leyes, sobre todo cuando la interpretación se realiza para aplicar las leyes a los casos concretos de la vida social que caen bajo el ámbito de su regulación.

A los métodos o elementos antes señalados algunas legislaciones y autores agregan a veces el *criterio de la realidad social*, según el cual la interpretación de la ley debe hacerse atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento en que tiene lugar la aplicación de las normas de que se trata de interpretar. Es un criterio importante en la adaptación del derecho al cambio social, aunque se trata de un criterio de interpretación que, lejos de sustituir a los cinco antes indicados, debe operar junto con ellos. Un ejemplo a este respecto lo constituye el Código Civil de España, que en una de sus disposiciones establece que "Las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". Por su parte, el Tribunal Supremo español señaló en una de sus sentencias que "los factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la ley y sí solo para suavizarla, debiendo ser aplicado con mucho tino y prudencia".

Cabe señalar, por último, que los elementos de interpretación de la ley no deben ser vistos como si se tratara de caminos alternativos o excluyentes de que dispone el intérprete a fin de acordar sentido y alcance al derecho legislado. Por el contrario, deben ser considerados como técnicas complementarias que colaboran todas a esa misma finalidad.

Los elementos de interpretación de la ley en el derecho chileno.— El párrafo 4 del Título Preliminar de nuestro Código Civil trata de la interpretación de la ley y establece los elementos que deben ser considerados por el intérprete. Por lo mismo, en Chile tenemos un sistema de interpretación reglado.

Sin embargo, un argumento como el antes expuesto puede ser revertido cuando los integrantes del órgano legislativo son elegidos democráticamente mientras los del poder judicial no lo son. De acuerdo con este punto de vista —señala ahora Joseph Raz— “la teoría democrática requiere que la ley sea determinada por la voluntad del pueblo tal como es expresada por sus representantes elegidos democráticamente. Por lo tanto, puesto que el derecho legislado es el derecho tal como es establecido mediante la interpretación de las leyes, la teoría democrática requiere que las leyes sean interpretadas de acuerdo con las intenciones de los miembros de la legislatura elegidos democráticamente”.

En todo caso, y para cerrar ya este acápite, es preciso advertir que el punto de vista objetivo ha ido ganando terreno sobre el subjetivo, lo cual no tiene por qué significar una suerte de entronización del gobierno absoluto de los jueces ni despreciar tampoco el valor que la seguridad jurídica tiene para los ciudadanos.

Métodos o elementos de la interpretación de la ley.— Se entiende por tales los distintos medios de que dispone el intérprete para establecer el o los posibles sentidos y alcances de la ley interpretada, los cuales son comúnmente aceptados por la doctrina y en ocasiones consagrados expresamente por los propios ordenamientos jurídicos.

Por lo mismo, los llamados elementos de la interpretación de la ley serían, a la vez, *métodos* mediante los cuales se lograría un conocimiento adecuado del derecho legislado; *procedimientos* para esclarecer los mensajes normativos del legislador; *técnicas* socialmente prestigiosas para orientar especialmente a los órganos jurisdiccionales en su tarea de especificación y concreción de las normas abstractas y generales de las leyes; y, en ocasiones, *prescripciones* dirigidas a los intérpretes en general y, en particular, a los órganos que cumplen funciones de aplicación y producción de derecho.

Sin embargo, y establecido que se trata de elementos en los que se apoya la interpretación de la ley que llevan a cabo tanto los juristas como los abogados y los jueces, vamos a dar cuenta ahora de ellos y no cuando tratemos en particular de la interpretación judicial de la ley.

Los elementos de interpretación de la ley son el elemento *gramatical*, el *histórico*, el *lógico*, el *sistemático* y el *teleológico*.

El *elemento gramatical* es aquel que permite establecer el o los posibles sentidos y alcances de la ley atendiendo para ello al tenor de las palabras de la ley, es decir, al significado de los términos y frases de que se valió el legislador para expresar y comunicar su pensamiento normativo.

Este primer elemento parte de la base de que la ley es expresión de la voluntad e intención del legislador que la crea, y puesto que las leyes se escrituran, esto es, se revisten por el legislador de los símbolos del lenguaje, el medio más confiable y seguro para establecer la voluntad e intención del legislador tiene que consistir en la consideración de las palabras y frases que éste utilizó al momento de producir la ley que se trata de interpretar.

Con todo, con la utilización o consideración del elemento gramatical no se trata de conseguir una determinación lingüística del sentido de los enunciados normativos, sino, como dice Vernengo, de recurrir a ciertos patrones culturales que puedan refrendar, como lingüísticamente legítimo, alguno de los sentidos de un término que convenga a la norma que el órgano se propone establecer, de todo lo cual se sigue que “la interpretación literal es básicamente un procedimiento destinado a determinar un sentido, socialmente admisible, de ciertas palabras”.

El *elemento histórico* es aquel que permite establecer el o los sentidos y alcances posibles de una ley atendiendo para ello a la historia del texto legal que se trata de interpretar. Dicha historia se ve reflejada, documentalmente, en cada una de las fases o etapas del proceso de formación de la ley, en especial en el texto del correspondiente mensaje o moción y en las actas en que se hubiere dejado constancia de las discusiones habidas al interior del órgano legislativo con ocasión de la tramitación del respectivo proyecto de ley.

A lo anterior se puede llamar elemento histórico en *sentido estricto*, puesto que en *sentido amplio* este elemento alcanzaría también a la identificación y ponderación de las circunstancias políticas, económicas, sociales, o de cualquier otro orden, que existían al momento de aprobarse la ley y que puedan haber ejercido influencia en el contenido y objetivos de ésta.

tro Código Civil que tratan de la interpretación de la ley, como la que lleva a cabo Alejandro Guzmán Brito, permite una mejor comprensión acerca del sentido y alcance de cada una de esas disposiciones, puesto que las normas del párrafo cuarto del Título Preliminar de nuestro Código Civil, si bien tratan de la interpretación de la ley, son igualmente, ellas mismas, susceptibles de ser interpretadas y, por consiguiente, de tener más de un sentido y alcance.

Tiene razón el autor antes citado cuando dice que la principal de las reglas aludidas es la del Art. 23, cuyo texto recordamos hace un instante. En esta norma se encuentran presentes tanto el *principio* que según nuestro Código debe guiar al intérprete de la ley como la principal *consecuencia* que se sigue de ese principio. El *principio* consiste en que la meta del intérprete es captar el verdadero sentido de la ley, al que el mencionado artículo se refiere como "genuino sentido" de la ley, en tanto que la *consecuencia* se refiere a que ese genuino sentido de la ley determina la extensión que deba darse a ésta.

Para fijar ese genuino sentido de la ley es preciso fijarse en el texto de ésta, motivo por el cual el inciso primero del Art. 19 establece que "cuando el sentido de una ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". Esta regla no quiere sugerir que la interpretación está de más o que deba dejarse de lado cada vez que el sentido de una ley sea claro, esto es, cada vez que el sentido coincida con el texto de la ley. Ello, en primer lugar, porque sólo como resultado de la acción de interpretar una ley puede concluirse si su sentido es claro o no; y, segundo, porque lo que el aludido inciso prescribe no es evitar la interpretación de las leyes cuyo sentido sea claro, sino impedir que se amplíe o restrinja el campo de aplicación que ese mismo texto delimita con claridad.

Sin embargo, el inciso segundo del Art. 19 admite que la ley pueda ser portadora de alguna expresión oscura, debiendo entenderse por "expresión" no sólo una o más palabras aisladas de la ley, sino las frases que fueron formadas por el autor de la ley al momento de aprobarla y promulgarla como tal.

Ahora bien, ¿qué hacer en presencia de una expresión oscura de la ley?

El mismo inciso segundo del Art. 19 dispone que en tal caso debe recurrirse a la "intención o espíritu de la ley, claramente

manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento". De este modo, el Art. 19 inciso primero, que se coloca en el caso de que el sentido de la ley sea claro, impide consultar la intención o espíritu de la ley, en circunstancias de que, todo lo contrario, esa intención o espíritu es lo que debe ser consultado en la hipótesis de que la ley interpretada tenga alguna expresión oscura.

Pero el inciso segundo del Art. 19, tal como se ha visto, habla de "intención o espíritu", como si se tratara de términos sinónimos. Sin embargo, por "espíritu" de la ley habría que entender la "razón" de la ley, esto es, el fin objetivo que ésta tiene, con lo cual se podría sostener, tal como adelantamos en su momento, que tal inciso acoge o da cabida al método o elemento teleológico de la interpretación de la ley. Por su parte, "intención" no puede significar otra cosa que voluntad del legislador que estableció la ley.

En todo caso, es evidente que el inciso segundo del Art. 19 acoge el elemento histórico de interpretación, aunque en el sentido estricto y no amplio que ese elemento posee, puesto que para fijar la intención o espíritu de la ley se remite al intérprete a la historia *fidedigna* del establecimiento de aquélla, con lo cual se parte de la base de que toda ley, como producto humano que es, tiene una historia, normalmente documentada, que el intérprete puede reconstruir al momento de tener que establecer el o los sentidos posibles que la ley interpretada pueda tener.

Concordando ahora el primer inciso del Art. 19 con las disposiciones de los Arts. 20 y 21, es preciso reiterar que lo que hacen estas dos últimas disposiciones es establecer el modo en que deben ser entendidas las palabras de la ley. Esto significa que si nuestro sistema reglado de interpretación vincula al intérprete a las palabras de la ley, lo cierto es que tampoco lo deja libre a la hora de responder a la pregunta acerca de cuál es el sentido que deba acordar a las palabras de la ley. Con todo, la alusión explícita del Art. 20 a un "sentido natural" de las palabras, si bien puede ser entendida como relativa al uso común o general de las mismas, resulta enteramente inadecuada, puesto que, tal como hemos señalado antes, las palabras tienen una relación convencional, no natural, con los objetos que designan.

Retomando ahora el Art. 23, esta disposición importa una toma de posición adversa tanto frente a las interpretaciones ex-

El inciso primero del Art. 19 del Código Civil consagra el método o *elemento gramatical* de interpretación al disponer que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. En consecuencia, y salvo que el tenor literal del texto legal que se trata de interpretar merezca dudas al intérprete, éste debe fijar su atención únicamente en las palabras de la ley.

Respecto de cómo debe entender el intérprete las palabras de la ley, los Arts. 20 y 21 establecen una *regla general* y dos *excepciones*.

La *regla general* está establecida en la parte inicial de la primera de tales disposiciones, donde se dice que “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”. En cuanto a qué debe tenerse por uso general de una palabra, se ha entendido que es el que fija el diccionario de nuestra lengua.

La *primera excepción* a dicha regla general está contemplada en el mismo Art. 20, que advierte que cuando el legislador haya definido expresamente las palabras para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. Un ejemplo de ello lo constituye el párrafo siguiente del propio Código Civil, en el que se definen varias palabras de uso frecuente en las leyes. En cuanto a la *segunda excepción*, está consagrada en el Art. 21 y se refiere a las palabras técnicas de toda ciencia o arte, las cuales “se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

Tocante ahora al *elemento histórico*, aparece aludido en el inciso 2 del Art. 19, en los siguientes términos: “Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”. Es preciso advertir que esta disposición consagra el *elemento histórico en sentido estricto*, puesto que remite al intérprete a la historia *fidedigna del establecimiento* de la ley que se trata de interpretar. Por otra parte, la entrada del elemento histórico aparece condicionada a la presencia de una expresión oscura de la ley y únicamente como un método adecuado para fijar la intención o el espíritu de la ley que se trata de interpretar.

En cuanto al *elemento lógico*, aparece consagrado en el Art. 22, disposición que establece que “el contexto de la ley servirá para

ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”, a lo cual se agrega, en el inciso 2 de la misma disposición, que “los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”

El *elemento sistemático*, por su parte, tal como lo definimos en su momento, encuentra en nuestro Código Civil una consagración bastante poco explícita. Sin embargo, hay dos disposiciones que interesan a este respecto. Primero, la del Art. 22, en la parte que dice que los pasajes oscuros de una ley podrán ser ilustrados por medio de otras leyes, *particularmente* si versan sobre el mismo asunto, puesto que la presencia de ese adverbio es indicativa de que los pasajes oscuros de una ley pueden también ser ilustrados por medio de otras leyes, aunque éstas no versen sobre la misma materia o asunto de la ley que se trata de interpretar. Y, segundo, la del Art. 24, en la parte en que remite al intérprete al espíritu general de la legislación.

En cuanto al *elemento teleológico*, se le puede entender consagrado, aunque débilmente, en el inciso segundo del Art. 19, concretamente en la parte en que esa disposición autoriza al intérprete a recurrir al “espíritu” de la ley.

Cabe señalar, asimismo, que el Art. 23 refuerza la preeminencia que al elemento gramatical da nuestro Código Civil, puesto que dispone, tal como vimos en su momento, que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”, agregando, todavía, que “la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”.

En cuanto al Art. 24, y tal como se comentó al tratar de los principios generales y de la equidad como fuentes del derecho, se trata de una norma restrictiva a lo menos en tres sentidos, puesto que autoriza la entrada de los principios generales y de la equidad sólo en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación de los Arts. 19 al 23, únicamente con el fin de interpretar pasajes oscuros o contradictorios, y adjudicando a estas fuentes supletorias del derecho unas denominaciones que limitan la conceptualización que pueda hacerse de ambas.

Interpretación de las normas del Código Civil sobre interpretación de la ley.— Una lectura más atenta de los artículos de nues-

Por lo pronto, la sola ubicación de tales reglas en el Título Preliminar del Código Civil no restringe su ámbito de aplicación. Dicho título contiene también normas sobre fuentes del derecho en general, así como sobre interpretación de la ley en general, que trascienden el campo del derecho civil y que tienen aplicación, en consecuencia, respecto de todo el ordenamiento jurídico nacional.

Por lo mismo, tratándose de normas sobre interpretación de la ley, las que establece nuestro Código Civil pueden tener aplicación en cualquier otra rama del derecho. Tales reglas están dadas para la interpretación de la ley en general, no sólo de la ley civil, de modo que las pautas y criterios de interpretación que ellas establecen pueden recibir aplicación cada vez que se trata de establecer el o los posibles sentidos y alcances de normas pertenecientes a otras ramas del derecho chileno.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso advertir que algunas ramas del derecho —en especial del derecho constitucional y el derecho penal— adoptan algunos criterios de interpretación que les son propias. En otras palabras: tratándose de algunas ramas que forman parte del derecho público es posible encontrar pautas de interpretación de la ley no establecidas en el Título Preliminar del Código Civil y otras que modifican las reglas de interpretación de ese Código o que alteran el orden o la jerarquía que el Código Civil les acuerda.

El caso de la hermenéutica constitucional, esto es, de la interpretación de la ley fundamental, es uno de ellos.

La interpretación de la Constitución corresponde al Tribunal Constitucional, cuya competencia sobre cuestiones de constitucionalidad está fijada por el Art. 32 de nuestra Constitución.

La Corte Suprema está también llamada a interpretar la Constitución con ocasión de diversas acciones y recursos que son de su competencia, sin perjuicio de que la propia Constitución se encarga de establecer, en su Art. 80, que la mencionada, con motivo de las materias de que conoce, podrá declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución, de oficio o a petición de parte, aunque la declaración que la Corte Suprema haga en tal sentido sólo trae consigo la inaplicabilidad del precepto inconstitucional en el caso particular de que se trate y no la pérdida de su validez general dentro del ordenamiento jurídico.

El Congreso Nacional interpreta también la Constitución a través de las llamadas leyes interpretativas que fueron estudiadas a propósito de los distintos tipos de leyes que existen en el derecho legislado nacional, sin perjuicio de que en el cumplimiento de sus demás funciones, al tener que hacer aplicación de las disposiciones constitucionales que las rigen, el órgano legislativo tenga que acordar también algún sentido y alcance a tales disposiciones.

La Contraloría General de la República interpreta igualmente la Constitución con motivo del trámite de toma de razón que le está confiado y que tiene por finalidad velar tanto por la legalidad como por la constitucionalidad de los decretos.

Del mismo modo, los tribunales encargados de administrar justicia electoral interpretan la Constitución a propósito de los asuntos especializados de que conocen.

Por su parte, las Cortes de Apelaciones, cuando conocen el recurso de protección, el recurso de amparo y el recurso de amparo económico que consagra la propia carta fundamental, interpretan asimismo la Constitución.

Por último, los demás jueces letrados, tanto civiles como penales, interpretan asimismo la Constitución. Uno de los casos más frecuentes en que ello ocurre se relaciona con la libertad provisional. Esta última es un derecho de toda persona detenida o sujeta a prisión preventiva para ser juzgada en libertad y el juez penal debe conceder esa libertad, según dispone la letra e del número 7 del Art. 19 de la Constitución, siempre que no considere que la prisión es necesaria para la investigación que lleva a cabo o para la seguridad del ofendido por el delito o de la sociedad en general.

Además de los cuatro métodos tradicionales de interpretación —gramatical, histórico, lógico y sistemático—, en materia de interpretación constitucional cobra particular importancia el método o elemento teleológico. Esto quiere decir que las normas constitucionales han de interpretarse ajustándose ante todo a la finalidad que ellas persiguen y en el marco de los valores y principios constitucionalmente consagrados.

Tratándose de los métodos tradicionales, se acepta también la preeminencia del elemento lógico sobre el de carácter gramatical.

Del mismo modo, si los principios generales ocupan una posición más bien disminuida en el Art. 24 del Código Civil, en

tensivas como restrictivas. Al presentar del modo como lo hizo el mencionado Art. 23, Bello se apartó de la doctrina que sobre la materia había defendido en su obra *Principios de derecho de gentes*, donde escribió lo siguiente: "En caso de duda, si se trata de cosas favorables, es más seguro ampliar la significación; y si se trata de cosas odiosas, es más seguro restringirlas".

Por su lado, tiene razón Alejandro Guzmán cuando dice que el Art. 23 no impide del todo que el intérprete lleve a cabo una interpretación extensiva o restrictiva. Lo que la citada disposición le impide es tan sólo fundar una interpretación de cualquiera de esos dos tipos en lo favorable u odioso que pueda existir en una determinada norma legal que se trata de interpretar. Por lo demás, y tal como fue advertido al tratar de las distintas clasificaciones de la interpretación de la ley, no es posible tomar un partido a priori por la interpretación estricta, por la extensiva o por la restrictiva, o sea, no es posible predeterminar cómo haya de ser siempre la interpretación de las leyes, puesto que la extensión razonable que deba darse a la ley es algo que el intérprete sólo puede saber como resultado de la interpretación, esto es, una vez efectuada la interpretación de la ley de que se trate y una vez fijados los distintos sentidos y alcances de ésta y las diversas alternativas de aplicación que ella presente.

En cuanto al Art. 24, cabe recordar lo que se dijo a propósito de la equidad y los principios generales como fuentes supletorias del derecho, en especial el carácter restrictivo que tiene esa disposición en los tres sentidos que fueron explicados también en esa parte. Precisamente, una de tales restricciones se produce en la medida en que esa disposición se refiere a los principios generales del derecho con la expresión "espíritu general de la legislación".

Sin embargo, Alejandro Guzmán interpreta de manera distinta esa manera de expresarse del Art. 24 y considera que "espíritu general de la legislación" no alude a los "principios generales del derecho", sino a la razón o finalidad de la ley, aunque en el caso del Art. 24 no se trataría ya de la razón o finalidad de la concreta disposición legal que se trata de interpretar, sino de la razón o finalidad que conciernen al conjunto de la legislación de la cual dicha disposición forma parte.

En cuanto a "equidad natural", se trata de una expresión más amplia que la de "espíritu general de la legislación", puesto que

aquella, a diferencia de ésta, no sería propia de un determinado ordenamiento jurídico, sino de todo derecho.

En todo caso, es indudable que el Art. 24, al adjetivar el sustantivo "equidad" con la palabra "natural", restringió deliberadamente el campo de juego de la equidad, sin perjuicio de introducir la dificultad que significa acordar algún sentido y alcance a la palabra "natural".

Según Alejandro Guzmán, la equidad natural no se refiere a la idea de lo justo que el juzgador puede hacerse frente a un caso dado y frente a las normas que corresponda aplicar en ese mismo caso. Tampoco se refiere a una solución que podría provenir directamente del derecho natural. Equidad natural, para el autor recién citado, remite aquí a los textos producto de la reflexión y discusión de los juristas, con el agregado de que, en su opinión, el *Corpus Iuris* constituye el texto en el que la equidad está inscrita por antonomasia.

Se puede estar de acuerdo con Alejandro Guzmán cuando dice que la equidad no puede ser invocada sólo como la opinión individual y puramente subjetiva del juez al momento de fundar su fallo y que siempre es preciso tener y ofrecer razones que justifiquen las decisiones judiciales dadas en nombre de la equidad, aunque nos parece excesivo que dichas razones deban tener por base "premisas objetivas, ciertas y verificables, probadas por la ciencia y aprobadas por la más autorizada doctrina". Hablar de equidad, quiérase o no, es hablar del sentido de lo justo que se forma el juzgador frente a un caso dado. Y si bien nadie podría negar la importancia que para el juez pueden tener la ciencia y la doctrina al momento de formar su convicción acerca de lo justo, es evidente que para la formación de una convicción como esa concurren también otros factores, tal como tuvimos oportunidad de analizar al tratar la equidad como fuente del derecho.

Criterios de interpretación en otras ramas del derecho.— Antes de concluir los análisis sobre el sistema reglado de interpretación que establece nuestro Código Civil, conviene preguntarse si las reglas de interpretación que consagra ese código valen sólo para el derecho civil o si tienen aplicación, además, cuando se trata de interpretar normas de otras ramas del derecho, especialmente del derecho público.

co, o bien principios de otro orden, por ejemplo, morales, que puedan resultar pertinentes en relación con el caso de que se trate.

Por lo mismo, el argumento de principios puede ser utilizado tanto para interpretar la ley como para integrarla.

e) *argumento de autoridad*, que es aquel que justifica la interpretación dada a un texto legal invocando el prestigio del autor o autores que la hacen suya o apoyándose en el hecho de que se trata de la interpretación aceptada por los tribunales superiores de justicia.

f) *argumento de coherencia*, que se vincula al elemento lógico y al elemento sistemático de interpretación, y que es aquel que asume que debe ser desechada toda interpretación de una norma que provoque su incompatibilidad con otras normas de la misma ley a que pertenece la primera o con otras normas del respectivo ordenamiento jurídico visto éste en su conjunto.

g) *argumento material*, vinculado también a los dos elementos antes mencionados, y que es aquel que considera que la localización o ubicación de una norma dentro del articulado del que forma parte proporciona información útil acerca de su contenido y del sentido y alcance que el intérprete haya de darle.

h) *argumento a rúbrica*, vinculado asimismo al elemento lógico, y que es aquel que asume que no sólo la ubicación de una norma legal dentro del articulado proporciona la información útil antes aludida, sino también el párrafo, título o rúbrica que encabeza el conjunto de normas de las que la norma que se trata de interpretar forma parte.

i) *argumento de la no redundancia*, que es aquel que concluye que entre dos o más significados posibles de una norma ha de rechazarse el que constituya una mera repetición de lo establecido por otra norma del mismo ordenamiento jurídico.

j) *argumento pragmático*, en un sentido amplio, es aquel que consiste en dar por justificada aquella interpretación de una norma legal que produce determinadas consecuencias que el intérprete considera favorables. En un sentido estricto, sin embargo, el argumento pragmático es aquel que en presencia de dos significados posibles de una norma, uno de los cuales le da efectividad y el otro la convierte en inútil, prefiere u opta por el primero de ellos.

k) *argumento por el absurdo*, que es aquel que justifica el rechazo de cualquier interpretación de una norma legal que conduzca a adjudicar a ésta consecuencias absurdas.

La interpretación judicial de la ley como interpretación operativa.— En cuanto a la interpretación judicial de la ley, ya sabemos que se trata de aquella que llevan a cabo los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les está encomendada por mandato constitucional, y en virtud de la cual deben conocer y fallar los casos jurídicamente relevantes que se les someten en aplicación de las normas que el derecho legislado hubiere establecido sobre el asunto de que se trate.

Tal como convivimos en el capítulo sobre fuentes del derecho, los órganos jurisdiccionales *aplican* y a la vez *producen* derecho, puesto que, por una parte, hacen aplicación de la legislación que concierne a los casos de que conocen, y, por la otra, al adoptar una determinada decisión sobre tales casos, establecen una norma jurídica de carácter individual. Sin embargo, si la función de producción de derecho es la que aparece enfatizada en el caso del legislador, tratándose de los jueces es la dimensión de aplicación la que en cierto modo predomina sobre la de creación jurídica. Por lo mismo, los órganos jurisdiccionales son vistos habitualmente como órganos de aplicación del derecho, un punto de vista que puede ser compartido, a condición de que no se pierda de vista que se trata también de órganos que continúan el proceso de producción jurídica que a nivel del legislador discurre en un nivel más general.

En consecuencia, la interpretación que de las leyes hacen los jueces es una típica *interpretación operativa*, esto es, una interpretación que se efectúa para aplicar normas jurídicas preexistentes y para producir una nueva norma jurídica, aunque de carácter individual, que da solución al caso o asunto sometido a consideración del tribunal correspondiente.

De este modo, los materiales jurídicos previos al caso (Constitución, leyes, reglamentos, etc.) que han de aplicarse por los jueces, o, más exactamente, el lenguaje en que esos materiales vienen expresados (lenguaje del constituyente, lenguaje del legislador, lenguaje de la autoridad ejecutiva o administrativa) reciben por parte del órgano aplicador una determinada interpretación que conduce al establecimiento de nuevos mate-

materia de interpretación constitucional juegan un papel de mucha mayor relevancia. Esto ocurre también en los ámbitos del derecho administrativo, del derecho penal, del derecho del trabajo, del derecho tributario, y, en general, en todas las ramas del derecho dotadas de autonomía y capaces de producir algunos principios que pueden llegar a tener gran importancia al momento de interpretar, comprender y aplicar las normas e instituciones jurídicas propias de cada uno de esos distintos ámbitos de regulación jurídica.

Tal es el caso, sin ir más lejos, del derecho penal, puesto que la interpretación de sus normas no puede perder de vista que el fin de toda ley penal es proteger determinados bienes jurídicos, tales como la vida, la libertad, la integridad física, la propiedad, la honra, etc., de modo que la correcta identificación y delimitación de tales bienes constituye siempre un apoyo indispensable para el intérprete. Además, determinados principios que rigen en el derecho penal moderno, especialmente los de legalidad e irretroactividad, tienen importantes efectos en todo lo que concierne a la interpretación de las leyes penales y a la integración de éstas.

Tratándose del derecho tributario, corresponde mencionar la facultad que tiene el Director de Impuestos Internos para interpretar administrativamente las leyes tributarias, así como para fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos, según lo establece el Art. 6 del Código Tributario. Por su parte, el Art. 2 establece que las normas de ese código sólo rigen para la aplicación e interpretación del mismo y de las demás disposiciones legales relativas a las materias de tributación fiscal interna que sean de la competencia del Servicio de Impuestos Internos, y que “de ellas no se podrán inferir, salvo disposición expresa en contrario, consecuencias para la aplicación, interpretación o validez de otros actos, contratos o leyes”.

En el caso del derecho del trabajo, por último, cabe señalar que por disposición del Art. 450 del código respectivo, “la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo”. Esta interpretación, como la que llevan también a cabo otros servicios públicos, se llama “interpretación administrativa”, y constituye una interpretación por vía de autoridad que es distinta de aquella que llevan a cabo el legislador y los jueces.

Los razonamientos interpretativos.— Los intérpretes de la ley, en particular los jueces, se valen también, comúnmente, de determinados argumentos que les permiten dar una justificación a las conclusiones a que llegan en su labor interpretativa. Siguiendo en esto a Jerzy Wroblewski y Francisco Javier Ezquiaga, podríamos presentar tales argumentos de la siguiente manera:

a) *argumento por analogía*, que es aquel por medio del cual la solución dada por la ley para un caso determinado se traslada a otro caso no previsto por la ley, aunque semejante a aquel que sí se encuentra previsto por ella.

La analogía jurídica es propiamente un método de integración del derecho y a ella nos referiremos más en extenso en la segunda parte de este capítulo;

b) *argumento a fortiori*, que es aquel en virtud del cual, dada una norma jurídica que establece una calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se concluye que tal calificación vale también para otro sujeto o clase de sujetos que merecen esa calificación con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos.

Por lo mismo, puede decirse que el argumento a fortiori es un procedimiento discursivo para justificar interpretaciones extensivas de una norma legal.

Ahora bien, el argumento a fortiori se manifiesta bajo dos formas: *ad maiori* y *a minori*. El primero es el argumento a fortiori aplicable a las calificaciones jurídicas ventajosas, como los derechos y las autorizaciones, mientras que el segundo es el argumento fortiori aplicable a las calificaciones desventajosas, como los deberes.

c) *argumento a contrario*, que es aquel por el que, dada una norma que establece una calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se concluye que tal calificación no vale para otro sujeto o clase de sujetos no expresamente mencionados o incluidos en la norma de que se trate.

Por lo mismo, puede afirmarse que el argumento a contrario es un procedimiento justificatorio de interpretaciones estrictas.

d) *argumento de principios*, que es aquel que procura justificar una determinada interpretación de un texto legal, o la solución dada a un caso no regulado por la ley, invocando principios jurídicos que puedan informar el respectivo ordenamiento jurídico.

3. ALGUNAS DOCTRINAS Y PUNTOS DE VISTA ACERCA DE LA INTERPRETACION DE LA LEY

Planteamiento inicial. Glosadores y comentaristas. La Escuela de la Exégesis. François Geny y el método de la libre investigación científica. Savigny y la Escuela Histórica. Hermann Kantorowicz y la Escuela del Derecho Libre. Tópica y jurisprudencia. Hans Kelsen y su teoría de la interpretación del derecho y de la interpretación de la ley. Alf Ross y la interpretación judicial de la ley. Hart, la discreción judicial y la crítica de Dworkin. Jerzy Wroblewski y su idea de la interpretación judicial como interpretación operativa. Legisladores, juristas y jueces: la tesis de Aulis Aarnio acerca del trabajo en equipo.

Planteamiento inicial.— Desde el siglo XV en adelante se han producido distintas doctrinas y puntos de vista acerca de la interpretación de la ley, en especial cuando es llevada a cabo por los jueces.

Algunas de esas doctrinas van más allá de la sola interpretación judicial de la ley y se extienden sobre la índole o naturaleza de la función jurisdiccional, sobre la interpretación de la ley fuera del ámbito estrictamente jurisdiccional e, incluso, alcanzan a la interpretación de la ley en el marco más general de determinadas concepciones acerca del derecho, de la ciencia del derecho y de las fuentes por medio de las cuales el derecho se produce y se manifiesta. Con todo, y ya sea que se trate de doctrinas sobre la interpretación de la ley por parte de los jueces, o sobre la naturaleza de la función jurisdiccional, o sobre la interpretación de la ley y del derecho en general, o sobre la idea del derecho, de la ciencia del derecho y de las fuentes del derecho —o sobre todas esas cosas a la vez con distintos énfasis—, las doctrinas que presentaremos a continuación tienen todas alguna importancia para la comprensión que podamos conseguir acerca de qué hacen los jueces cuando aplican las leyes a los casos de que conocen e interpretan los textos en que las leyes se sustentan.

Por otra parte, cabe advertir que la interpretación de la ley no es la única actividad que realizan los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional. Además de interpretar las leyes, los jueces fijan e interpretan los hechos de cada causa y dan a las prue-

bas de tales hechos una determinada ponderación o valor, establecen luego relaciones entre los hechos probados y las normas que les resultan aplicables, y concluyen con una decisión justificada para cada caso de que conocen. Sin embargo, la aplicación e interpretación de las normas legales al caso de que se trate, así como los razonamientos que los jueces hacen para establecer el sentido y alcance de las leyes y las argumentaciones de que se valen para informar acerca de la interpretación que han efectuado en un caso dado y para justificar la decisión finalmente adoptada, constituyen una parte muy importante de esa actividad dinámica, compleja y difícilmente escindible que es el ejercicio de la función jurisdiccional.

Cabe advertir que en lo que sigue presentaremos sólo algunas de las doctrinas y puntos de vista acerca de la materia que nos interesa en este instante, aunque con la siguiente prevención. Algunas de esas doctrinas y puntos de vista pretenden únicamente *describir* la interpretación de la ley, en especial por los jueces, mientras que otras adoptan una posición *prescriptiva* al respecto. Esto quiere decir que algunas de tales doctrinas aspiran a *describir* qué es lo que hacen efectivamente los jueces cuando interpretan las leyes y las aplican a los casos que conocen, en tanto que otras *prescriben* lo que los jueces deberían hacer en tales circunstancias. Un ejemplo de doctrina descriptiva es, por ejemplo, la de Alf Ross, en tanto que la Exégesis nos parece una doctrina prescriptiva.

Glosadores y comentaristas.— Esta es la denominación que acostumbra darse a los juristas medievales que en el siglo XV elaboraron toda una teoría de la interpretación de los textos legales, teniendo como base los textos romanos conservados en el *Corpus Iuris* de Justiniano.

Glosadores y comentaristas distinguieron entre el *tenor literal* de la ley y el *sentido* de la ley, entendiendo por tenor literal las palabras por medio de las cuales la ley se manifiesta externamente y por sentido el pensamiento que el autor de la ley quiso expresar por medio de tales palabras.

De acuerdo con esa distinción, los juristas medievales entendieron que la meta de la actividad interpretativa era la determinación del sentido de la ley, aunque lo primero que había que aclarar para establecer ese sentido era lo concerniente a las pa-

riales jurídicos. En efecto, como advierte Rolando Tamayo, “el órgano aplicador, al decidir el sentido que guarda el lenguaje jurídico elaborado, decide, a su vez, el curso de la creación jurídica subsecuente del derecho”. Por lo mismo, la interpretación judicial de la ley “se traduce en actos o voliciones cuyo resultado son los materiales jurídicos que completan un cierto sistema de normas jurídicas”.

En ello radica toda la importancia que tiene la interpretación judicial de la ley, porque si bien ella es una exigencia del proceso de aplicación de ésta, conduce también a la producción de nuevas normas jurídicas.

Ello explica, asimismo, que las decisiones judiciales, en especial aquellas de mayor relevancia, como es el caso de las sentencias, tengan que ser justificadas por el juez que las dicta, justificación que debe alcanzar también al sentido y alcance que el juez de la causa fije para las normas aplicables al caso como resultado de la interpretación de éstas.

Los argumentos que justifican una decisión judicial relevante conciernen a algo más que al modo como el juez interpreta las normas legales en juego. Dicha interpretación, como es obvio, alcanza también a los hechos de la causa y a la prueba de éstos. Sin embargo, una parte importante de los argumentos judiciales se refieren comúnmente al modo como el juez ha interpretado las normas aplicables al caso. Por lo mismo, y tal como dijimos antes, la *argumentación jurídica* es más amplia que la *argumentación interpretativa* relativa a las normas, aunque ésta ocupa un lugar muy destacado en aquélla, especialmente cuando se trata de la argumentación interpretativa que de las normas llevan a cabo los jueces.

En ocasiones la o las normas aplicables, como asimismo la comprobación de los hechos del caso, no merecen al juez ninguna duda, de modo que su labor resulta tan fácil como dar por establecidas las premisas normativas del caso, comprobar que éste cabe en el marco de tales premisas y trasladar al caso de que se trate la conclusión prevista en las correspondientes premisas normativas. En otras palabras: establecida con claridad tanto la premisa fáctica como la premisa normativa, la conclusión se obtiene por medio de un simple proceso de tipo deductivo. A este tipo de justificación se la suele llamar *justificación interna*, porque está relacionada, precisamente, con la

racionalidad interna de la decisión jurídica. Por tanto, como dice Wroblewski, “una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas, dándose en tal caso por supuesta la validez de las premisas utilizadas.”

Dicho tipo de justificación –razona ahora Atienza– “sólo es suficiente cuando ni la norma o normas aplicables ni la comprobación de los hechos suscitan dudas razonables”, lo cual quiere decir que “la lógica deductiva resulta necesaria y suficiente como mecanismo de justificación para los casos fáciles o rutinarios”.

Sin embargo, en la vida jurídica, y sobre todo en la práctica judicial, no se dan únicamente casos fáciles o rutinarios, sino que, con cierta frecuencia, surgen los llamados “casos difíciles”, que son aquellos en los que el establecimiento de la premisa normativa y/o de la fáctica resulta una cuestión problemática para el juez, motivo por el cual éste tiene que ofrecer razones a favor de las propias premisas –premisas que no pueden ser simplemente supuestas–, razones que, además, no tendrán ya un carácter puramente deductivo. Así, a la justificación que tiene por finalidad mostrar el fundamento de las premisas se la llama *justificación externa*.

Tal como dice Wroblewski, “la justificación externa se relaciona con la racionalidad externa de la decisión”. Por tanto, “una decisión está externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación”. Y como añade por su parte Atienza, “en los así llamados ‘casos difíciles’, la tarea de argumentar a favor de una decisión se centra precisamente en la justificación externa. La justificación interna sigue siendo necesaria, pero no es ya suficiente y pasa, por así decirlo, a un segundo plano de importancia”.

En los casos difíciles, por tanto, no basta la justificación interna de la decisión judicial, es decir, no basta con mostrar coherencia entre las premisas utilizadas por el juez y la conclusión adoptada finalmente por éste, sino que es preciso, además, que el juez de razones convincentes a favor de las propias premisas.

claraban “Yo no conozco el Derecho Civil; yo sólo enseño el Código de Napoleón”, y “El derecho es la ley escrita”.

Por otra parte, los códigos como cuerpos normativos dictados de una sola vez para toda una clase de materias o para un determinado sector de regulación jurídica –por ejemplo, el derecho civil–, favoreció la idea de que el ordenamiento jurídico tenía caracteres de *complitud* (ausencia de lagunas) y de *coherencia* (ausencia de contradicciones). Todavía más, quienes redactaron los códigos de la época creyeron seriamente que éstos producirían la felicidad de los pueblos. Incluso Jean Etienne Marie Portalis, el habitualmente mesurado redactor del discurso preliminar del Código Civil francés, no obstante las lúcidas advertencias que hace en ese discurso para frenar los excesos en que de todas formas incurrirían los partidarios de la Exégesis, llegó a decir que “las leyes no son meros actos de autoridad; son, por sobre todo, actos de sabiduría, de justicia, de raciocinio. Al crearlas, el legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio”. Por tanto, “buenas leyes civiles son el más grande bien que los hombres pueden dar y recibir; ellas son el origen de las costumbres, el palladium de la prosperidad, la garantía de toda paz pública y verdadera”.

Establecidos tales presupuestos, se comprenderá que la Exégesis haya desarrollado una profunda desconfianza en los intérpretes de la ley, sean éstos juristas o jueces. Nada mejor para ilustrar esa desconfianza que la frase que se atribuye a Napoleón y que éste habría hecho en presencia de los primeros comentarios al Código Civil de 1804: “Mi Código está perdido”. Como apunta sobre el particular Sebastián Soler, dicha frase no debe ser tomada como puramente expresiva de un talante autoritario y arrogante, sino que ella importa mucho más como testimonio de una concepción jurídica dominante en aquella época. Una concepción que puede explicar, asimismo, la conocida frase de Andrés Bello, redactor del Código Civil chileno de 1856 –“El juez es esclavo de la ley”–, o las expresiones de otro jurista francés de la época en el sentido de que “en jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad que la razón o equidad de la ley”.

En punto a la función jurisdiccional y al cometido de los jueces al momento de aplicar e interpretar las leyes, las ideas de la Exégesis fueron las siguientes:

a) la judicatura no es un órgano de producción jurídica, sino de aplicación jurídica, de donde se sigue que los jueces no crean derecho, sino que meramente aplican el derecho previamente establecido por el legislador;

b) para aplicar las leyes los jueces deben interpretarlas, aunque la meta de la interpretación judicial de la ley consiste en reconstruir la voluntad histórica que el legislador depositó en ésta al momento de producirla;

c) una vez determinados los hechos del caso y localizada la ley que corresponda aplicar a éste, los jueces deben trasladar al caso las consecuencias previstas por la ley, tal y como las hubiere consagrado el legislador;

d) con el propósito de que los jueces, con el pretexto de interpretar las leyes, no traicionen la voluntad del legislador, es preciso regular minuciosamente la tarea interpretativa que llevan a cabo los jueces, dando preeminencia entra tales reglas a aquellas que tengan que ver con las palabras de la ley o con las meras conexiones lógicas que las normas de una misma ley puedan guardar entre sí o con otras leyes del mismo ordenamiento, particularmente si versan sobre la misma materia.

“La interpretación es concebida así por la exégesis –dice Radbruch– como un método totalmente empírico tendiente a establecer hechos, esto es, los pensamientos realmente pensados por ciertos hombres; se trata, entonces, de repensar (por los jueces) algo ya pensado antes (por el legislador)”. Es por eso que Baudry-Lacantinerie, fiel representante de esta escuela o método, pudo escribir lo siguiente: “La ley debe ser interpretada según la voluntad misma que ha presidido su origen. Desprenderla de ella para hacer variar su contenido con el movimiento social y adaptarla a las exigencias de la hora presente o a las transformaciones de la existencia, no sería serle fiel: entonces sería el medio el que haría la ley, no ésta la que registraría el medio”.

A la base de tales ideas está, como advertimos, el principio político de la separación de poderes, que Montesquieu describió del siguiente modo: “Cuanto más se aproxima un gobierno al régimen republicano, tanto más uniforme llega a ser la manera de juzgar. Es de esencia en la constitución del gobierno republicano el que los jueces se atengan a la letra de la ley. Y no

labras de la ley interpretada. Y en cuanto a cómo debían ser entendidas las palabras y las frases de la ley, glosadores y comentaristas manifestaron que el *sentido propio* de un término, esto es, aquel que le hubiere dado el autor de la ley, debería prevalecer sobre el *sentido impropio*, o sea, sobre el sentido proveniente del uso común de los términos.

Los juristas medievales distinguieron también la *razón* de la ley como algo diverso del *sentido* de ésta, puesto que si el sentido de una ley se vincula estrictamente al pensamiento y a la voluntad del legislador, la razón de la ley es algo más complejo que concierne a la finalidad buscada con ésta. Alejandro Guzmán explica bien la diferencia entre ambos elementos, así como la que existe entre cada uno de ellos y el tenor literal de la ley, valiéndose de las siguientes palabras: "La diferencia es conceptualmente clara, en la misma medida en que hay diferencia entre lo que alguien pensó en decir (*sensus*) y por qué o con qué finalidad lo dijo (*ratio*), a lo que podemos agregar el tercer elemento, a saber, cómo lo dijo (*littera*)."

Los mismos juristas medievales plantearon también la cuestión de cómo conocer la razón de una ley y debatieron acerca de si lo que el intérprete debe respetar son, ante todo, las palabras de la ley, aun cuando se vulnere la razón de ésta, o si debe preferir la razón de la ley sin importar que se vulnere las palabras de ésta.

Del mismo modo, distinguieron entre la equidad como un cierto sentimiento que acerca de lo justo puede desarrollar el juzgador frente a un caso dado, y la equidad transformada en preceptos que es necesario respetar. Esta distinción, que no es otra que la que existe entre *equidad* y *derecho*, o sea, entre lo que se siente como justo y lo que se encuentra formalmente establecido como justo, condujo también a los glosadores y comentaristas a tener una clara conciencia de los conflictos que pueden producirse entre equidad y derecho establecido. Uno de ellos, Martino Gosia, distinguió entre la interpretación que de la ley hace el legislador, que es general y necesaria, de la que lleva a cabo el juez, que es necesaria y no general, y de la que practican los juristas, que no es ni necesaria ni general, entendiendo aquí por "necesidad" el carácter obligatorio de la interpretación y por "generalidad" el ámbito de personas a quienes se aplica la interpretación que de la ley se hubiere efectuado. Esta distin-

ción favoreció la idea de que el legislador no es la única autoridad llamada a interpretar las leyes.

La Escuela de la Exégesis.— La formación del Estado moderno, sobre la base del principio de la separación de los poderes y con la idea consiguiente de un legislador racional que expresa en forma clara su pensamiento normativo a través de cuerpos legales exhaustivos y exentos de contradicciones, llamados códigos, dieron lugar a la *Exégesis*, que algunos presentan como una escuela, otros como un método y otros, en fin, como un simple estilo de interpretación de la ley, caracterizado por atenerse al texto de ésta como única o principal referencia para establecer la voluntad que debe primar a la hora de interpretar y aplicar las leyes: la voluntad del legislador.

Especial importancia en el desarrollo de esta escuela tuvo la promulgación del Código Civil francés de 1804, llamado Código Civil Napoleónico, a raíz de que fue redactado por una comisión especial designada por el propio Emperador.

Esta doctrina parte de la base de que no hay otro derecho que el que se produce y unifica a partir del Estado y de sus órganos, creencia que conduce a considerar que la ley es la única fuente del derecho, de manera que las demás fuentes formales son sólo fuentes *aparentes* o, en el mejor de los casos, fuentes *subordinadas* a la ley, de donde se sigue que las decisiones de los jueces deben derivar también, única y exclusivamente, de la ley. Si los tratadistas o los jueces hicieran el derecho —sostenía Laurent en tiempos de la Exégesis— "usurparían el poder que la nación soberana ha otorgado al cuerpo legislativo".

En consecuencia, las fuentes formales distintas de la ley, como acabamos de señalar, en especial la costumbre jurídica, son sólo fuentes aparentes, o bien fuentes subordinadas a la ley, tal como lo muestra, sin ir más lejos, el Art. 2 del Código Civil chileno, cuerpo legal éste que fue redactado a mediados del siglo XIX bajo la influencia entonces predominante de los postulados de la doctrina de la Exégesis.

La idea de que la ley es la única fuente del derecho, o, lo que es lo mismo, la idea de que el legislador monopoliza la producción del derecho, se ve claramente reflejada en dos autores de la época inmediatamente posterior a la de la entrada en vigencia del Código Civil de 1804 —Bugnet y Liard—, quienes de-

antes identificados. En consecuencia, para descubrir la voluntad del legislador es necesario a veces recurrir a elementos extraños al texto mismo de la ley, tales como los trabajos preparatorios que puedan haber precedido al texto de la ley, las finalidades perseguidas por ésta e, incluso, las circunstancias sociales y económicas para las cuales la ley fue dada.

Así las cosas, puede decirse que Geny compartió el *respeto* a la ley, mas no el *culto* ni menos el *fanatismo* legales en que incurrieron los partidarios de la Exégesis, advirtiendo que las leyes se dictan en un determinado momento y en vista de unas determinadas necesidades, en tanto que la vida sigue su curso y transforma las instituciones.

Siguiendo en esto el resumen que acerca de las ideas de Geny ofrece Adolfo Carvallo, si la ley es clara debe ésta ser aplicada por el juez, siempre que no hayan variado las condiciones sociales. Si dichas condiciones han variado, se trata de una situación que el legislador no consideró y que deja al juez en situación de averiguar por sí mismo cuál es la norma aplicable, haciendo en tal caso acto de legislador. Si la ley es oscura, es preciso buscar la voluntad del legislador haciendo ciertamente un análisis gramatical y lógico del texto legal, aunque recurriendo también a otros factores o elementos, tales como trabajos preparatorios. Y si no hay ley, el juez recobra su entera libertad y hace, todavía con mayor propiedad, acto de legislador.

En consecuencia, el llamado "método de la investigación científica" propiciado por Geny no es un método de *interpretación* de la ley, sino uno de *integración* de ésta en caso de lagunas. En efecto, a falta de ley que regule el caso, y luego que ni la costumbre, ni la doctrina ni los precedentes consigan proporcionar al juez la solución del caso, éste debe integrar la ley ateniéndose a cuatro tipos de datos, a saber, *reales*, *históricos*, *racionales* e *ideales*.

Los datos reales se refieren a las condiciones económicas, políticas y sociales en medio de las cuales el juez debe adoptar su decisión integradora. Los datos históricos están constituidos por la tradición, es decir, por la autoridad de ciertas prácticas y usos que prevalecen en la sociedad de que se trate. Los datos racionales son ciertos principios éticos que se consideran válidos en sí mismos y que harían parte de lo que tradicionalmente ha sido llamado "derecho natural". Y los datos ideales son los

finés que el legislador se propuso alcanzar y que deben presidir toda futura modificación del derecho.

Todos esos datos deben ser tomados en cuenta por el intérprete para poder resolver el problema. No pueden ser desconocidos por el intérprete, porque si son desconocidos, entonces ya su solución no será una solución científica, sino una puramente ocasional y subjetiva.

Ahora bien, Geny llama a su método "libre investigación científica" por las siguientes razones: *libre*, porque cuando el juez emplea ese método no está sujeto a ninguna autoridad positiva, en particular a la autoridad del legislador; y *científica*, porque la decisión del juez no es pura discrecionalidad arbitraria o caprichosa, sino una solución obtenida de la investigación y uso combinado de las cuatro clases de datos que fueron señalados, datos que, por lo demás, pueden ser conocidos por el intérprete gracias al aporte de diferentes ciencias. Así, la ciencia jurídica permite conocer los datos ideales; la historia los datos históricos; la economía y otras ciencias sociales los datos reales; y la razón los datos racionales.

Savigny y la Escuela Histórica.— La denominada Escuela Histórica surgió en Alemania como resultado de la obra de Friedrich Karl von Savigny, quien, muy lejos también de las ideas de la Exégesis, sostuvo que el derecho no es el producto deliberado de la razón o de la voluntad humana, sino un producto de lo que él llamó el "espíritu del pueblo". De este modo, cada pueblo estaría dotado de un espíritu que le es propio, y del que surgen, lo mismo que las costumbres, el folklore y la religión de ese pueblo, su derecho.

Las concepciones acerca del derecho a las que se opuso Savigny fueron aquellas que, al modo de la Exégesis, consideraban que el derecho era una creación libre y voluntaria que el legislador del momento podía llevar a cabo con entera independencia del derecho que hubiere regido en el pasado. Para Savigny, en toda sociedad existe una indisoluble comunidad con el pasado, de modo que "cada período de la historia de un pueblo es continuación y desarrollo de las edades pasadas". De este modo, el derecho no puede ser creado por el solo arbitrio de quienes detentan el poder legislativo, de espaldas a la tradición, sino en íntima conexión con ésta.

hay ciudadano contra el cual pueda interpretarse una ley, cuando de sus bienes, su honor o su vida se trate”.

Cabe destacar, por lo mismo, que a la base de las ideas que la Exégesis profesó acerca del papel de jueces y legisladores en la creación y en la aplicación del derecho hay un postulado político favorable a la soberanía popular, que encarnaba en la figura del legislador, antes que una mera expresión de desconfianza en los jueces.

Portalís explica bien esa idea cuando dice que “en los Estados despóticos, donde el príncipe es propietario de todo el territorio, donde todo el comercio se hace a su nombre y beneficio, donde los particulares no tienen ni libertad ni voluntad ni propiedad, hay más jueces y verdugos que leyes”. En cambio, “doquiera los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender, en todas partes donde gozan de derechos políticos y civiles, allí donde para cualquier cosa se tiene en cuenta el honor, es imprescindible la existencia de un buen número de leyes para hacer frente a todo”. De este modo, Portalís ve en las leyes una manera de otorgar garantías a los ciudadanos en lo que concierne a sus distintas esferas de intereses.

Por otra, el mismo autor, a diferencia de los excesos en que incurrieron la mayoría de los partidarios de la Exégesis, advirtió que sería ilusorio e inconveniente “prescribir imperiosamente al legislador la terrible tarea de no abandonar nada a la decisión del juez”. Y añadió: “Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación entre los hombres tan activa, sus intereses tan múltiples, y sus relaciones tan extendidas, que resulta imposible para el legislador proveer a todo”. En suma —concluyó—, “multitud de cosas han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces”.

François Geny y el método de la libre investigación científica.— Descontadas las prevenciones de Portalís en su discurso preliminar del Código Civil francés, cuya lectura se recomienda para percibir cómo los exégetas fueron más lejos que quienes intervinieron en la preparación misma de los códigos, la primera crítica sistemática y contundente a la Escuela de la Exégesis provino de otro autor francés —François Geny—, quien publicó en 1899 su conocida obra “Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”.

En la primera parte de esa obra —a nuestro entender la más lograda—, el autor antes mencionado hace la crítica del método de la exégesis, mientras que en la segunda y última propone la doctrina que a su entender debía sustituir a dicho método.

Geny advierte que la Asamblea Constituyente se apoderó en Francia de las ideas de Montesquieu y de los juristas de la Exégesis, expresándolas, sobre todo, en los decretos relativos a la organización judicial de la época, y cuyo espíritu parece haber sido el de que “los tribunales debían limitarse a aplicar la ley sin poder incluso interpretarla en caso de dificultad real y sería en cuanto a su extensión”.

Así se aprecia, por ejemplo, en la institución del árbitro legislativo, por medio de la cual se facultaba a los jueces, y en algunos casos derechamente se les obligaba, a remitir al legislador la resolución de cuestiones jurídicas que les merecieran dudas.

Algo similar se aprecia en la organización dada en Francia al tribunal de casación, al que se concibió como una especie de vigilante de la interpretación de las leyes por parte de los jueces, situándose a dicho tribunal, desde el punto de vista institucional, más cerca del poder legislativo que del judicial. El sentido de la disposición que estableció el tribunal de casación —comenta Geny— es que éste “no formase parte, verdaderamente, del Poder Judicial, sino lugar separado y más alto que éste, algo así como una prolongación del Legislativo, el cual delega en él en cierto modo para el efecto de vigilar, de fiscalizar, de inspeccionar, como llegó a decirse, la aplicación de la ley”.

En cuanto al origen del derecho, Geny no lo vio en la sola voluntad del legislador, sino en la interacción entre datos reales, históricos, racionales e ideales, de los cuales los datos racionales son los preponderantes. Es por ello que el autor afirma del derecho que se trata de “una construcción racional establecida sobre elementos suministrados por la naturaleza”.

Por su parte, la ley escrita, si bien ocupa el primer lugar entre las fuentes, no puede ser considerada como la única fuente del derecho, de modo que *derecho* y *ley*, a diferencia de lo propiciado por la Exégesis, no pueden equipararse. Además, la ley escrita es para Geny simplemente el instrumento técnico por medio del cual se fija y otorga mayor certeza a las normas jurídicas resultantes de la elaboración científica, una elaboración que se produciría por conjunción de los cuatro tipos de datos

un punto de vista formal como material. En el caso concreto de los jueces, es efectivo que Savigny no desconoce la importancia, como él dice, de contar con “magistrados loables”, con “magistrados de probidad experimentada”, aunque manifiesta un evidente recelo ante la moderación que puedan mostrar los jueces cuando la legislación les deja alguna latitud para determinar a qué fuente del derecho han de recurrir para decidir los casos de que conocen, y, asimismo, un no menos notorio escepticismo en las posibilidades de que un tribunal de casación consiga moderar y uniformar la práctica judicial.

Hermann Kantorowicz y la Escuela del Derecho Libre.— En su libro *La lucha por la ciencia del derecho*, de 1906, este autor postula el concepto de “derecho libre” y ofrece una idea de la aplicación judicial del derecho que se aparta sobremanera de la visión tradicional del tema.

De partida, lo que Kantorowicz se propone es explicar lo que los jueces hacen efectivamente cuando interpretan y aplican el derecho. Por tanto, puede decirse que lo que él propone es una explicación acerca de la interpretación y aplicación del derecho por parte de los jueces y no pautas o reglas acerca de cómo los jueces deberían realizar su tarea. Se trata, entonces, de una *teoría* de la interpretación y no de una *ideología* de la interpretación.

Respecto de lo que el autor llama “derecho libre”, se trata de un derecho positivo, lo mismo que el estatuido por los órganos del Estado, aunque se diferencia de éste por ser un derecho dinámico y concreto, un derecho vivo en la sociedad, un derecho instalado en las convicciones de las personas, una especie de suelo —en fin— en que se apoyan las creaciones jurídicas del Estado. Como se ve, el parentesco de esa idea con la del derecho popular de Savigny es bien evidente, aunque sólo en cuanto se relativiza o rebaja la importancia del derecho legislado producido por órganos del Estado, puesto que el derecho libre de Kantorowicz, a diferencia del derecho popular de Savigny, da más importancia al individuo que a la sociedad y privilegia lo que el juicio individual hace aparecer a cada cual como derecho en un lugar y tiempo dados.

Como prueba de la existencia del derecho libre, Kantorowicz menciona la experiencia de un viajero en país extranjero. Ese viajero puede llegar a familiarizarse, a poco andar, con la len-

gua, la historia, el arte y las costumbres del pueblo que visita, pero ni en sueños se le ocurriría abrir los códigos del país para conocer su derecho, porque ese derecho, en verdad, vive libremente en las opiniones que el juicio de cada cual presenta como derecho y no como mera arbitrariedad o conveniencia.

Desplazando luego su atención al tema de la interpretación judicial del derecho, el autor señala que los criterios o elementos tradicionales de la interpretación de la ley son en gran medida ficticios, porque se basan en la suposición ingenua e inconsciente de que existe un legislador que tiene exactamente los mismos deseos del intérprete que utiliza esos elementos. En consecuencia, no se trata de buscar la voluntad del legislador, sino de emplear los procedimientos que se inspiren en la voluntad de conseguir el resultado deseado por el intérprete. Por lo mismo, lo que hace de hecho el intérprete de una ley es escoger entre las premisas posibles de su decisión aquéllas que le conducen a la conclusión deseada.

En suma: los jueces resuelven los litigios por medio de actos de *voluntad*, no de *conocimiento*, y la alusión a determinados criterios como sustento de sus fallos —propiciada por la doctrina tradicional— no pasa de ser un disfraz con el cual se esconden las verdaderas motivaciones del juez y se procura dar prestigio a lo que éste resuelve. Así, Kantorowicz sostiene que Bartolo, a quien él considera uno de los grandes juristas de todos los tiempos, dictaba primero la parte resolutive de sus razonamientos jurídicos y ponía luego a su amigo Trigrinio a buscar los pasajes aplicables del *Corpus Iuris*.

Según Kantorowicz, la doctrina tradicional de la interpretación, que afirma la idea de que juristas y jueces basan todas sus opiniones y decisiones en la ley, hace comparable la tarea de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia de los tribunales a la teología, puesto que esta última reconduce también cada pregunta a los pasajes de las sagradas escrituras donde siempre es posible hallar una respuesta. Sin embargo, lo que de verdad ocurre en el caso de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia de los tribunales es un acto de voluntad del actor. “La deducción lógica— como explica Rolando Tamayo— no pasa de ser una mera apariencia: no está al servicio de la verdad, sino del interés”.

Eugen Ehrlich, jurista próximo a las ideas de Kantorowicz, sostiene también que la interpretación conduce a un acto de deci-

No se trata de conferir al derecho del pasado un carácter absoluto o estático, esto es, inmodificable, sino de advertir que todo cambio en el derecho tiene que tomar en cuenta la continuidad histórica que según Savigny tiene cada pueblo. Por lo mismo, su doctrina no responde a una visión estática del derecho ni a una negación de todo valor al cambio en el derecho, sino a la convicción de que el cambio y el progreso jurídicos no pueden ser conducidos por la sola voluntad de quien tiene en un momento dado la competencia para producir las leyes.

Por tanto, el papel del legislador no es propiamente el de creador del derecho —puesto que éste emana del espíritu del pueblo—, sino el de quien está llamado a revestir al derecho de los signos exteriores del lenguaje y a conferirle una autoridad cierta, con lo cual queda en claro que la ley —equiparada con el derecho por los exégetas— cumple para el jurista alemán una finalidad subsidiaria respecto del derecho: exteriorizarlo y dotarlo de certeza.

Pero si la Escuela Histórica restó importancia a la figura del legislador, no hizo lo mismo con la figura de los juristas, puesto que consideró que junto al *derecho popular*, es decir, junto al derecho que emana del espíritu del pueblo, existe un *derecho científico*, producto este último de la actividad que desarrollan los juristas. Para Savigny, los juristas, por obra de los fenómenos culturales de la especialización y de la división del trabajo, representan de algún modo al pueblo del cual forman parte y facilitan el acceso de la comunidad a los complejos conceptos e instituciones jurídicas.

Por otra parte, el papel de los juristas consistiría en percibir el derecho y traducirlo en forma lógica, determinando de manera rigurosa y detallada tanto los principios como los preceptos jurídicos, aunque Savigny advirtió también que la labor que ejecutan los juristas revierte en cierto modo sobre el derecho mismo, de donde resulta que esa clase de personas está llamada tanto a *exponer* como a *desenvolver* el derecho vigente.

En síntesis: la afirmación de Savigny en el sentido de que el derecho nace y vive “en la conciencia común del pueblo en cuanto contemplación concreta de las instituciones jurídicas”, vale sólo durante esa etapa de la evolución social que el autor llama “época juvenil” de los pueblos, caracterizada porque en ella “la unión nacional es íntima y la conciencia de la misma general-

mente divulgada, no empañada todavía por las diferencias de la formación individual”. Sin embargo, en toda comunidad nacional, vista en el decurso de todas sus etapas de desarrollo, es posible constatar que la cultura de sus miembros se vuelve cada vez más heterogénea, llevándose entonces a efecto una delimitación más precisa de los conocimientos y de las profesiones. Ahora bien, esta diversidad y consiguiente multiplicidad de las profesiones que se dan en la comunidad, trae consigo una suerte de segregación de las ocupaciones y oficios y la constitución de una clase especial: los peritos del derecho.

Esa escisión que se lleva a cabo en el seno de la sociedad dificulta la producción del derecho que descansaba hasta entonces en la conciencia común del pueblo, a la vez que obstaculiza el conocimiento de un derecho en permanente e intrincada efluencia. Ahora bien, es a los juristas, precisamente, a quienes, según Savigny, corresponde venir en auxilio de la comunidad a la cual pertenecen, para aliviar la obstrucción que experimenta la producción del derecho a partir del espíritu del pueblo, lo mismo que para organizar el conocimiento del derecho vigente.

En consecuencia, Savigny ve en el legislador, y sobre todo en los juristas, aunque no en los jueces, el factor decisivo para la evolución y progreso del derecho, y no es extraño, por lo mismo, que uno de sus libros se titule *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*.

A Savigny se debe también la primera mención sistemática de los cuatro elementos tradicionales de la interpretación de la ley. En su obra “Sistema de derecho romano actual” reivindica ciertamente el elemento histórico de interpretación, aunque no desconoce, ni menos desdeña, la utilización de los que él considera elementos *complementarios*, a saber, el gramatical, el lógico y el sistemático.

Es comprensible que en el marco de las ideas antes expuestas Savigny se mostrara contrario a la codificación del derecho y que, desconfiando del legislador y dispensando escasa atención a la labor de los jueces, depositara finalmente su confianza en la labor de los juristas. Su libro *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* es una fuerte crítica al proceso codificador que había tenido lugar en algunos países de Europa central, y, en particular, un análisis implacable de los defectos que, en su opinión, mostraba el Código Civil francés de 1804 tanto desde

Ahora bien, a las conclusiones dialécticas y retóricas Aristóteles las llamó *topoi*, esto es, "tópicos", a los que consideró como "puntos de vista utilizables y aceptables universalmente que se emplean a favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad".

Lo más relevante en la tópica es que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema, en el sentido de que lo que se procura es que las conclusiones giren alrededor de los problemas. Ella parte de la base que los problemas se presentan de una manera tan inevitable como acuciante y muchas veces se tiene ante ellos la sensación de que falta un camino para salir del problema. "La tópica —dice Viehweg— pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse a fin de no quedar detenido sin remisión. Es, por tanto, una técnica del pensamiento problemático."

¿Pero qué es un problema o cuándo podemos decir que estamos frente a un problema?

Viehweg responde que puede llamarse problema a "toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución".

La sola definición de *problema* propuesta por Viehweg ilumina bastante acerca de la importancia que una técnica del pensamiento problemático puede tener en el trabajo de los jueces, puesto que éstos también encaran cuestiones que es preciso tomar en serio y que a primera vista admiten más de una respuesta, y a las que, sin embargo, los jueces tienen que responder con una única y determinada solución.

La dirección del pensamiento *problemático* es lo contrario a la del pensamiento *sistemático* y su finalidad es alcanzar un catálogo de tópicos, o sea, una colección de argumentos usualmente admitidos que faciliten la respuesta que es preciso dar a los problemas. Por otra parte, si es posible formar colecciones de tópicos utilizables para toda clase de problemas, también es posible formar catálogos de tópicos aplicables a una determinada rama del saber, por ejemplo, la jurisprudencia. En todo caso, la función de los tópicos, sean éstos generales o especiales, consiste en servir a una discusión de los problemas, de modo que de-

ben ser entendidos de una manera funcional, o sea, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento.

Viehweg es de opinión que el pensamiento tópico estuvo presente entre los propios juristas romanos, quienes, en palabras de Savigny, entendieron que "un caso cualquiera es el punto de arranque de toda la ciencia", viéndose impulsados no a ordenar el caso dentro de un sistema previamente dado, sino más bien a ejercer sus propias discusiones.

Tratándose luego de la Edad Media, Viehweg estima que glosadores y comentaristas utilizaron también el pensamiento tópico. Así, "de la jurisprudencia medieval puede decirse lo mismo que del *ius civile*", a saber, "que se orientaba hacia el problema y que tenía, por tanto, que desarrollar una técnica adecuada para ello".

La tópica ha prestado así grandes servicios a la jurisprudencia, aunque una jurisprudencia basada en la tópica es únicamente un *estilo* y no alcanza a convertirse en un *método*, puesto que —dice Viehweg— "sólo puede llamarse método a un procedimiento que sea comparable por medio de una lógica rigurosa y cree un unívoco nexo de fundamentación, es decir, un sistema deductivo".

Ahora bien, establecido que la tópica es sólo un estilo, surgen dos posibilidades: intentar convertir ese estilo en un método, caso en el cual se obtiene una disciplina que cumple el ideal lógico de una ciencia porque sus conceptos y sus proposiciones forman un conjunto unitario de definiciones y de fundamentos, o prescindir de un intento semejante, conservando el estilo como tal y haciéndolo objeto de una ciencia.

Si aplicamos lo anterior a las disciplinas jurídicas, significaría que, en el primer caso, se procura cientificar la técnica jurídica, mientras que, en el segundo, se la hace simplemente, tal como es, objeto de una ciencia. Ello quiere decir que hay dos maneras de constituir una ciencia del derecho: transformando en método lo que es puramente un estilo, o bien dejando que el estilo siga siendo lo que es y pensando científicamente sobre él. Y la conclusión de Viehweg a este respecto es que en el ámbito del derecho se prefirió el primero de tales caminos, o sea, se sustituyó el estilo por el método, la tópica por el sistema. La elección de ese camino, dice el autor, en la medida que "corres-

sión, no de razón, y que esta verdad es habitualmente oscurecida porque jueces y juristas, cuando resuelven una controversia u opinan sobre ella, pretenden justificar su decisión u opinión invocando artículos de una ley, principios o reglas de argumentación.

Como escribe a este respecto Antonio Hernández Gil, quien presenta el punto de vista del autor desde una perspectiva más prescriptiva que descriptiva, quizás si el punto en que cobran más trascendencia las ideas de Kantorowicz sea el relativo a la aplicación judicial del derecho: "El juez goza de una libertad absoluta: no está sujeto a la ley, sino fuera de su campo de acción. Cuando la ley contenga una solución cierta, el juez no debe dedicarse a investigar la voluntad del legislador, como propugnaba el método tradicional, sino que ha de resolver conforme a la regla que el legislador, según su firme convencimiento, habría adoptado". Sin embargo, un planteamiento como ese es desmentido por otros comentaristas de Kantorowicz, como es el caso de A. L. Goodhart, quien en su Introducción al libro de Kantorowicz, *La definición del derecho*, se extiende sobre lo que él considera los errores a que condujo la expresión "derecho libre" y sobre la reacción incluso airada que Kantorowicz tuvo con algunos juristas que, apoyándose en sus planteamientos, propiciaron un realismo jurídico extremo.

Conviene señalar, por último, que las ideas jurídicas de Kantorowicz, como lo ponen de manifiesto algunos de sus comentaristas, fueron adoptadas y aplaudidas por el régimen nacionalsocialista alemán. Desde luego que la intención del autor no fue ir en esa dirección, de modo que la utilización política que se hizo de sus ideas no es responsabilidad suya. Más aún: Kantorowicz fue perseguido por el nacionalsocialismo a causa de sus opiniones sobre las causas de la primera guerra mundial, sobre la política de Bismarck y sobre los propios postulados del nacionalsocialismo.

Sin embargo, puede comprenderse perfectamente que los ideólogos del nacionalsocialismo miraran con interés y entusiasmo una doctrina jurídica que apelaba a un derecho implícito en las convicciones o en el sentimiento del pueblo y que apreciaba la figura del juez como la de alguien que podía moverse con extrema facilidad, puesto que ello encajaba bien con el mito de una supuesta superioridad racial del pueblo alemán y con la tendencia a imponer decisiones políticas sin importar si con és-

tas se lesionaba la seguridad jurídica de los grupos a los cuales se procuraba reprimir o eliminar.

Tópica y jurisprudencia.— Otro planteamiento que vale la pena conocer a propósito del tema que nos ocupa es el que hace Theodor Viehweg acerca de la aplicación que puede tener en la actividad de los intérpretes del derecho, y en especial en los jueces, lo que este autor llama *pensamiento tópico*, o *pensamiento problemático*.

Si bien Viehweg trata del pensamiento tópico en la jurisprudencia, entendida esta última como sinónimo de ciencia del derecho y no como resultado de la actividad que realizan los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo cierto es que el tipo de pensamiento que describe el autor constituye una técnica que también puede encontrar aplicación en la tarea que corresponde llevar a los jueces cuando conocen y resuelven casos concretos de la vida social.

Para dar a entender en qué consiste la *tópica*, el autor antes mencionado se remite a Aristóteles.

Sobre el particular, el punto de partida de Aristóteles se encuentra en el arte de disputar que en la filosofía griega clásica practicaban los retóricos y los sofistas. Esta práctica fue combatida por Sócrates y por Platón, aunque fue Aristóteles quien llevó a cabo un intento de elucidación al respecto con su distinción entre lo *apodíctico* y lo *dialéctico*.

Lo *apodíctico* es lo que concierne a proposiciones sobre la verdad y es por tanto el campo para los auténticos filósofos; en cambio, lo *dialéctico* se refiere a proposiciones meramente opinables y es por tanto el terreno en que se mueven retóricos y sofistas. Lo apodíctico tiene así que ver con lo *demostrable*, en tanto que lo dialéctico tiene que ver con lo que es tan sólo *opinable*. Por lo mismo, tanto el pensamiento apodíctico como el dialéctico se valen de premisas para obtener conclusiones, pero mientras en el primero se parte de proposiciones iniciales verdaderas, en el segundo se parte de simples opiniones. Entonces, las conclusiones del pensamiento apodíctico constituyen el dominio de la filosofía, en tanto que las que provienen del pensamiento dialéctico pertenecen al campo del arte de disputar, campo este último que Aristóteles no desdeña, puesto que lo considera como un primer peldaño de la filosofía.

ámbito del derecho, especialmente por los jueces, y no con el propósito de *prescribir* cómo esa actividad debería ser efectuada.

Recordando que toda creación de derecho es a la vez aplicación de derecho, en el sentido de que toda norma jurídica es creada sobre la base de hacer aplicación de la norma superior que regula su creación, y establecido, además, que toda norma que resulta aplicada en el proceso de producción de otra norma tiene que ser interpretada, Kelsen afirma que “la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior”.

Por lo mismo, si todo el que produce derecho a la vez aplica derecho, todo el que aplica derecho, a su vez, debe interpretar este mismo derecho, o sea, tiene necesidad de establecer el sentido y alcance de las normas que aplica.

Por ello, el juez interpreta la ley cuando aplica normas legales al caso de que conoce. Pero el legislador también interpreta el derecho –en su caso la Constitución– cada vez que en aplicación de la carta fundamental produce normas jurídicas abstractas y generales bajo el nombre genérico de “leyes”.

A continuación, Kelsen distingue entre *interpretación auténtica* e *interpretación no auténtica*.

La primera es la que se efectúa por cualquier órgano jurídico que deba aplicar el derecho, como es el caso de jueces y legisladores. La segunda, en cambio, es aquella que no se efectúa por un órgano jurídico de aplicación del derecho, sino por una persona privada, especialmente por los juristas cuando éstos hacen ciencia jurídica en sentido estricto o dogmática jurídica. También es no auténtica la interpretación que del derecho hacen los abogados y la que pueda hacer privadamente un sujeto cualquiera.

La diferencia entre ambos tipos de interpretación –según Kelsen– consiste en que la interpretación privada, sea que se lleve a cabo por la ciencia jurídica, por un abogado o por un sujeto de derecho cualquiera, es pura determinación cognoscitiva de las normas jurídicas interpretadas; en cambio, la interpretación que llevan a cabo los órganos jurídicos conduce a una producción de derecho.

La relación entre una norma superior o fundante y una norma inferior o fundada de un mismo ordenamiento jurídico

–como la que se da, por ejemplo, entre la Constitución y la ley, o bien entre la ley y la sentencia–, es, según Kelsen, una relación de determinación: la norma superior regula la creación de la norma inferior correspondiente y determina comúnmente no sólo quién puede crear la norma inferior, sino el procedimiento que deberá seguirse en la creación de ésta y ciertos límites que en cuanto al contenido de la norma inferior debe respetar el órgano autorizado para producirla.

Sin embargo, la determinación que de la norma inferior hace la norma superior correspondiente nunca es completa, de manera que siempre queda un margen mayor o menor para la discrecionalidad de quién está autorizado para producir la norma inferior de que se trate.

Así, todo acto de producción de derecho está sólo en parte determinado por la correspondiente norma superior, quedando en parte indeterminado, aunque la parte en que dicho acto queda indeterminado es variable según los casos.

Ahora bien, la indeterminación en que dentro de ciertos límites deja la norma superior a la correspondiente norma inferior cuya producción regula puede ser *intencional* o no *intencional*.

La indeterminación es *intencional* cuando ha sido justamente establecida por voluntad del órgano que produjo la norma que se trata de aplicar. Así, por ejemplo, una ley sanitaria determina que en caso de producirse una epidemia, los habitantes de la ciudad o del país afectado tendrán que adoptar, bajo ciertas penas, algunas medidas para evitar la expansión del mal, facultando al órgano administrativo que corresponda para determinar cuáles serán esas medidas según se trate de una u otra enfermedad causante de la epidemia. En este caso, como se ve, no es la ley la que establece las medidas que deberán tomarse y que los habitantes tendrán que obedecer, limitándose a facultar a un órgano determinado para que defina y adopte tales medidas en el momento oportuno.

La *indeterminación no intencional* se produce cuando por la ambigüedad de una palabra o de una secuencia de palabras de la norma superior, el órgano o persona que tiene que aplicarla para producir la norma inferior correspondiente se encuentra con que la norma en cuestión, es decir, la norma superior que debe ser aplicada, es susceptible de varios significados posibles.

pondió al deseo de la moderna cultura del continente occidental de concebir a la jurisprudencia como ciencia, se tuvo por ello que dirigir necesariamente contra la tópica”.

Con todo, Viehweg insiste en que las ciencias se generan cuando surgen problemas de un determinado tipo. Pero mientras esas disciplinas encuentran principios objetivos, seguros y efectivos en su campo, y por ello pueden ser sistematizadas, hay otras —y tal sería el caso de la jurisprudencia— que son insistemizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Por lo mismo, cuando esta segunda situación se presenta sólo es posible una discusión del problema. Y concluye con las siguientes tres afirmaciones: la estructura total de la jurisprudencia solamente puede ser determinada desde el problema; las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él; los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema.

Para concluir ya con el punto de vista de Viehweg, tendríamos que reiterar que sus planteamientos se refieren a la jurisprudencia entendida como ciencia o saber acerca del derecho, esto es, a la labor de los *juristas*, no a la que ejecutan los *jueces*, aunque resulta evidente que al establecer catálogos de tópicos jurídicos se facilita la tarea de quienes están llamados a dar algún tipo de solución a los conflictos jurídicos que se presentan en la vida social.

El pensamiento tópico, más abierto y flexible que el pensamiento sistemático, permitiría un mejor desenvolvimiento del juez cada vez que a éste no le resulta posible establecer con claridad qué decisión espera de él el derecho preexistente al caso, mostrándole, de paso, que él no es un ser inanimado que esté llamado únicamente a repetir las palabras de la ley. Como ha escrito en nuestro medio Gonzalo Cordero, quien en un trabajo sobre el tema analiza un par de decisiones de tribunales chilenos que habrían sido adoptadas tópicamente, Viehweg “volvió la mirada de la ciencia del derecho sobre una técnica que permite ampliar el sustrato de fundamentación material de las soluciones a los conflictos jurídicos”. El oficio de jurista vuelve a

hacerse creativo, lo que no tiene por qué significar irracionalidad o arbitrariedad, “sino todo lo contrario, pues al ampliar la base de fundamentación material del derecho, y al sujetar la legitimidad de las premisas al examen de un auditorio —la mayoría o los más sabios y famosos— se amplía la racionalidad y controlabilidad del quehacer jurídico, satisfaciéndose así los postulados del Estado de Derecho”.

Kelsen y su teoría de la interpretación del derecho y de la interpretación de la ley.— Kelsen advierte reiteradamente que su teoría pura pretende constituir una teoría acerca del derecho positivo en general y no una teoría acerca de un ordenamiento jurídico específico. Por tanto, la teoría pura quiere presentarse como una doctrina general sobre el derecho y no como la interpretación de normas jurídicas determinadas de un ordenamiento jurídico también determinado.

En tal sentido, la doctrina de Kelsen, a la que en su conjunto él denominó “teoría pura del derecho”, sin perjuicio de que ese fue también el título que el autor dio a uno de sus libros más importantes, se presenta como una ciencia *general* del derecho, esto es, como un conjunto de enunciados o proposiciones cognoscitivas acerca de todo derecho positivo, diferenciándose así de la ciencia jurídica *particular*, o dogmática jurídica, que se presenta, a su turno, como un conjunto de enunciados o proposiciones cognoscitivas acerca de un determinado ordenamiento jurídico positivo dotado de realidad y vigencia histórica.

Por lo mismo, si a la dogmática jurídica, en cuanto ciencia jurídica particular, corresponde llevar a cabo la interpretación de las normas y otros estándares que pertenecen a un determinado ordenamiento jurídico, a una ciencia general del derecho —como es el caso de la obra de Kelsen— le corresponde ofrecer una teoría sobre la interpretación jurídica en general.

Es por eso que Kelsen, sin estar interesado en decir cómo deben ser interpretadas las normas de un determinado ordenamiento jurídico, ofrece, sin embargo, una teoría de la interpretación que pueda tener validez por referencia a todo ordenamiento jurídico.

Cabe señalar, asimismo, que cuando Kelsen se propone ofrecer una teoría de la interpretación jurídica, lo hace con el ánimo de *describir* cómo la actividad interpretativa tiene lugar en el

consistían, por su parte, en un conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados en la causa.

Sin embargo, el significado de una ley no siempre es claro y a menudo tiene que ser descubierto mediante la interpretación, aunque la interpretación –para la teoría tradicional que Ross examina– es fundamentalmente una tarea teórica-empírica. Según un punto de vista como éste, “el juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez es un autómeta. Se da por sentado que tiene que respetar la ley y su función se limita a un acto puramente racional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que ésta hace con los hechos del caso que tiene que decidir”.

Ross cree que una manera semejante de describir las cosas no se ajusta para nada a la realidad, puesto que la interpretación de la ley, en cuanto determinación del sentido de ésta, con frecuencia no conduce a ningún resultado cierto.

El autor llama enseguida la atención acerca de que la inevitable vaguedad de las palabras de la ley, así como la inevitable limitación que existe para determinar la profundidad intencional de ésta, hacen que a menudo sea imposible establecer con seguridad si el caso que el juez debe resolver está o no comprendido por el significado de la ley. Muchas veces el caso no es obvio y es razonablemente posible definir el significado de las palabras de la ley tanto de una manera en que los hechos resulten comprendidos en ella como de una en que tales hechos queden fuera del campo de referencia de la ley. Así las cosas, la interpretación, en el sentido propio de este término, es decir, como actividad cognoscitiva que sólo busca determinar el significado en tanto que hecho empírico, tiene que fracasar.

Con todo, el juez no puede dejar de cumplir su tarea, o sea, no puede eximirse de conocer y de fallar el asunto de que se trate sólo porque se encuentra en la dificultad antes planteada. El juez “tiene que decidirse”, dice Ross, y “esta elección ha de originarse, cualquiera sea su contenido, en una valoración”. Por lo mismo, “su interpretación de la ley (en un sentido ahora más amplio) es, en esta medida, un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento”, puesto que “sus motivos no se reducen al deseo de acatar una determinada directiva” dada previamente por el legislador.

Además de lo anterior, Ross afirma que el punto de vista tradicional también falla “porque el juez es un ser humano” y, “aun cuando la obediencia al derecho (la *conciencia jurídica formal*) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción”, puesto que el juez “no es un autómeta que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones”.

Junto a esa conciencia jurídica formal –continúa argumentando Ross– está lo que el autor llama *conciencia jurídica material*, esto es, el conjunto de “ideales, actitudes, estándares o valoraciones que constituyen lo que hemos denominado ‘tradicón cultural’”. En consecuencia, bajo el nombre antes indicado de conciencia jurídica material, dicha tradición “vive en el espíritu del juez y crea un motivo que puede llegar a entrar en conflicto con la conciencia jurídica formal y su reclamo de obediencia al derecho”.

En suma: si la conciencia jurídica formal vincula al juez con la ley, su respeto por ésta nunca es absoluto, ni tampoco la ley es el único motivo que lleva al juez a decidir en un sentido o en otro. Junto a la conciencia jurídica formal está la de carácter material, que hace fuerza sobre el juez para que su decisión pueda ser aceptada no sólo como correcta desde el punto de vista de las normas legales en juego, sino también como justa o como socialmente deseable, no descartándose tampoco la posibilidad de discrepancias entre una y otra conciencia. Ahora bien, si la discrepancia entre una y otra excede cierto límite, el juez puede llegar a prescindir de restricciones impuestas por las palabras de la ley o por la intención del legislador y llegar a una “interpretación constructiva que no se reduce a buscar una mayor precisión, sino que enmienda los resultados a que llegaría una interpretación de la ley que simplemente averiguase lo que ésta significa”.

Del modo antes indicado, tanto la conciencia jurídica formal como la material inciden en las interpretaciones que prefieren los jueces y en las decisiones que ellos finalmente adoptan, hasta el punto de que Ross afirma que “la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material”, de modo que las decisiones a que arriban los jueces están siempre determinadas por el efecto *com-*

Trátese de una indeterminación intencional o no intencional, lo cierto es que para Kelsen toda norma jurídica ofrece varias posibilidades de interpretación y, por consiguiente, varias posibilidades de aplicación. Por lo mismo, la interpretación del derecho es una actividad que se encamina no a determinar el *único significado* posible de la norma, el cual pueda ser presentado como el correcto sentido y alcance de la misma, sino las *diversas posibilidades* de interpretación que la norma admita. De este modo, escribe el autor, "la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias decisiones, todas las cuales, en la medida que quepan dentro del marco de posibilidades de interpretación de la ley de que se trate, tienen el mismo valor".

De lo anterior se desprende que toda norma jurídica, y, en particular, toda norma legal, es un marco abierto a *varias posibilidades de interpretación*, de manera que interpretar una ley equivale únicamente a fijar el marco de posibles sentidos y alcances que ella admita, pudiendo luego el intérprete —por ejemplo, el juez en el caso de la interpretación judicial— escoger uno de tales significados y fundar en él la decisión correspondiente.

Por lo mismo, en la interpretación judicial de las leyes se combinan un acto *cognoscitivo* y otro *volitivo*. El acto *cognoscitivo* se produce en la medida en que el juez, auxiliándose para ello de los métodos o elementos de la interpretación de la ley, fija el marco de posibles sentidos y alcances que tiene la ley interpretada. Por su parte, el acto *volitivo* se produce en el momento en que el juez, una vez fijado el marco de posibles interpretaciones que la norma admite, escoge uno de ellos y lo ofrece como fundamento de su decisión. Y en cuanto a las motivaciones que el juez tiene para escoger una u otra de las interpretaciones posibles, Kelsen sostiene que ellas tienen que ver con las concepciones políticas y morales del juez que lleva a cabo la elección.

En consecuencia, los métodos o elementos de la interpretación de la ley sirven al juez únicamente para fijar el marco de posibles interpretaciones que la o las normas legales admitan. Una vez fijado ese marco, cualquiera de las interpretaciones que quepan dentro de él es válida. Pero el juez terminará por preferir una de ellas sobre las restantes movido por sus concepciones de carácter político y moral, sea o no cabalmente consciente

de esto y lo admita o no al momento de adoptar la correspondiente decisión.

Alf Ross y la interpretación judicial de la ley.— En su libro *Sobre el derecho y la justicia*, este jurista escandinavo sostiene que es preciso alcanzar una idea lo más clara posible de la actividad que realizan los jueces cuando llevan a cabo la tarea de interpretar y aplicar las leyes a los casos sometidos a su conocimiento y decisión. En esto, lo mismo que acontece con Kelsen, Ross actúa movido por un propósito descriptivo y no prescriptivo de la función jurisdiccional y del proceso de interpretación y aplicación judicial de la ley, esto es, procura establecer cómo operan de hecho la función jurisdiccional y la interpretación judicial de ley y no cómo éstas deberían operar.

El autor afirma que el juez realiza actos de tipo cognoscitivo. Así, por ejemplo, el juez debe conocer los hechos del caso y el contenido de las posibles normas aplicables. Sin embargo, aun cuando el camino que sigue el juez resulta indudablemente preparado por procesos de tipo cognoscitivo, ello no modifica el hecho de que la administración de justicia, por su propia naturaleza, conduzca finalmente a una decisión, esto es, a un acto de voluntad.

Ross llama la atención acerca de que de acuerdo con el punto de vista tradicional las decisiones de los jueces surgen de un sustrato en la conciencia constituido por *dos* componentes. *Primero*, un motivo que da a la actividad su dirección en procura de una meta; y, *segundo*, ciertas concepciones operativas, esto es, ciertos elementos cognoscitivos que dirigen la actividad hacia dicho fin. Para ilustrar este punto de vista, Ross se vale de la siguiente analogía: "Mi decisión de salir con paraguas brota del deseo de no mojarme, como motivo, en conexión con la concepción operativa de que probablemente lloverá y de que el paraguas es un instrumento de protección".

De acuerdo a eso, la teoría tradicional acerca de la función de administrar justicia, de naturaleza positivista-mecanicista, ofrece, según Ross, un cuadro muy simple de aquellos dos componentes, puesto que suponía que el motivo era (o debía ser) la obediencia a la ley, es decir, una actitud de acatamiento y respeto hacia el derecho vigente, concebido éste como voluntad del legislador, y suponía, además, que las concepciones operativas

sentencia, y marcan el camino que deben seguir los jueces en el conocimiento y fallo de los asuntos. Parte de ese camino, como es obvio, está constituido por la interpretación que los jueces deben hacer del derecho preexistente al caso.

Los jueces estructuran sus decisiones como si se tratara de consecuencias necesarias que se siguen de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro, lo cual puede ser así en los casos más simples o rutinarios, mas no en los complejos o en aquellos que se presentan como auténticos casos difíciles.

Las normas del derecho legislado operan sin dificultades respecto de los casos más ordinarios o comunes de que conocen los jueces. Sin embargo, la legislación tiene una característica común a todo lenguaje humano, consistente en que, atendida la vaguedad o la ambigüedad de muchos términos y frases, se presenta como una "textura abierta", según la expresión del propio Hart, de modo que en muchos casos que se ventilan ante los tribunales las leyes no permiten un único resultado o decisión de parte de los jueces.

"En los casos más importantes —sostiene Hart— hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley. Únicamente la tradición de que los jueces 'hallan' y no 'crean' el derecho ha ocultado eso, y presenta sus fallos como si fueran deducciones fácilmente hechas a partir de reglas claras preexistentes, sin que intervenga la elección del juez". Y concluye: "Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido. Sin embargo, todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas".

Por lo mismo, el lenguaje general dotado de autoridad de que se valen las leyes y por medio del cual se manifiestan y expresan las reglas que el juez debe aplicar, sólo puede guiar a éste de una manera incierta, de donde se sigue que "el ámbito discrecional que deja el lenguaje puede ser muy amplio".

"Es una característica de la condición humana (y por ello también de los legisladores), escribe Hart, que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el

segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular previsiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todo los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica *mecánica*".

Obviamente —continúa Hart—, ese mundo no es el nuestro, porque los legisladores humanos no pueden tener conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Por tanto, "la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso en caso".

Con todo, Hart llama a no exagerar con la textura abierta del derecho y a verla en su justa perspectiva, con lo cual quiere decir que el amplio campo abierto al ejercicio de la discreción judicial no debe ocultar el hecho de que la estructura dentro de la cual tiene lugar el ejercicio de la función jurisdiccional está compuesta por normas generales cuya aplicación puede ser realizada a veces sin recurrir a la discreción de algún órgano oficial. Por lo mismo, el autor no comparte la idea del realismo jurídico norteamericano en orden a que las normas del derecho legislado son únicamente predicciones acerca de lo que harán los tribunales o apenas ingredientes para la elaboración posterior por parte de los jueces del auténtico derecho —el derecho judicial—, puesto que tales normas, tratándose de los jueces, no funcionan simplemente como hábitos o como bases para predecir decisiones de jueces o acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos de conducta que son aceptados y que, a pesar de su textura abierta, son lo suficientemente determinados como para *limitar*, aunque no para *excluir*, la discrecionalidad judicial.

De ese modo, Hart se opone tanto al formalismo extremo, para el cual las normas sujetan al juez como cadenas, como al

binado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa del juzgador.

Ross dice que la conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones judiciales, y si en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica material aprueba también la correspondiente decisión, o que, en todo caso, no la encuentra incompatible con su idea de lo justo o con lo que se considera socialmente deseable, puesto que si los postulados político-morales de su conciencia jurídica material hubieran llevado al juez a considerar que la decisión era inaceptable, éste habría encontrado el camino, mediante una argumentación adecuada, para evitar esa decisión.

Cabe llamar la atención, asimismo, que Ross no considera que la dimensión *cognoscitiva* y la dimensión *valorativa* de la función jurisdiccional sean de tal modo diferentes que el juez pudiera elegir entre una y otra. Lo que ocurre es que ambas dimensiones se fusionan en la práctica judicial, lo cual dificulta la posibilidad de establecer con precisión dónde termina una y dónde comienza la otra. Simplemente, cuando se otorga por el juez una mayor fuerza relativa al factor valorativo sobre el cognoscitivo, diremos que estamos en presencia de un estilo de interpretación *libre*, o, al menos, relativamente libre. En cambio, cuando el juez conceda un mayor peso relativo al factor cognoscitivo sobre el valorativo, diremos que estamos en presencia de un estilo de interpretación *limitado*, o, al menos, relativamente limitado. Sin embargo, como aclara enseguida el autor, “es difícil decidir si la diferencia en estilo es tan grande como puede parecer a primera vista. Porque puede que la diferencia no esté tanto en el grado de libertad de que goza el juez, como en la franqueza con la que esa libertad es reconocida”.

Por tanto, más que preguntar acerca de cuán libres son o no los jueces al momento de adoptar sus decisiones, habría que preguntar sobre cuán dispuestos están los jueces a reconocer el grado de libertad con que adoptan de hecho sus decisiones.

Hart, la discreción judicial y la crítica de Dworkin.— Tal como tuvimos oportunidad de explicar en el capítulo II, para Herbert Hart el derecho es algo que contiene normas, algo que tiene que ver preferentemente con normas, una unión, en fin, de lo que el autor llama “reglas primarias” y “reglas secundarias”.

Las reglas primarias, también llamadas “reglas de obligación”, son aquellas que imponen directamente determinados deberes bajo la amenaza de medidas coercitivas. Las leyes penales son un buen ejemplo de este tipo de reglas, puesto que tienen la pretensión de que los sujetos normativos se abstengan de realizar determinadas conductas consideradas de especial gravedad y anexan un castigo para el caso de que un sujeto ejecute alguna de tales conductas.

Todo derecho, aun el de las comunidades más primitivas, incluye un buen número de reglas primarias e, incluso, un derecho poco primitivo puede reducirse a este solo tipo de reglas.

Sin embargo, sociedades evolucionadas no pueden regirse únicamente por reglas primarias, puesto que éstas adolecen de ciertos defectos, a saber, falta de certeza, carácter estático e ineficiente presión social para hacerlas cumplir. Pues bien, el remedio para cada una de esas tres carencias de las reglas primarias es suministrado por las reglas secundarias. Así, el remedio para la falta de certeza lo proporciona la *regla de reconocimiento*, que es aquella que especifica las características que tiene que poseer una regla para que se la pueda tener como parte del ordenamiento respectivo. Por su parte, el remedio para el carácter estático de las reglas primarias lo proveen las llamadas *reglas de cambio*, esto es, aquellas reglas secundarias que establecen quiénes tendrán la potestad de introducir nuevas reglas primarias o de modificar o derogar las ya existentes. Por último, la insuficiente presión social para hacer cumplir las reglas primarias se remedia por medio de las denominadas *reglas de adjudicación*.

Las *reglas de adjudicación* —que son las que interesan en este momento— son aquellas que facultan a alguien para que determine en forma revestida de autoridad si en una ocasión determinada se ha transgredido o no una regla primaria. Estas reglas secundarias no sólo identifican a los individuos que deben juzgar los casos jurídicamente relevantes de la vida social, sino que, además, señalan los procedimientos que tales individuos deben observar en el conocimiento y fallo de los asuntos. En fin, se trata de reglas que junto con imponer al juez el deber de juzgar, le conceden potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a las decisiones judiciales.

Las reglas de adjudicación, por lo mismo, son las que definen conceptos jurídicos importantes, tales como *juez*, *jurisdicción*,

dice que alguien tiene discreción si las decisiones que está llamado a tomar está guiada por estándares que personas igualmente razonables podrían interpretar de diferentes maneras. Así, por ejemplo, un sargento goza de discrecionalidad en este primer sentido si se le ordena que forme una patrulla con sus cinco hombres más experimentados. En *segundo* lugar, se dice que alguien tiene discreción si la decisión que está llamado a adoptar es definitiva, esto es, que no puede ser revisada ni anulada por ninguna autoridad superior. Tal es el caso del árbitro de fútbol que valida un gol en un partido. En *tercer* término, se dice también que una persona tiene discreción cuando un conjunto de estándares que le imponen ciertos deberes, no le imponen, sin embargo, deber alguno respecto de una decisión determinada. Tal es el caso, en un contrato de arrendamiento, de la cláusula que permite al arrendatario la renovación discrecional del contrato.

Dworkin concede que la discreción judicial funciona en los dos primeros sentidos antes indicados, mas no en el tercero. Así, "si hay una norma que exija inequívocamente una decisión jurídica determinada, y entre los juristas hay discrepancias acerca de la decisión que corresponda adoptar, los jueces tendrán discreción en el primero de los sentidos indicados, porque tendrán que ejercer su iniciativa y su juicio más allá de la aplicación de una regla establecida. También es obvio que si los jueces en cuestión forman un tribunal supremo de apelación, tendrán discreción en el segundo sentido. Pero no podemos llegar a la conclusión —dice el autor— de que esos jueces tengan discreción en el tercer sentido.

El autor norteamericano centra su crítica a Hart en lo que llama "casos difíciles". Para Dworkin, un caso difícil es el que se presenta cuando un determinado asunto no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente por alguna institución. Dicho con mayor precisión, los casos difíciles son tanto aquellos respecto de los cuales no hay norma aplicable como aquellos en los que se detectan en las normas aplicables vaguedades, ambigüedades, contradicciones o imprecisiones que desconciertan al juez y le sugieren que el caso tiene más de una alternativa de solución. Por lo mismo, tratándose de casos difíciles, Hart dice que el juez tiene discreción "para decidir el caso en uno u otro sentido", mientras que Dworkin

sostiene que atribuir al juez semejante competencia es enteramente inadecuado.

Inadecuado, primero, porque para adoptar la decisión del caso se empuja al juez fuera del ordenamiento jurídico. Inadecuado, acto seguido, porque de ese modo se vulnera la seguridad jurídica de quienes han solicitado la intervención del juez. E inadecuado, en fin, porque en una democracia no se puede otorgar semejante poder a quienes, a diferencia de lo que ocurre con los legisladores, no han sido elegidos por sus ciudadanos por medio de una votación popular ampliamente participativa.

A la crítica precedente, Hart responde diciendo que el que a los jueces les sean confiadas facultades decisorias para solucionar conflictos cuya regulación no está prevista por el derecho, o lo está de una manera indeterminada, puede ser considerado como un precio que hay que pagar para evitar la inconveniencia de otras soluciones —por ejemplo, reenviar el problema al órgano legislativo—, máxime si tales facultades decisorias de los jueces son apenas "intersticiales", expresión esta última con la que el jurista de Oxford quiere decir que se trata de facultades sujetas a muchas limitaciones y que no pueden ser utilizadas por los jueces para imponer reformas o cambios a gran escala en el derecho vigente.

Además —continúa Hart—, la delegación de facultades legislativas al ejecutivo es algo bien conocido en las democracias modernas. Del mismo modo, una delegación semejante al poder judicial no parece constituir una gran amenaza para la democracia.

Jerzy Wroblewski y su idea de la interpretación operativa.— Este autor polaco considera que la interpretación que de las leyes hacen los jueces constituye un ejemplo típico de lo que él llama "interpretación operativa". Por su parte, la interpretación operativa es uno de los tipos de interpretación jurídica que pueden ser señalados atendiendo a la fuente de la interpretación, es decir, atendiendo a quién lleva a cabo la interpretación.

"Interpretación operativa —dice Wroblewski— es la interpretación que se realiza en la aplicación del derecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión." En consecuencia, se trata de una interpretación que realiza un órgano encargado de la

escepticismo extremo, que ve en las normas poco más que “juguetes vistosos” cuya única importancia consiste en predecir lo que los jueces harán en determinados casos.

Por último, considera Hart que los jueces aceptan como derecho las leyes vigentes, en primer lugar, porque existe un acatamiento general a esa exigencia, de modo que los jueces, individualmente considerados, rara vez se apartan de ella; y, en segundo término, porque desviarse de tal exigencia introduce grados de incerteza entre los ciudadanos que pueden ser muy perjudiciales.

Tal como fue dicho antes, Hart se opone al realismo jurídico norteamericano, al que considera una “pesadilla”, porque tal doctrina sugiere que el derecho preexistente al caso que el juez debe resolver se encuentra vacío de toda solución y contiene únicamente algunos ingredientes que el juez podrá utilizar al momento de construir la solución definitiva del caso.

Por otra parte, Hart se opone también al punto de vista de Dworkin, al que califica de “noble sueño”, porque, justo lo contrario del realismo norteamericano, sugiere la idea de un derecho preexistente de carácter autosuficiente, esto es, de un derecho tan rico y detallado que el juez siempre puede descubrir pautas, guías o principios que le permitan resolver sin discrecionalidad alguna los distintos asuntos controvertidos.

La postura de Hart a este respecto es intermedia: él considera que el derecho preexistente al caso contiene gran número de reglas legislativas y consuetudinarias, como también precedentes de los propios tribunales, aunque ni aquellas ni éstos son suficientemente numerosos y precisos para que el juez pueda resolver todos los casos sin ejercer jamás discrecionalidad.

La tesis de Dworkin podría resumirse diciendo que para él todo ordenamiento jurídico suficientemente desarrollado ofrece una tal cantidad y variedad de materiales normativos, incluyendo normas propiamente tales y principios, que siempre es posible para el juez descubrir una única respuesta jurídica correcta para cada caso de que conoce, incluidos los casos difíciles, de modo que la discrecionalidad judicial queda eliminada como práctica legítima.

Cabe señalar, sin embargo, que el punto de vista de Dworkin acerca de “la única respuesta correcta” no está basado, como en el caso de la Exégesis, en una concepción mecanicista de la

función judicial, consistente en identificar la voluntad que el legislador depositó en la ley y trasladarla al caso concreto que puede ser subsumido en dicha ley, sino en la convicción de que todo ordenamiento jurídico evolucionado no está compuesto únicamente por normas, sino también por principios y por precedentes que juegan un papel muy importante en la aplicación del derecho por parte de los jueces.

Dworkin parte de la base de que el derecho preexistente a los casos que deben ser resueltos por los jueces está formado no sólo por normas, sino también por principios, de manera que, según Dworkin, el error de Hart y de otros positivistas no consistiría en afirmar que las normas jurídicas son estándares que los jueces utilizan en sus decisiones, sino en creer y hacer creer que las normas son los *únicos* estándares que se encuentran en la mente del juez al momento de decidir los casos. Por lo mismo, el derecho preexistente al caso, ya sea por medio de una de sus normas o de uno de sus principios, provee siempre una única solución correcta para el caso que el juez debe resolver y el cometido del juez tiene que consistir en ponerse en marcha para encontrar esa solución y aplicarla luego al caso de que se trate.

Por lo mismo, la presencia en todo ordenamiento jurídico de los llamados *principios* aseguraría, según Dworkin, una suerte de integridad o plenitud —muy distinta, en todo caso, a aquella que la Exégesis creía ver en todo derecho— que permite al juez encontrar una solución correcta para todos los casos sin hacer uso de su discreción en el sentido fuerte de este término y sin tener tampoco que escoger una solución por motivos puramente políticos o morales. Es probable —admite el autor— que al proceder de ese modo cada juez “refleje sus propias convicciones intelectuales y filosóficas”, aunque esto es muy distinto de “suponer que dichas convicciones tienen alguna fuerza independiente en su argumentación por el solo hecho de ser suyas”.

Como se ve, si bien Dworkin escoge como blanco de su crítica la teoría de Hart, es evidente que su punto de vista, especialmente en lo que concierne a la afirmación de una sola respuesta correcta, se opone también, y quizás con mayor fuerza, a las teorías que Kelsen y Ross tienen acerca de la interpretación judicial de las leyes.

Respecto de la discreción judicial, Dworkin precisa *tres* maneras distintas de utilizar una expresión como esa. *Primero*, se

refieran a valoraciones. Piénsese, por ejemplo, en las expresiones “favorable” y “odioso” que aparecen en el Art. 23 del Código Civil.

Hasta aquí Wroblewski ha pretendido enunciar una teoría *descriptiva* de la interpretación operativa, esto es, un conjunto de proposiciones que responden a la pregunta cómo y por qué *se hace* una interpretación.

Sin embargo, existen también teorías *normativas* de la interpretación, que son aquellas que procuran responder a la pregunta cómo y por qué *debe hacerse* una interpretación. Por lo mismo, las teorías de este segundo tipo se presentan como un conjunto relativamente ordenado y completo de las valoraciones y directivas interpretativas que deberían guiar las interpretaciones operativas de los jueces.

Por último, y en lo que concierne a la interpretación judicial como búsqueda y establecimiento de la “única interpretación correcta”, Wroblewski advierte que la tesis de la única interpretación correcta es aceptada por cualquier ideología que sostenga que la tarea de la interpretación consiste en descubrir el significado de una norma legal que es, al menos en parte, independiente de la actividad del intérprete.

El caso paradigmático al respecto es el de la teoría tradicional o subjetiva de la interpretación, que sostiene que el significado de una norma legal no puede ser otro que el que determinó la voluntad del legislador histórico. Sin embargo, la teoría contraria tampoco se escapa de la tesis antes mencionada, puesto que sostiene que el significado cambiante de una norma legal, si bien independiente de la voluntad del legislador histórico, es algo objetivo que vive en la propia norma.

Para Wroblewski, en consecuencia, la tesis de la única interpretación posible es *ideológica* y presenta serios problemas desde el punto de vista de una teoría general de la interpretación. Sin embargo, tratándose de la interpretación legal o auténtica, como también de la interpretación judicial, en presencia de distintas alternativas de interpretación, la cuestión de la única interpretación correcta se resuelve en un argumento de autoridad: el legislador y el juez, según el caso, adoptan finalmente una de las alternativas y dan una solución al respecto. Por tanto, en ambos casos, si bien puede resultar discutible la *búsqueda* de una única interpretación correcta, no resulta discutible, en definiti-

va, el *establecimiento* que se lleva a cabo por esas autoridades en el sentido antes indicado.

En cuanto a la interpretación doctrinal de la dogmática jurídica, la tesis de la búsqueda de una única interpretación correcta está también muy enraizada, aunque, como sabemos, la dogmática no tiene el deber de encontrar una respuesta ni tiene tampoco la competencia para tomar una decisión –al contrario de lo que ocurre con los órganos de aplicación del derecho– y bien puede permanecer en el terreno donde los varios significados posibles de las normas legales pueden ser presentados como igualmente justificados.

Este último punto es desarrollado por el siguiente autor que vamos a considerar a propósito de la materia que nos encontramos desarrollando.

Legisladores, juristas y jueces: la tesis de Aulis Aarnio acerca del trabajo en equipo.– Este autor finlandés advierte que el derecho puede ser definido como un sistema coactivo que está siempre determinado por la historia y por la sociedad donde se produce y debe recibir aplicación, aunque lo típico de los juristas es percibir y definir el derecho en su dimensión normativa, es decir, como un conjunto de normas.

Ambas definiciones, sin embargo, son unilaterales, puesto que el derecho no es sólo un sistema de poder ni tampoco es exclusivamente un conjunto de normas.

Respecto de las normas jurídicas, el papel de éstas, dice Aarnio, ha sido a menudo ilustrado comparándolas con los rieles de un ferrocarril, puesto que o bien uno obedece o bien viola las reglas. Lo que no resulta posible es obedecerlas “más o menos”, de la misma manera que un tren no puede desplazarse parcialmente sobre los rieles.

Sin embargo, no siempre se puede estar seguro acerca de cuál regla es la que hay que seguir. Esto es consecuencia de que las reglas son comunicadas a los ciudadanos por medio del lenguaje y las expresiones de éste dejan siempre lugar para la discrecionalidad. Así, la persona que no sabe cuál es la norma que hay que seguir se ve puesta ante una bifurcación ferroviaria. No sabe qué alternativa elegir, aunque –en el caso de los jueces– tiene que elegir una vía para continuar su camino.

aplicación del derecho, a fin de determinar un significado de normas que le merecen dudas y que le conduzca a adoptar una decisión.

Por lo mismo, un modelo general de interpretación operativa, aplicable, por cierto, a la interpretación judicial de las leyes, ofrece los siguientes elementos: a) una duda inicial concerniente al significado de la regla a aplicar; b) uso de directivas interpretativas que implican valoraciones; y c) toma de una decisión interpretativa que ha de ser justificada.

Respecto al primero de tales elementos, la interpretación jurídica en sentido estricto es necesaria cuando se producen dudas concernientes al significado de una o más normas, dudas que surgen con ocasión de la aplicación de tales normas y que provienen de los problemas que ofrece el lenguaje jurídico empleado por quien introdujo las normas.

En cuanto al segundo elemento, es preciso distinguir dos tipos de directivas: *directivas de primer nivel*, que son las que determinan el modo en que el intérprete debe atribuir significado a una norma —por ejemplo, la directiva del Art. 19 del Código Civil chileno—, y *directivas de segundo nivel*, que son las que determinan cómo deben ser utilizadas las directivas de primer nivel y que, además, resuelven la cuestión de cómo elegir entre los diferentes resultados a que puede conducir la aplicación de las directivas de primer nivel. Por lo mismo, las directivas de segundo nivel son tanto de *procedimiento* como de *preferencia*. Las de procedimiento determinan cómo deben utilizarse las directivas de primer nivel —por ejemplo, los Arts. 20 y 21 de nuestro Código Civil, que establecen, en relación con el Art. 19, cómo deben ser entendidas las palabras de la ley—, mientras que las de preferencia determinan la manera de escoger entre diferentes resultados que se puedan seguir de la aplicación de las directivas de primer nivel, por ejemplo, la directiva del Art. 23 del Código Civil.

Lo decisivo, en todo caso, es que tanto las directivas de primer como de segundo nivel responden a opciones valorativas acerca de qué se entiende por interpretación apropiada y cuál es el papel, de una determinada intención —por ejemplo, la del legislador— en la atribución de significado a las normas legales.

Respecto ahora al tercer elemento de toda interpretación operativa, Wroblewski llama la atención acerca de que en todo ordenamiento jurídico se exige que las decisiones interpretativas, en

particular tratándose de los jueces, sean decisiones justificadas, esto es, decisiones a favor de las cuales puedan darse razones tales que las hagan, precisamente, “razonables”, “persuasivas”, “convincientes”, de modo que tales decisiones puedan ser compartidas por los demás integrantes de la comunidad jurídica.

A propósito de la justificación de una decisión, Wroblewski, diferenciándose en esto tanto de Kelsen como de Ross, llama a no confundir la *justificación* de una decisión con una *descripción* del proceso en virtud del cual esa decisión es tomada. De no establecer con claridad la diferencia entre justificación de una decisión y la descripción del proceso de toma de esa decisión, derivan según Wroblewski dos errores: *uno*, el creer que las decisiones interpretativas son el resultado de un simple razonamiento deductivo; y *dos*, el de considerar que la toma de decisión es algo puramente valorativo o derechamente intuitivo o irracional.

Wroblewski concede especial importancia a la justificación de las decisiones interpretativas que adoptan los tribunales cuando aplican el derecho. Al respecto, admite que hay distintos estilos de toma de decisiones judiciales, que cambian según sea la cultura jurídica que prevalece en cada país, aunque lo relevante es que la decisión “debe exponerse no como un acto arbitrario, sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente presentado y, también, racionalmente controlado”.

De acuerdo a todo lo expuesto previamente, las valoraciones influyen de tres maneras en toda interpretación operativa, y, desde luego, en la que llevan a cabo los jueces:

a) cuando se trata de determinar si el significado de una norma es claro o si existen dudas al respecto, la elección final del juez a este respecto puede estar influenciada por valoraciones;

b) también hay una elección influenciada por valoraciones cuando se trata de escoger entre directivas interpretativas de primer nivel y directivas de segundo nivel, puesto que muchas directivas interpretativas, tanto de uno como de otro nivel, son concurrentes y su aplicación conduce a una determinación diferente del significado;

c) el empleo de las propias directivas interpretativas puede exigir valoraciones cuando la formulación o el enunciado lingüístico de estas directivas incluya términos valorativos o que se

de los ciudadanos o de otros tipos o clases de personas, de modo que la dogmática es una actividad inevitablemente vinculada a la interpretación y sistematización de materiales normativos previamente dados. Y tocante a lo segundo, la dogmática difiere también de la práctica normal del abogado, de quien se espera más habilidad profesional que actitudes científicas. En cambio, la dogmática difiere de la práctica judicial sólo en lo que se dijo antes, a saber, en que los jueces tienen el poder y el deber de dar soluciones y los juristas no, aunque la estructura de la justificación que dan a sus conclusiones es análoga en ambos casos, lo cual quiere decir que cuando unos y otros aclaran el contenido del ordenamiento jurídico *piensan* de manera similar.

“Resumiendo —concluye Aarnio—, el hecho de que el dogmático jurídico no decida casos concretos, el hecho de que la autoridad que aplica el derecho no sistematice normas jurídicas, o el hecho de que —a diferencia de la posición del científico— sólo el juez (y los funcionarios administrativos) detenta el poder en el sistema es irrelevante desde un punto de vista *epistemológico*”.

4. INTERPRETACION DE OTRAS FUENTES DEL DERECHO

La interpretación de los tratados internacionales. La interpretación de la costumbre jurídica. La interpretación de los contratos. La interpretación de la sentencia judicial.

La interpretación de los tratados internacionales.— Si bien desde el punto de vista de su proceso o fase interna de formación los tratados pueden ser considerados como un tipo o clase de ley, lo cierto es que los tratados, en sus diversos aspectos, incluido el de su interpretación, se encuentran regulados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que fue suscrita el 23 de mayo de 1969.

Los Estados que suscribieron esa Convención admitieron la importancia fundamental de los tratados en la historia de las relaciones internacionales; reconocieron la cada vez mayor importancia que tienen los tratados como fuentes del derecho internacional y como medio para desarrollar la cooperación pa-

cífica entre las naciones; afirmaron que las controversias entre los Estados deben resolverse por medios pacíficos; y proclamaron que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados que fueron logrados en la Convención contribuirían a la consecución de los propósitos de la organización de las Naciones Unidas, aunque declararon también que las normas del derecho internacional consuetudinario continuarían rigiendo las cuestiones no reguladas por las disposiciones de la Convención.

La Parte III de la Convención, en sus Arts. 26 a 38, trata de la *observancia, aplicación e interpretación* de los tratados.

En punto a la *observancia* de los tratados, el Art. 26 da expresión al principio conocido como *pacta sunt servanda* y dispone que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Seguidamente, el Art. 27, a propósito de la relación entre el derecho interno de los Estados y la observancia de los tratados, declara que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En cuanto a la *aplicación* de los tratados, los Arts. 28 a 30 de la Convención establecen algunos principios de importancia, tales como el de la irretroactividad de los tratados, territorialidad de éstos y aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

Por su lado, los Arts. 31, 32 y 33 norman lo relativo a la *interpretación* de los tratados, estableciendo a este respecto determinadas reglas y principios.

La *regla general* es que los tratados deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos, y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado.

Si se atiende a dicha regla, es posible advertir que ella consagra cuatro principios en materia de interpretación de los tratados: el *principio de la buena fe*, el *principio del sentido corriente de los términos del tratado*, el *principio del contexto*, y el *principio del objeto y fin del tratado*.

El primero de tales principios alude a la actitud que debe adoptarse con ocasión de llevar a cabo la interpretación de un tratado. El segundo remite al intérprete al texto del tratado y establece que los términos de éste deben ser entendidos según el uso co-

Ningún ordenamiento jurídico es tan perfecto que permita obtener una respuesta para todos los problemas. Como señala el autor, "la vida es demasiado rica y los seres humanos demasiado veleidosos como para que sea posible captar con las palabras de la ley todos los conflictos de nuestra vida humana". De este modo, un juez, un funcionario administrativo, un abogado, un jurista, se ven confrontados permanentemente con el problema de la incertidumbre acerca de los contenidos del ordenamiento jurídico.

Pero como la vida social no puede caer en el caos, es preciso disipar esa incertidumbre y establecer cuál es el contenido de las normas jurídicas, lo cual sólo puede ser conseguido por medio de la interpretación, aunque cuidando siempre que ésta sirva tanto al objetivo de estabilidad del ordenamiento jurídico como al de flexibilidad de éste según las circunstancias.

La tensión entre las normas jurídicas y la realidad social se reduce entonces gracias a la interpretación que se hace de las primeras. En tal sentido, "los artículos de una ley son como una banda de goma. El intérprete los estira o ajusta según las circunstancias. Sólo cuando permiten una única interpretación, es decir, cuando han sido estirados hasta su límite extremo, ha llegado la hora de solucionar el problema creando nuevas regulaciones".

Si se razona de ese modo —crea Aarnio—, la creación del derecho es un "trabajo en equipo" en el que participan el órgano que formula reglas (el parlamento) y el que administra justicia (los tribunales), sin que deba perderse de vista el apoyo que tanto a uno como a otro prestan los juristas con sus enfoques científicos acerca de los contenidos de las normas y sus posibilidades de aplicación.

La diferencia entre jueces y juristas, sobre todo desde el punto de vista de la *función social* que corresponde realizar a unos y a otros, es bastante notoria, aunque desde el punto de vista de la *interpretación jurídica* las similitudes son mayores que las diferencias.

En efecto, los jueces tienen a la vez el poder y el deber de dar soluciones, mientras que los juristas no tienen ni la facultad ni la obligación de tomar decisiones. "El científico puede olvidarse del problema por un tiempo si no logra una solución satisfactoria con los argumentos disponibles", y no tiene el tipo de responsabilidad que pesa sobre el juez en razón de su cargo.

Tratándose de la interpretación judicial de la ley, Aarnio critica la teoría tradicional que consiste en presentar esta actividad como una serie de "pasos" que debe dar el juez, a saber, el establecimiento de los hechos del caso, la identificación y aclaración de las normas relativas a los hechos, y la combinación final de hechos y normas en una subsunción de aquéllos en éstas.

El autor considera que un modelo como ese es erróneo por lo menos en *dos* sentidos. *Primero*, porque la toma de decisión de un juez, como procedimiento justificatorio que es, no puede ser considerada como un simple fenómeno de pasos sucesivos, sino como una secuencia de distintas operaciones claramente interconectadas entre sí. Así, el modelo de la subsunción "puede describir sólo el estadio final, la llamada racionalización *ex post* de la decisión", aunque "la parte más problemática de la justificación, es decir, la justificación externa, no puede ser dilucidada con este modelo elemental". Y *segundo*, porque el núcleo de la decisión judicial no es la distinción, sino la interconexión entre las cuestiones de hecho y las cuestiones normativas, puesto que "es imposible establecer los hechos del caso sin tomar en cuenta la información de la norma" desde el momento que dicha información fija el marco de aquello que se considera por el juez como el hecho jurídico del caso. "La información normativa —dice el autor—, en tanto 'preconocimiento' del juez, es como una lente a través de la cual quien toma la decisión tiene necesariamente que deliberar acerca de la prueba de la evidencia".

Por su parte, es evidente que los juristas, en tanto científicos del derecho, no trabajan con casos *concretos*, sino con casos *típicos*. Sin embargo, "la dogmática jurídica y la aplicación del derecho se encuentran, en cierto sentido, del mismo lado del cerco", puesto que juristas y jueces tienen un punto de vista epistemológico interno similar: ambos aceptan las normas del derecho preexistente al caso concreto o a los casos típicos y ambos se sienten vinculados por tales normas.

Lo anterior puede ser explicado comparando, por una parte, la posición del científico del derecho con la posición de otros científicos sociales, y, por la otra, la posición del científico con la del juez y otros operadores jurídicos prácticos.

Concerniente a lo primero, la dogmática jurídica, a diferencia de las ciencias sociales, está básicamente concentrada en las normas jurídicas y no en las regularidades de comportamiento

Es efectivo que tal interrogante es más fácil de resolver en el segundo caso, puesto que la ley concluye su proceso de formación con un acto formal muy visible, cual es su publicación. Nada semejante, en cambio, ocurre con el derecho consuetudinario, de modo que el juez tiene que realizar respecto de éste un trabajo mucho más minucioso a fin de dar por establecido el hecho de la costumbre.

Por tanto, la interpretación del derecho consuetudinario se confunde en cierto modo con la determinación del hecho que la constituye, aunque siempre habrá también que fijar el o los posibles sentidos y alcances que pueda tener el o los deberes jurídicos resultantes de ese hecho.

Interpretación de los contratos.— Los actos jurídicos, y la clase más importante de éstos —los contratos— son igualmente fuentes del derecho y representan el modo como los sujetos de derecho intervienen en el proceso de producción del derecho. Por tanto, si las partes de un contrato se valen de ciertos enunciados lingüísticos de carácter normativo, tales enunciados son susceptibles de ser interpretados.

En cuanto a quiénes llevan a cabo la interpretación de los contratos, se trata naturalmente de las propias partes, de los abogados que las asistan, de expertos imparciales que puedan ser consultados por aquéllas o por éstos, y de los propios jueces que concurren al conocimiento de una controversia donde se encuentra en discusión un determinado contrato.

En cuanto a las causas que puedan producir una contienda o discrepancia acerca de la interpretación de un contrato, son básicamente las mismas que suscitan dificultades de interpretación frente a cualquier lenguaje, oral o escrito, tales como vaguedad, ambigüedad, oscuridad, contradicción, etc.

Jorge López Santa María, en su libro *Los contratos*, distingue dos sistemas de interpretación, el *sistema subjetivo* y el *sistema objetivo*. El primero, que es el vigente en Chile, se caracteriza por entender que lo que busca establecer el intérprete de un contrato es la voluntad psicológica de las partes. En cambio, el segundo pone de lado la intención que tuvieron o habrían tenido las partes al momento de contratar, y para fijar los efectos del contrato se pregunta acerca de qué es lo socialmente más útil o qué es lo que la justicia indica como lo más adecuado.

Para el sistema subjetivo, el trabajo del intérprete consiste en buscar y establecer cuál fue la voluntad de los respectivos contratantes al celebrar el contrato que se trata luego de interpretar. Si esa voluntad es la que está en el origen del contrato, se comprenderá que para este punto de vista “el intérprete deba precisar el sentido de las convenciones de acuerdo a las *intenciones* de quienes las concluyeron”.

Lo anterior explica que la primera regla de interpretación de los contratos en el derecho chileno —el Art. 1560 del Código Civil— disponga lo siguiente: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras”. Así las cosas, cuando se interpreta un contrato, el intérprete debe indagar cuál fue “el verdadero pensamiento íntimo que unió a los contratantes”, lo cual supone que el intérprete lleve a cabo una auténtica investigación psicológica.

Por otra parte, el Art. 1560 prefiere la *intención* a la *declaración* de las partes y es por ello que se inclina por la primera por sobre el tenor literal de las palabras empleadas por los contratantes al momento de declarar su voluntad.

Además, según Jorge López, el citado Art. 1560 es algo más que una regla de interpretación de los contratos. Se trataría más bien del *principio rector* al que se subordinan las reglas de interpretación que consagran los siguientes artículos del Título XIII del Libro IV de nuestro Código Civil.

Dichas reglas se ordenan en los Arts. 1561 a 1566, aunque es importante notar que el legislador se abstuvo de fijar un orden de preferencia entre tales disposiciones. “No podría ser de otro modo —escribe Jorge López—, pues la aplicación de estas normas está subordinada a la forma como el caso litigioso se presenta, a los puntos dudosos, a las posibilidades de descubrimiento de la voluntad interna de los contratantes, y, en general, a las circunstancias propias de cada convención. No cabe, pues, atribuir más valor a una regla o a otra en razón de su ubicación en el Código”.

Dichas reglas de interpretación son las siguientes:

a) *regla de la armonía de las cláusulas*, consagrada en el inciso 1 del Art. 1564: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor con venga al contrato en su totalidad;

rriente de los mismos. Con todo, se dará a un término del tratado un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Por su parte, el tercer principio exige que la comprensión de los términos de un tratado se efectúe teniendo en cuenta el contexto en que se encuentran. Por último, el cuarto principio exige que la comprensión contextualizada de los términos del tratado se lleve a cabo teniendo en cuenta el objeto y fin de éste.

A propósito del tercero de los principios antes señalados, la Convención se encarga de precisar qué se entiende por "contexto" de un tratado. Sobre el particular, declara que "para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos", lo siguiente: todo acuerdo a que se refiere el tratado y que haya sido concertado por las partes con motivo de su celebración; y todo documento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

El Art. 31 agrega enseguida que juntamente con el contexto del tratado deberá tenerse en cuenta para la interpretación de éste todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; y toda norma perteneciente al derecho internacional que sea aplicable en las relaciones entre las partes.

Establecida cuál es la regla general que establece el Art. 31 de la Convención, el artículo siguiente introduce algunos *métodos complementarios* de interpretación destinados a *confirmar* el sentido resultante de la aplicación de dicha regla o a *determinar* el sentido cuando la interpretación dada al tratado de conformidad con el Art. 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. El Art. 32 no establece cuáles son todos los medios de interpretación complementarios de que el intérprete puede echar mano y se limita a mencionar dos: los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración. Esta mención al elemento histórico en sentido amplio es únicamente ilustrativa, puesto que el mismo Art. 32 dispone que "se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios y a las circunstancias del tratado".

Cuando se trata de interpretar un tratado autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos. Así lo dispone el Art. 33 de la Convención, disposición que agrega que se presumirá que los términos de un tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido. Por otra parte, y salvo el caso en que prevalezca un texto determinado, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los Arts. 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Interpretación de la costumbre jurídica.— Como sabemos, la costumbre jurídica es también una fuente formal del derecho, esto es, un procedimiento de producción de normas jurídicas. El conjunto de las normas que tienen su origen en la costumbre recibe el nombre de "derecho consuetudinario" y las normas que forman parte de este derecho son también susceptibles de interpretación.

Por lo demás, el problema de la interpretación de las normas del derecho consuetudinario es independiente de la cuestión relativa a si estas normas requieren o no de reconocimiento judicial para existir como tales. En efecto, si existe o no una norma de derecho consuetudinario es algo que tiene que ser finalmente resuelto por los órganos de aplicación del derecho, esto es, por los jueces, aunque de ese hecho no puede concluirse que la costumbre sólo se convierte en norma jurídica merced a su reconocimiento por parte del tribunal que la aplica.

Sin embargo, tal como advierte Kelsen sobre el particular, la relación del juez con las normas del derecho consuetudinario no es distinta a la que tiene con las del derecho legislado, puesto que así como el juez que tiene que aplicar una norma consuetudinaria debe establecer el hecho de la costumbre, el juez que tiene que aplicar una norma legislada tiene que establecer el hecho de su aprobación legislativa; o sea, en un caso el juez debe resolver el interrogante de si efectivamente por costumbre se produjo la norma que tiene que aplicar, mientras que en el otro debe resolver el interrogante de si por vía legislativa se produjo la norma que le corresponde aplicar.

gado por sus propias decisiones frente a casos similares anteriores, así como a las decisiones que sobre el particular hubieren adoptado jueces de superior jerarquía. Referente a lo segundo, se entiende que a medida que los precedentes se alejan en el tiempo van perdiendo fuerza vinculante.

En cuanto a la segunda de las fases antes indicada, también ofrece no pocas dificultades al juez, quien debe tratar de descubrir algún principio general o hilo conductor entre las decisiones adoptadas antes por otros jueces respecto de casos parecidos al que le corresponde conocer y fallar.

En la tercera fase, según adelantamos, la regla o principio obtenido del análisis de los casos anteriores se aplica al nuevo caso que se les parece.

Como advierte Nino, "las normas jurisprudenciales tendrán que ir variando con los nuevos casos que deben ser resueltos", de modo que "cada nueva ocasión que se presenta para aplicar la regla da lugar a un enriquecimiento de ella mediante nuevas precisiones, condiciones y excepciones a fin de hacer compatible la norma con la solución que se adopte para el caso planteado".

Es evidente que en un ordenamiento jurídico como el nuestro, que se inscribe en una tradición distinta a la del *common law*, el antes descrito modo de razonar no sólo es menos frecuente, sino también menos cuidadoso y complejo. Los jueces no están vinculados a los precedentes y fundan sus decisiones en una interpretación de textos legales antes que en alusiones a cómo otros jueces han resuelto previamente casos parecidos. Sin embargo, es preciso notar que cada vez que semejantes alusiones tienen lugar, ellas suponen que el juez que las hace no sólo ha identificado los fallos a que tales alusiones se refieren, sino que ha efectuado también una determinada interpretación de esos fallos.

En un plano ahora *particular*, cabe preguntarse por la interpretación de las normas jurídicas que se contienen en un fallo judicial determinado que, una vez dictado por el tribunal correspondiente, puede ofrecer dudas en cuanto al sentido y alcance que haya de darse a alguna o algunas de sus partes.

Un fallo judicial es también un texto escrito que, como tal, puede adolecer de vaguedad, ambigüedad, oscuridad o contradicción.

Al respecto, cabe referirse al denominado recurso de rectificación, aclaración o enmienda que establece el Art. 182 de nuestro Código de Procedimiento Civil.

Esa disposición establece que notificada una sentencia a alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna. Sin embargo, podrá el tribunal, a solicitud de parte, aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia.

Pues bien: en la parte en que este recurso está destinado a "aclarar puntos oscuros o dudosos" del fallo, constituye un medio del que disponen las partes para provocar la interpretación del fallo por parte del propio tribunal que lo hubiere dictado, o sea, se trata de una iniciativa que pueden tomar las partes para provocar una suerte de autointerpretación de la sentencia de que se trate, puesto que la aclaración de los puntos oscuros o dudosos se pide al mismo tribunal que dictó el fallo en cuestión.

b) *regla del sentido natural*, establecida en el inciso 1 del Art. 1563: "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato";

c) *regla del sentido restringido*, establecida en el Art. 1561, y en virtud de la cual "por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado";

d) *regla de la natural extensión de la declaración*, del Art. 1565, que dice que "Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda";

e) *regla de los otros contratos de las partes sobre la misma materia*, configurada en los Arts. 1564, incisos segundo y tercero, y 1566, inciso segundo, y según la cual "podrán también interpretarse (las cláusulas de un contrato) por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia";

f) *regla de la interpretación auténtica*, consagrada en el Art. 1564, inciso tercero, que dice que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra"; y

g) *regla de clausura*, que es la que contempla el Art. 1566 en los siguientes términos: "No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".

Interpretación de la sentencia judicial.— La interpretación del derecho judicial, esto es, del derecho que producen los jueces con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional y de los fallos que emiten, puede ser planteada en dos diferentes niveles, uno *general* y otro *particular*.

Situándonos primero en un plano *general*, puede decirse que las normas jurídicas que tienen su origen en la actividad judicial constituyen un importante material normativo no sólo en los sistemas jurídicos del *common law*, sino también en el siste-

ma continental europeo. En ambos sistemas las normas que encuentran su origen en la actividad judicial tienen una influencia no desdeñable en la solución de casos futuros. Podría incluso decirse —con Carlos Nino— "que la distinción entre los sistemas del *common law* y los del tipo continental europeo es una cuestión de grado respecto de la extensión de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de esas especies de normas (fuerza obligatoria que en el caso de los precedentes se llama *stare decisis*)".

En consecuencia, las normas que provienen de la actividad de los jueces llegan a constituir un material normativo, lo mismo que las que emanan del legislador, y se plantea entonces la cuestión de cómo pueden ser ellas interpretadas, o sea, cómo es posible establecer para ellas un determinado sentido y alcance.

Cuando un juez tiene que resolver un caso y basar su decisión en las normas que antes de él han establecido otros jueces, que es lo que acontece en los sistemas del *common law*, el juez está obligado a determinar cuáles son esas normas y acordarles sentido y alcance.

La determinación de las normas jurisprudenciales relevantes para solucionar un caso —escribe Carlos Nino— "se hace mediante un complicado proceso que se funda en el llamado "razonamiento mediante ejemplos", o sea, en la comparación entre casos, uno de los cuales ha sido clarificado ya bajo cierto concepto".

Edward Levy distingue tres fases en el razonamiento mediante ejemplos, continúa Nino. "La primera consiste en descubrir semejanzas entre el caso que se debe resolver y otros casos ya resueltos. En segundo lugar, se hace explícita la regla a que obedeció la solución de los casos anteriores. En la última fase se aplica aquella regla al caso planteado".

Desde luego que la primera de tales fases es la más complicada, puesto que supone la adopción de algún criterio acerca de qué casos anteriores deben tomarse en cuenta para identificar la regla que permita resolver el nuevo caso planteado. Cabe advertir, sin embargo, que para la selección de los casos anteriores se toman también en cuenta la jerarquía y antigüedad del tribunal que conoció de los casos y adoptó resolución al respecto. Concerniente a lo primero, un juez se considera siempre obli-

hay jueces autorizados a llenarlas, y, asimismo, hay determinadas fuentes supletorias a las que el juez puede recurrir para llevar a cabo exitosamente su tarea de integración. Entre tales fuentes debe incluirse también a la costumbre jurídica, si bien esta suele tener un estatuto jurídico disminuido, como ocurre en nuestro Código Civil, o adolecer ella misma de vacíos, lo cual obliga al juez a recurrir a las dos fuentes antes mencionadas –principios generales y equidad–, que le permitan dar una solución al caso de que se trate de una manera que pueda ser debidamente justificada.

En suma: sólo si la expresión “derecho” se reduce al derecho legislado podría afirmarse que hay lagunas en el derecho, porque, en efecto, el derecho legislado puede presentar vacíos. En cambio, si con la palabra “derecho” se alude no sólo a la legislación, sino al producido por cualquier autoridad normativa distinta del legislador –por ejemplo, la comunidad jurídica en el caso de la costumbre o los jueces en el caso del derecho judicial–, entonces no resulta coherente hablar de lagunas en el derecho, puesto que una de las funciones que deben realizar los jueces es integrar la ley allí donde ésta adoleciera de un vacío respecto de un caso que reclama solución jurídica. Dicho brevemente: no hay lagunas en el *derecho* porque hay jueces.

Pero es evidente que hoy nadie pone en duda la afirmación acerca de que la palabra “derecho” cubre todas las fuentes formales que conocemos y no únicamente a la ley. El legislador sabe también esto y cuenta, asimismo, con la posibilidad de dejar lagunas en el derecho que le corresponde establecer, motivo por el cual en todo ordenamiento jurídico moderno es el propio legislador el que, sin perjuicio de abrir campo a la costumbre jurídica para suplir en determinados casos la falta de ley, autoriza a los jueces para llenar las lagunas legales y establece incluso el deber de éstos en orden a conocer y fallar los asuntos que se les someten aun a falta de ley que los regule. A esto se le llama *principio de inexcusabilidad*, un principio, como sabemos, que tiene hoy entre nosotros una consagración a nivel constitucional.

Por tanto, una laguna de la ley podrá ser corregida por la costumbre jurídica, aunque bajo dos condiciones: que el ordenamiento jurídico, o la determinada rama de éste en que se hubiere producido la laguna, autorice expresamente a la costumbre jurídica para suplir los vacíos de la ley; y que, hecho lo anterior,

el derecho consuetudinario no adolezca del mismo vacío que el derecho legislado, esto es, que provea efectivamente la solución que este último no previó. Cuando la costumbre jurídica no pueda operar por falta de alguna de esas dos condiciones, siempre estará el juez llamado a resolver el caso, quien llenará la laguna de que se trate valiéndose de cualquiera de los métodos o elementos de integración de la ley que presentaremos más adelante.

El dogma de la integridad.– Hay ciertos atributos que suelen predicarse de todo ordenamiento jurídico, a saber, *unidad, coherencia e integridad*. Este último es el que tiene que ver con el tema de las lagunas, aunque conviene detenerse un instante en los otros dos tributos.

Cuando estudiamos el ordenamiento jurídico en el capítulo IV de esta obra, hicimos ver que las normas jurídicas son incontables y que, además, provienen no de una sola fuente, sino de varias y diversas fuentes, algunas de las cuales producen normas abstractas y generales y otras normas concretas y singulares. Sin embargo, la teoría del ordenamiento jurídico permite advertir cómo la validez de cada norma se funda en otra norma y cómo, a fin de cuentas, la validez de todas las normas de un mismo ordenamiento puede ser reconducida a una norma básica o fundamental. Esta circunstancia, en fin, permite que innumerables normas producidas por múltiples fuentes puedan aparecer configurando esa *unidad* a la que se denomina “ordenamiento jurídico”.

En cuanto a la *coherencia*, se trata de una propiedad del ordenamiento jurídico que consiste en que dos normas contradictorias no pueden existir al mismo tiempo en un determinado ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, no pueden coexistir una norma que prohíba un comportamiento y otra que lo permita. También analizamos en su oportunidad los criterios que existen para solucionar tales conflictos o antinomias de normas.

Por *integridad* de un ordenamiento jurídico se entiende la propiedad que consiste en que el ordenamiento jurídico cuenta siempre con una norma que regula y permite resolver cualquier caso jurídicamente relevante que se presente. Como dice Bobbio, “integridad significa ausencia de lagunas”, porque el atributo de la integridad sugiere que el ordenamiento jurídico es

INTEGRACION DEL DERECHO

1. GENERALIDADES

Interpretación e integración del derecho. El dogma de la integridad. Concepto de laguna legal y clases de lagunas.

Interpretación e integración del derecho.— La *interpretación* del derecho, como ya sabemos, es una actividad que realizan determinados órganos y personas en presencia de normas jurídicas ya establecidas, o, si se prefiere, en presencia de determinados textos que, una vez interpretados, dan por resultado las normas jurídicas que son las que se trata de establecer, comprender o aplicar, según los casos, por los diversos agentes que llevan a cabo tareas de interpretación jurídica.

Tratándose en particular de la interpretación de la ley, y, más concretamente aún, de la interpretación judicial de la ley, el juez cuenta con un derecho preexistente al caso que debe conocer y fallar, esto es, se encuentra vinculado a un material normativo puesto previamente por otra autoridad normativa, y que es, precisamente, el que él tiene que identificar, interpretar y decidir finalmente su aplicación a los casos de la vida social que se le presenten.

La interpretación judicial de la ley, en consecuencia, supone la existencia de un material jurídico dado al juez —las normas del derecho legislado o los textos que expresan ese derecho—, de modo que su labor interpretativa, ya sea que se entienda encausada directamente a las normas o a los textos, se desenvuelve siempre en un marco previamente establecido.

Distinto es lo que pasa con la *integración* de la ley, puesto que se trata de una actividad a la que el intérprete de la ley, en espe-

cial los jueces, se ven compelidos a falta de ley, es decir, cuando teniendo que conocer y resolver un determinado asunto, se encuentran con que el derecho legislado ha callado acerca de él y, por tanto, no provee solución jurídica alguna para el mismo.

El legislador puede advertir lagunas en las leyes y remediarlas o no. El jurista puede también detectarlas y proponer maneras de salvarlas, pero sus propuestas no resultan vinculantes desde un punto de vista jurídico. En cambio, los jueces advierten a veces lagunas en las leyes en relación con los casos de que conocen, aunque, a diferencia del legislador, están obligados a llenarlas y a fallar el caso de que se trate, no estándoles permitido omitir el fallo a pretexto de que no existe ley sobre la materia. Esto significa que en presencia de una laguna el juez no puede negarse a dar una solución al caso que no aparece regulado por la ley, ni puede tampoco diferir la solución hasta que el legislador colme o remedie la laguna de que se trate, ni puede, en fin, reenviar el problema al legislador e instarlo a que corrija la insuficiencia detectada en el derecho legislado de que ese legislador es responsable.

Por otra parte, y a diferencia ahora del jurista, el juez no está llamado a detectar lagunas y a hacer *proposiciones* acerca de cómo llenarlas, sino a *resolver* el caso no regulado de una manera vinculante para las partes que intervienen en el respectivo asunto, lo cual pasa, naturalmente, por llenar de algún modo la laguna que se ha detectado.

Cabe advertir que se acostumbra distinguir entre lagunas en el *derecho* y lagunas en la *ley*. Las segundas serían los vacíos que respecto de un caso jurídicamente relevante se perciben en el derecho legislado. Las primeras serían los vacíos que respecto de un caso semejante se perciben no sólo en el derecho legislado, sino también en las demás fuentes del derecho, esto es, en la totalidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, establecido que la jurisprudencia de los tribunales es una fuente del derecho, y que también lo son los principios jurídicos y la equidad, sólo resulta razonable hablar de lagunas en la *ley*, y no en el *derecho*, puesto que, de producirse una laguna legal, son precisamente los jueces los llamados a llenarla, empleando para ello los principios generales y la equidad. Con esto se quiere decir que una laguna legal no puede expandirse a la totalidad del ordenamiento jurídico respectivo, esto es, al *derecho*, puesto que

Lagunas técnicas son aquellas que aparecen cuando el legislador omite normar un determinado aspecto de la ley que impide o dificulta la aplicación de ésta. Es lo que acontece, por ejemplo, si una ley determina que un cuerpo colegiado, para poder instalarse y funcionar, tiene que ser convocado por su presidente, disponiendo simultáneamente que es el propio organismo el que tiene que elegir su presidente. Entonces, ¿cómo podría ser convocado el cuerpo colegiado por su presidente cuando se trata de reunirlos, precisamente, para que proceda a la elección de éste? Kelsen dice que en una situación como esa no hay propiamente una laguna, porque cualquier forma de convocatoria que se emplee será conforme a la ley.

Lagunas axiológicas, en fin, son aquellas que se producen cuando existe una norma jurídica aplicable al caso, pero ésta parece al juez injusta o inconveniente desde un punto de vista jurídico-político, de modo que el juzgador entiende que no debe hacer aplicación de esa norma y que lo que debe hacer es fallar el caso de que se trate como si tal norma no existiera. Sin embargo, una situación como ésta responde a un juicio de valor relativo de parte del juzgador que, según Kelsen, de ninguna manera pueda excluir un juicio de valor contrapuesto, de donde se sigue que no se está propiamente en presencia de una laguna, sino de una diversidad de criterios acerca de las bondades de una norma aplicable a un caso dado. Por tanto, a este tipo de lagunas, en tanto no importan ausencia de norma aplicable, sino falta de una norma satisfactoria o justa para el caso de que se trate, se las llama también *lagunas ideológicas*.

Volviendo ahora a la cuestión de la integridad del ordenamiento jurídico, si bien ella no puede constituir un dogma, tampoco debe vérsela como una simple ilusión. La integridad es un propósito del legislador cuya racionalidad no consiste en alcanzarla plenamente, sino en advertir, incluso por parte del propio legislador, que las previsiones normativas de la legislación nunca conseguirán ser completas y que el juez es el llamado a efectuar las determinaciones normativas de tipo singular por medio de las cuales se continúa y complementa el proceso de producción del derecho. En consecuencia, un ordenamiento jurídico, si bien nunca es *completo*, siempre resulta posible *completarlo*.

Concepto de laguna legal y clases de lagunas.— “Laguna” proviene del latín “*lacuna-ae*”. Esta expresión, además de aludir a la profundidad del mar, significa “cavidad”, “oquedad”; pero también “falta”, “vacío”. En un sentido más general, significa, asimismo, “omisión”, “carencia”; así, por ejemplo, cuando se dice de alguien que tiene “lagunas” en su memoria. En cualquier caso, los significados antes mencionados sugieren la idea de insuficiencia, defecto, carencia, ausencia de algo que debería estar en su lugar.

Por su parte, una laguna legal es una insuficiencia del derecho legislado que se percibe como ausencia de regulación jurídica para un caso en el que cabía razonablemente esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complementa el derecho legislado, para lo cual el juez correspondiente puede valerse de los llamados procedimientos de integración de la ley, a saber, la analogía jurídica, los principios generales del derecho y la equidad.

Por lo mismo, la analogía jurídica, aunque también la equidad y los principios generales, son los métodos o procedimientos que el juez puede utilizar en presencia de una laguna legal.

Siguiendo en esto a Bobbio, podemos decir que hay *lagunas legales subjetivas* y *lagunas legales objetivas*. Son *subjetivas* las que dependen de cualquier motivo imputable al legislador, y son *objetivas* las que dependen del desarrollo de las relaciones sociales, de nuevas invenciones, de cualquier causa que provoque la obsolescencia de los textos legales, y que, por lo mismo, son independientes de la voluntad del legislador.

Las lagunas subjetivas pueden ser a su vez *voluntarias* o *involuntarias*. *Involuntarias* son las que se producen a raíz de cualquier inadvertencia del legislador sobre la materia o asunto regulado por él, y *voluntarias* son las que el mismo legislador deja a propósito en materias de suyo complejas que no admiten regulaciones demasiado minuciosas ni exhaustivas y que es preferible confiarlas a la interpretación y aplicación caso por caso que corresponde efectuar a los jueces.

Por último, se distingue también entre *lagunas praeter legem* y *lagunas intra legem*. Las primeras se presentan cuando las disposiciones de la ley, por ser demasiado particulares, no alcanzan a comprender todos los casos que pueden luego presentarse; las segundas, al contrario, tienen lugar cuando normas legales de-

completo y que el juez siempre hallará una norma que regule el caso que se le presenta.

En consecuencia, si falta unidad en el ordenamiento, lo que se trata de eliminar es una *contradicción*, mientras que si falta integridad, lo que se trata de llenar es un *vacío*. Ahora bien, si se pone atención a esos dos verbos –“eliminar” y “llenar”–, se comprenderá por qué en el caso de las antinomias estamos en presencia de una *exuberancia* normativa del ordenamiento jurídico (superabundancia de soluciones) y por qué en el caso de las lagunas estamos en presencia de una *deficiencia* normativa (ausencia de solución). Es por eso que los remedios para una y otra situación son distintos: en el primer caso, la *purga* del sistema para eliminar las normas sobrantes; y en el segundo, la *integración* para eliminar la deficiencia de normas, o sea, las lagunas.

Se puede admitir que la integridad del ordenamiento jurídico es una exigencia en presencia de jueces que están obligados a fallar todas las controversias que se les presenten en la esfera de sus respectivas competencias, y que, además, están obligados a fallar conforme al derecho que se encuentre preestablecido acerca de tales controversias.

Sin embargo, el error consiste en hacer de la integridad un dogma, un dogma que “nace probablemente de la tradición romanista medieval”, como indica Bobbio, y que encuentra su punto máximo de aprobación con el postulado posterior de la omnipotencia del Estado para producir derecho y de la racionalidad del legislador que interviene en la producción de las leyes. Como escribe Bobbio, “omnipotente como el Estado del cual emana, el derecho estatal debía regular todo caso posible. ¿Si existieran lagunas, qué otra cosa debería hacer el juez aparte de recurrir a las fuentes jurídicas extraestatales, como la costumbre, la naturaleza de las cosas, la equidad? Admitir que el ordenamiento jurídico estatal no era completo, significaba introducir un derecho paralelo, romper con el monopolio de la producción jurídica estatal. De allí que la afirmación del dogma de la integridad vaya paralela con la monopolización del derecho por parte del Estado”.

Las grandes codificaciones, según vimos a propósito de la doctrina de la Exégesis, son “la voluntad macroscópica de esa voluntad de integración, y fue precisamente en el marco de ideas de esa doctrina que surgió la convicción de que todas las deci-

siones judiciales deben derivar de las leyes puestas previamente por un legislador que es capaz de prever todos los posibles casos y situaciones que llegarán más tarde a conocimiento de los jueces”.

Vale la pena decir ahora que desde una perspectiva diferente a la anterior, Kelsen tampoco admite la existencia de lagunas, esto es, rechaza el supuesto de que existan “casos en que el derecho válido existente no puede ser aplicado por no contener ninguna norma general aplicable al caso”.

Kelsen distingue entre *lagunas auténticas*, que son las que el autor define del modo arriba indicado, *lagunas técnicas* y *lagunas axiológicas*.

En cuanto a las primeras, para Kelsen no constituyen lagunas, puesto que todo ordenamiento jurídico cuenta con un *principio de clausura*, entendiéndose por tal el enunciado que estipula “todo lo que no está prohibido está permitido”. Así las cosas, cuando las normas de un ordenamiento jurídico ni imponen ni prohíben una determinada conducta, no puede decirse que ésta carezca de toda calificación jurídica, esto es, que exista una laguna a su respecto, puesto que en tal caso hay que entender que la conducta en cuestión se encuentra permitida por el ordenamiento y que, por lo mismo, no hay ausencia de regulación jurídica a su respecto.

Sin embargo, el enunciado de Kelsen acerca de que “todo lo que no está prohibido está permitido” ha sido objeto de críticas, bien porque es tautológico, bien porque no siempre resulta verdadero. El enunciado es tautológico si por “permitido” se entiende lo que no está prohibido, puesto que en tal caso el enunciado kelseniano podría ser leído del siguiente modo “todo lo que no está prohibido no está prohibido”. Por su parte, el enunciado no resulta siempre verdadero si por “permitido” se entiende otra cosa, a saber, no lo que no se halla prohibido, sino lo que se encuentra expresamente autorizado por una norma que permite la acción de que se trate, caso en el que el aludido enunciado podría leerse de la siguiente manera: “si no hay una norma que prohíba un comportamiento, ese comportamiento está permitido por otra norma del mismo ordenamiento”. Sin embargo, esto no siempre es así, salvo en el ámbito del derecho penal, de modo que se trata de un enunciado que no es posible aplicar *a priori* a todo el ordenamiento jurídico.

En cuanto ahora al razonamiento jurídico por analogía –o, simplemente, analogía jurídica–, se trata de una argumentación en uso de la cual la solución prevista por la ley para un caso jurídicamente relevante se traslada a otro caso no previsto por la ley, aunque similar o parecido al que sí se encuentra previsto, por entender que existe una razón de justicia para ello, o, cuando menos, algún motivo plausible que justifique que al caso no regulado se le aplique la solución dada para el caso previsto.

Sin embargo, para que pueda atribuirse al caso no regulado la consecuencia prevista para el caso regulado, se requiere que entre ambos exista no una semejanza *trivial*, sino una semejanza *relevante*, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso no regulado se le atribuye aquella consecuencia y no otra.

Siguiendo el ejemplo de Bobbio, si una ley sanciona el comercio de libros obscenos, alguien podría preguntarse si la consecuencia que esa ley prevé puede aplicarse, por un lado, al comercio de libros policiales, y, por el otro, a los discos que reproducen canciones obscenas. Si bien entre los libros obscenos y los libros policiales existe una semejanza bien palpable –ambos están impresos en papel–, es seguro que cualquier intérprete no aceptaría la extensión de la consecuencia prevista para el primer tipo de libros al segundo tipo de libros, porque no se trata de una semejanza relevante para estos efectos, aunque sí podría mostrarse partidario de que dicha consecuencia se amplíe a los discos obscenos, puesto que existe una semejanza relevante entre éstos y los libros de ese mismo carácter.

En consecuencia, la analogía jurídica opera sobre la base de los siguientes presupuestos:

- a) un caso jurídicamente relevante de la vida social que no se encuentra previsto ni regulado por la ley;
- b) un caso similar, si bien no idéntico al anterior, que sí se encuentra previsto y regulado por la ley;
- c) existencia de una semejanza relevante entre ambos casos; y
- d) posibilidad de ofrecer una razón de justicia, o cualquier otro motivo plausible, que haga aconsejable trasladar al caso no previsto ni regulado la solución contemplada para el caso previsto y regulado.

Como dice Carlos Nino, la analogía jurídica “consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que sí lo esté, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos”.

Tratándose de la analogía jurídica, se distingue entre *analogía legis* y *analogía iuris*. Por *analogía legis* se entiende un procedimiento para llenar lagunas que consiste en extender la solución dada por la ley a un caso a otro caso no previsto por la ley, pero que es parecido o similar al que sí se encuentra previsto. Por su parte, la *analogía iuris* es también un procedimiento para llenar lagunas, aunque no a partir de una ley, esto es, no valiéndose de una determinada norma legal que contemple y resuelve un caso parecido a aquel que no se encuentra regulado por ley alguna, sino recurriendo a los principios generales del derecho.

Por tanto, puede decirse que la analogía jurídica propiamente tal –vista como un método o procedimiento de integración de la ley– es la *analogía legis*, puesto que la *analogía iuris* remite a un método o procedimiento de integración de la ley distinto de la analogía, a saber, los principios generales del derecho.

Por lo mismo, hay también similitud entre la analogía jurídica y la interpretación extensiva de la ley. Sin embargo, Bobbio dice que se han ideado varios criterios para justificar una distinción entre una y otra, aunque para el autor italiano el único criterio diferenciador aceptable es el que se refiere a los *efectos*, puesto que el efecto de la extensión analógica es crear una nueva norma jurídica, mientras que el efecto de la interpretación extensiva es únicamente ampliar el ámbito de aplicación de una norma a casos no previstos por ella.

El ejemplo que utiliza Bobbio a este respecto es el siguiente: se pregunta si el artículo 1577 del Código Civil italiano, que establece las obligaciones del arrendador en relación con las reparaciones de la cosa arrendada, puede hacerse extensivo a las obligaciones de la misma naturaleza que tiene el comodatario. Si se responde afirmativamente, se está creando una nueva norma para regular el comodato, una norma que antes no existía. Se pregunta, por el contrario, si el artículo 1754 del mismo Código, que define como corredor a “quien pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio”, se puede hacer extensivo también a quienes inducen a la conclusión de un negocio una

masiado generales dejan vacíos que deben ser llenados por el intérprete.

Las lagunas *voluntarias* son generalmente *intra legem*, y la diferencia entre éstas y las *praeter legem* consiste en que, tratándose de estas últimas, el intérprete debe formular nuevas reglas al lado de las expresas, mientras que en las *intra legem* las nuevas reglas deben ser formuladas dentro de las reglas expresas.

Otra distinción usual a este respecto es la que se refiere a *heterointegración* y *autointegración* de las lagunas. Estamos en presencia de la primera cuando la integración de la ley es llevada a cabo por medio de un ordenamiento diverso al jurídico —por ejemplo, el derecho natural— o echando mano de fuentes formales distintas de la propia ley. En cambio, la *autointegración* es la que se produce dentro del marco de la misma fuente que adolece de un vacío, sin recurrir sino mínimamente a fuentes distintas y sin recurrir, tampoco, a otro ordenamiento normativo.

Cuando la heterointegración recurre no a otros ordenamientos, sino a fuentes jurídicas distintas de la ley, ella asume tres formas: el recurso a la costumbre jurídica considerada como fuente subsidiaria, lo cual resulta posible cuando el ordenamiento jurídico da valor a la costumbre en todas las materias no reguladas por la ley; el derecho judicial, es decir, los precedentes que el juez pueda identificar y que le permitan llevar a cabo una integración de la ley en la misma dirección o sentido que pueda haberse adoptado en fallos anteriores sobre la misma materia; y las opiniones de los juristas, reflejada en las doctrinas más aceptadas respecto de cómo deban resolverse los casos de que se trate.

En cambio, la autointegración se vale de la analogía jurídica, de los principios generales y de la equidad. Ahora bien, se considera que el recurso a la *analogía* permite llegar a una solución para el caso no previsto por la ley en el marco del propio derecho legislado, esto es, en el marco y dentro de los límites de la propia fuente en que se produce la laguna, puesto que se trata de un tipo de razonamiento que parte de la solución que la ley ha dado para un caso similar, aunque no idéntico, a aquél que no se halla regulado. Por su parte, los *principios generales del derecho* permiten también llegar a una solución manteniéndose dentro del marco del propio derecho legislado que acusa el vacío o laguna, puesto que tales principios, en la idea más habitual que se tiene de ellos, son posibles de ser inducidos a partir

del propio material normativo del derecho legislado. Por último, si la *equidad* es entendida como un correctivo o enderezamiento de la ley, según lo que fue explicado al tratarla como una de las fuentes supletorias del derecho, se entenderá que se la considere también como una manera de autointegrar el derecho legislado.

2. METODOS DE INTEGRACION DE LA LEY

La analogía jurídica. Los principios generales del derecho y la equidad.

La analogía jurídica.— La analogía constituye uno de los métodos o procedimientos de integración de la ley, es decir, uno de los métodos o procedimientos que son utilizados por los jueces cuando se trata de llenar lagunas de la ley.

“Analogía” no es una expresión unívoca. Sin embargo, los distintos conceptos que se designan con esa palabra tienen algo en común, cual es la idea de *semejanza* o *similitud*.

En nuestro caso, tenemos que restringirnos a aclarar en qué consiste, en general, el razonamiento por analogía —también llamado razonamiento analógico— y en qué consiste, en particular, el razonamiento jurídico por analogía.

Siguiendo en esto a Bobbio, así como los comentarios que sobre el pensamiento de Bobbio debemos a Manuel Atienza, puede decirse que el razonamiento por analogía es aquel que va de lo *particular* a lo *particular*, a diferencia del razonamiento inductivo, que va de lo particular a lo general, y del razonamiento deductivo, que es aquél que va de lo general a lo particular. Complementando esa idea, podemos decir que razonamiento por analogía es aquel que va de lo particular a lo particular, de modo que, puestos dos términos en relación de semejanza entre sí, se extiende al uno el predicado del otro.

Un ejemplo clásico de razonamiento por analogía, que se atribuye a Aristóteles, es el siguiente: “La guerra de los focenses contra los tebanos es mala; la guerra de los atenienses contra los tebanos es similar; luego, la guerra de los atenienses contra los tebanos es mala. Así, la fórmula del razonamiento por analogía es ésta: M es P; S es similar a M; S es P.

CAPITULO VI
CONCEPTO, FUNCIONES
Y FINES DEL DERECHO

vez que las partes han iniciado los contactos, directamente o por medio de otros corredores. Si se responde de manera afirmativa, no se crea una nueva norma, sino simplemente se amplía el alcance de la norma que ya existe. El primer ejemplo es de analogía, mientras el segundo lo es de interpretación extensiva. Con ésta sólo se hace la redefinición de un término, pero la norma aplicada es siempre la misma. Con aquélla se pasa de una norma a otra. Mientras que es correcto decir que con la interpretación extensiva se extiende el concepto de corredor, no sería igualmente correcto decir, en el caso del artículo 1577, que con la analogía se hace extensivo el concepto de arrendamiento.

Como explica a este respecto Manuel Atienza, en la interpretación extensiva se extiende el contenido de una norma jurídica a casos no previstos, pero dicha operación tiene lugar sin salirse de la norma; en cambio, en la analogía la extensión tiene lugar en base a una norma superior –se crea, pues, una nueva norma– que se aplica tanto al caso regulado como al no regulado.

Por su parte, Luis Diez Picazo razona de la siguiente manera para justificar la diferencia entre analogía jurídica e interpretación extensiva.

Dice el autor que el ámbito de aplicación de una norma comporta una *doble* limitación: una *genérica*, que se produce a través del marco institucional dentro del cual la norma actúa; y una *específica*, que resulta de la configuración del propio supuesto de hecho de la norma. Así las cosas, se actúa por vía analógica cuando se traslada la norma de un marco institucional a otro, y se opera por vía de interpretación extensiva cuando se mantiene la norma dentro de su marco institucional, aunque entendiendo incluido en su supuesto de hecho más casos que aquellos que encierra la simple literalidad de la norma.

Y añade el autor antes mencionado, echando mano de un ejemplo del derecho español: el Art. 752 del Código Civil español dice que no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que le hubiese confesado. Pues bien: se operaría por analogía trasladando esa norma, que pertenece al marco institucional del testamento, a los negocios jurídicos entre vivos, aplicándola, por ejemplo, a una donación hecha por un enfermo al sacerdote que le haya confesado. En cambio, se operaría

por vía de interpretación extensiva si, manteniendo esa norma dentro de su marco institucional del régimen jurídico de los testamentos, se entendiera aplicable la prohibición no sólo al sacerdote que hubiere confesado al testador, sino también al sacerdote que sin haberle confesado le hubiere administrado la unción de los enfermos o que hubiere prestado al enfermo cualquier otra clase de auxilios o consuelos espirituales.

La distinción entre extensión analógica e interpretación extensiva puede tener importancia, puesto que si se encuentra prohibida la primera –como acontece en el derecho penal–, podría entenderse que ello no obsta a la segunda. Sin embargo, lo anterior entraña el siguiente riesgo: que en nombre de la interpretación extensiva (que está permitida) se lleve a cabo una extensión analógica (que está prohibida).

Principios generales del derecho y la equidad.– También son presentados como métodos o procedimientos de integración de la ley.

A ambos nos referimos largamente en el capítulo III, sobre fuentes del derecho, donde fue explicado, asimismo, el estatuto que tanto los principios generales como la equidad tienen en el derecho chileno.

que el derecho es un conjunto de normas, aunque sirvieron también, especialmente el tercero de ellos, para mostrar la presencia en todo ordenamiento jurídico de estándares diferentes de las normas, como es el caso de los principios jurídicos, lo cual nos condujo a tener por más adecuada la idea de Hart en orden a que el derecho es algo que tiene que ver *preferentemente* con normas. Esta última constatación se vio también reforzada al advertir que, aun si se atiende únicamente a las normas jurídicas, es posible verificar que no todas éstas funcionan propiamente como normas, esto es, como esquemas de conducta que imponen un determinado comportamiento a los sujetos normativos con la pretensión de que éstos adecuen su obrar a tales esquemas, sino que algunas de ellas cumplen funciones distintas, a saber, definir conceptos, otorgar competencias para producir nuevas normas, interpretar otras normas, derogar normas, etc.

Pues bien: la concepción del derecho que fue manejada en los cinco capítulos previos de esta obra es la que requiere ahora ser revisada, aunque no para abandonarla y sustituirla por otra, sino para precisar a su respecto algunos alcances, como también ciertas matizaciones, que nos conducirán a una idea del derecho más elaborada y completa de la que hemos utilizado hasta el momento.

Una aproximación a la definición del concepto de derecho: normas, hechos y valores en el derecho.— Cuando se trata de establecer qué es el derecho, o sea, cuando se procura obtener un relativo aislamiento de este objeto de entre los muchos otros que comparecen también ante nosotros y reclaman igualmente nuestra atención cognoscitiva, se cuenta ya, previamente, con algún tipo de visión acerca del objeto que se busca. Esto es así puesto que para desplegar cualquier esfuerzo cognoscitivo acerca del derecho, es preciso que el agente de tal acto de conocimiento haya decidido, al menos en forma provisoria, qué es y qué no es derecho en el contorno de la realidad que cae bajo su observación.

En otras palabras: al recortar el derecho entre otros fenómenos de la experiencia con el propósito de constituirlo en objeto de sus esfuerzos cognoscitivos, el agente del conocimiento jurídico no procede, por decirlo así, de una manera enteramente aséptica, puesto que la sola selección del objeto se efectúa bajo

la presencia de algunos presupuestos que condicionan esta misma elección.

Por lo mismo, puede decirse que al momento incluso de seleccionar el derecho como objeto de conocimiento —precisamente para llegar a conocerlo mejor—, el agente de este conocimiento sabe ya algo de este objeto, en cuanto puede identificarlo como tal y aislarlo relativamente de otros objetos o fenómenos que se le muestran ante sí.

A éste se refiere Heidegger, por ejemplo, cuando se pregunta: “¿No debemos nosotros, para encontrar algo, saber ya que ello está ahí? ¡En efecto! Inmediata y regularmente, entonces, el hombre sólo puede buscar si ha aprehendido por anticipado el estar ahí presente de lo buscado”. Y, más gráficamente, Ortega afirma sobre el particular que “buscar es una extraña operación: en ella vamos por algo, pero ese algo por el que vamos, en cierto modo, lo tenemos ya. El que busca una cuenta de vidrio rojo entre otras de varios colores, parte ya con la cuenta roja en su mente; por tanto, anticipa que hay una cuenta roja y por eso la busca”.

De otra parte, hay que advertir que nunca es posible llevar a cabo un aislamiento total de un determinado objeto de conocimiento, porque los objetos comparecen a nuestra atención inmersos en un haz de relaciones con otros objetos. Por tanto, la exigencia metodológica de aislar un objeto con fines de conocimiento posee únicamente el sentido de fijar un dato inicial y próximo a partir del cual pueda luego llevarse a cabo la tarea de conocerlo sobre bases más útiles y seguras, y no el de provocar una incomunicación del objeto escogido dentro del complejo espectro de relaciones en que aparecá desenvolviéndose su existencia.

Pero, a la vez, hay que convenir en que estas relaciones, metodológicamente omitidas o pospuestas al momento de llevar a cabo la selección y relativo aislamiento de uno determinado de ellos, se revelan o muestran verdaderamente a propósito del objeto escogido sólo una vez que dicha selección y aislamiento han tenido lugar. Así, es la propia selección del objeto, que se lleva a efecto, como se dijo, desconociendo momentáneamente las múltiples y complejas relaciones que éste guarda con otros fenómenos, la que, de modo quizá paradójal, facilita luego la comprobación de estas mismas relaciones. La primitiva indigencia

SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO

1. EL CONCEPTO DE DERECHO

De nuevo sobre el concepto de derecho. Una aproximación a la definición del concepto de derecho: normas, hechos y valores en el derecho.

De nuevo sobre el concepto de derecho.— Tanto el primero como el segundo capítulo de este manual fijaron una concepción del derecho de tipo normativista, esto es, dieron por establecido que el derecho es un orden normativo, o sea, un conjunto de normas que regulan el comportamiento humano. Por su parte, el capítulo tercero, relativo a las fuentes del derecho, identificó los distintos métodos de creación de las normas jurídicas, esto es, identificó a quiénes, valiéndose de qué procedimientos y con cuáles límites de contenido están autorizados para producir nuevas normas jurídicas al ordenamiento y para modificar o dejar sin efecto a las ya existentes. En cuanto al capítulo cuarto, sobre el ordenamiento jurídico, mostró cómo las normas jurídicas, en razón de reconocer un fundamento común de validez, forman un todo unitario al que se llama, precisamente, ordenamiento jurídico. En cuanto al capítulo quinto, planteó el problema de la interpretación e integración del derecho, esto es, estableció quiénes y por medio de cuáles elementos o criterios llevan a cabo la tarea de fijar el o los posibles sentidos y alcances de las normas del ordenamiento, así como la de salvar los vacíos o lagunas que éste pueda presentar.

Del modo antes reseñado, los capítulos tercero, cuarto y quinto desarrollan sus respectivas materias sobre la base de asumir

Sin embargo, hay que reconocer que no hemos avanzado mucho, puesto que nada de lo dicho hasta aquí nos dice, determinantemente, qué es el derecho, sino que, cosa distinta, nos advierte meramente acerca de ciertas condiciones necesarias para que surja el derecho y las relaciones jurídicas consiguientes, a saber, que haya hombres, que éstos vivan en sociedad, que reconozcan intereses que tanto pueden ser comunes como contrapuestos, en cuyo caso estaremos en presencia del conflicto, y que, por último, se dé entre los hombres esa básica igualdad a que aludíamos hace un instante.

Ahora bien, interesa destacar que el derecho se nos presenta, ante todo, como una específica normatividad reguladora de la conducta humana. Así, lo primero que nos devuelve nuestra mirada cuando dirigimos ésta, con fines de conocimiento, hacia ese determinado objeto llamado "derecho", es una específica normatividad, un conjunto de normas.

Dicha aseveración, sin embargo, tiene que ser corregida en la doble dirección antes recordada, a saber, en la de que no todas las normas del derecho funcionan realmente como tales, puesto que hay normas que no prescriben comportamientos y que cumplen otras funciones, y en la de que en todo derecho conviven con las normas otros estándares jurídicos importantes, como es el caso de los principios, todo lo cual conduce a la conclusión de que el derecho, más que consistir en normas, es algo que tiene que ver *preferentemente* con normas.

Sin embargo, una concepción normativista del derecho no sólo se corrige o suaviza del modo antes indicado, sino también por la constatación de ciertos *hechos y conductas*, así como de *valoraciones*, que, puestas en una determinada conexión con las normas de todo ordenamiento jurídico, se hallan igualmente presentes en el fenómeno jurídico.

En consecuencia, a la dimensión *normativa* del fenómeno jurídico, que es ostensible, se suman una dimensión *fáctica* y otra *valorativa*, cuya consideración conjunta permite tener una comprensión más cabal del fenómeno jurídico.

Respecto de la dimensión *fáctica* del fenómeno jurídico, es posible comprobar en éste la presencia de algunos hechos y conductas que se relacionan con todo ordenamiento jurídico. Lo que interesa destacar, en todo caso, es que se trata de hechos y conductas que pueden ser identificados a partir de la propia exis-

tencia de un ordenamiento jurídico, puesto que se trata de hechos y de conductas que comparecen a la atención del investigador en la medida en que existe un ordenamiento jurídico vigente. Esto significa que se trata de hechos y conductas que se relacionan con el ordenamiento jurídico no de una manera distante, imprecisa, ni menos aun forzada, sino que aparecen vinculadas de una manera indefectible con todo ordenamiento jurídico.

¿Cuáles son esos hechos y conductas que constituyen el elemento o dimensión fáctica del fenómeno jurídico?

Están, en primer término, las *fuentes materiales del derecho*, o fuerzas modeladoras de éste, o sea, el conjunto de factores de muy diversa índole que, presentes en una comunidad jurídica, y en dinámica y recíproca interacción, influyen, en mayor o menor medida, según los casos, en la producción de las normas jurídicas y en los contenidos prescriptivos de que éstas resultan provistas.

Un segundo hecho relevante está constituido por el *acto de creación de las normas*, desde el momento en que toda norma jurídica, tal como lo mostró el capítulo relativo a las fuentes formales del derecho, supone un acto en virtud del cual es producida e incorporada al ordenamiento jurídico de que se trate, acto que proviene de un órgano, autoridad o sujeto dotado de competencia para producir normas jurídicas por el mismo ordenamiento al que van a incorporarse luego las normas por ellos creadas.

Dicho acto de creación de las normas jurídicas podrá ser simple (como en el caso de los actos jurídicos) o complejo (como en el caso del proceso de formación de las leyes); podrá estar perfectamente formalizado en las fases o series de actos que lo componen (como en el mismo caso del proceso de formación de las leyes) o responderá a un proceso larvado y no formalizable (como en el caso del derecho consuetudinario); pero, en todo caso, se trata siempre de actos, o de series de actos, cuya significación jurídica —la de producir normas jurídicas— está dada por la circunstancia de hallarse regulados por otras normas del mismo ordenamiento, aunque de rango o jerarquía superior, las cuales les proporcionan la base o fundamento de su validez.

Por último, y para completar el registro de datos que constituyen el elemento o dimensión fáctica del fenómeno jurídico,

del objeto, producto del corte arbitrario que el investigador introduce en la realidad, se transforma, entonces, en el primer rastro que este mismo investigador encuentra para llevar a cabo posteriormente la verificación y análisis de las relaciones que, una vez descubiertas, devolverán al objeto toda su abundancia y atavío.

Sobre el particular, y recordando lo que dice Kant en el sentido de que no todos los conceptos *necesitan* ser definidos, de modo que hay aproximaciones a las definiciones de ciertos conceptos y éstas son en parte "exposiciones" y en parte "descripciones", pienso que en una *exposición* del derecho, sustitutiva de una *definición* de éste, debe intentar dar cabida a todos los aspectos o elementos que muestra la realidad de ese determinado dato o fenómeno, a la vez empírico e histórico, que se denomina "derecho".

La primera afirmación que podría ser propuesta a este respecto, a fin de progresar desde comprobaciones más sencillas hasta aseveraciones más complejas, es que en el principio del derecho está la persona, esto es, de que por causa del hombre existe el derecho. Trátase entonces de un fenómeno que apreciamos entre los hombres y que acontece únicamente a propósito de la vida de éstos. "Como obra que es del hombre —dice Helmut Coing—, el derecho no puede entenderse sino partiendo de intenciones humanas".

Seguidamente, el derecho se nos presenta como un producto de la vida social del hombre, desde el momento en que sólo en la vida humana social tiene sentido propiamente hablar de derecho. De este modo, así como la sociedad parece ser una forma ineliminable de la existencia humana, así también el derecho parece ser una forma necesaria de la vida en sociedad. Escribe Legaz Lacambra sobre este punto que sólo "desde el momento que hay hombres en mutua relación existen relaciones jurídicas entre ellos: *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo ubi homo, ibi jus*". Como apunta por su parte Grocio, "esta necesidad de vida social, de la que no hemos dado más que un esbozo y que es conforme al entendimiento humano, es la fuente del Derecho propiamente dicho".

Como explica Edgar Bodenheimer, mientras Robinson Crusoe, el protagonista de la novela de Daniel Defoe, vive solo en la isla desierta a la que ha sido arrojado como consecuencia de

un naufragio, no hay derecho posible. Sin embargo, cuando luego aparece Viernes en la historia, un joven salvaje a quien Robinson rescata de las manos de unos caníbales que pretendían devorarlo, se da, al parecer, la base social necesaria para el derecho, aunque tal base se pierde en la medida en que Viernes, impulsado por la gratitud hacia su salvador, renuncia a su condición de persona y se coloca incondicionalmente a las órdenes de Robinson. Como escribe Bodenheimer en la obra antes citada: "el joven salvaje (Viernes) se arrodilla ante Robinson, baja la cabeza hasta tocar la tierra con la frente, toma el pie de su salvador y lo coloca sobre su cráneo. De esta manera, jura ser esclavo perpetuo de Robinson. Da a éste un dominio absoluto y un poder de vida y muerte sobre él, y se compromete a obedecer todos y cada uno de los mandatos de su salvador, sin pedir compensación por hacerlo".

Sin embargo, cuando se incorpora a esta historia el capitán de un barco inglés, arrojado también a la isla por la tripulación amotinada de su navío, se da efectivamente, además de la base social para el surgimiento de relaciones jurídicas, la no menos importante base de igualdad también necesaria para la existencia y funcionamiento del derecho. Porque desde el momento en que Robinson y el capitán inglés se miran como hombres libres e iguales, pueden convenir jurídicamente que el primero ayudará a éste a recuperar su barco, en tanto que el capitán se compromete, por su parte, a someterse a la autoridad de Robinson mientras permanezcan ambos en la isla y, recuperado el barco, a llevarlo a Inglaterra sin cobrarle pasaje.

Por ello, Coing ha podido escribir que "el segundo momento fundante de la problemática de la relación entre derecho y poder es la circunstancia de que en el derecho alienta una tendencia a la igualdad, un rasgo igualitarista, mientras que la relación de poder presupone típicamente diversidad valorativa entre el titular del poder y los sometidos".

Tenemos hasta aquí, entonces, que el derecho es una cosa del *hombre*, que es forma de la *vida social* de éste y que requiere o demanda de cierta *igualdad* entre los hombres a quienes relaciona y cuyos conflictos o intereses encausa, al menos la básica igualdad de que los hombres participen, sin excepciones, de la condición de sujeto de derecho, esto es, de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos.

to ordenamiento de las relaciones sexuales aceptable para nuestra cultura occidental, carácter de valoración coactiva”.

En cuanto a la significación jurídica de estas valoraciones socialmente dominantes, debemos decir, en primer término, que ellas pueden obrar como fuentes materiales del derecho, en cuanto se nos presentan como uno de aquellos factores –y quizás de los más poderosos– que pueden determinar la aparición y el contenido prescriptivo de las normas jurídicas vigentes, dependiendo ello, entre otras variables, del régimen de gobierno y del sector de regulación jurídica de que se trate. Así, el régimen democrático de gobierno –uno de cuyos presupuestos es la elección por sufragio universal de los miembros del órgano legislativo– facilita en mejor forma que otros el tránsito de las valoraciones socialmente dominantes a la normatividad jurídico-positiva, mientras que determinadas ramas del derecho, como el derecho de familia, son invariablemente más expresivas de estas mismas valoraciones que otras ramas o sectores de regulación, como el derecho económico, en las que, por la inversa, se acentúa o refuerza el rol instrumental del derecho positivo.

A la vez, las valoraciones socialmente dominantes pueden jugar también un papel relevante en la eficacia de las normas jurídicas, puesto que mejores expectativas de ser eficaz tendrá una normatividad jurídico-positiva cuyas valoraciones, esto es, las valoraciones de que ella es portadora, coincidan con las que, por su parte, posea o abrace el grupo social destinatario de esa misma normatividad.

Por último, y como una *tercera* modalidad de presentación del elemento valorativo en el fenómeno jurídico, y, tal vez, la que con mayor habitualidad es recogida y desarrollada por la literatura jurídica, está la que tiene relación con la afirmación de un criterio de justicia que, postulado como anterior y superior a los derechos positivos con realidad histórica y a los modelos de justicia relativos que estos aspiran a realizar con sus normas, permitiría la adopción de pautas estimativas, más o menos determinadas y precisas, sobre la base de las que sería posible llevar a cabo cualquiera de las dos operaciones que señalaremos a continuación.

Así, establecido que el hombre forja incesantemente criterios acerca de lo justo y aunque pueda atribuírsele mayor, menor o ningún éxito en la demostración racional de uno o algunos

de ellos sobre los restantes, lo cierto es que tales criterios pueden jugar uno de los dos roles siguientes en el ámbito jurídico: o bien sirven como modelos para evaluar los contenidos prescriptivos y el funcionamiento de los diversos ordenamientos jurídicos con realidad histórica, permitiendo la emisión de juicios de valor, ya positivos, ya negativos, sobre tales contenidos y funcionamiento; o bien, como es en general la postura de las doctrinas del derecho natural, tales criterios son vistos y presentados como el verdadero fundamento del derecho positivo, de donde se sigue que éste sólo alcanzaría su carácter de tal, y su consiguiente pretensión de obligatoriedad, en la medida de su correspondencia con el criterio de justicia que se hubiere adoptado previamente.

2. CONCLUSIONES

El elemento normativo como dato central del fenómeno jurídico. Síntesis final.

El elemento normativo como dato central del fenómeno jurídico.– Los tres elementos del fenómeno jurídico que han sido ya individualizados, cuya identificación permite una comprensión cabal y no fragmentaria del derecho positivo, no deben ser colocados en un mismo e indistinto pie de igualdad para fijar la naturaleza del derecho ni para, consiguientemente, echar las bases de su conocimiento. Ello, porque el derecho, ante todo, consiste y se nos presenta como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, cuyas propiedades o notas distintivas tuvimos oportunidad de referir antes en el capítulo I.

En verdad, tanto el elemento fáctico como el elemento valorativo, apreciado cada cual en su conjunto o bien descompuesto, el primero, en los distintos actos y conductas que lo integran, y, el segundo, en las diversas modalidades de presentación que él ostenta, comparecen a nuestra atención una vez que hemos previamente identificado esa específica normatividad en que el derecho positivo consiste.

Efectivamente, todos los actos y conductas, en general los hechos que componen lo que llamamos el elemento fáctico del fenómeno jurídico, a saber, fuentes materiales del derecho, acto

cabe mencionar la *conducta de los sujetos imperados*, en cuanto obedecen o no obedecen a las normas, y el *comportamiento de los órganos jurisdiccionales*, en cuanto aplican o dejan sin aplicar esas mismas normas. Como se recordará, ambos comportamientos constituyen las conductas componentes de la eficacia de las normas, puesto que sólo de una norma que es generalmente obedecida y aplicada puede decirse que es eficaz, con el efecto, como también sabemos, que la eficacia tiene respecto de la validez de las normas. Sobre las conductas componentes de la eficacia, vale la pena advertir que así como toda norma jurídica supone un acto en virtud del cual es creada, toda norma jurídica supone también que a su respecto se siga uno u otro de estos comportamientos: ser generalmente obedecida o generalmente desobedecida, y ser habitualmente aplicada o habitualmente inaplicada.

En cuanto al elemento o dimensión *valorativa* del fenómeno jurídico, él presenta las siguientes modalidades de expresión.

En *primer lugar*, todo ordenamiento jurídico es portador de valoraciones en la misma medida que procura estimular ciertas conductas que se consideran socialmente deseables y desanimar otras que se estiman socialmente dañinas. Estas valoraciones ínsitas en el propio ordenamiento jurídico pueden ser atribuidas a preferencias del órgano, autoridad o sujeto productor de la norma que porte o exprese una determinada valoración, aunque su origen podrá ser rastreado muchas veces en las fuentes materiales que se encuentren en el origen de la norma.

Lo anterior significa que todo ordenamiento jurídico positivo y, en particular, las normas que son creadas por intermedio de los métodos autocráticos de producción jurídica, como es el caso, por ejemplo, de la legislación, resultan expresivas de determinadas valoraciones que es posible atribuir a la autoridad creadora de las normas, y cuyo sentido puede ser comprendido sobre la base de los fines e intereses que esta misma autoridad desea obtener o cautelar a través, precisamente, de las normas que dicta.

El propio Kelsen, cuya asepsia en el análisis del derecho positivo y en la develación de sus estructuras es cosa muy conocida, admite a este respecto que “cada ordenamiento jurídico corresponde, más o menos, a determinado ordenamiento moral prevaleciente en el grupo, cuyos intereses determinan el proceso de creación jurídica”.

Ahora bien, la significación jurídica de estas valoraciones ínsitas en todo ordenamiento jurídico puede ser apreciada si se atiende al hecho de que una de las principales funciones que la dogmática cumple respecto de las normas jurídicas es la interpretación de éstas, o sea, la fijación de un determinado sentido y alcance de tales normas, operación que, a nuestro entender, pasa necesariamente por la comprobación y comprensión de dichas valoraciones. A esto se refiere precisamente Helmut Coing cuando nos advierte acerca de que “la ciencia jurídica por la esencia del acto de aplicación del derecho, tiene que manifestar ante todo las valoraciones en que descansa la norma jurídica”, puesto que toda auténtica comprensión del derecho —podemos manifestar por nuestra parte— queda obstruida, al menos parcialmente, si se omite el hecho de que aquél alberga ciertos valores y no es únicamente “un mecanismo inanimado de coacción”.

Enseguida, una *segunda* modalidad de presentación del elemento valorativo del fenómeno jurídico viene dada por la existencia de las valoraciones socialmente dominantes, esto es, por ese conjunto de creencias, sentimientos, preferencias, modos de pensar y de sentir que, fuertemente arraigadas al interior de una comunidad de individuos, prevalecen en ésta y, por lo mismo, tienden a traducirse en determinadas formas de conducta de estos mismos individuos.

Concretamente, son importantes para el derecho, en el sentido que mostraremos enseguida, aquellas valoraciones que tienen una vigencia objetiva, que pueden ser atribuidas al grupo y que se han manifestado en usos arraigados dentro de la comunidad, en la cual ha tenido lugar un efecto recíproco entre la convicción o creencia valorativa y el obrar humano. De este modo —podríamos decir con Karl Engisch— “sólo entran en consideración aquellas valoraciones que han alcanzado una cierta dignidad histórica. Pues aun cuando cualquier valoración individual o singular sea un hecho psicológico, son, sin embargo, llamadas a ejercer un cierto influjo sobre el derecho aquellas valoraciones que gozan de un cierto predicamento”. Así, por ejemplo, “cuando Schopenhauer afirma que los mormones tienen razón, se trata por supuesto de una valoración real, pero sin vigencia objetiva. Por el contrario, para el derecho, la dominante concepción del matrimonio monogámico reviste, en cuan-

a la cual adquieren, precisamente, su interés y significación para el trabajo del jurista.

Por último, la tercera modalidad de presentación del elemento valorativo, que dice relación, según vimos, con la afirmación de un criterio de justicia anterior y superior al derecho positivo que permita la adopción de pautas estimativas cuya función puede ser la de fundar la validez de éste o, menos que eso, constituirse en un marco o modelo sobre cuya base y límites resulte luego posible la emisión de juicios de valor acerca del contenido prescriptivo del derecho positivo, resulta igualmente claro —como consecuencia de las dos funciones que pueden ser atribuidas a tal criterio de justicia— que la búsqueda razonada de éste cobra nuevamente sentido por referencia a la normatividad jurídica de carácter positivo respecto de la cual se introduce luego alguna de las dos funciones que hemos señalado.

Síntesis final.— Una síntesis de lo anterior es la siguiente:

1. Una exposición del derecho, sustitutiva de una definición de éste, debe intentar dar cabida a todos los aspectos o elementos que muestra la realidad de ese determinado dato o fenómeno que se denomina “derecho”;

2. El derecho se presenta, ante todo, como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, lo cual quiere decir que lo que nuestra mirada devuelve cuando la hemos dirigido con fines de conocimiento hacia ese determinado objeto que llamamos “derecho”, es, por lo mismo, un conjunto de normas, o sea, de prescripciones obligatorias de conducta.

La afirmación precedente no desconoce que en todo ordenamiento jurídico-positivo, esto es, en todo derecho, concurren también, en articulación con normas o prescripciones de conducta, y, aun, a veces, redactadas bajo modalidades de expresión propias de éstas, ciertas disposiciones que otorgan competencia para crear normas, o que definen determinados conceptos o que derogan otras normas, privándolas en este último caso de validez. Sin embargo, pensamos que este tipo de disposiciones no estrictamente normativas, presentes, como se dijo, en todo ordenamiento jurídico, no obstan a una consideración global del derecho como conjunto de normas, establecido, por lo demás, que tales disposiciones sólo poseen un sentido propiamente ju-

rídico por referencia a las normas del respectivo ordenamiento jurídico en que ellas se insertan, careciendo por ello de una verdadera autonomía.

3. Cuando se ve el derecho como un conjunto de normas, deben entenderse incluidas no sólo aquellas que son creadas o producidas a través de los métodos autocráticos o heterónomos de producción jurídica, como son, por ejemplo, la legislación y la jurisprudencia de los tribunales, sino, también, aquellas que lo son por intermedio de los métodos democráticos o autónomos de producción jurídica, a saber, costumbre y actos jurídicos.

Lo mismo, deben entenderse comprendidas no sólo las normas que poseen caracteres de abstracción y generalidad —como ocurre usualmente con las que produce la legislación—, sino, también, aquellas normas concretas y singulares que provienen de la jurisprudencia y de los actos jurídicos.

4. Las normas jurídicas, en su existencia de tales, y especialmente en el caso de las normas de derecho legislado, nos conducen necesariamente al descubrimiento o verificación de ciertos hechos y conductas que se relacionan indefectiblemente con todo ordenamiento jurídico positivo.

Estos hechos y conductas, conformadores del elemento fáctico del fenómeno jurídico, son las fuentes materiales del derecho, el acto de creación de las normas, la conducta de los sujetos imperados en cuanto obedecen o desobedecen generalmente estas mismas normas, y la conducta de los órganos jurisdiccionales en cuanto las aplican o dejan sin aplicar como regla general.

5. Las mismas reglas jurídicas nos muestran, también, la presencia de un tercer elemento del fenómeno jurídico —el elemento valorativo—, que posee a lo menos tres distintas modalidades de presentación, que son, respectivamente, la de los valores o valoraciones ínsitas en toda normatividad jurídico-positiva y de las que esta misma normatividad es portadora, la de las valoraciones socialmente dominantes y su influencia tanto en la producción de las normas como en la consiguiente eficacia o ineficacia de éstas, y, por último, la de la búsqueda y fijación de un criterio superior de justicia a partir del cual pueda ser fundamentada la validez de las normas jurídicas, o que sirva, al menos, para emitir juicios de valor acerca de los títulos éticos de los contenidos prescriptivos de las mismas normas.

de creación de las normas y comportamiento de los sujetos imperados y de los órganos jurisdiccionales en cuanto unos y otros obedecen o desobedecen las normas y las aplican o dejan de aplicar, cobran identidad y significación únicamente en la medida en que aparecen relacionados con un determinado conjunto de normas jurídicas positivas, las cuales pasan a constituir, con ciertos límites, un verdadero presupuesto de dicha entidad y significación.

Así, son las normas jurídicas, en su existencia de tales, las que nos conducen, primero, hasta las fuentes materiales del derecho, o sea, son las normas jurídicas las que, por el hecho de existir y de comparecer a nuestra atención, nos gravan con la necesidad de investigar acerca de cuál o cuáles hayan sido las fuerzas o factores que han determinado su aparición y modelado su contenido. Esto significa que sólo por referencia a normas tiene sentido identificar y comprender este primer dato del elemento fáctico del fenómeno jurídico.

Por otra parte, algo similar ocurre con el acto de creación de las normas jurídicas, que presentamos como el segundo dato de elemento fáctico del fenómeno jurídico. Nuevamente aquí, son las normas, como dato modular del fenómeno jurídico, las que nos conducen, a partir de la comprobación de su misma existencia, hasta un hecho —el acto de su creación— que se sitúa antes de la norma o que, a lo menos, se presenta confundido con el origen de ésta. Además, un acto de creación de normas jurídicas posee este carácter en virtud de otras normas jurídicas, distintas y de jerarquía superior a aquellas que por su intermedio resultan creadas, de donde se sigue que la significación jurídica de todo acto creador de derecho proviene no del mismo acto ni de algún otro hecho cualquiera, sino de normas jurídicas que pertenecen al mismo ordenamiento al que se incorporan luego las normas resultantes del acto creador correspondiente.

A la vez, las conductas de los sujetos imperados, en cuanto obedecen o desobedecen las normas, y el comportamiento de los órganos jurisdiccionales, en cuanto aplican o dejan de aplicar estas mismas normas —y que constituyen, según vimos antes, el tercer dato o componente del elemento fáctico— sólo cobran actualidad y significación jurídica en la medida en que se relacionan o refieren también a un determinado ordenamiento ju-

rídico positivo, esto es, a un determinado conjunto de normas que son las que, en el hecho, resultan obedecidas, desobedecidas, aplicadas o inaplicadas. Por lo mismo, las investigaciones acerca de la eficacia de las normas jurídicas parten necesariamente del presupuesto en que, antes de conocerse cualquier resultado a este respecto, hay ya un conjunto de normas, esto es, de prescripciones de deber ser, respecto de las cuales se intentará averiguar, precisamente, si son o no generalmente obedecidas y aplicadas. Así, nuevamente por referencia a unas determinadas normas tiene sentido o interés investigar las conductas efectivas que tanto los sujetos imperados y los órganos jurisdiccionales emiten en relación con el mandato contenido en tales normas.

Por lo que respecta ahora al elemento valorativo y a sus diversas modalidades de presentación en el fenómeno jurídico, puede decirse lo siguiente:

En cuanto a la normatividad jurídica como portadora de determinados valores o valoraciones, lo cierto es que estos valores o valoraciones presuponen también la existencia de dicha normatividad, en cuanto ésta constituye la base misma de su sustentación, de tal modo que es la normatividad jurídica, en cuanto tal, la que, desde el momento en que porta o sustenta determinados valores o valoraciones, demarca un ámbito objetivo dentro del cual, y sólo dentro del cual, adquiere sentido formular y avanzar cualquier investigación que tenga por finalidad la comprobación y comprensión de tales valores y valoraciones.

Si se repara, enseguida, en las valoraciones socialmente dominantes —segunda modalidad de presentación del elemento valorativo del fenómeno jurídico—, bien puede decirse otro tanto, puesto que también resulta claro que el interés y significación jurídicos de estas valoraciones aparecen siempre referidos al ordenamiento jurídico respecto del cual dichas valoraciones pueden cobrar alguna de las dos incidencias apuntadas en su momento, o sea, las de obrar como fuentes materiales de las normas de dicho ordenamiento o bien como factores causales de la eficacia o ineficacia de estas mismas normas. De este modo, las valoraciones socialmente dominantes se insertan como un dato necesario para la comprensión del derecho, en la medida en que es posible conectarlas, en alguno de los dos sentidos ya señalados, con la normatividad jurídico-positiva por referencia

En consecuencia, cuando se pregunta por la *función* de algo, por lo que se pregunta es por la tarea que ese algo cumple, por su aportación, por aquello que realiza según su condición, por lo que hace o ejecuta de manera apropiada a lo que de ese algo se espera.

Por su parte, la palabra "fin" alude al objeto a cuya consecución se dirige algo, a aquello para lo cual algo está en definitiva constituido.

Por tanto, no se alude exactamente a lo mismo con la expresión "funciones" que con la palabra "fines". La primera de esas palabras alude a lo que algo hace, realiza o ejecuta de acuerdo a su condición, mientras que la segunda se refiere al objeto que se persigue por algo o a lo cual éste se dirige. Cuando preguntamos por las funciones de algo preguntamos *por lo que hace*, en tanto que cuando preguntamos por los fines preguntamos *para qué lo hace*. De este modo, la palabra "fines" sugiere algo ulterior, algo que está situado más allá de las funciones, algo, por último, que de alguna manera se refiere al para qué de las funciones.

Así, la función de la mano es asir, aunque su fin es facilitar una mejor existencia del hombre.

De alguna manera, por lo mismo, las funciones están en las cosas mismas, mientras que los fines estarían fuera de ellas. Las funciones de algo serían inherentes a la cosa que las tiene, mientras que los fines constituirían los propósitos o expectativas que algo procura satisfacer en último término.

Sin embargo, tanto las funciones como los fines comparten la característica de la *gradualidad*, en el sentido de que unas y de otros pueden en cualquier momento darse un juicio acerca de la medida en que son ejecutados y cumplidos. Así, de algo puede decirse que cumple mejor o peor sus funciones, y, asimismo, que realiza mejor o peor sus fines. En todo caso, pareciera que lo menos que puede esperarse de algo es que cumpla las funciones que le son propias, aunque no consiga realizar plenamente sus fines. Con esto último queremos decir que si bien los fines son más importantes que las funciones, puesto que éstas son de algún modo instrumentales respecto de aquellos, se es más condescendiente para juzgar una incompleta realización de los fines que una inadecuada ejecución de las funciones. De este modo, que una de nuestras manos no consiga asir las cosas

nos preocupa más que constatar que cuando ella consigue asir las cosas colabora sólo parcialmente al fin de tener una buena existencia.

En otras palabras: aceptamos de mejor gana la gradualidad en la realización de los fines de las cosas que en la ejecución de sus funciones, quizás porque contamos con que los fines son metas tan deseables como difíciles de alcanzar.

Las funciones y los fines del derecho.— Aplicando al derecho lo expuesto en el acápite anterior, podemos decir que las *funciones* del derecho aluden a las tareas que éste realiza en un contexto dado. Así, si la idea de función, en general, alude, como decíamos, a que un elemento (X) desarrolla una tarea (Y) en un contexto determinado (S), tratándose de las funciones del derecho ese elemento es precisamente el derecho y tal contexto no es sino el sistema social del que el derecho forma parte.

Así las cosas, preguntarse por las funciones del derecho equivale a preguntarse por las tareas que el derecho cumple, o sea, por todo aquello que el derecho realiza o ejecuta de acuerdo con su condición de orden normativo en el contexto más amplio de los diversos órdenes normativos que existen en la sociedad. Por lo mismo, cuando se inquiere por las funciones del derecho, lo que se trata de averiguar son las que éste tiene universalmente y no las que puedan ser expresión de una determinada dirección ideológica, sea ésta conservadora o reformista.

Por otra parte, es preciso no confundir las funciones de las normas jurídicas con las funciones del derecho. Según los distintos tipos de normas que pueden ser identificadas en cualquier ordenamiento jurídico evolucionado, hay normas que mandan, normas que prohíben, normas que permiten, normas que otorgan competencia para producir otras normas, normas que definen conceptos, normas que interpretan otras normas y normas que derogan normas. En consecuencia, mandar, prohibir, permitir, otorgar competencias, definir, interpretar, derogar, pueden ser vistas como funciones que cumplen las normas, aunque no se trata de las funciones que el derecho cumple como orden normativo dentro de la sociedad, según veremos a continuación.

En cuanto a los fines del derecho, se trata del objeto, o de los objetos, a cuya consecución el derecho se dirige u orienta, esto es, aquello para lo cual el derecho está en definitiva consti-

6. Los tres mencionados elementos del fenómeno jurídico –normativo, fáctico y valorativo–, cuya identificación permite, según se dijo, una comprensión cabal y no fragmentaria del derecho positivo, no deben ser colocados en un mismo pie de igualdad, como ocurriría, por ejemplo, si se afirmara que el derecho es norma, conducta y valor. Por el contrario, una mirada atenta sobre el derecho y una percepción más exacta sobre la forma en que se articulan los tres elementos antes señalados, permite apreciar una evidente preponderancia del elemento normativo, en cuanto los hechos y conductas constitutivos del elemento fáctico, así como las diversas modalidades de presentación del elemento valorativo, presuponen, según fue mostrado, la previa existencia de un ordenamiento jurídico positivo, esto es, de un conjunto de normas, por referencia al cual y a las cuales tales hechos, conductas, valores y valoraciones pasan a tener una efectiva y propia significación jurídica.

Todo lo cual permite concluir, por último, que el derecho es, constitutivamente, una específica normatividad reguladora de la conducta humana, sin perjuicio que, como tal normatividad que es, resulte necesariamente vinculado a determinados hechos, conductas, valores y valoraciones, cuya identificación y comprensión son posibles a partir de la propia existencia del derecho como conjunto de prescripciones obligatorias y coactivas.

FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO

1. INTRODUCCION

Funciones y fines. Las funciones y los fines del derecho.

Funciones y fines.— Antes de identificar *qué* se entiende por funciones y por fines del derecho, así como antes de identificar *cuáles* son tales funciones y fines, es preciso establecer qué se entiende, en general, tanto por “funciones” como por “fines”.

Sin embargo, en ambos casos se trata de palabras que no son unívocas, esto es, que no son empleadas siempre en un mismo sentido. Esto acontece habitualmente con la mayoría de las palabras –que no se las utilice siempre en un mismo sentido–, aunque esta característica de las palabras se agudiza en el caso de ciertos términos que como los dos que ahora nos ocupan tienen posiblemente una mayor vaguedad e indeterminación que otros. Además, se trata de palabras que no sólo se emplean en diferentes sentidos, sino que el significado que se les atribuye depende muchas veces de las teorías que puedan sostenerse acerca de las funciones y de los fines. Para mayor complicación aún, se trata de dos palabras cuyos significados a veces se confunden, que es lo que acontece, por ejemplo, cuando se identifican como las funciones de algo lo que en verdad constituyen sus fines, o se señalan como los fines de algo aquellas que son sus funciones.

La palabra “función”, tal como se lee en el texto de *Introducción al derecho* que en España coordinó Javier de Lucas, alude a que un elemento (X) desarrolla una tarea (Y) en un contexto determinado o en un sistema más amplio (S) en el que ese elemento está inserto.

la filosofía del derecho fija su atención en los *valores* o *finés* del derecho.

Manfred Rehbinder, a la hora de identificar la meta cognoscitiva de cada una de esas dos disciplinas, como también la de la dogmática jurídica, delimitando de ese modo el ámbito de investigación de cada una de esas disciplinas, dice que la filosofía del derecho se pregunta por la justicia del derecho, ocupándose de las ideas de valor que se sitúan tras las concretas regulaciones jurídicas y examinando su razonabilidad. Considera este autor que la reflexión sobre el derecho correcto (justo) es asunto de la filosofía del derecho, la que se pregunta "por el *a dónde* (establecimiento de fines político-jurídicos) y por el *porqué* (jerarquía de valores)". Por consiguiente, el objeto de investigación de la filosofía jurídica es la *idealidad* del derecho.

Por su parte, la dogmática jurídica se pregunta acerca de lo que vale o rige como derecho en una determinada situación y trata de determinar el contenido de sentido de las disposiciones jurídicas concretas de un ordenamiento jurídico dado. Así, el objeto de su investigación es la *normatividad* del derecho.

En fin, la sociología jurídica se pregunta por la realidad social del derecho y su objeto de estudio es la *facticidad* del derecho.

2. LAS FUNCIONES DEL DERECHO

Análisis estructural y análisis funcional del derecho. La función de orientación de comportamientos. La resolución de conflictos. La función promocional y la configuración de las condiciones de vida. La función distributiva. La organización y legitimación del poder social. El cuidado del derecho. Derecho y cambio social.

Análisis estructural y análisis funcional del derecho.— En algunos de los capítulos previos de esta obra hemos estudiado los componentes del derecho, las "piezas del derecho", como las llaman Atienza y Ruiz Manero, o sea, hemos fijado la atención en las normas jurídicas y en otros estándares presentes también en todo ordenamiento jurídico, como es el caso de los principios jurídicos. Del mismo modo, identificamos las distintas maneras

de producción de las normas jurídicas y la estructura que éstas forman, como consecuencia de reconocer todas ellas un fundamento común en cuanto a su validez, a la que se denomina "ordenamiento jurídico".

Todos esos enfoques pertenecen a un *análisis estructural* del derecho, porque fijan su atención en los componentes del derecho y en el modo como éstos se relacionan entre sí para constituir un todo unitario. Lo que procede acometer ahora es un *análisis funcional* del derecho, que fije su atención, por lo mismo, en las *funciones* que el derecho cumple en la sociedad.

Del modo antes señalado, un análisis estructural del derecho, como el que Kelsen lleva a cabo en su teoría del ordenamiento jurídico, pone su atención en la norma jurídica, en las relaciones entre las distintas normas jurídicas, y en el hecho de que merced a tales relaciones las normas forman un ordenamiento. Además, un punto de vista como éste acaba desplazando la atención desde la norma jurídica considerada aisladamente al ordenamiento que éstas forman. Como dice Kelsen, "es imposible captar la naturaleza del derecho limitando nuestra atención a la norma aisladamente. Las relaciones que ligan entre sí a las normas de un ordenamiento jurídico son esenciales a la naturaleza del derecho". Por lo tanto, "sólo sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el ordenamiento jurídico se puede entender plenamente la naturaleza del derecho".

Pero el examen del derecho no puede quedarse en un análisis estructural del mismo, sino que dicho análisis tiene que ser complementado por uno de tipo funcional. El análisis estructural mira al derecho en un estado de reposo o quietud y nos provee de mucha e importante información acerca del fenómeno jurídico. En cuanto al análisis funcional, mira al derecho tal cual este actúa de hecho en la sociedad, y proporciona una información adicional sin la cual sólo conoceríamos la respuesta a la pregunta qué es el derecho, mas no a la que inquiera por la manera cómo el derecho actúa en la vida social.

Sin embargo, tiene razón Bobbio —uno de los autores que más se han ocupado del análisis funcional del derecho— cuando afirma que el problema de las funciones del derecho, tal y como se han ido desarrollando en los últimos años, no debe cerrarnos los ojos frente al hecho de que los resultados hasta

tuido. Son, como dice Ferrari, objetivos que una sociedad debe tratar de desarrollar a través de las instituciones jurídicas.

Por tanto, preguntarse por las funciones del derecho es preguntarse por *tareas* de éste; en cambio, preguntarse por los fines es inquirir acerca de las *aportaciones*, acerca de los *servicios* que el derecho aspira a prestar en relación con la vida del hombre en sociedad. Preguntarse por las funciones del derecho es preguntarse *qué* hace el derecho y *cómo* lo hace, en tanto que preguntarse por los fines del derecho es inquirir *para qué* hace el derecho lo que hace. Las funciones, en cuanto tareas, se *demandan* de todo derecho; en cambio, los fines, en cuanto aportaciones o servicios, se *esperan* de todo derecho. Esto último, sin embargo, no significa que los fines del derecho sean menos importantes que sus funciones—de hecho, los fines son más importantes que las funciones—, sino que la gradualidad en su consecución es más acusada que tratándose de las funciones. Así, una de las funciones del derecho es la guía u orientación del comportamiento humano, en tanto que uno de sus fines es la justicia, de manera que todo derecho debe tener cuando menos un buen rendimiento o resultado en cuanto al cumplimiento de esa función, aunque dicho rendimiento o resultado sea menor por lo que respecta a la realización del fin antes señalado.

Con todo, no debe perderse de vista que existe una evidente relación entre las funciones y los fines del derecho, puesto que, tal como se verá más adelante, determinadas funciones del derecho se vinculan estrechamente con determinados fines de éste, en el sentido que la más plena realización de esos fines depende de una más eficaz ejecución de las correspondientes funciones. Así, por ejemplo, si una de las funciones del derecho es orientar comportamientos de la manera más precisa posible y establecer instancias públicas e imparciales que puedan declarar cuándo esos comportamientos se ajustan a lo previsto, un eficaz cumplimiento de esa función por parte de un ordenamiento jurídico dado favorece la mejor realización del fin de seguridad jurídica que se atribuye al derecho.

Plantada ahora la cuestión de las funciones y fines del derecho por referencia a las diversas disciplinas que se ocupan del derecho como objeto de conocimiento y a la división del trabajo que llevan a cabo esas disciplinas, puede decirse que las funciones del derecho, en cuanto se relacionan con la dimensión

fáctica del fenómeno jurídico, constituyen una materia relevante de estudio para la sociología del derecho, mientras que los fines del derecho, como expresión de la dimensión *valorativa* del mismo fenómeno, son habitualmente presentados como algo a ser tratado por la filosofía del derecho. Dicho brevemente, la cuestión de las funciones del derecho tiene un alcance *descriptivo*, y por ello compete a la sociología jurídica, en tanto que la de los fines tiene una dimensión *prescriptiva* y es de competencia de la filosofía del derecho.

Los fines del derecho suelen ser también presentados como los *valores* del derecho, y entre quienes cultivan la filosofía jurídica existe una cierta coincidencia en que el tema de los valores es uno de aquellos en los que esta última disciplina concentra sus esfuerzos cognoscitivos. Todavía más: hay autores como Gustav Radbruch y Hans Kelsen que consideran que el tema de los valores jurídicos es el único tema del que debe ocuparse la filosofía del derecho. Para el primero de esos autores, la filosofía jurídica debe constituirse como teoría del derecho justo, lo cual quiere decir que su cometido tiene que ver con el derecho ideal, con el derecho que debería ser establecido de acuerdo a una determinada perspectiva de los valores. Para Kelsen, el objeto de la filosofía jurídica no es el derecho positivo, el derecho puesto, el derecho que *es*, sino el derecho que *debe ser*, el derecho que debe ser puesto o establecido, de donde se sigue que para este autor la filosofía del derecho constituya una rama de la filosofía moral.

Si se toma una definición clásica de sociología del derecho, como la de Arthur Nussbaum, por ejemplo, se comprueba que a esta disciplina le interesa la facticidad del derecho, y, por tanto, investiga acerca de las condiciones fácticas de carácter social, político y de cualquier otro orden de las que surgen las reglas jurídicas y examina los efectos sociales, políticos y de cualquier otra clase producidos por aquellas normas. Por otro lado, si se toma una definición tradicional de filosofía del derecho, como la de Giorgio Del Vecchio, por ejemplo, se comprueba que, entre otras investigaciones que un autor como éste atribuye a la filosofía jurídica, se encuentra la de valorar el derecho según un ideal de justicia trazado por la pura razón.

Por expresarlo ahora en términos más sucintos, la sociología jurídica fija su atención en los *hechos* jurídicos, mientras que

grupos con intereses que tanto pueden ser coincidentes como discrepantes. En consecuencia, ni la colaboración es propiamente un atributo de la vida social ni el conflicto una patología. Ambas son inherentes a la vida en sociedad, de modo que decir, por ejemplo, "Quiero una sociedad donde haya colaboración entre sus miembros" es redundante, en tanto que afirmar "Quiero una sociedad en la que no exista conflicto entre sus miembros" resulta por su parte contradictorio.

Lo anterior quiere decir que "en la sociedad puede haber determinados grados de consenso respecto a unos valores, concepciones del mundo o criterios culturales que son más o menos comunes, pero que también está permeada de conflictos de intereses". El conflicto —como dice Ferrari— "es la interacción en que dos o más partes, obstaculizándose mutuamente, tratan de ampliar —unas en detrimento de otras— la propia capacidad de decisión, y se produce porque lo común es que cada individuo o grupo desee proteger sus propios intereses y su propia concepción del bien. Por lo demás, si cada sector social tiende a hacer valer sus intereses en la medida de su propia fuerza, también es efectivo que en el momento en que un grupo alcanza determinada posición como resultado de sus confrontaciones con otros grupos, trata de reconstruir la posición alcanzada bajo la forma del derecho".

Tratándose en particular del conflicto, es preciso no ver en éste un elemento puramente negativo ni menos patológico de la sociedad. Lejos de ello, muchas veces el conflicto atiza situaciones anómalas que, una vez resueltas, producen un mayor beneficio social. Sin embargo, es evidente que una concepción semejante del conflicto se opone a las teorías que ven las sociedades como conjuntos unitarios que se caracterizan por relaciones armónicas y estables. Para tales teorías, la socialización al interior de un grupo se produce sólo cuando sus integrantes comparten un mismo código de valores, creencias y concepciones del mundo y del hombre, como resultado de lo cual los conflictos son vistos como fallas del proceso de socialización, como una disfunción que atenta contra la cohesión del grupo social.

Con todo, y cualquiera sea la posición teórica que se tenga frente al conflicto, lo cierto es que una segunda función del derecho consiste, precisamente, en regular y en resolver los conflictos cuando "la función de orientación social no ha cumplido

su finalidad persuasiva y orientadora y los sujetos decepcionados en sus expectativas no han desistido en sus exigencias".

En otras palabras: el derecho, a través de la primera de sus funciones —orientar comportamientos— consigue, si no evitar, al menos disminuir los conflictos, mientras que a través de la segunda de sus funciones —resolver los conflictos— establece normas, procedimientos e instancias que, una vez producido un conflicto, permiten dar a éste un curso regulado que aminore los efectos negativos del conflicto y, sobre todo, lo encauce a algún tipo de solución pacífica que excluya la posibilidad de que el problema suscitado sea resuelto en aplicación de la ley del más fuerte.

Como partes de esta segunda función del derecho es preciso distinguir, por un lado, la represión de los comportamientos desviados, y, por el otro, la resolución de los conflictos de intereses, si bien ambas son funciones terapéuticas que asume el derecho, esto es —como dice Bobbio—, funciones que el derecho cumple no ya para prevenir y en lo posible evitar las conductas ilícitas y los conflictos de intereses, sino para atender a la situación que se produce cuando tales conductas y conflictos acaecen efectivamente en el curso de la vida social.

Por su parte, la represión de los comportamientos desviados es propia del derecho penal, en tanto que la resolución de los conflictos de intereses aparece en el ámbito del derecho civil y del derecho privado en general.

Tratándose de la represión de los comportamientos ilícitos y de la aplicación de los infractores de los correspondientes actos coactivos, Kelsen advierte acerca del error de considerar que tales comportamientos equivalen a la negación del derecho, que constituirían algo que amenaza, quebranta o inclusive suprime la existencia del derecho. Esto es así porque en su función de orientar comportamientos el derecho no se limita a establecer cuáles son los comportamientos que espera de los sujetos imperados, sino que, además, preestablece cuál es el acto coactivo que habrá de hacerse efectivo sobre aquél de tales sujetos que no ajuste su conducta a lo establecido por el derecho. De este modo, un ordenamiento jurídico no establece que no hay que matar, sino que el que mate a otro sufrirá una pena determinada. En consecuencia, el acto ilícito (matar) es el antecedente o condición de la pena y, en tal sentido, no debe ser visto como la ne-

ahora alcanzados por este tipo de análisis están bien lejos de ser satisfactorios.

Los distintos autores que se han ocupado de las funciones del derecho expresan bajo esta denominación cosas bien diversas, a veces incluso obvias, que añaden poco o nada al conocimiento que tenemos del fenómeno jurídico, percibiéndose, además, que no todos parecen compartir un mismo significado de la palabra "función" y, ni siquiera, de la propia palabra "derecho". Por otra parte, es frecuente que tales autores no distingan entre *funciones* y *finés* del derecho, y que, a la hora de identificar las primeras, presenten un conjunto de aseveraciones en las que funciones y fines del derecho aparecen confundidos.

Bobbio es un autor que examina detenidamente las dificultades de un análisis funcional del derecho y las confusiones que se producen como resultado de que ese análisis no se produzca en los diversos autores sobre la base de una misma idea acerca de qué se entiende por "función" y qué por "derecho". Por nuestra parte, sin embargo, mantendremos la distinción ya señalada entre *funciones* y *finés* del derecho, y procuraremos, acto seguido, identificar y explicar aquéllas y éstos, valiéndonos para ello, ante todo, de la contribución que Manfred Rehbinder ha hecho a la cuestión de las funciones del derecho.

Ello porque entendemos que un curso de Introducción al Derecho no puede dejar sin mostrar la dimensión funcional del derecho, como tampoco la que concierne a los fines de éste.

La función de orientación de comportamientos.— La primera y más visible de las funciones del derecho es la que consiste en *orientar comportamientos*, o sea, en dirigir la conducta de los miembros del grupo social, valiéndose para ello de normas y otros estándares que pueden ser vistos como mensajes que tratan de influir en el comportamiento humano.

Si se atiende a esta primera función del derecho, éste se nos presenta como un medio de control social.

Como sabemos, la vida del hombre en sociedad está regulada por distintos tipos de normas, no sólo por normas jurídicas, y el papel de las distintas normas es ejercer algún control sobre las conductas. Pues bien: si hay diversos factores de control social, el derecho es uno de ellos.

En toda sociedad hay diversos mecanismos de control social, entre ellos la educación, la familia, la moral, la religión, los usos sociales, las ideologías, las diversas asociaciones que forman los hombres, etc., y el derecho es otro de tales factores. En términos generales, como se lee en la obra antes mencionada cuya coordinación debemos a Javier de Lucas, suele afirmarse "que en la sociedad se dan diversos factores o instancias que orientan los comportamientos humanos hacia una red de relaciones entre los hombres evitando su carácter conflictivo", aunque en el caso del derecho puede decirse que éste ejerce un control social *formalizado*".

Todos los medios de control social, incluido el derecho, procuran mantener la cohesión del grupo social, evitando los conflictos, de tal manera que el derecho, en cuanto medio de control social, se concentra en la dirección de las conductas allí donde existen o son de esperar conflictos de intereses. Por lo mismo, las normas jurídicas, al orientar y dirigir el comportamiento, no son "normas de valoración que se formulan con posterioridad a un caso conflictivo, sino que son —como dice Maihofer— normas de determinación que, por medio de la presión psicológica hacia un comportamiento, deben estimular al comportamiento jurídico e impedir el comportamiento distinto amenazador a todos aquellos sujetos de la acción que no alcanzan por propias motivaciones el comportamiento querido". En suma, son normas que "pretenden dirigir a través de la regulación el comportamiento individual y las expectativas individuales, con el fin de evitar o limitar los conflictos".

Por lo mismo, esta primera función del derecho está en directa relación con el fin de la seguridad jurídica.

Con todo, cabe reproducir aquí la observación de Vincenzo Ferrari, en el sentido de que afirmar que el derecho regula y orienta comportamientos resulta un tanto obvio, puesto que, antes de afirmar eso, se ha dado por establecido que el derecho es un orden normativo, esto es, un conjunto de normas y otros estándares, y lo propio de todo orden normativo es, precisamente, regular y orientar comportamientos.

La resolución de conflictos.— En toda sociedad se dan, a la par, relaciones de cooperación y de conflicto entre sus miembros, como resultado de que en toda sociedad coexisten individuos y

El *arbitraje* se produce cuando en el tratamiento de un conflicto las partes designan de común acuerdo a un árbitro y se obligan previamente a acatar la decisión de éste.

La *conciliación* es un procedimiento de resolución de conflictos en el que también interviene un tercero imparcial –el conciliador–, que es asignado al conflicto por el propio ordenamiento jurídico, y cuyo papel consiste antes en procurar un acercamiento de las partes que en proponer e implementar soluciones al conflicto de que se trate. Por lo mismo, la conciliación suele ser prevista por el derecho, ya sea en forma obligatoria o voluntaria, como una modalidad de resolución de conflictos posible de ensayar antes de llevar éstos a las instancias propiamente jurisdiccionales.

En fin, la *adjudicación* tiene lugar cuando en presencia de un conflicto interviene para su conocimiento y resolución un órgano jurisdiccional previamente institucionalizado con ese fin, dándose así lugar a un proceso en el que las actuaciones de las partes y las del propio tribunal, así como los criterios de decisión del asunto, se encuentran previamente regulados por el ordenamiento jurídico.

Tal como se indica en el texto editado por Javier de Lucas que hemos mencionado antes, las distintas formas de tratamiento jurídico de los conflictos “pueden ser entendidas como una línea continua en uno de cuyos extremos se encuentra el modo menos formalizado de abordar un conflicto a través de un mediador y en el otro extremo se encuentra el proceso de adjudicación. Esta línea continua que va desde la intervención de un intermediario a la mediación, el arbitraje, la conciliación y la adjudicación, supone una constante disminución del consenso o las posibilidades de consenso entre las partes hasta que este consenso es sustituido por la autoridad impuesta del derecho”.

Es evidente que la adjudicación constituye la modalidad más propiamente jurídica y organizada de resolución de conflictos, aunque su exagerada formalización, unida a la demora en obtener una decisión, causada ésta por el volumen y la complejidad de los asuntos que se llevan a conocimiento de los tribunales, ha traído consigo un auge de las demás modalidades de resolución de conflictos, a las que se suele llamar, por lo mismo, modos *alternativos* de resolución de conflictos.

La función promocional y la configuración de las condiciones de vida.– Esta nueva función del derecho aparece en la medida que los ordenamientos jurídicos, para conseguir determinados comportamientos que se consideran deseables, se valen no sólo de castigos que tendrán que ser aplicados a quienes dejen sin observar tales comportamientos, sino también de premios o recompensas a ser adjudicadas a quienes ejecuten determinadas conductas que al derecho interesa promover.

Esta función del derecho parte de la base de que la amenaza de *sanciones negativas*, o sea, de perjuicios, no es la única manera de conseguir determinados comportamientos socialmente deseables, y que a este mismo propósito pueden servir los ofrecimientos de *sanciones positivas*, esto es, de beneficios para los sujetos normativos.

Que el que denuncia la existencia de un tesoro hasta entonces oculto pueda compartir el contenido de éste con el propietario del lugar en que el tesoro fue hallado, o que el Estado ofrezca completar lo que falta para la adquisición de una vivienda por parte de un trabajador cuando éste ha conseguido ahorrar una cierta suma de dinero con ese mismo fin, constituyen ejemplos de cómo el derecho promueve determinados comportamientos por la vía de ofrecer beneficios a quienes observen tales comportamientos.

Como dice Bobbio, la diferencia entre el derecho como técnica de incentivación o de premio y como técnica de represión o de castigo, “está en el hecho de que el comportamiento que tiene consecuencias jurídicas no es la inobservancia sino la observancia”.

Debe ser destacado, asimismo, que el primero de tales procedimientos –el de incentivación o premio– consiste en una ventaja ofrecida al que observa la norma, aunque la inobservancia de la norma no tiene ninguna consecuencia jurídica.

En consecuencia, y otra vez en palabras de Bobbio, “la vieja afirmación de que el derecho pena la inobservancia de las propias normas y no premia su observancia, no refleja la realidad de hecho”.

Por lo demás, el uso del derecho como técnica de incentivación no se produce sólo en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, como, por ejemplo, cuando el empleador ofrece gratificaciones especiales a sus empleados si se alcanzan determi-

gación de la norma que lo tipifica y castiga, sino como un hecho interno que la propia norma prevé y determina en sus consecuencias jurídicas.

De este modo, la validez de la norma que ordena determinada conducta —no quitar la vida a otro— no es propiamente quebrantada por la conducta contraria —privar a otro de su vida—, “como si se tratara de una cadena que mantiene preso a un hombre y que es rota”, puesto que “la cadena del derecho encadena también al hombre que ‘rompe’ el derecho”.

Las precedentes ideas de Kelsen son coherentes con su afirmación de que el derecho es un orden normativo que ordena una determinada conducta sólo en cuanto enlaza a la conducta contraria una sanción. De este modo, conducta *conforme* a derecho es la que evita el acto coactivo, en tanto que conducta *contraria* a derecho es la que la norma ha descrito como condición o antecedente de la aplicación de un acto coactivo. De este modo, abstenerse de matar a otro es una conducta conforme a derecho, mientras que matar a otro es un comportamiento contrario a derecho. En consecuencia, si una norma jurídica penal puede ser descrita como una proposición que enuncia que si se presenta determinada conducta (matar un ser humano a otro) debe llevarse a cabo determinado acto coactivo (la prisión del ofensor), conviene reparar en que en dicha proposición “lo ilícito aparece como el antecedente o condición, pero no como negación del derecho, y, además, se muestra que lo ilícito no es algo exterior al derecho, que estuviera en contra suyo, sino que se trata de un hecho interno al derecho, determinado por éste, al cual el derecho, por su esencia, justa y muy particularmente, se refiere”.

Por lo demás, si el derecho, especialmente en su rama penal, opera del modo antes señalado, también es cierto que el prestigio del derecho se acrecienta cuando, fracasado ya en su intento en orden a impedir un determinado comportamiento que se considera indeseable, reacciona con prontitud y eficacia en la fase de la imposición de la consecuencia coactiva del caso. En este sentido, los comportamientos ilícitos, así como también los conflictos, son una oportunidad para que el derecho se acredite a los ojos del público, puesto que si bien no pudo evitar el comportamiento prohibido, sí puede ahora imponer el castigo que el propio derecho previó para el caso de que ello ocurriera.

En cuanto a la resolución de conflictos de intereses, corresponde recordar que en toda sociedad coexisten personas y grupos cuyos intereses son diferentes y que, por tanto, pueden entrar fácilmente en conflicto. Los antagonismos y conflictos no son necesariamente patologías sociales, sino fenómenos inherentes a la vida de los hombres en sociedad, y pueden llegar a tener incluso un efecto positivo cuando tienen una base de justificación que, una vez resuelto el conflicto, da lugar a un estado o situación social mejor que aquella que originó el conflicto o la confrontación del caso.

En relación con los conflictos de intereses, lo que el derecho hace es intervenir para proponer o imponer modelos de comportamiento que obligan a las partes a adecuar sus relaciones en la evolución del conflicto y a llegar a una resolución pacífica de éste. Más precisamente, al derecho le corresponde establecer regulaciones acerca de las condiciones en las que se producen los conflictos, sobre la manera de neutralizar o aminsonar los efectos negativos que para las partes o para la sociedad puedan seguirse durante la vigencia del conflicto, sobre el modo de encauzar pacíficamente el conflicto hacia una resolución del mismo, y sobre la manera de alcanzar una decisión final respecto de las demandas o expectativas no coincidentes de las partes. Más limitadamente, un autor como Vincenzo Ferrari afirma que el papel del derecho es tan solo dirigir las controversias, de manera que lo que es preciso ver en el derecho no son *soluciones* o *arreglos* de los conflictos, sino tan solo un determinado *tratamiento* de éstos.

De la manera antes indicada, el derecho cumplirá una función “socioterapéutica”, algo así como una “terapia de grupo”, según señala Redbinder, puesto que “a través de la discusión en torno a los conflictos jurídicos se socavan las agresiones y se restablece la concordia en el grupo”.

Como formas más habituales de resolución jurídica de los conflictos, cabe mencionar la *mediación*, el *arbitraje*, la *conciliación*, y la *adjudicación*.

La *mediación* se produce cada vez que las partes de un conflicto aceptan que intervenga un tercero, cuyo papel es convenir a una de las partes que la otra tiene la razón o convencer a ambas que se hagan concesiones recíprocas, aunque las partes no se obligan a acatar el parecer del mediador.

der que cumple el derecho es que todos los sujetos que tienen capacidad de decidir respecto de otros sujetos deben hacer uso del derecho para conseguir consenso justificatorio sobre las decisiones que adoptan.

Puede decirse que por medio de esta función se consigue transformar el poder en derecho, esto es, se consigue que los sujetos miembros de una comunidad jurídica vean en las decisiones del poder no órdenes arbitrarias que se les imponen por medio de la fuerza, sino mandatos que ellos deben obedecer.

A propósito de esta función del derecho —advirtió Rehbinde—, no se trata de concesión de derechos subjetivos, sino de reglas de competencia y reglas procesales, es decir, de instrumentos jurídicos y de su delimitación. “No es la sustancia del derecho lo que se determina, sino las personas del aparato de poder actuantes y su procedimiento. Se trata, evidentemente, de la constitución, y ciertamente no sólo de la constitución de la sociedad en su conjunto, sino de la de cada grupo o subgrupo, es decir, de la distribución del poder, que sólo puede ser ejercido de acuerdo con determinadas reglas procesales”.

De este modo, las reglas de competencia y de procedimiento no sólo permiten la introducción de nuevas normas, es decir, los cambios en el derecho, sino que cumplen una especial función legitimadora, puesto que, además, determinan con precisión qué autoridades podrán decidir de manera incontrovertible cuándo alguna de las normas del derecho ha sido infringida y cuándo corresponde aplicar una determinada consecuencia de carácter coactivo.

Sin embargo, el derecho no sólo *organiza* y *legitima* el poder, sino que también lo *limita*. Es más: puede decirse que distribuirlo es un modo de limitarlo y que al limitarlo favorece su legitimidad. De este modo, el reconocimiento de derechos a todas las personas constituye una limitación al poder, y, a la vez, importa la “apertura de una fuente de poder para los menos poderosos desde el punto de vista económico y social”, como apunta nuevamente Rehbinde.

Una visión distinta de las relaciones entre derecho y poder es la que promueven ciertas doctrinas, en particular el marxismo, que atribuyen al derecho una función ideológica de dominación. Para una visión como esa, el Estado y el derecho no son más que instrumentos de que se vale una clase dominante para

mantener sojuzgada a la clase dominada, de manera que si el derecho cumple las funciones que estamos ahora revisando no es de manera neutral, sino de un modo que asegura y prolonga esa dominación. De este modo, si el derecho orienta comportamientos, resuelve conflictos y organiza, legitima y limita el poder —por mencionar sólo algunas de sus funciones—, lo hace de una manera interesada, es decir, a favor de la clase dominante, aunque también encubierta, solapada, ocultando sus verdaderos propósitos e invocando sólo de manera retórica palabras tales como “libertad” e “igualdad”. Por lo demás, esta percepción negativa que el marxismo tiene tanto del derecho como del Estado conduce a sus partidarios al postulado de la desaparición del derecho y del Estado, los cuales, producido el advenimiento de la sociedad comunista, irán a formar parte del museo de antigüedades de la historia, como ya lo hicieron la rueda y el hacha de bronce, según la expresiva imagen de Engels.

El cuidado del derecho.— Con esta denominación suele tratarse de una nueva y última función del derecho, que concierne a los que suelen llamarse los *operadores jurídicos*, o el *staff* jurídico, compuesto por todos quienes se relacionan con el derecho de una manera regular y estable por razón de su actividad habitual —vale decir, legisladores, jueces, abogados, notarios, profesores del derecho, funcionarios de la administración—, de quienes se espera una práctica de sus respectivas profesiones, así como una interacción con los sujetos normativos miembros del grupo, que permitan una más eficiente realización por parte del derecho de todas las demás funciones que hemos señalado precedentemente.

Por tanto, el cuidado del derecho, como admite el propio Rehbinde, no es, pues, “una función auténtica del derecho”, sino algo que se relaciona con la conveniencia de que el derecho cumpla todas sus demás funciones, y se extiende, por tanto, “al conjunto de todos los fenómenos culturales jurídicamente relevantes, a los que no sólo pertenecen las normas jurídicas como tales, sino también las instituciones jurídicas, como parlamentos, tribunales, autoridades, cárceles, policía, universidades, bibliotecas, etc.”.

Por lo mismo, en nombre del cuidado del derecho, lo que se espera de las distintas ramas del *staff* jurídico no es únicamente

nadas metas o la dueña de un animal doméstico extraviado ofrece una recompensa en dinero a quien lo encuentre y devuelva, sino también en el ámbito público, como acontece en el anterior ejemplo del subsidio habitacional. Como indica Bobbio, “cuando el Estado pretende alentar ciertas actividades económicas (y no solamente económicas) se vale cada vez más a menudo del procedimiento de la incentivación o del premio, es decir, del procedimiento de la sanción positiva”.

Así las cosas, la función promocional que cumple también el derecho tiene efectos en la noción de sanción, puesto que ésta no es ya sólo la consecuencia *negativa* de una conducta *ilícita*, sino la consecuencia de una acción, sea lícita o ilícita, que tanto puede ser negativa como positiva, esto es, que tanto puede constituir un perjuicio como un beneficio para quien ejecutó la acción de que se trate.

Kelsen, por su parte, admite que los ordenamientos jurídicos “contienen a veces normas por las cuales se prevén recompensas para ciertos servicios, como títulos y condecoraciones”, aunque no considera que ésta sea “una nota común a todos los sistemas sociales designados como derecho, y tampoco nota característica de la función esencial de esos sistemas sociales”, puesto que –según este autor– tales normas “desempeñan un papel muy subordinado”. Kelsen quiere mantener así su idea del derecho como un orden *coactivo* de la conducta humana, y llama entonces la atención acerca de que “las normas que conceden títulos y condecoraciones se encuentran en una relación esencial con las normas que estatuyen sanciones”. Así, exhibir un título o una condecoración, o bien no está jurídicamente prohibido, es decir, no constituye condición de una sanción, con lo cual puede decirse que se trata de una conducta negativamente permitida, o bien –y tal es el caso normal– se encuentra jurídicamente permitido positivamente, lo cual quiere decir que se trata en principio de una conducta jurídicamente prohibida, esto es, que constituye condición de una sanción, salvo en aquellos casos en que, a través de una autorización, está expresamente permitido.

La función distributiva.– El derecho realiza también una función de carácter distributivo, en virtud de la cual el ordenamiento jurídico asigna a los miembros del grupo social, sean éstos indivi-

duos o grupos, recursos económicos o servicios destinados a mejorar su situación.

El paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, que puede ser visto como el paso de los derechos humanos de las dos primeras generaciones a los derechos económicos, sociales y culturales de la tercera generación, ha acentuado la importancia de la función distributiva del derecho, que tiene por propósito asignar recursos a los sectores sociales más débiles y mejorar las condiciones materiales de vida de éstos. Recíprocamente, en momentos de revisión o de contracción del Estado social de derecho, en los cuales es el mercado el que prevalece sobre el Estado como asignador de recursos, provocando un debilitamiento de la injerencia estatal en las relaciones económicas, la importancia de la función distributiva del derecho decae sensiblemente, aunque no puede decirse que ella desaparezca del todo.

La organización y legitimación del poder social.– Es también función del derecho organizar y legitimar el poder social, distribuyendo este poder entre diversas autoridades y estableciendo los procedimientos a que estas autoridades tendrán que sujetarse cada vez que adopten decisiones en el ámbito de sus respectivas competencias.

Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico determina en la sociedad distintas instancias decisorias –por ejemplo, ejecutivas, legislativas y judiciales–, las dota de una determinada organización interna, y fija los procedimientos que cada una de ellas debe observar para la formación y exteriorización de su voluntad vinculante para el grupo social.

A la vez, y al proceder el derecho del modo antes indicado, legitima tales centros de poder, esto es, consigue establecer unos criterios objetivos en la adopción de decisiones, los cuales permiten que éstas sean reconocidas como obligatorias por parte de los integrantes del grupo social. Por lo mismo, cuando se afirma que el derecho legitima el poder, la palabra “poder” viene utilizada aquí en sentido amplio, o sea, no se trata sólo del poder de los que gobiernan, de los que detentan el poder político dentro de la sociedad, sino el poder entendido como toma de decisiones. De este modo, como afirma nuevamente Ferrari, lo que se quiere significar con esta función legitimadora del po-

ja lo que una sociedad es en un momento dado o si se constituye en un medio para modificar la sociedad en una dirección determinada cualquiera que pueda estar en la mente de sus integrantes o de quienes han sido elegidos para gobernarla. Pero la verdad es que el derecho es siempre expresivo y a la vez instrumental, con lo cual quiere decirse que, junto con reflejar la realidad social, opera sobre ésta como un factor de cambio de la misma, enfatizándose uno u otro papel según las circunstancias que se vivan y el sector de regulación jurídica de que se trate.

Resumiendo las ideas precedentes, podríamos decir lo siguiente: a) derecho y cambio social guardan entre sí relaciones dinámicas e interactivas que no es posible reducir al postulado de que el derecho *acompaña* al cambio, como tampoco a los postulados de que el derecho *instiga* el cambio o lo *obstaculiza*; b) el derecho tiene la particularidad tanto de acompañar al cambio, reflejándolo normativamente cuando éste ya se ha producido, como la de instigar el cambio, estimulando su producción por medio de sus normas, sin descartar que a veces se constituya en un obstáculo al cambio; c) el carácter predominantemente conservador o reformista de los tiempos que corren, así como el similar carácter que tengan en un momento dado los gobernantes, puede enfatizar en una sociedad dada una u otra de tales posibilidades que tiene el derecho, a saber, reflejar el cambio, instigarlo o retrasarlo sin que deba perderse nunca de vista la lúcida constatación de Cesare Beccaria: "Con respecto a la sociedad, la ley nace siempre vieja". Lo cual quiere decir que, a fin de cuentas, el derecho casi siempre se toma su tiempo frente al cambio social; d) cada vez que el derecho promueve el cambio con éxito acaba también reflejándolo, puesto que, una vez producido el cambio querido, el derecho lo recoge y expresa en sus normas e instituciones; e) la posición de la administración, de la legislatura y de la judicatura no es la misma respecto de las posibilidades que cada uno de esos poderes normativos tiene para influir a favor o en contra del cambio social. Dicha posición va a depender del régimen político y del sistema jurídico que adopte cada sociedad, así como de las convicciones y del temperamento que tengan los individuos que estén a cargo de esos poderes normativos. Así, por ejemplo, según si el régimen político sea presidencial o parlamentario, el Presidente o el parlamento estarán en una mejor posición relativa para ha-

cer del derecho un instrumento de cambio o uno de conservación. Por otra parte, las convicciones y el temperamento de quienes ocupan posiciones públicas de poder no son siempre las mismas ni son tampoco uniformes entre todos los que desde la administración, la legislatura o la judicatura están autorizados para producir normas jurídicas y conseguir por medio de éstas una aceleración o un retardo en determinados cambios sociales; y f) el derecho juega siempre tanto un papel expresivo como instrumental respecto de las realidades sociales llamado a normar. Esto quiere decir que ningún ordenamiento jurídico es perfectamente expresivo o plenamente instrumental respecto de la realidad social. Además, existen ramas del derecho que por la índole de las materias que regulan son más expresivas que instrumentales, como acontece, por ejemplo, con el derecho de familia, mientras que otras son más instrumentales que expresivas, como es el caso del derecho tributario.

Por otra parte, no hay que perder tampoco de vista que "el derecho —como dice Arnold— es básicamente un gran depósito de símbolos sociales emotivamente importantes y que todos los operadores jurídicos hacen un gasto verbal enorme para mantener el prestigio del derecho".

Como continúa diciendo Arnold, "el jurista está obligado a demostrar que en un mundo esencialmente irracional se acerca constantemente a la racionalidad; que en un mundo cruel se acerca cada vez más a la humanidad; y que en un mundo permanentemente en cambio, nos encontramos en un mundo estable y duradero".

3. LOS FINES DEL DERECHO

La paz. La seguridad jurídica. La justicia.

La paz.— En el capítulo I tuvimos oportunidad de caracterizar al derecho como un orden coercible, es decir, como un orden normativo que cuenta con la legítima posibilidad de auxiliarse de la fuerza socialmente organizada para conseguir el cumplimiento de sus normas y, sobre todo, para ejecutar las sanciones que esas mismas normas prevén para el caso de su incumplimiento por parte de los correspondientes sujetos normativos.

te un buen desempeño técnico en sus respectivas áreas o campos de trabajo, sino que procuren poner a tono el derecho con los requerimientos sociales que se le dirigen y se le renuevan constantemente, ya sea por medio de nuevas leyes o del desenvolvimiento del derecho ya existente. Tal como dice Reh binder, "si el *staff* jurídico no tiene éxito en la adaptación de la materia jurídica a las necesidades sociales —sea por medio de leyes reformistas, sea a través del desenvolvimiento del derecho ya creado—, crece entonces muy pronto una peligrosa competencia para el derecho", a través, por ejemplo, de "la jurisdicción arbitral, la huelga, las manifestaciones de protesta próximas al disturbio y otras formas de conducta, incluyendo las revoluciones".

Por todo lo anterior, para conocer bien el derecho, así como para adoptar medidas conducentes a una mejor realización de sus diversas funciones, es preciso estudiar las técnicas, los artificios, las tradiciones, los modelos, los hábitos profesionales, las organizaciones, las maneras de pensar y de sentir, los reclutamientos; en fin, el *ethos*, el sello, como dice Reh binder, de que entre los miembros del *staff* jurídico existen ciertas prácticas que son la expresión de determinados modelos de comportamiento. "Estas prácticas, o sea, el comportamiento fáctico del *staff* jurídico, tienen que ser investigadas con el fin de conocer su importancia en el proceso de integración dentro de la sociedad".

Derecho y cambio social.— Todos los desarrollos acerca de las funciones del derecho suelen concluir con algunas reflexiones acerca de las relaciones entre derecho y sociedad, o, más particularizadamente, entre derecho y cambio social.

Si por cambio social se entiende el proceso de transformación a que está sometida toda sociedad y cada uno de los diferentes sectores de ésta, la pregunta que es posible enunciar se refiere a si el derecho *acompaña* simplemente ese proceso, constituye un *estímulo* para él o bien se constituye en un *obstáculo* para dicho proceso. En otras palabras, se trata de saber si el derecho promueve, retarda o tan sólo sigue los compases del cambio social.

En verdad, el derecho se encuentra en una red de relaciones que abarca la esfera política, económica, cultural, etc., y en esta dinámica interactiva el derecho es con frecuencia un factor que cambia al hilo de las transformaciones sociales y que, a la vez, encierra posibilidades que pueden hacer de él un factor

de cambio y transformación social. En consecuencia, el derecho puede tanto anticiparse como seguir al cambio, o bien ir a la zaga de éste, y que se destaque una u otra de esas posibilidades va a depender del rasgo más conservador o reformista que anime en un momento dado a la sociedad y al gobierno de ésta.

Si bien no es posible concebir una sociedad totalmente estática, pudo haber épocas en determinadas sociedades, como aquella de gran estabilidad que vivió Europa entre 1871 y 1917 —lo que se llamó la "belle époque"—, en las que, por lo mismo, el distanciamiento entre el derecho y la realidad social es apenas perceptible. Sin embargo, desde el término de la primera guerra mundial en adelante —como apunta Eduardo Novoa— "se abre una brecha creciente entre la realidad social y el derecho, a partir del cual el mundo en general y con ello la casi totalidad de los países han tomado un ritmo muy veloz en su movilidad". Por tanto, "la disociación entre la ley y la realidad social se transforma en un problema notorio que ni el sociólogo ni el jurista pueden pasar por alto".

Novoa va todavía más lejos y advierte que "la brecha entre derecho y realidad social se ha ido ensanchando aceleradamente debido a la rigidez de aquél opuesta a la movilidad de ésta" y que los distintos operadores jurídicos permanecen impermeables ante ese fenómeno, todo lo cual trae consigo que "los juristas, por sus trasnochadas teorías, conceptos y formulaciones, sean mirados por la generalidad de los demás seres humanos como especímenes de una fauna en vías de extinción y, en todo caso, cada día menos decisiva en el curso de la vida social".

Algo similar —según Elías Díaz— podría decirse de los símbolos, formas, rituales y procedimientos del derecho: "superación de lenguajes arcaicos, incomprensibles, casi ridículos y grotescos para el común de los ciudadanos, modificación a fondo de modos de proceder laberínticos, distanciadores y ocultadores, eliminación de determinadas rutinas, prácticas y corruptelas que —como todo lo demás— sólo producen extrañamiento, temor e interesado sometimiento, lo cual por supuesto nada tiene que ver con la legítima seriedad y formalidad requerida desde luego en la aplicación y ejecución del derecho".

Otra manera de preguntarse por la relación entre derecho y cambio social consiste en investigar si aquél es meramente *expresivo* o *instrumental* respecto de éste, o sea, si el derecho refle-

gar, porque el propio derecho se vale de actos coactivos, es decir, de actos de fuerza, como reacción a las conductas contrarias a sus prescripciones.

Respecto del segundo de tales motivos, conviene decir que el recurso de que se vale el derecho para evitar el uso de la fuerza por parte de los individuos y grupos es de la misma índole que lo que se quiere evitar, salvo, claro está, que la fuerza que el derecho autoriza no es cualquier fuerza, sino la fuerza socialmente organizada, esto es, la fuerza que ha sido organizada por el propio derecho.

Kelsen lo dice en los siguientes términos: "El derecho y la fuerza no han de ser entendidos como absolutamente discordantes entre sí. El derecho es una organización de la fuerza. El derecho es un orden según el cual el uso de la fuerza únicamente está prohibido como entuerto, es decir, como condición (en la norma), pero está permitida como sanción, es decir, como consecuencia". Y agrega: "la fuerza se emplea para evitar el empleo de la fuerza... El derecho es sin ningún género de dudas un ordenamiento para promover la paz en tanto que prohíbe el uso de la fuerza... Sin embargo, no excluye absolutamente el uso de la fuerza. El derecho es una organización de la fuerza. En este sentido de la palabra, el derecho provee únicamente una paz relativa, en cuanto priva al individuo del derecho de emplear la fuerza, pero la reserva para la comunidad".

En el sentido indicado en el presente acápite, en consecuencia, puede decirse que el derecho tiene en la paz uno de sus fines más importantes, sin perjuicio de que, por lo antes explicado, se trate únicamente de una paz relativa.

La seguridad jurídica.— "Seguridad" es una palabra que se relaciona con las ideas de "orientación", "orden", "previsibilidad" y "protección". Por su parte, la "seguridad jurídica", en cuanto uno de los valores o fines del derecho, se relaciona también con esas mismas ideas. Esto significa que el derecho, en cuanto procura realizar la seguridad jurídica, provee a los integrantes de la comunidad jurídica de orientación, orden, previsibilidad y protección. En todo caso, la pregunta es en qué sentido el derecho provee todo aquello y dentro de qué límites, o sea, cómo y con qué limitaciones el derecho disminuye la incertidumbre, el azar, la arbitrariedad y el desamparo, sobre todo si en más de algún

sentido la vida humana es —como dice Ortega— "radical inseguridad".

Sin embargo, al asumir como uno de sus fines a la seguridad, el derecho no se propone satisfacer el constante anhelo de seguridad que el hombre lleva dentro de sí en los más variados campos de la existencia, sino atender únicamente a la necesidad de seguridad que el hombre tiene en lo que concierne a su vida jurídica.

En primer lugar, el derecho provee seguridad jurídica en cuanto *orientación*, puesto que, por su propia naturaleza, el derecho se presenta siempre como un conjunto de normas y otros estándares que, junto con establecer cómo debe ser el comportamiento de las personas, influye de hecho en el modo cómo éstas se conducen efectivamente en el curso de la vida social.

Seguidamente, el derecho provee seguridad jurídica en cuanto *orden*, porque, al regular coactivamente cómo deben conducirse las personas y al establecer quiénes y bajo qué condiciones estarán autorizados para producir, interpretar y aplicar, sus normas, se configura a sí mismo como un orden objetivo y, a la par, como un medio a través del cual se ordenan las relaciones entre los hombres. Como dice Jorge Millas, "el orden consiste en que los individuos y las instituciones ocupen el lugar y desempeñen las funciones que les corresponden, de acuerdo con un principio superior de organización social".

A continuación, el derecho provee seguridad en cuanto *previsibilidad*, puesto que allí donde rige un ordenamiento jurídico que es en términos generales eficaz, los correspondientes sujetos normativos saben a qué atenerse, es decir, conocen lo que el derecho demanda de ellos y de los demás sujetos y están informados acerca de cuáles serán las consecuencias de los actos que ejecuten en el curso de la vida en sociedad.

Por último, el derecho provee seguridad en cuanto *protección*, puesto que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza un conjunto de derechos, algunos de ellos en carácter de fundamentales, que se relacionan con ciertos valores de interés general, tales como la libertad, la igualdad y la solidaridad.

Todo lo anteriormente expresado da una idea general de la seguridad jurídica, aunque es preciso afinar mejor este *concepto*, identificar luego las *condiciones* bajo las cuales es posible realizar la seguridad jurídica y, en fin, presentar las principales *manifestaciones* que tiene actualmente la seguridad jurídica.

Siguiendo en esto a Kelsen, puede decirse que los ordenamientos jurídicos coinciden, en grandes líneas, con respecto a los actos coactivos que prevén para el caso de incumplimiento de sus normas. Tales actos coactivos suelen consistir en la privación de ciertos bienes de los infractores, tales como la vida, la libertad, la propiedad, el honor, como acontece, en efecto, con la pena de muerte, las penas privativas de la libertad, las multas y otras sanciones económicas, y con ciertas penas que inhabilitan para el acceso a cargos públicos o privan de los derechos políticos para elegir y ser elegido en cargos de representación popular.

Sin perjuicio de esa coincidencia, los ordenamientos jurídicos se distinguen, a veces notablemente, en las condiciones a que enlazan actos coactivos como los antes mencionados, es decir, en las conductas humanas a cuya realización vinculan la aplicación efectiva de esos actos coactivos. En síntesis, los ordenamientos jurídicos se distinguen por las diversas situaciones socialmente deseables que aspiran introducir mediante sus normas y sanciones, esto es, por los valores jurídicos específicos que se constituyen a través de sus normas.

Sin embargo, existe a lo menos una tendencia en común a todos los ordenamientos jurídicos, desde los primitivos comienzos del derecho hasta el derecho de los Estados modernos, que consiste en la prohibición del uso de la fuerza física entre los individuos y grupos que forman la sociedad y en la circunstancia adicional de que se haga de un uso semejante de la fuerza el antecedente de la aplicación de un acto coactivo por parte del derecho. De este modo, el derecho convierte al recurso a la fuerza en la condición de una sanción que es posible imponer en uso de la fuerza organizada por el propio derecho, de donde se sigue que es preciso distinguir entre una fuerza prohibida (la que un sujeto ejerce indebidamente sobre otro) y una fuerza permitida (la que aplica el derecho, entre otros, al sujeto que ejerce la fuerza sobre otro). En consecuencia, la prohibición de emplear la fuerza tiene sólo un carácter relativo, puesto que el propio derecho se vale del recurso a la fuerza para imponer sus sanciones.

En otras palabras: hay una fuerza prohibida y una fuerza permitida o autorizada, o bien, actos de fuerza prohibidos y actos de fuerza autorizados. La fuerza está autorizada o, lo que es lo

mismo, estamos en presencia de acto de fuerza autorizado, cuando este acto se impone como reacción del órgano coactivo organizado ante una determinada conducta o hecho que el ordenamiento jurídico ha descrito previamente como condición o antecedente de esta consecuencia.

Por el contrario, la fuerza está prohibida o, lo que es lo mismo, estamos en presencia de un acto de fuerza prohibido, cuando este acto no se impone como reacción del órgano coactivo organizado ante una determinada conducta o hecho que el ordenamiento jurídico describa como condición del acto coactivo que, impuesto a través del órgano coactivo organizado, es el resultado o consecuencia de aquel acto.

En síntesis: acto de fuerza autorizado es el acto coactivo que debe seguir al comportamiento o hecho que el ordenamiento jurídico describe como su condición o antecedente, mientras que acto de fuerza prohibido es aquel que, descrito como tal por el ordenamiento jurídico, no tiene lugar a través del órgano coactivo autorizado, pero que, a la vez, da lugar a un acto coactivo autorizado que se aplica por el órgano correspondiente.

Ahora bien, desde que todos los ordenamientos jurídicos han progresado en el sentido descrito, esto es, prohibiendo todo empleo de la fuerza que no sea precisamente la ejecución de los actos coactivos que el mismo ordenamiento establece como consecuencia de determinadas conductas o hechos, cada ordenamiento procede también a fijar con toda precisión las condiciones en que deba tener lugar un determinado acto coactivo, o sea, el tipo de conductas precisas a las cuales se apareja un acto coactivo, así como la indicación del órgano a través del cual se deberá proceder a ejecutar dicho acto. En este sentido que se dice que *el derecho se atribuye el monopolio de la fuerza*.

Al monopolizar el uso de la fuerza, el derecho provee de una paz relativa a la sociedad en que rige. Provee *paz* porque, al monopolizar con éxito el uso de la fuerza, termina con la guerra de todos contra todos e impide que las luchas y conflictos de intereses entre individuos y grupos concluya simplemente con la aplicación de la ley del más fuerte. Pero se trata únicamente de una paz *relativa* por un doble motivo: en primer lugar, porque el derecho, si bien prohíbe el recurso a la fuerza, no consigue nunca erradicarlo del todo, como ocurre, por lo demás, con todas las conductas que el derecho prohíbe; y, en segundo lu-

b) preexistencia de tales normas a las conductas que van a ser luego juzgadas en utilización de aquéllas;

c) objetividad de las normas, de modo que su sentido pueda ser determinado;

d) impersonalidad de las normas, esto es, que en su contenido las normas regulen por igual a todos los sujetos normativos y que en su aplicación no se introduzcan ni discriminaciones ni privilegios en favor de nadie;

e) publicidad de las normas por medios que aseguren su oportuno e íntegro conocimiento por parte de los sujetos; y

f) autoridad de las normas, en el sentido de tener éstas la garantía del poder público.

Un punto de especial interés para los autores cuando se discute acerca del concepto de seguridad jurídica y sobre las condiciones que el derecho debe satisfacer para proporcionar seguridad a los sujetos normativos es el que se refiere a la dimensión *ontológica* o *axiológica* de la así llamada "seguridad jurídica".

Así, por ejemplo, para Jorge Millas la seguridad jurídica es una dimensión *ontológica* del derecho, con lo cual quiere decir tres cosas: a) que entre todos los valores a que el derecho sirve, la seguridad jurídica es el que tiene las más singulares conexiones con la vida jurídica, puesto que la seguridad jurídica sólo puede ser realizada por medio del derecho, a diferencia de la justicia, la libertad, la paz, ninguno de los cuales valores se encuentran ligados por modo necesario al derecho, puesto que podrían ser conseguidos fuera del derecho, esto es, extrajurídicamente; b) que la seguridad jurídica halla en el derecho la condición suficiente de su existencia, lo cual significa que todo ordenamiento jurídico, por sí mismo, provee seguridad en el sentido específicamente jurídico de este término; y c) un derecho que no implique la intención pragmática de una cierta ideal seguridad real en la vida afectiva de las personas, no es, propiamente hablando, derecho.

En síntesis, para Millas sólo el derecho, como previsión normativa y coactiva, puede brindar ese saber y esa confianza que son constitutivos de la seguridad jurídica, de modo que el derecho es condición necesaria de la seguridad, aunque también es condición suficiente de la misma.

Por su parte, Antonio Pérez-Luño llama la atención acerca del carácter "inequívocamente axiológico de la seguridad jurídica", con lo cual quiere decir que la seguridad jurídica no es un "mero *factum* inmanente a cualquier sistema de derecho, sino un valor del derecho justo que adquiere su plena dimensión valorativa en el Estado de Derecho". Para este autor, la posibilidad del derecho no puede ser entendida como base de la seguridad jurídica, ni, tampoco, como el primer factor o exigencia de esta última. Por lo mismo, declara no compartir la conocida afirmación de Radbruch -"La seguridad jurídica exige positividad del derecho: si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico"- y sostiene que la seguridad es un valor que tanto puede darse como no darse en las diferentes formas históricas de la positividad jurídica. "De hecho -dice-, han existido ordenamientos jurídicos de seguridad precaria o prácticamente inexistente; pero no ha existido ninguno carente de positividad".

De este modo, el autor antes citado critica lo que él llama "concepciones positivistas" de la seguridad jurídica -como sería, por ejemplo, la de Jorge Millas- y se muestra en desacuerdo con la afirmación de que la sola existencia de un ordenamiento jurídico garantice por sí sola, al margen de la justicia de sus instituciones y normas, la seguridad jurídica de los sujetos. Por lo mismo, la vigencia y preexistencia de las normas, su publicidad, el principio de legalidad y el carácter general, abstracto e impersonal de las leyes constituyen sólo garantías formales y engendran seguridad únicamente en la medida en que sus contenidos materiales sean justos. Y, citando a Elías Díaz, señala que la seguridad jurídica supone la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista histórica irreversible: la seguridad no es sólo un *hecho*, es también, sobre todo, un *valor*.

De la manera antes señalada, para un punto de vista semejante acerca de la seguridad jurídica, ésta no es un atributo inmanente de cualquier derecho, o, mejor aún, no es un resultado que todo ordenamiento jurídico produzca por el solo hecho de existir y de ser, en términos generales, eficaz. Se trataría, en cambio, de una condición y meta del derecho justo,

En ello vamos a seguir, por modo principal, las contribuciones hechas al tema de la seguridad jurídica por autores como Radbruch, Atienza, Pérez-Luño, Henkel, Coing y Jorge Millas.

En sentido estricto, la seguridad jurídica es la situación que en lo tocante a sus relaciones sociales se encuentran los sujetos normativos, en cuanto tales relaciones se hallan previstas y reguladas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado.

De este modo, la seguridad jurídica, como su propia denominación lo indica, es una seguridad específica. No se trata, en consecuencia, de la seguridad metafísica del místico, ni de la seguridad moral del optimista, ni de la seguridad psicológica del que se siente a salvo de males o amenazas, ni de la seguridad económica del que tiene bienes materiales en abundancia. Se trata, simplemente, de la seguridad social del hombre que vive en una determinada comunidad jurídica y que conoce o puede llegar a conocer, con bastante certeza, qué es lo que tanto para él como para los demás está mandado, prohibido o permitido por el derecho, y que puede conocer también cuáles serán las precisas consecuencias que habrán de seguirse en caso de que él, o cualquiera de los otros integrantes de la comunidad jurídica, no ajusten su comportamiento a las normas jurídicas del respectivo ordenamiento.

Así entendida, según Millas, "la seguridad constituye un valor de situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando, sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplirán".

De este modo, la positivación del derecho, esto es, el carácter de puestas y públicas que tienen todas las normas jurídicas, constituye la condición indispensable y básica de la seguridad jurídica. Podrán existir y prolongarse indefinidamente las discusiones acerca de qué es lo justo, es decir, acerca de qué es lo que el derecho debe establecer como mandado, prohibido o permitido frente a determinados asuntos o situaciones, pero el derecho positivo y vigente en un lugar y tiempo dados, al margen de cuál pueda ser el resultado de la evaluación a que pueda someterse desde el punto de vista de uno u otro ideal de justicia, determina siempre qué es lo que los sujetos normativos deben hacer y cuáles serán las precisas consecuencias que se se-

guirán en caso de que no ajusten su proceder a las prescripciones del derecho.

Por lo mismo, y refiriéndonos siempre al sentido de seguridad jurídica antes precisado, todo derecho, es decir, todo ordenamiento jurídico vigente provee de seguridad jurídica, puesto que su sola existencia como orden normativo de carácter objetivo permite a los sujetos normativos saber qué deben hacer o no hacer para evitar verse expuestos a la aplicación de sanciones coactivas cuyos contenidos también conocen de antemano.

En tal sentido, por lo mismo, la seguridad jurídica se vincula con las ideas tanto de *previsibilidad* y de *calculabilidad*. De *previsibilidad*, en cuanto se tiene información cierta acerca de cómo debe uno comportarse y de cómo se comportarán seguramente los demás, y de *calculabilidad* en cuanto el comportamiento propio y ajeno puede ser sometido a un plan que tenga debidamente en cuenta los efectos o consecuencias de tales comportamientos.

Esta clase de seguridad, por lo mismo, es la que permite que el sujeto pueda saber cómo ha de comportarse según las exigencias del derecho en determinadas situaciones o relaciones de su vida social, así como qué comportamientos puede esperar de los demás, y saber, asimismo, cuáles serán las consecuencias jurídicas tanto de sus propios actos como de los demás.

De la manera antes indicada, la seguridad jurídica, desde el punto de vista de los sujetos que la disfrutan, tiene un doble componente, por un lado de *sabery* y por el otro de *confianza*. En cuanto al saber, él se refiere al conocimiento de que hay ciertas normas que disponen determinadas conductas en carácter de obligación y de que tales normas son generalmente observadas. En cuanto a la confianza, y que deriva de ese conocimiento, consiste en la expectativa de que el correspondiente ordenamiento jurídico continuará estando vigente y que siempre existirá la posibilidad de informarse acerca de cuáles de sus normas se eliminan y qué nuevas normas se incorporan a él.

Ahora bien, las condiciones que deben ser satisfechas para que exista seguridad jurídica en el sentido antes indicado, son las siguientes:

- a) existencia de normas jurídicas que regulen las relaciones sociales y establezcan las consecuencias jurídicas de su observancia o inobservancia;

La justicia.— La justicia suele ser indicada con el más alto de los fines que el derecho debe satisfacer. Se dice a menudo que el derecho existe para realizar la justicia y cada vez que se afirma algo semejante se piensa más en el contenido de las normas y principios del derecho que en los métodos o procedimientos formales a través de los cuales tiene lugar la producción y aplicación de tales normas y principios.

Todavía más: la misma palabra derecho está asociada a la palabra justicia. Como advierte Javier de Lucas, la relación entre derecho y justicia viene atestiguada por la misma palabra “derecho”, que, como sus equivalentes en las demás lenguas romances (“droit”, “dret”, “diritto”, etc.) proviene del latín *directum*, que quiere decir “recto”, “correcto”, “adecuado”, en definitiva “justo”; también en las palabras de origen no latino, como “recht” o “right”, subyace la idea de lo recto, como contrapuesto a “torcido”, “incorrecto” o “injusto”. Dicha conexión expresada todavía con más fuerza, se da en las lenguas eslavas, hasta el punto de que, en ruso, derecho se dice “pravo”, en tanto verdad se dice “pravda”. Por otra parte, y desplazando ahora nuestra atención a la palabra “justicia” — *iustitia*—, ella procede de la expresión latina *ius*.

Es tal importancia de la idea de justicia, tantas las pasiones, las energías y las controversias que ella provoca —como recuerda Carlos Nino— que Sócrates, por intermedio de Platón, sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro, en tanto que Aristóteles afirmaba que ni la estrella vespertina ni el lucero del alba son tan maravillosos como la justicia.

Sin embargo, “justicia” es una palabra utilizada en diversas acepciones, de las cuales las principales son las que siguen a continuación.

En primer lugar, se distingue entre un *sentido subjetivo* y uno *objetivo* de esa palabra. En un sentido *subjetivo*, justicia es un término que se emplea para aludir a una virtud de la vida personal. De este modo, puede decirse que un padre o que un profesor son justos, o que lo son determinadas actitudes de uno o de otro. En un sentido *objetivo*, justicia es una cualidad que se predica, a la vez que se espera, de determinadas estructuras, normas e instituciones sociales, entre las cuales figura ciertamente el derecho. De este modo, puede decirse que una ley o que una sentencia son justas. Con todo, una distinción como esa no es

tajante, puesto que, como dice Javier de Lucas, “la justicia se encuentra en la intersección entre vida personal y vida social”. La virtud de la justicia “no se refiere primariamente a uno mismo como las demás virtudes, sino a otro, y por ello se orienta a lo social e institucional”.

Como dice por su parte Carlos Nino, “algo en lo que coinciden casi todos los filósofos que es intrínseco al concepto de justicia es su carácter de valor intersubjetivo. Aristóteles, por ejemplo, sostenía que la justicia es la única virtud de una persona que es considerada como el bien de alguna otra, ya que ella asegura una ventaja para otra persona, sea un funcionario o un socio. Además de este carácter intersubjetivo, el valor de la justicia está relacionado con la idea de asignación de derechos y obligaciones, o de beneficios y cargas, entre diversos individuos de un grupo social”.

Jorge Millas es de parecer que la justicia no es un valor propiamente jurídico, puesto que “ni su esencia ni su efectiva realidad se hallan inexorablemente ligadas en principio al derecho. El derecho contribuye a realizarla, puede incluso ser la condición de hecho necesaria para que haya justicia entre los hombres, pero su idea y la posibilidad de vida que ella involucra, no contiene la idea de vida jurídica como ingrediente esencial. También es concebible teóricamente una comunidad de hombres en donde, por el solo imperio de los valores religiosos y morales impera la justicia en plenitud, aunque esa organización carezca de organización jurídica”.

Lo mismo piensa Millas de la paz, puesto que ésta tampoco sería un valor específicamente jurídico, porque “el derecho no es condición necesaria de la paz social”, desde el momento en que “es perfectamente concebible, en el plano teórico, una sociedad en donde sólo el imperio de los valores morales asegure la convivencia pacífica”.

Para Millas, como se señaló en su momento, el “orbe de los valores jurídicos, sensu strictu, se reduce a un valor único: la seguridad jurídica”.

Sin embargo, es preciso admitir que la idea de justicia tiende a objetivarse en el derecho, lo cual significa que el derecho es siempre una cierta justicia, en el sentido de que todo ordenamiento jurídico se presenta como un intento de expresión y de realización de una determinada concepción de la jus-

o sea, de los sistemas jurídicos propios de los Estados de Derecho, de manera que si no todo Estado es un Estado de Derecho, tampoco cualquier derecho provee un sistema de seguridad jurídica. Para una posición como ésta, en suma, el Estado de Derecho no es sólo un Estado de legalidad, esto es, un Estado capaz de producir un ordenamiento jurídico, sino aquel Estado en el que la legalidad producida se funda en la soberanía popular y se dirige inequívocamente a la protección de los derechos fundamentales. "El Estado de Derecho –concluye Pérez-Luño– es una expresión de legitimidad política y precisamente por serlo se identifica con ese principio de legitimidad jurídica que representa la seguridad".

En una línea de pensamiento similar a la anterior, Manuel Atienza distingue tres niveles de seguridad en el derecho, a saber, *orden*, *certeza* y *seguridad* propiamente tal.

En cuanto al primero de esos niveles –el *orden*– se trata de una característica de cualquier derecho, porque es propio o constitutivo de éste, incluso en el caso de los derechos poco evolucionados, ordenar la conducta humana y, de ese modo, lograr un mínimo de previsibilidad en relación con las acciones jurídicamente significativas y con las consecuencias de estas mismas acciones.

Tocante a la *certeza*, se trataría nada más que de un especial grado de previsibilidad que conseguirían los derechos más evolucionados, gracias al carácter preciso de sus normas y al hecho de que el cumplimiento de éstas se encuentra efectivamente asegurado por el aparato coactivo del Estado.

Utilizando el lenguaje de Hart, para tener *orden* bastaría con las llamadas *normas primarias*, en tanto que la *certeza* sería provista especialmente por las *normas secundarias*, puesto que estas últimas permiten establecer cuándo una norma pertenece al sistema jurídico de que se trate, quiénes y cómo pueden cambiar las normas del sistema, y quiénes y cómo pueden determinar de una manera incontrovertible cuando una norma ha sido infringida.

Por lo último, la *seguridad* propiamente tal, consiste en la capacidad de un ordenamiento jurídico para hacer previsibles, esto es, seguros, los valores de libertad e igualdad. Este tercer nivel presupone los dos anteriores y se relaciona con la idea de justi-

cia, puesto que ésta no es otra cosa que la seguridad de que el derecho nos proporciona un máximo de libertad e igualdad.

Como se ve, no es una sola la respuesta que puede darse a la pregunta acerca de qué significa estar jurídicamente seguros y dicha respuesta depende del concepto o idea que se tenga acerca de este fin del derecho. En un sentido *estricto*, la seguridad jurídica es provista por todo ordenamiento jurídico, sin más condiciones que las seis que fueron indicadas en su momento; en un sentido *amplio*, la seguridad jurídica es un valor que no realiza todo ordenamiento jurídico por el solo hecho de existir y requiere para su realización de condiciones adicionales a esas seis que se vinculan con la existencia de lo que se llama, modernamente, Estado de Derecho. En el primer caso, la seguridad jurídica es vista con independencia de la justicia de las normas e instituciones del ordenamiento jurídico que la provee, mientras que en el segundo caso ella es vista engarzada con la idea de justicia, y, en particular, con los valores de libertad e igualdad que componen esa idea.

En cuanto ahora a las *manifestaciones* que tiene actualmente la seguridad jurídica, ellas son la *presunción de conocimiento del derecho*, que tuvimos oportunidad de explicar a propósito de los efectos de la ley en cuanto a las personas; el *principio de legalidad*, en virtud del cual lo lícito y lo ilícito, así como las consecuencias de lo ilícito, se encuentran preconfiguradas con claridad y precisión por las normas del ordenamiento jurídico; la *irretroactividad de las normas* como mandato para el juez que debe aplicarlas y como principio para el legislador que las produce y que sólo excepcionalmente puede dar carácter retroactivo a las normas que crea; los *derechos adquiridos*, como prolongación del principio de irretroactividad, que son aquellos válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación, de modo que un cambio de ésta no puede posteriormente afectarlos; la *cosa juzgada*, como factor que elimina la incertidumbre al establecer el carácter irreductible que toman a partir de cierto instante las decisiones contenidas en los fallos judiciales y al impedir un nuevo examen judicial de los asuntos que ya han sido resueltos por medio de una sentencia; y la *prescripción*, por último, como institución que también elimina la incertidumbre, al poner fin al estado potencial de una conducta o acción jurídicamente significativa.

den social –en particular el derecho– y no por una virtud humana que pueden o no tener los individuos en sus relaciones con los demás, y si, además, centramos nuestra atención en las *concepciones* de la justicia, podríamos dar por establecido lo siguiente:

La pregunta por la justicia, entendida, al menos, como el acto del hombre que inquiere por un criterio superior que establezca con cierta nitidez y exactitud aquello que *debe ser* en relación con lo que *son o pueden ser* los derechos positivos dotados de realidad histórica, es, como no cabe duda, una de las cuestiones que más frecuentemente –y, aun apasionadamente– ha preocupado y preocupa a los juristas de los tiempos y de los sitios más diversos. Ello es producto, en lo fundamental, del hecho de que el hombre, junto a su facultad de *conocer*, cuenta también con una determinada aptitud para *valorar*, la que le insta y le conduce a una incesante formulación de apreciaciones estimativas acerca de los objetos y fenómenos que le rodean. El hombre conoce y, a la vez, quiere. Quizá quiere, o llega a querer, precisamente porque conoce, o bien, por la inversa, conoce porque es capaz de querer las cosas de un modo distinto a como éstas son; sin embargo, de lo que no cabe duda es de que el hombre no siempre quiere las cosas del modo en que las conoce.

“Todo hombre, por naturaleza, apetece saber” –dice Aristóteles–, y añade Zubiri que “la conciencia del hombre no es sólo conciencia cognoscente, es también conciencia moral”.

El derecho positivo, entendido como una específica normatividad reguladora de la conducta social del hombre, es, con preferencia a otros, uno de aquellos fenómenos propios de la existencia humana que los hombres no se reducen meramente a conocer –para saber así qué espera de ellos esta normatividad y cuáles serán las consecuencias desfavorables que se seguirán en caso de no acomodarse a ella–, sino que, además, se trata de un fenómeno que, por su alto grado de imbricación en la vida de todos los individuos, resulta permanentemente enjuiciado o valorado por éstos a la luz de unos determinados criterios o ideas acerca de lo que cada cual entiende como *lo debido* o *lo que debe ser*. El derecho, con ser creación humana, es de aquellas que menos indolencia provocan en los individuos, especialmente porque éstos se encuentran advertidos acerca del carácter coercible de sus normas y de la consiguiente posibilidad de verse pri-

vados de ciertos bienes deseables –como la vida, la libertad, el patrimonio y el honor– en caso de no ordenar su conducta a las exigencias de comportamiento que esas mismas normas les dirigen. Este interés por la justicia, así como la importancia objetiva de ésta, hicieron exclamar a Aristóteles, como se dijo antes, que “ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos como la justicia”.

Esta apreciación estimativa del derecho positivo la lleva a cabo todo hombre y, por lo mismo, también los juristas, aun cuando éstos suelen confinarse a una función de mero conocimiento y exposición acrílicas de un determinado derecho vigente. En verdad, la identificación y descripción comprensivas que los juristas llevan a cabo de un determinado ordenamiento jurídico positivo, no presuponen necesariamente, por parte de esos mismos juristas, ni aprobación del ordenamiento jurídico de que se trate ni, tampoco, adhesión política a la autoridad que lo ha instituido como tal. Por lo mismo, todo jurista puede pronunciarse moralmente acerca de los contenidos prescriptivos que ha identificado y descrito como pertenecientes a un ordenamiento jurídico dado, como también oponerse políticamente a la autoridad que se encuentre en el origen de ese ordenamiento.

Hay, pues, mucha razón en el tipo de argumentación propuesto por Von Wright en el sentido de que “el positivismo jurídico está en lo cierto cuando sostiene que el derecho no es lo mismo que la moral, lo cual se aprecia, por ejemplo, en la función que cabe asignar a ésta como modelo para enjuiciar la corrección de aquél, aunque no lo está, sin embargo, cuando, en nombre de la “pureza” del derecho, el positivismo insiste en eliminar toda consideración de orden moral acerca del derecho legislado y de su interpretación por los juristas”.

La neutralidad valorativa con que el jurista debe proceder ante su objeto de estudio –el derecho positivo– tiene así únicamente el sentido de atenerse a lo dado que tiene su trabajo de verificar y dar cuenta de ese derecho, pero no puede entenderse que ella alcanza, de modo alguno, a las posibilidades de crítica moral y política del derecho y de las autoridades u órganos encargados de dictarlo. Así, vedar al jurista estas posibilidades constituye, cuando menos, una extensión indebida del postulado de la neutralidad valorativa; pero puede también esta prohibición enmascarar, en lo más, un interés no siempre confesado:

ticia, a la vez que, por otro lado, la idea de justicia subsiste, fuera del derecho, como un criterio o medida que permite valorar el ordenamiento jurídico, sus normas y sus instituciones, o sea, que permite emitir enunciados acerca de si ese ordenamiento, normas e instituciones son justos o injustos, correctos o incorrectos.

Cabe distinguir, asimismo, ahora con John Rawls, entre el *concepto* de justicia y las *concepciones* de la justicia. El concepto de justicia se refiere a “un balance apropiado entre reclamos competitivos y a principios que asignan derechos y obligaciones y definen una división apropiada de las ventajas sociales”. A su turno, las concepciones de la justicia “son las que interpretan el concepto determinando qué principios determinan aquel balance y esa asignación de derechos y obligaciones y esta división apropiada”.

Al concepto de justicia se refiere Bobbio, por ejemplo, cuando define justicia como “el conjunto de los valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que sabemos dar el nombre de derecho”. Al hilo de esa definición, las concepciones de la justicia serían aquellas que emitirían un pronunciamiento acerca de cuáles son o deben ser, exactamente, esos valores, bienes o intereses en los que consiste la justicia.

Además, Bobbio distingue entre una *fenomenología de la justicia*, que tendría por cometido describir el valor de lo justo, y una *ideología de la justicia*, encargada de hacer propuestas de criterios de valoración y también de transformación de la sociedad, a raíz de lo cual se podría concluir lo siguiente: la teoría *analítica* de la justicia discurre sobre el valor denominado justicia, de modo que a una teoría analítica, sin ir más lejos, pertenece la definición de justicia que proporciona el mismo Bobbio. Por su parte, la teoría *fenomenológica* de la justicia explora, valiéndose para ello de investigaciones de derecho comparado, cuáles han sido en el hecho los criterios asumidos en cada caso, en las diversas civilizaciones y en las distintas épocas, para juzgar lo justo y lo injusto. Por último, la *ideología de la justicia*, al modo de lo que antes hemos llamado concepciones de la justicia, se constituye como una propuesta de criterios sustantivos que permiten valorar y transformar tanto el derecho como la sociedad en que este rige.

Existe desde luego una relación entre esos tres planos de la justicia, puesto que los resultados de una teoría analítica de la justicia permiten orientar las investigaciones de tipo descriptivo que lleva a cabo la teoría fenomenológica de la justicia, mientras que esta última desemboca en una toma de posición ideológica, esto es, prescriptiva. Sin embargo, son las concepciones de la justicia, entendidas éstas como una determinada selección de los criterios a que se refiere el concepto de justicia de Bobbio. Las teorías de la justicia no responden a la pregunta *qué es justicia*, aunque siempre presuponen una respuesta a una pregunta como esa, sino que procuran establecer *qué es justo o injusto*, o sea, se trata de puntos de vista sustantivos o de contenido acerca de lo justo que se intentan realizar por medio del derecho —aunque no únicamente por medio del derecho, sino también de la política, de la economía, etc.— y que, a la vez, sirven como vara o medida para emitir juicios de justicia acerca del derecho o de quienes lo producen y aplican, esto es, sirven para emitir enunciados que procuran informar acerca de cuán justo o injusto es el derecho o quienes se ocupan de producirlo y aplicarlo.

En consecuencia, el derecho es una *medida* de la justicia, un medio idóneo para realizar una concepción de la justicia, pero, a la vez, el derecho es algo que es posible de ser *medido* por la justicia, o sea, de ser evaluado por ésta, ya sea con resultados positivos o negativos. En todo caso, el derecho siempre realiza de manera parcial la o las concepciones de la justicia que plasma, con lo cual quiere decirse que “el derecho es mediación entre ideal de justicia y exigencias de la vida humana asociada”, como escribe Helmut Coing. Por tanto, entre ese ideal de justicia y el derecho se da siempre una cierta tensión. Recurriendo a este respecto al ejemplo de que se vale Javier de Lucas, el principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, tal como se lo consagra en el Código Civil chileno, no implica el conocimiento real del derecho por parte de todos, puesto que se trata de una exigencia de seguridad para que el ordenamiento jurídico pueda funcionar eficazmente. Sin embargo, el principio democrático de publicidad de las leyes exige que el conocimiento de las normas sea lo más real y efectivo posible.

Pues bien: si nos situamos en una perspectiva *objetiva* de la justicia, esto es, si nos preguntamos por una cualidad de un or-

c) Igualmente, es posible advertir que a la multiplicidad de ideales de justicia se añade la diversidad de los mismos, en cuanto sus contenidos no son siempre similares y resultan a menudo contrapuestos entre sí, como cuando se dice, por ejemplo, que la democracia es justa, o que lo es su contrario, la autocracia; o que la propiedad privada de los medios de producción es una institución justa, o que lo es, en cambio, el régimen de propiedad colectiva de tales medios; o que la pena de muerte, como respuesta frente a determinados delitos, es una institución justa, o que dicha pena no está nunca justificada desde el punto de vista de la justicia, ni siquiera en presencia de los delitos más graves.

Ahora bien, de la existencia, multiplicidad y, sobre todo, de la diversidad de los criterios que acerca de lo justo han sido ideados históricamente, resulta un problema fundamental en relación con la naturaleza y verificabilidad de los juicios de justicia, a saber, el de si es o no posible fundar racionalmente la *verdad* y por tanto la *preeminencia* de uno determinado de esos criterios de justicia por sobre los restantes.

Una opinión, de la que puede ser fiel exponente el jurista italiano Giorgio del Vecchio, se inclinará por la respuesta afirmativa, y admitirá, en consecuencia, que es posible a la razón trazar un ideal de justicia que permita valorar el derecho positivo; otra, en cambio, de la que Kelsen puede ser el arquetipo, sostendrá precisamente lo contrario, negando la posibilidad de una demostración racional que conduzca a la identificación de un determinado criterio como el mejor o el verdadero. Para Kelsen, tras la formulación de los distintos ideales de lo que es justo se esconden nada más que los intereses o, cuando menos, la simple subjetividad del sujeto que lleva a cabo esa formulación.

Por lo mismo, y de acuerdo con el punto de vista antes señalado, Del Vecchio considera la filosofía del derecho como "la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón".

Por su parte, Kelsen, situado en la trinchera opuesta, confiesa que "en verdad no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo, pues,

darme por satisfecho con una justicia relativa y decir *qué es para mí la justicia*".

Ese mismo antagonismo es iluminado por otro jurista contemporáneo —Hart—, cuando afirma que los que piensan que es posible a la razón humana acceder a ciertos criterios seguros acerca de lo que debe ser, dicen a los segundos, o sea, a los que niegan esa posibilidad, "Ustedes son ciegos", mientras que éstos, por su parte, replican, con no menos énfasis, "Ustedes están soñando".

Es preciso advertir que este problema —el de la posibilidad de una opción racional entre los diversos criterios en pugna— se agrava aún más si se piensa que, para no pocos, la función específica del ideal de justicia trazado por la razón no se reduce al de servir como un mero paradigma o modelo a partir del cual se puedan enjuiciar críticamente los contenidos prescriptivos del derecho positivo y la actividad de los órganos o autoridades encargadas de su producción, sino que —mucho más allá de todo eso— tal función se eleva a la de una fundamentación de la validez del derecho positivo, de donde se sigue que éste alcanzaría el carácter de tal, con su consiguiente pretensión de obligatoriedad, únicamente en el caso de que sus contenidos estuvieren en consonancia con determinado criterio de justicia escogido para este efecto. En el caso de la primera de estas dos funciones, el derecho positivo se instituiría como tal con independencia del criterio de justicia con que luego es evaluado, de modo que la operación estimativa puede arrojar tanto la conclusión de que el derecho investigado es justo o injusto, sin que pierda su carácter de tal —de derecho positivo— en el evento de estimárselo injusto. Por la inversa, en el caso de la segunda de tales funciones, y como consecuencia de presentar el criterio de lo justo con el fundamento de validez del derecho positivo, éste no podría existir sino en armonía con dicho criterio, de donde resultaría la redundancia de la afirmación "Este derecho positivo es justo", y la contradicción lógica de la que dijere, por su parte, "Este derecho positivo es injusto". Por lo mismo, en el primero de los casos mencionados, el criterio de la justicia desempeña una función *valorativa*, mientras que en el segundo tal función es de tipo *ontológico*.

No es posible resolver la cuestión fundamental antes apuntada acerca del mayor valor de verdad que pueda eventualmente

el de hacer desaparecer a los juristas como instancia de crítica moral y política del derecho positivo y de la autoridad encargada de dictarlo, precisamente con el propósito de inmovilizar un determinado ordenamiento jurídico y de preservar el poder de la correspondiente autoridad.

Así, entonces, el derecho restringe la libertad y confina a los individuos a conducirse únicamente dentro de la zona de lo lícito y de lo permitido. Por lo mismo, para nadie resulta indiferente cuáles sean en un momento y lugar dados los específicos contenidos prescriptivos de un determinado ordenamiento jurídico positivo con realidad histórica, puesto que, según lo que ha sido dicho, la limitación de la libertad y la amenaza de sanciones coactivas, constituyen, respectivamente, la temperación de un instinto primario del hombre y una cierta especie de agravio para éste: la que trae consigo toda advertencia o conminación.

Ahora bien, si el derecho positivo, con sus diversos y cambiantes contenidos prescriptivos, conduce a la búsqueda y fijación de un criterio de justicia, por referencia al cual ese mismo derecho pueda ser luego calificado de justo o injusto, lo cierto es que la fijación de tal criterio, en cuanto posea o se encuentre dotado de un determinado contenido, permite enseguida la emisión de los correspondientes *juicios de justicia*, entendiendo por éstos aquellos que, enunciados sobre la base de un determinado ideal de justicia, califican de justa o injusta la actividad de las personas u órganos encargados de la producción jurídica, a la vez que el contenido de las normas que resultan de esta misma producción.

Cabe señalar, por lo mismo, que los juicios de justicia, entendidos al modo que ha sido indicado previamente, son posibles sobre la base de tres supuestos, a saber: *primero*, que exista un determinado derecho positivo con realidad histórica al que se tratará, precisamente, de evaluar en su justicia o injusticia; *segundo*, que exista un determinado criterio o ideal de justicia, por referencia al cual ese mismo derecho positivo puede ser finalmente calificado de justo o injusto; y, *tercero*, que exista un sujeto interesado en llevar a cabo la confrontación entre el ideal de justicia y el derecho positivo, a fin de verificar el grado en que éste realiza dicho ideal.

De estos tres supuestos necesarios para que puedan tener lugar los juicios de justicia, no cabe duda de que el más proble-

mático resulta ser el segundo de ellos, o sea, el que dice relación con la existencia de un criterio de justicia que permita llevar a cabo esa evaluación positiva o negativa a que esta clase de juicios puede ser finalmente reducida.

En efecto, el derecho positivo —primer supuesto para la formulación de los juicios de justicia— es siempre un dato que se puede verificar de manera objetiva, establecido que todo grupo humano reconoce alguna forma de ordenación jurídica y que ésta, más allá de las divergencias que puedan surgir acerca de su sentido y alcance, es invariablemente puesta por alguna autoridad o consenso y posee siempre un determinado contenido que se reparte, por así decirlo, entre los diversos continentes de normas o fuentes formales del derecho. Por lo mismo, siempre será relativamente posible esclarecer qué es y qué no es derecho positivo en un momento y lugar dados. Las normas jurídicas constituyen prescripciones de *deber ser*, como no cabe duda pero no por ello dejan de *ser* algo, de constituir un determinado *factum* al que el hombre puede aproximarse con fines de conocimiento y valoración.

Lo mismo, siempre habrá también uno o más sujetos interesados en evaluar críticamente la actividad creadora del derecho y el contenido de éste, puesto que esa actividad y este contenido caen necesariamente dentro de una esfera de intereses próximos y vitales para todo individuo mínimamente consciente de su propia persona y de su situación dentro de la sociedad.

¿Pero qué decir, en cambio, del criterio o ideal de justicia que, en lo sustantivo que éste tiene, es el que, a fin de cuentas, permite al sujeto, por vía de la comparación o cotejo con el derecho positivo, concluir que éste realiza o no, y en qué grado, el contenido de este mismo ideal?

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

a) La historia de las ideas jurídicas, políticas y morales enseña que los hombres han forjado siempre ideales de justicia, ya sea que se los presente bajo esta misma y estricta denominación, o bien como programas de gobierno, exhortaciones para la acción pública o demandas para la reforma o la sustitución de un determinado derecho vigente;

b) Esa misma historia muestra, también, que los hombres han elaborado no sólo uno, sino múltiples ideales de justicia;

las ideas y convicciones de cada individuo, establece la base objetiva y necesaria para favorecer y garantizar debidamente la libre concurrencia de las opiniones y el consiguiente debate que, por su parte, preludia o anticipa la búsqueda y adopción razonadas del punto de vista que resulte más aconsejable.

Por lo tanto, el relativismo en punto al conocimiento de valores absolutos, conduce naturalmente a la tolerancia, y ésta, por su parte, a la democracia, lo cual quiere decir que todas las opiniones y doctrinas políticas, impedidas de presentarse como verdades absolutas, tienen necesariamente que coexistir y manifestarse dentro de un cuadro de idénticas posibilidades, con la voluntad consiguiente –como apunta Radbruch– de “otorgar el poder a toda convicción que haya podido ganar para sí la mayoría”, aunque esta última deba proceder, por aplicación del mismo principio democrático, con respeto y protección de la o las opiniones de minoría. Precisamente, la presencia y protección de las minorías constituye una exigencia que se corresponde muy bien con el carácter transaccional que posee el modo de operar de toda auténtica democracia, establecido que esta forma de gobierno presupone la representatividad de todos los intereses en juego y la búsqueda, por medio de la controversia y el pacto, de soluciones de compromiso que, al venir acordadas con la participación más o menos activa e influyente de todos los grupos, crean en la comunidad lo que Kelsen ha referido como una cierta “predisposición a la obediencia”.

“Lo que acarrea el desorden –recuerda el propio Kelsen en la parte final de su conocido trabajo titulado *¿Qué es justicia?* – es la intolerancia, no la tolerancia. Si la democracia es una forma justa de gobierno, lo es porque supone la libertad, y la libertad significa tolerancia. Cuando la democracia deja de ser tolerante, deja de ser democracia”.

Sexto. Por lo mismo, inmersos en una multiplicidad y diversidad de ideales de justicia que no es posible compatibilizar entre sí, y que, más aún, se contradicen a menudo abiertamente unos a otros, con el entorpecimiento adicional de que podamos estimarnos desprovistos de los medios necesarios para llevar a cabo una elección confiable al interior de ese ámbito tan vasto como heterogéneo, lo cierto es, en todo caso, que siempre tendrá algún sentido la mantención de la pregunta por la justicia,

al menos ese mínimo sentido que cabe continuar atribuyendo a toda tarea, aunque infructuosa, a la que, no obstante, sentimos concernir de alguna manera a esa zona de las inclinaciones y nostalgias más profundas e irrenunciables del espíritu humano.

Séptimo. Finalmente es conveniente dejar establecido que el *absolutismo* y el *relativismo* valorativos, o, si se prefiere, el *cognotivismo* y el *no cognotivismo* éticos –tal como fue presentado a propósito del contraste entre las posiciones de Del Vecchio y de Kelsen– no constituyen las únicas alternativas posibles –en nuestra opinión– cuando se trata de establecer las diferentes actitudes o temperamentos que una persona pueda adoptar frente a la cuestión de la posibilidad o imposibilidad de fundar racionalmente nuestros juicios de valor, y, en particular, los juicios que podemos emitir en nombre de ese valor que denominamos “justicia”. Tales actitudes o temperamentos morales son los siguientes:

Un primer tipo es el de los *indiferentes*, que son aquellos que, llamados a dar un juicio moral sobre determinado asunto jurídico relevante –por ejemplo, si está o no moralmente justificada la pena de muerte en presencia de ciertos delitos– se encogen sencillamente de hombros y declaran no tener juicio alguno que emitir al respecto.

Siguen a continuación los *desinformados*, que son aquellos que quieren llegar a tener un juicio moral sobre el asunto que se les consulta –con lo cual se diferencian de los indiferentes–, pero que antes de formarse ese juicio piden disponer de suficiente información sobre el asunto de que se trata. Así, alguien que es interpelado con la pregunta “¿Está usted de acuerdo con que el derecho de su país permita producir niños de probeta?”, bien podría decir que antes de responder necesita que le expliquen qué se entiende por *niño de probeta* y cuáles son exactamente las distintas técnicas para producirlos.

La desinformación no es propiamente un temperamento moral, sino una condición en que un sujeto puede hallarse frente a un determinado asunto moral en discusión, puesto que es frecuente que demandemos mayor información antes de adoptar y emitir un pronunciamiento moral acerca de asuntos o materias especialmente complejas.

Luego vienen los *neutrales*, esto es, los que se interesan por el asunto moral de que se trate y tienen un juicio formado so-

concederse a un determinado ideal de justicia sobre los restantes que comparecen con él y que disputan –si así puede decirse– las preferencias de los individuos, aunque, claro está, todos podamos tener alguna posición personal a este respecto. Sin embargo, y aun en el caso de que nos situáramos en la posición relativista, esto es, en aquélla que desiste de llevar a cabo una elección racional entre individuos ideales en pugna, dejando a éstos, por lo mismo, en una libre y tolerada concurrencia al interior del grupo social y renunciando, por lógica consecuencia, a la imposición de un determinado punto de vista estimativo como el mejor o el verdadero, creo posible fijar las siguientes conclusiones:

Primero. El derecho positivo, entendido como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, de la cual la nota o propiedad de la coercibilidad es una de las más típicas y destacadas, constituye un fenómeno que se encuentra al parecer presente en cualquier experiencia de vida social del hombre, por cuanto si la sociedad resulta una forma ineliminable de la vida humana, el derecho, por su parte, aparece luego como una regulación necesaria de toda vida social.

Segundo. El derecho es, a la vez, creación humana, en cuanto son los hombres quienes producen las normas jurídicas y dotan a éstas, con un margen de determinación y de arbitrio que es variable según los casos, de unos concretos contenidos prescriptivos.

Tercero. Ante su propia obra o producción –el derecho positivo–, los hombres son capaces de formular y mantener apreciaciones estimativas, que se traducen en juicios de valor que verifican si la actividad de quienes aparecen investidos de la facultad de crear normas jurídicas y el contenido prescriptivo de éstas son o no son como deben ser de acuerdo con un determinado ideal de justicia.

Cuarto. Si llamamos a esos juicios “juicios de justicia”, tenemos que convenir, acto seguido, que tales juicios no sólo son posibles, sino inevitables, y que, además, son racionales, si no en cuanto a la posibilidad de que se les compruebe como verdaderos, al menos en el sentido de que es plausible que los hombres se ocupen de su formulación.

Lo anterior significa que la sola pregunta por la justicia no puede ser considerada, en sí misma, irracional, aunque sí pue-

da calificarse de este modo el esfuerzo consiguiente –lo cual es ya otra cosa– por demostrar que una determinada respuesta a esa pregunta constituye la única, la mejor o la verdadera. Como dice acertadamente Ross, “podrá objetarse que todo aquel que, de este modo, niegue que puedan determinarse científicamente valores, de consuno se priva de la posibilidad de escoger entre el bien y el mal, debiendo concluir en una pasividad culpable. Pero esta objeción es necia. Puesto que por ser una opinión, simplemente una opinión, y no una verdad científica, no se sigue, naturalmente, que uno no pueda tener opiniones. Sé muy bien lo que sostengo y lo que defenderé luchando. Sólo que no me concibo creyendo, o haciendo creer a otros, que puede probarse científicamente que mi punto de vista es el verdadero”.

La pregunta por la justicia tiene, pues, en sí misma, un fundamento suficiente, derivado de la necesidad de enjuiciamiento crítico y de valoración que el hombre admite frente a todo derecho, necesidad ésta que, por lo demás, no es de menor entidad que el menester de conocimiento que frente al mismo derecho el hombre reconoce también como tarea ineludible. La racionalidad de esta pregunta, en el sentido de ser ella plausible y de poseer un determinado fundamento, no puede verse afectada por la circunstancia de que tal vez no resulte luego posible, entre las diversas contestaciones a que conduce la correspondiente investigación, la preferencia racional de una de estas respuestas sobre las restantes.

Quinto. Esa misma circunstancia, esto es, la posibilidad de que los valores absolutos puedan resultar inaccesibles al conocimiento, lo cual quiere decir, por su parte, que todo hombre puede valorar y poseer convicciones estimativas aunque nadie se encuentre en situación de demostrar por métodos racionales que una determinada de estas convicciones debe ser tenida como la única verdadera, hace aconsejable, en el terreno de la organización política, la adopción de un régimen que garantice la libre concurrencia de todas las opiniones, con el fin de que la inteligencia y la voluntad de los hombres puedan escoger las que estimen más convenientes, y con el fin, también, de que, a través del procedimiento de concurrencia y discusión de esas mismas opiniones, pueda tener lugar alguna suerte de compensación de los puntos de vista opuestos. Esta opción, desde luego, no es otra que la democracia, puesto que al conceder ésta igual estima a

fueran absolutos, esto es, evidentes y excluyentes de valores contrarios. Tales valores se relacionan con la tolerancia, la libertad de pensamiento, la paz y la democracia como forma de gobierno.

Para llegar a esa conclusión, Kelsen, hacia el final de *¿Qué es justicia?*, se pregunta si acaso la filosofía relativista que él define bajo ese nombre es necesariamente amoral, o incluso inmoral, y si acaso su relativismo es incompatible con la toma de posición y la responsabilidad en el terreno moral.

El autor responde negativamente a ambas preguntas y sostiene, con un rotundo “¡Cómo no!”, que el relativismo que él dice profesar es compatible con la responsabilidad moral.

Dice: “El punto de vista según el cual los principios morales constituyen sólo valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino varios, y que hay que escoger entre ellos. De este modo, el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. Evidentemente, esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir. Cuando los hombres se sienten demasiado débiles para asumirla, la ponen en manos de una autoridad superior: en manos del gobierno, o, en última instancia, en manos de Dios. Así evitan el tener que elegir. Resulta más cómodo obedecer una orden superior que ser moralmente responsable de uno mismo. Una de las razones más poderosas para oponerse apasionadamente al relativismo es el temor a la responsabilidad personal. Se rechaza el relativismo y, todavía peor, se le interpreta incorrectamente, no porque sea poco exigente moralmente, sino porque lo es demasiado”.

Al hilo de tales reflexiones, en consecuencia, puede entenderse que Kelsen concluya su libro *¿Qué es justicia?* con el siguiente párrafo: “He empezado este ensayo preguntándome qué es la Justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta. Lo único que puede salvarme aquí es la compañía. Habría sido vano por mi parte pretender que yo iba a triunfar allí donde los más ilustres pensadores han fracasado. Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por

tanto, lo más importante de mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi Justicia*, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la de la democracia, la de la tolerancia”.

Una de las características más sobresalientes de las sociedades libres, esto es, de aquellas sociedades que garantizan de manera efectiva libertades tales como la de pensamiento y expresión, así como las de reunión y asociación entre individuos afines en ideas y aspiraciones, está constituida, ciertamente, por la multiplicidad y variedad de sistemas o de concepciones morales y, en particular, por la multiplicidad y variedad de sistemas o de concepciones acerca de la justicia.

A un fenómeno como ese podemos llamarlo “pluralidad”, para aludir con esta palabra al *hecho* de existir en toda sociedad libre una multiplicidad y variedad en las ideas que se tienen acerca del bien y, en lo que ahora nos interesa, acerca de ese bien social que llamamos “justicia”. Pero al simple hecho de la pluralidad se ha venido sumando en cada vez mayor medida esa *actitud* del espíritu humano que consiste en dar valor a la “pluralidad”, es decir, que ve en la pluralidad un bien y no un mal o una amenaza. A su vez, el pluralismo, de la manera como acabamos de definirlo, ha traído consigo una expansión de la *virtud* de la tolerancia, consistente esta última en la práctica de la aceptación de todas las ideas y en el sincero convencimiento de que ninguna de ellas puede ser suprimida.

De este modo, la pluralidad, que es un *hecho*, favorece el pluralismo, que es una *actitud* frente a ese hecho, en tanto que el pluralismo ha facilitado la entronización de la tolerancia, que es, por su parte, una *virtud*.

Un proceso como ese es en verdad muy reciente en el mundo occidental. Como señala Isaiah Berlin, “la noción de que una pregunta puede tener dos facetas, de que puede haber dos o más respuestas incompatibles, cualquiera de las cuales puede ser aceptada por hombres honestos y racionales, es muy reciente”, y contrasta con la vieja idea de que “la verdad es una y el error múltiple”, idea esta última que hasta épocas históricas no muy lejanas solía sumarse a la de que el error no tiene derechos, con lo cual se quería decir que quienes no suscribían la verdad única no podían legítimamente tener, ni menos expresar, difundir y enseñar, los puntos de vista contrarios a dicha verdad.

bre el particular –lo cual los diferencia de las dos categorías anteriores–, pero que, por alguna razón estratégica, prefieren no dar a conocer ese juicio. Tal sería el caso, por ejemplo, de un profesor de derecho que silencia momentáneamente su parecer acerca de la pena de muerte para favorecer de ese modo una mejor y más abierta discusión entre sus alumnos.

En rigor, tampoco se trata de un temperamento moral, puesto que nadie puede permanecer permanentemente neutral frente a todas las discusiones morales, sino de una opción que por alguna razón puede hacerse por un sujeto en determinadas circunstancias.

Aparecen enseguida los *relativistas*, que serían aquellos que consiguen formarse y a la vez emitir un juicio moral acerca de lo que se encuentra en discusión, pero que consideran que todos los juicios morales que puedan pronunciarse al respecto, por distintos y aún contradictorios que sean entre sí, tienen igual justificación y, en consecuencia, ninguno de tales juicios, ni siquiera el propio, puede resultar preferible a los demás.

Distinto es el caso de los *escépticos*: éstos también son capaces de tener y de expresar el juicio moral que se les pide –lo mismo que los relativistas–, pero, a diferencia de estos últimos, prefieren su propio juicio moral al de los demás y están dispuestos a ofrecer algún tipo de argumentación en su favor, aunque admiten que ni ellos ni nadie cuenta en último término con métodos propiamente racionales y concluyentes que permitan probar con certeza el mayor valor de verdad de uno cualquiera de los distintos juicios morales que puedan hallarse en conflicto en un momento dado.

A continuación, pueden ser identificados los *falibles*: éstos tienen convicciones fuertes en el terreno moral y, a diferencia de los escépticos, creen que es posible demostrar racionalmente la corrección o el mayor valor de la verdad de las mismas, pero, a la vez, reconocen su propia falibilidad, o sea, admiten la posibilidad de estar equivocados, y aceptan oír los argumentos que puedan darles personas que piensan distinto acerca del asunto moral en discusión.

Los *absolutistas*, en cambio, están en la misma posición que los falibles, aunque con una diferencia importante: no admiten la posibilidad de estar equivocados en lo que concierne a sus convicciones de orden moral, y si se muestran interesados en acercarse a quienes piensan distinto no es –como en el caso de

los falibles– para aprender eventualmente de esas otras personas, sino para convertirlas.

El último tipo es el de los *fanáticos*, que son iguales a los absolutistas, aunque con una característica diferenciadora muy clara y atroz: buscan a los que piensan distinto no para convertirlos, sino para eliminarlos.

De todos los temperamentos o tipos morales antes identificados, sólo son claramente reprobables, en nuestro parecer, los *indiferentes* y los *fanáticos*.

Por otra parte, nadie responde siempre y plenamente a uno determinado de esos tipos o temperamentos, sino que, según la índole, interés e importancia de los problemas morales que se discuten, los sujetos suelen desplazarse entre una y otra de las posiciones antes identificadas.

Retomando, por último, el contrapunto entre Kelsen y Del Vecchio, podría decirse que este último es un *absolutista*, o acaso tan sólo un *falible*, mientras que Kelsen es antes un *escéptico* que un *relativista*.

Si se revisa el texto central de Kelsen sobre la materia –su libro *¿Qué es justicia?*–, puede comprobarse que el jurista vienés se considera a sí mismo un relativista, puesto que se declara partidario de lo que él mismo llama “filosofía relativista”, a la que describe como aquella que afirma que no existe un único sistema moral, sino varios, de modo que cada cual tiene que escoger entre ellos sin excluir a ninguno en nombre de la verdad del punto de vista escogido. “Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado –escribe el autor– es que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario. La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre”.

Con todo, si nos atenemos a la caracterización que hicimos por nuestra parte de los *relativistas* y de los *escépticos*, Kelsen es más lo segundo que lo primero, puesto que, inmediatamente después de declarar lo antes señalado, hace una opción moral explícita a favor de determinados valores –en los que dice creer y a favor de los cuales ofrece una determinada argumentación–, aunque reconoce que no puede presentar tales valores como si

BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, AULIS: *Lo racional como lo razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, traducción de Ernesto Garzón Valdés.
- AGUILÓ, JOSEPH: *Sobre la derogación*, Fontamara, México, 1995.
- ALCHOURRÓN, CARLOS, y BULYGIN, EUGENIO: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia, 1979.
- ALEXY, ROBERT: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en *Doxa*, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Madrid, número 5, 1988.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, traducción de Ernesto Garzón Valdés.
- ARISTÓTELES: *Ética Nicomaquea*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1954, traducción de Antonio Gómez Robledo.
- ARNOLD, THURMAN: *El derecho como simbolismo*, en *Sociología del Derecho*, Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, traducción de Julio Valerio.
- AUBERT, VILHELM: *Algunas funciones sociales del derecho*, en *Sociología del Derecho*, Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, traducción de Julio Valerio.
- ATIENZA, MANUEL: *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985; *Argumentación jurídica*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1998.
- ATIENZA, MANUEL, y RUIZ MANERO, JUAN: *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 1998.
- BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO: *Materiales de estudio del Curso de Introducción al Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.
- *Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno*, material de estudio redactado por Lucas Sierra y Antonio Bascuñán Rodríguez, tercera versión, corregida y complementada por Antonio Bascuñán Rodríguez, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1998.
- BAURMANN, MICHAEL, y KLIEMT, HARTMUT: *¿Tomar a la ligera el positivismo jurídico?*, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios

- GENY, FRANÇOIS: *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Reus, Madrid, 1925, prólogo de Raimundo Salelles.
- GOMES CANOTILHO, JOSE JOAQUIM: *Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año III, número 6, 1998.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, JESÚS: *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año I, número 1, 1993.
- GUIBOURG, RICARDO: *Fuentes del derecho*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1998.
- GUZMÁN, ALEJANDRO: *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*, en *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- HART, HERBERT: *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980, traducción de Genaro Carrió.
- *Una visita a Kelsen*, Cuadernos de Crítica, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977, traducción de Javier Esquivel.
- *Postscriptum*, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1998.
- HENKEL, HEINRICH: *Introducción a la filosofía del derecho*, Taurus, Barcelona, 1968, traducción de Enrique Gimbernat.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Metodología de la enseñanza del derecho*, Madrid, 1971.
- "El derecho", en *Obras completas*, Tomo I, Espasa-Calpe, Madrid, 1988.
- HÜBNER, JORGE IVÁN: *Panorama de los derechos humanos*, Andrés Bello, Santiago, 1973.
- HUDSON, W. D.: *La filosofía moral contemporánea*, Alianza, Madrid, 1974, traducción de José Hierro.
- IHERING, RUDOLF: *La lucha por el derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales*, números 10-11, Edeval, Valparaíso, 1977, traducción de Leopoldo Alas.
- KANTOROWICZ, HERMANN: *La definición del derecho*, Revista de Occidente, Madrid, 1964, traducción de J. M. De la Vega.
- KELSEN, HANS: *La técnica del derecho internacional y la organización de la paz*, en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, Año LXXXIV, número VI, Madrid, 1935, traducción de Luis Legaz Lacambra.
- *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México, 1965, traducción de Luis Legaz Lacambra.
- *Principios de derecho internacional público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, traducción de Hugo Caminos.
- *Teoría general del derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969, traducción de Eduardo García Maynez.
- *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Madrid, 1977, traducción de Manuel Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra.

- *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, traducción de Roberto Vernengo.
- *¿Qué es justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1991.
- *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994, traducción de Hugo Carlos Delory.
- KUNZ, JOSEF L.: *El desarrollo de la teoría pura del derecho*, Imprentas Universitarias, México, 1948, traducción de Luis Recasens Siches.
- LAPORTA, FRANCISCO: *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993.
- *El concepto de derechos humanos*, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, número 4, Madrid, 1989.
- LAUTERPACHT, H.: *Kelsen's pure science of law*, Oxford University Press, Londres, 1933.
- LEGAZ LACAMBRA, LUIS: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1953.
- LEVI, EDWARD: *Introducción al razonamiento jurídico*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1961, traducción de Genaro Carrió.
- LIMA, JESÚS: *La naturaleza de los principios generales del derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales*, número 23, Edeval, Valparaíso, 1983.
- LIZAMA, LUIS: *La función de aplicación del derecho por los órganos de la administración chilena y la función judicial*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, número 16, 1998.
- LÓPEZ CALERA, NICOLÁS: *Funciones del derecho*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1996.
- LÓPEZ, JORGE: *Los contratos (Parte general)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.
- MARTÍNEZ ANTONI y CORTÉS, JORDI: *Diccionario de filosofía*, en CDROM, Herder, Barcelona, 1991.
- MENDONÇA, DANIEL: *Introducción al análisis normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- *Aplicación del derecho*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1996.
- MILLAS, JORGE: *Filosofía del derecho*, Lex, Santiago, 1970.
- NINO, CARLOS: *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- *Sobre los derechos morales*, en *Doxa*, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, número 7, Madrid, 1990.
- *Justicia*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1996.
- NOVOA, EDUARDO: *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI, México, 1983.
- PACHECO, MÁXIMO: *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.

- Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, número 2, Madrid, 1985.
- BERLIN, ISAIAH: *Conceptos y categorías*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, traducción de Francisco González Aramburu.
- *Una introducción a la filosofía*, diálogo con Bryan Magee, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, traducción de José A. Robles.
- *Isaiah Berlin en diálogo con Ramin Jahanbegloo*, Mario Muchnik, Madrid, 1993, traducción de Marcelo Cohen.
- BOBBIO, NORBERTO: *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 1987, traducción de Eduardo Pozo Acuña.
- *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, traducción de Alfonso Ruiz-Miguel
- *Fundamento y futuro de la democracia*, Edeval, Valparaíso, 1986, traducción de Gabriel del Favero.
- BODENHEIMER, EDGARD: *Teoría del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, traducción de Vicente Herrero.
- BULYGIN, EUGENIO: *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Madrid, número 4, 1989.
- BUSTAMANTE y MONTORO, A. S.: *Textos para el estudio de la Escuela de Viena*, Cultural S.A., La Habana, 1946.
- CALSAMIGLIA, ALBERT: *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.
- CARBONNIER, JEAN: *Sociologie juridique*, Librairie Armand Colin, Paris, 1972.
- CARVALLO, ADOLFO: *Métodos de interpretación en la ciencia del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1962.
- CARRIÓ, GENARO: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.
- COHEN, MORRIS: *Razón y naturaleza*, Paidós, Buenos Aires, 1965, traducción de Eduardo Loedel.
- COING, HELMUT: *Fundamentos filosóficos del derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, traducción de Juan Manuel Mauri.
- CORDERO, GONZALO: *El pensamiento problemático de Theodor Viewegh*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, número 16, 1998.
- CORREA, JORGE, MONTERO, MAURICIO, y PEÑA, CARLOS: *Las fuentes formales del derecho*, Apuntes de clases, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago.
- CORTINA, ADELA: *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año I, número 1, 1993.

- DE ASÍS, AGUSTÍN: *Derechos y fuerzas: doce problemas de los derechos fundamentales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año I, número 1, Universidad Carlos III, Madrid, 1993.
- *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- DE CASTRO, BENITO: *La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año 4, número 5, 1995.
- *Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año III, número 6, 1998.
- DEL VECCHIO, GIORGIO: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1974, traducción de Luis Legaz Lacambra.
- DELGADO OCANDO, MANUEL: *Lecciones de introducción al derecho*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1971.
- DE LUCAS, JAVIER (Compilador): *Introducción al Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- DÍAZ, ELÍAS: *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- DIEZ PICAZO, LUIS: *Experiencia jurídica y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1973.
- DWORKIN, RONALD: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, traducción de Marta Guastavino.
- EBENSTEIN, WILLIAM: *La teoría pura del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947.
- ENGISCH, KARI.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, traducción de Ernesto Garzón Valdés.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, ANTONIO: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- FERNÁNDEZ, EUSEBIO: *El problema del fundamento de los derechos humanos*, en *Anuario del Instituto de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982.
- *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año I, número 1, Madrid, 1993.
- *No toméis los derechos económicos, sociales y culturales en vano*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año III, número 6, 1998.
- FERRARI, VICENZO: *Funciones del derecho*, Debate, Madrid, 1989.
- FRANK, JEROME: *Derecho e incertidumbre*, Centro de Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, traducción de Carlos Bidegain.
- FROSINI, VITTORIO: *La estructura del derecho*, Real Colegio de España, Bolonia, 1974, traducción de Antonio Pérez-Luño.
- GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO: *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

- *La interpretación literal de la ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- *Interpretación del derecho*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1996.
- VIEHWEG, THEODOR: *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, traducción de Luis Díez Picazo.
- VON WRIGHT, HENRIK: *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1963, traducción de P. García Ferrero.
- WILLIAMS, JAIME: *Lecciones de introducción al derecho*, Fundación de Ciencias Humanas, Santiago, 1996.
- WROBLEWSKI, JERZY: *Sentido y hecho en el derecho*, Servicio Editor Universidad del País Vasco, 1989, traducción de Francisco Javier Ezquiaga.
- *Constitución y teoría general de la interpretación*, Civitas, Madrid, 1990, traducción de Arantxa Azursa.

<i>Prólogo</i>	9
----------------------	---

CAPITULO I

DERECHO, SOCIEDAD Y NORMAS DE CONDUCTA

PRIMERA PARTE: NATURALEZA Y SOCIEDAD

1. LA NATURALEZA Y LA SOCIEDAD.— El hombre en la naturaleza y en la sociedad. Leyes de la naturaleza y normas de conducta. Principio de causalidad y principio de imputación. Ciencias naturales y ciencias normativas. Los aportes de Popper y Kelsen. Physis y nomos	19
2. VIDA HUMANA Y NORMAS DE CONDUCTA.— Clases de normas. El núcleo común de las distintas clases de normas. El origen etimológico de la palabra "norma". Las dificultades del concepto de norma: un episodio divertido entre Kelsen y Hart	29
3. VON WRIGHT Y LAS NORMAS DE CONDUCTA.— Seis tipos de normas. Tipos principales y tipos secundarios de normas. Las prescripciones como un tipo de normas: carácter, contenido, condiciones de aplicación, autoridad normativa, sujeto normativo, ocasión de la aplicación, promulgación y sanción. Normas y usos del lenguaje. Acto normativo, enunciado normativo y norma propiamente tal	38

SEGUNDA PARTE: NORMAS DE TRATO SOCIAL,
MORALES Y JURÍDICAS

1. CLASES DE NORMAS DE CONDUCTA.— Normas de trato social, morales y jurídicas. Los principales criterios para caracterizar y diferenciar las normas de trato social, morales y jurídicas: exterioridad-interioridad; autonomía-heteronomía; unilateralidad-bilateralidad; coercibilidad-incoercibilidad	47
---	----

- PASSINI, DINO: *Il problema dei diritti umani nel mondo occidentale*, en *I diritti dell'uomo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1979.
- PECES BARBA, GREGORIO:
 — *Curso de derechos fundamentales*, Eudema Universidad, Madrid, 1991.
 — *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
 — *Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, año I, número 1, 1993.
 — *Historia de los derechos fundamentales*, tomo I, "Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII", Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1998.
- PECES BARBA, GREGORIO, HIERRO, LIBORIO, IÑIGUEZ, SANTIAGO, LLAMAS, ANGEL: *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- PÉREZ-LUÑO, ANTONIO: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.
 — "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, número 4, Madrid, 1989.
 — *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.
 — *El concepto de los derechos humanos y su problemática actual*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año I, número 1, Madrid, 1993.
 — *Seguridad jurídica*, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, 1996.
- POPPER, KARI: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1957, traducción de Eduardo Loedel.
- PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE: *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés*, Edeval, Valparaíso, 1978, traducción de Manuel de Rivacoba y Rivacoba.
- PRIETO, LUIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
 — *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
 — *Concepto de derechos humanos y problemas actuales*, en *Derechos y Libertades*, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año I, número 1, Madrid, 1993.
 — *Introducción al derecho*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1998.
- RADBRUCH, GUSTAV: *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.
 — *El hombre en el derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1980, traducción de Aníbal del Campo.
- RADBRUCH, GUSTAV, LE FUR, LOUIS, DELOS, J. T., y CARLYLE, A. J.: *Los fines del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1967, traducción de Daniel Kuri Breña.
- RAWLS, JOHN: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, traducción de María Dolores González.

- RAZ, JOSEPH (Compilador): *Razonamiento práctico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, traducción de Juan José Utrilla.
 — *La intención en la interpretación*, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, número 20, Madrid, 1997.
- RECASENS SICHES, LUIS: *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, Porrúa, México, 1963.
- REHBINDER, MANFRED: *Sociología del derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981, traducción de Gregorio Robles.
- RIVACOBA, MANUEL: *División y fuentes del derecho positivo*, Edeval, Valparaíso, 1962.
 — "El ordenamiento jurídico", en *Revista de Ciencias Sociales*, número 6 (*Hans Kelsen. Estudios y ensayos en su homenaje*), Edeval, Valparaíso, 1974.
- ROSS, ALF: *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1963, traducción de Genaro Carrió.
- RUIZ MANERO, JUAN: *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- RUIZ-MIGUEL, ALFONSO: *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- SAVIGNY, FRIEDRICH: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1978, traducción de Adolfo Posadas.
- SOLER, SEBASTIÁN: *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
- SQUELLA, AGUSTÍN: *Derecho, desobediencia y justicia*, Edeval, Valparaíso, 1976.
 — *La concepción de la equidad en Aristóteles*, en *Dos concepciones de la equidad*, Edeval, Valparaíso, 1981.
 — *Friedrich Karl von Savigny. Textos clásicos (Estudio preliminar)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.
 — *La dimensión de autonomía en el derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales*, número 20.
 — *El neokantismo en la filosofía del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1982.
 — *Estudios sobre derechos humanos*, Edeval, Valparaíso, 1991.
 — *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, Fontamara, México, 1995.
 — *Derecho y moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?*, Edeval, Valparaíso, 1999.
- STONE, JULIUS: *The providence and function of law (Law as logic justice and social control. A study in jurisprudence)*, Associated General Publications, Pty. Ltda, Sydney, 1946.
- TAMAYO, ROLANDO: *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, México, 1992.
 — *El derecho y la ciencia del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.
- VERDROSS, ALFRED: *Derecho internacional público*, Aguilar, Madrid, 1955, traducción de Antonio Truyol y Serra.
- VERNENGO, ROBERTO: *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

- dos internacionales. Decretos con jerarquía de ley. Manifestaciones de la potestad reglamentaria. Autos acordados 221
2. LA COSTUMBRE JURÍDICA.— Concepto. Elementos. Paralelo entre legislación y costumbre. Clasificaciones. Valor de la costumbre jurídica en el ordenamiento jurídico chileno 252
3. JURISPRUDENCIA.— Acepciones de la palabra "jurisprudencia". La jurisprudencia como saber. La jurisprudencia de los tribunales. El carácter normativo de la sentencia judicial. La jurisprudencia en el derecho chileno 260
4. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.— Antecedentes históricos, denominaciones más frecuentes y situación actual. Los principios generales como fuentes supletorias del derecho. ¿Son los principios jurídicos una fuente formal del derecho? Las doctrinas tradicionales sobre los principios generales del derecho. Los diversos significados de la expresión "principios jurídicos" y una clasificación de éstos. Principios jurídicos y normas jurídicas. Las funciones de los principios jurídicos. Los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico nacional 270
5. LA EQUIDAD.— La idea aristotélica de la equidad. Una noción de equidad. Fuentes de las decisiones equitativas. La equidad en el derecho chileno 289
6. EL ACTO JURÍDICO.— Hecho jurídico, acto jurídico y contrato. El acto jurídico y el contrato como fuentes formales del derecho ... 299
7. ACTOS CORPORATIVOS.— Concepto. Los actos corporativos como fuentes formales del derecho. Actos jurídicos y actos corporativos 306

CAPITULO IV

EL ORDENAMIENTO JURIDICO

PRIMERA PARTE: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COMO SISTEMA NORMATIVO DINÁMICO

1. INTRODUCCIÓN.— Norma jurídica y ordenamiento jurídico 311
2. CONCEPTOS Y DISTINCIONES.— Orden jurídico, ordenamiento jurídico, sistema jurídico, comunidad jurídica. Sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos. Validez y fundamento de validez 313
3. LA TEORÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE Kelsen.— Validez como existencia de las normas jurídicas. La estructura escalonada del ordenamiento jurídico: normas fundantes y normas fundadas. La norma básica del ordenamiento jurídico nacional. Los conflictos de normas 321
4. LA EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS.— Concepto de eficacia. Las

- conductas componentes de la eficacia. La relación entre validez y eficacia. Eficacia y norma básica. Derecho nacional, derecho internacional y norma básica 342

SEGUNDA PARTE: DIVISIONES Y PARTES

DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO.— Origen histórico de la distinción. Fundamento de la distinción. Negación de la distinción . 364
2. OTRAS DISTINCIONES.— Derecho interno y derecho externo. Derecho general y derecho particular. Las ramas del derecho interno 369

CAPITULO V

INTERPRETACION E INTEGRACION DEL DERECHO

PRIMERA PARTE: INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

1. GENERALIDADES.— Interpretación e interpretación del derecho. Aplicación e interpretación del derecho. La interpretación como búsqueda de sentido y los sentidos de la interpretación. Normas jurídicas y lenguaje. Palabras y definiciones. La interpretación jurídica: ¿interpretación de normas o interpretación de textos? Interpretación jurídica y argumentación jurídica. Explicar decisiones y justificar decisiones 377
2. INTERPRETACIÓN DE LA LEY.— Concepto y clasificaciones. Meta o propósito de la interpretación de la ley. Métodos o elementos de la interpretación de la ley. Los elementos de interpretación de la ley en el derecho chileno. Interpretación de las normas del Código Civil sobre interpretación de la ley. Criterios de interpretación de la ley en otras ramas del derecho. Los razonamientos interpretativos. La interpretación judicial de la ley como interpretación operativa ... 397
3. ALGUNAS DOCTRINAS Y PUNTOS DE VISTA ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.— Planteamiento inicial. Glosadores y comentaristas. La Escuela de la Exégesis. François Geny y el método de la libre investigación científica. Savigny y la Escuela Histórica. Hermann Kantorowicz y la Escuela del Derecho Libre. Tópica y jurisprudencia. Hans Kelsen y su teoría de la interpretación del derecho y de la interpretación de la ley. Alf Ross y la interpretación judicial de la ley. Hart, la discreción judicial y la crítica de Dworkin. Jerzy Wroblewski y su idea de la interpretación judicial como interpretación operativa. Legisladores, juristas y jueces: la tesis de Aulis Aarnio acerca del trabajo en equipo 426
4. INTERPRETACIÓN DE OTRAS FUENTES DEL DERECHO.— La interpretación de los tratados internacionales. La interpretación de la costumbre jurídica. La interpretación de los contratos. La interpretación de la sentencia judicial 466

2. LAS NORMAS DE TRATO SOCIAL.— Concepto. Usos meramente fácticos y usos normativos. Simples hábitos de conducta convergente y reglas sociales. Reflexiones adicionales. Características de las normas de trato social: exteriores, heterónomas, bilaterales e incoercibles 52
3. LAS NORMAS MORALES.— Explicación previa sobre las palabras “ética” y “moral”. Los distintos ámbitos de la moral: moral personal, moral social y moral de los sistemas religiosos o filosóficos. Características de las normas morales en cada uno de esos ámbitos 60
4. LAS NORMAS JURÍDICAS.— Concepto. Comentario. Características de las normas jurídicas. Exterioridad y salvedades a la exterioridad. Heteronomía y salvedades a la heteronomía. Bilateralidad. Coercibilidad de las normas jurídicas. Coercibilidad, coacción y sanción. Aspectos resaltantes de la coercibilidad del derecho: las relaciones entre derecho y fuerza 71

TERCERA PARTE: ALGUNOS CONCEPTOS JURÍDICOS BÁSICOS

1. SUJETOS Y OBJETOS DE DERECHO.— Hombre, persona y sujeto de derecho. Sujeto jurídico individual. Sujeto jurídico colectivo. Atributos de la personalidad. La prestación. El objeto de derecho 95
2. LA RELACIÓN JURÍDICA, LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LA CONSECUENCIA JURÍDICA.— La relación jurídica y sus componentes. Los derechos subjetivos y los significados de esta expresión. La consecuencia jurídica 100

CAPITULO II

EL CONCEPTO DE DERECHO, LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

PRIMERA PARTE: EL CONCEPTO DE DERECHO

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO? Los desacuerdos sobre el concepto de derecho. La triple dimensión del fenómeno jurídico. El derecho como realidad normativa. Tres sentidos de la palabra “derecho”. Normas jurídicas y proposiciones jurídicas: derecho y ciencia del derecho 113
2. EL CONCEPTO DE DERECHO DE HANS KELSEN.— Filosofía y teoría general del derecho. El derecho como orden coactivo de la conducta humana 119
3. EL CONCEPTO DE DERECHO DE HERBERT HART.— La teoría jurídica analítica de Hart. ¿Qué es el derecho? Una pregunta persistente. El derecho como unión de reglas primarias y secundarias 127

SEGUNDA PARTE: LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL

1. LOS DISTINTOS ÁMBITOS DE LA MORAL Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO.— Moral personal y derecho. Moral de los sistemas religiosos y derecho. Moral social y derecho 135
2. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL SEGÚN KELSEN.— Derecho y ciencia del derecho; moral y ética. Obligaciones morales y obligaciones jurídicas. Derecho y justicia. Moral social y derecho. Observaciones críticas al planteamiento de Kelsen 142
3. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL SEGÚN HART.— Derecho y justicia. La moral social y sus características. Moral y normas jurídicas inicuas 150

TERCERA PARTE: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

1. DENOMINACIÓN, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.— El problema del nombre. El problema del concepto. El problema del fundamento 157
2. HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS.— La idea de los derechos humanos: contexto, ámbitos de su génesis histórica y rasgos generales de su evolución. Principales antecedentes, documentos y declaraciones de derechos del hombre. Los procesos de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación de los derechos humanos 175

CAPITULO III

LAS FUENTES DEL DERECHO

PRIMERA PARTE: FUENTES MATERIALES Y FUENTES FORMALES DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN.— Normas jurídicas y fuentes del derecho. Diversas acepciones de la expresión “fuentes del derecho” en la literatura jurídica 205
2. LAS FUENTES MATERIALES DEL DERECHO.— Concepto. Explicación. Perspectivas para el estudio de las fuentes materiales. La idea de fuerzas modeladoras del derecho 208
3. LAS FUENTES FORMALES.— Concepto. Identificación. Clasificación 215

SEGUNDA PARTE: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO CHILENO

1. LA LEGISLACIÓN.— Ley en sentido amplísimo, ley en sentido amplio y ley en sentido estricto. Constitución. Ley. Efectos de la ley. Trata-

SEGUNDA PARTE: INTEGRACIÓN DEL DERECHO

1. GENERALIDADES.— Interpretación e integración del derecho. El dogma de la integridad. Concepto de laguna legal y clases de lagunas 476
2. MÉTODOS DE INTEGRACIÓN DE LA LEY.— La analogía jurídica. Los principios generales del derecho y la equidad 485

CAPITULO VI

CONCEPTO, FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO

PRIMERA PARTE: SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO

1. EL CONCEPTO DE DERECHO.— De nuevo sobre el concepto de derecho. Una aproximación a la definición del concepto de derecho: normas, hechos y valores en el derecho 493
2. CONCLUSIONES.— El elemento normativo como dato central del fenómeno jurídico. Síntesis final 503

SEGUNDA PARTE: FUNCIONES Y FINES DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN.— Funciones y fines. Las funciones y los fines del derecho 509
 2. LAS FUNCIONES DEL DERECHO.— Análisis estructural y análisis funcional del derecho. La función de orientación de comportamientos. La resolución de conflictos. La función promocional y la configuración de las condiciones de vida. La función distributiva. La organización y legitimación del poder social. El cuidado del derecho. Derecho y cambio social 514
 3. LOS FINES DEL DERECHO.— La paz. La seguridad jurídica. La justicia . 531
- Bibliografía* 563