

LA INTERPRETACION EN EL DERECHO PRIVADO CONTEMPORANEO

Vigencia del aporte kelseniano*

Dante Cracogna**

1. LA INTERPRETACION DEL MEDIOEVO A NUESTROS DIAS

La labor interpretativa es consubstancial al derecho. No es posible concebir su existencia sin que al mismo tiempo aparezca la interpretación, por más primitivo que tal derecho fuere. Aun el derecho puramente consuetudinario exigía la actividad del intérprete, especialmente tratándose de su aplicación. Con mayor razón ello ocurrió con el nacimiento del derecho escrito, pues si antes el juez debía determinar cuándo una norma consuetudinaria era o no aplicable al caso sometido a su decisión, a partir de la nueva situación debía apreciar si los hechos en

* Trabajo preparado para el Congreso Internacional de Derecho Civil organizado por la Universidad de Lima en conmemoración del centenario del Código Civil español, realizado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989.

** Profesor de Teoría General del Derecho y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires.

cuestión encuadraban o no dentro de los alcances –más o menos imprecisos– de las normas expresadas mediante la palabra escrita¹.

De manera que interpretar –al igual que aplicar, crear o conocer– son tareas inherentes a la existencia misma del derecho y la investigación histórica no hace sino ratificarlo cada vez con mayor énfasis. Pero también es cierto que la labor interpretativa ha tenido notables altibajos a lo largo de la historia del pensamiento jurídico: períodos hubo de extraordinario florecimiento y otros en que su nivel teórico fue de muy exigua categoría.

Un momento culminante que suele señalarse como de fundamental importancia en la crónica de la interpretación es el surgimiento de la escuela de los glosadores con Imerio de Bolonia como su más conspicuo representante en el Siglo XII². Puede decirse –y con razón– que a partir de allí la interpretación aparece reconocida como faena específica de los juristas, aunque desarrollada sin mayor rigor teórico ni autoconciencia científica. Se trataba solamente de una manera más perfeccionada de cumplir una función que ya se venía llevando a cabo.

El cometido que se trataba de alcanzar con la interpretación consistía en conocer el significado o el sentido de las normas, tal como ocurría con anterioridad; sólo que ahora la tarea estaba acuciada por el descubrimiento de los textos romanos clásicos. Ese continuará siendo por largo tiempo –y aún hoy para muchos juristas el objetivo de la interpretación, el cual coincide con la acepción que el uso corriente atribuye al vocablo.

2. TEMATIZACION DE LA INTERPRETACION

Pese a su venerable tradición, en el siglo pasado la tarea interpretativa se proyecta a la consideración teórica de los juristas. Alcanza entonces jerarquía temática y se introduce la reflexión sobre ella como uno de los grandes capítulos de la ciencia jurídica. Lo que hasta ese momento había sido mera “ocupación”

de los juristas se convierte en “preocupación” y comienza a aparecer la literatura propia de la materia³.

Este realce de la interpretación como objeto de interés teórico se produce concomitantemente con el movimiento de la codificación moderna, particularmente con la aparición del Código Civil francés de 1804. Es por ello que esta nueva vertiente de preocupación intelectual nace acicateada por la presencia de flamantes textos normativos cuyo abordaje exige una preparación teórica no requerida por la legislación hasta entonces vigente. Se reproduce en ese momento histórico la circunstancia vivida por los juristas medievales frente al descubrimiento de los monumentos jurídicos de la antigüedad romana. Empero, en el Siglo XIX tiene lugar, junto con una jerarquización del tratamiento de los textos semejante a la que se produjo ocho siglos antes, un verdadero salto cualitativo que lleva al surgimiento de un nuevo escorzo de la ciencia jurídica cuya relevancia teórica ha ido en continuo aumento⁴.

De allí en más goza la interpretación de un estatus de singular aprecio en el contexto de los estudios jurídicos al lado de temas consagrados por la tradición y se mantiene vigente frente a la aparición de nuevas aristas científicas. Sin embargo, y a pesar de la diferencia cualitativa apuntada, el propósito de la interpretación permaneció inalterado: se trataba siempre de “conocer” la norma; era, pues, un acto de conocimiento (aun cuando se desplazara hacia la indagación de la voluntad del legislador). La variante podía residir en cómo conocer (método) pero quedaba en pie que la finalidad era, en todo caso, conocer.

3. LOS METODOS Y SU SUSTRATO FILOSOFICO

Tematizada la interpretación, la cuestión metódica se erige en el centro del interés del nuevo ámbito teórico. La inquietud radica en descubrir el método que posibilitara el conocimiento cabal del sentido de la norma. Se produce, en consecuencia, un amplio debate acerca de cuál es “el” método que asegure “la” interpretación correcta. De más está señalar que ese debate no está acabado sino que, por el contrario, se renueva y enriquece continuamente a pesar de las pretensiones conclusivas con que cada corriente emerge. La lista de métodos se va engro-

1. “Aplicar el Derecho es, fundamentalmente interpretarlo” dice LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1979, p. 541.

2. Señala CASTAN TOBENAS, José, que a esta escuela “fue debido el renacimiento del Derecho Romano y, en general, de la ciencia jurídica durante la Edad Media”. (*Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1947, p. 82).

3. HERNANDEZ-GIL, Antonio, sostiene en el prefacio a su *Metodología del Derecho* (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, p. XIII-XIV) que el objeto de su estudio no son tanto los métodos como “la teoría acerca de los métodos, tipo de investigación que arranca propiamente de mediados del Siglo XIX y se extiende hasta nuestros días”.

4. “La sanción del Código Civil francés ejerció gran influencia en el planteamiento moderno del problema de la interpretación de la ley” (SOLER, Sebastián, *Interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 7).

sando constantemente con nuevas incorporaciones al tiempo que algunos de ellos —no necesariamente los más antiguos— van cayendo en un discreto olvido cuando no en franco descrédito.

Este permanente fluir de las corrientes metódicas tiene asidero en las cambiantes y renovadas circunstancias histórico jurídicas pero su anclaje se produce en las profundidades de las distintas corrientes filosóficas que campean en cada época. En suma, todos los métodos y cada uno de ellos se apoyan en un sustrato filosófico que define su impronta⁵. Y aun cuando se pretenda su independencia, equidistancia o eclecticismo, asoma siempre por detrás el cuño de la filosofía que lo inspira. Desnudar esa realidad constituye una exigencia teórica insoslayable para poder acceder a la consideración científica del tema. Su reconocimiento, por otro lado, ayuda a la mejor comprensión y explicación de cada método, de su razón de ser, del porqué de su aparición en determinada circunstancia, de cuáles son sus postulados subyacentes, etc., todo lo cual permite una valoración más cabal y objetiva de aquél⁶.

4. LA INTERPRETACION COMO ACTO DE VOLUNTAD

Hasta la aparición de la teoría kelseniana la interpretación respondía a la concepción continental tradicional del Derecho como producto de la actividad del legislador. La función del intérprete consistía, pues, en tratar de averiguar el significado de las palabras de la ley o indagar la voluntad de su autor⁷.

Al intérprete se le brindaban elementos de juicio objetivos conforme con los cuales debía realizar su tarea: estaban en los textos legales, especialmente en los códigos, y a partir de ellos debía llegar a una única conclusión valedera. Para lograrlo debía utilizar los recursos gramaticales, lógicos, históricos, etc., que le permitieran su mejor conocimiento; en suma, se trataba de una tarea cognoscitiva enderezada a descubrir el significado verdadero atribuible a la norma general frente a un caso o situación particular. En cuanto “verdadero” no podía sino ser sólo uno. Por otra parte, resultaba inaceptable admitir que el legislador al dictar la norma general hubiera podido prever o desear más de una solución (la correc-

5. COSSIO, Carlos en *El Derecho en el derecho judicial*, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 124 y ss, ensaya una sintética pero ilustrativa clasificación de los métodos según su respectivo fundamento filosófico.

6. Cfr. CASTAN TOBEÑAS, op. cit., p. 57 y ss.

7. Expresión típica de esta postura constituye la escuela de la exégesis, cuyos pilares básicos eran: “1º el monopolio otorgado a la ley como fuente de derecho; 2º la valoración de la voluntad del legislador como contenido de la ley” (SOLER, Sebastián, op. cit., p. 8).

ta) para un caso. Suponer de otra manera hubiera significado cuestionar la racionalidad o la justicia del legislador o bien aceptar que el intérprete pudiera desconocer la voluntad de aquél y sustituirla por la suya propia.

Esta última posibilidad entrañaba a sí mismo una afirmación políticamente inadmisibles toda vez que implicaba desconocer la supremacía del legislador erigido por las democracias liberales en depositario de la voluntad popular de la cual se reputaba el único representante autorizado. De manera que el intérprete —y especialmente el juez— debía expresar su sometimiento a la soberanía popular encarnada en el legislador mediante la búsqueda sumisa de la solución que éste había encapsulado en la ley y que aquél debía develar por vías racionales⁸.

Esta concepción importaba, pues, una distinción neta y radical entre la función legislativa —jerárquicamente superior y de naturaleza creadora puesto que expresaba la voluntad del pueblo— y la función judicial subordinada a la anterior, de naturaleza meramente reproductora o declarativa. La tesis política de la división de poderes apuntalaba y reforzaba esta concepción⁹.

5. CREACION Y APLICACION DEL DERECHO

En tanto las preocupaciones teóricas de Kelsen se mantuvieron en el campo de la estática jurídica —tal como se manifiesta especialmente en su primera obra fundamental— el tema de la interpretación pudo quedar sin un enfoque particular que lo diferenciara de las corrientes entonces predominantes en el Continente.

En cambio, un vez producida la asimilación de la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, y el consiguiente desarrollo de la nomodinámica, la cuestión debía necesariamente ser objeto de una consideración diferente, impuesta por las exigencias lógicas derivadas del sistema en su conjunto¹⁰.

8. “Por un lado se proyecta producir... el sentimiento de que el derecho es seguro... de que la función del juez es descubrir tan sólo las normas ya existentes y aplicarlas a los casos particulares. Por otro lado, se proyecta crear en el órgano judicial el sentimiento de que está estrechamente restringido en su actividad, oponiéndose a que se extravíe excesivamente en el nuevo territorio legislativo” (EBENSTEIN, William, *La Teoría Pura del Derecho*, trad. de J. Malagón y A. Pereña, Fondo de Cultura Económica, México, 1947, p. 227).

9. Las clásicas tesis del juez Marshall ilustran estas posturas: “los tribunales son meros instrumentos del derecho y no pueden desear otra cosa”, “el gobierno de los Estados Unidos sea calificado gobierno de leyes y no de hombres” (EBENSTEIN, op. y loc. cit.).

10. Cossio dirige una crítica ontológica a la distinción kelseniana entre estática y dinámica jurídica: “sin embargo, a pesar de ese error, subsiste la idea kelseniana de la relatividad de los conceptos de aplica-

El ordenamiento jurídico constituye un sistema en el cual las normas que lo integran se van eslabonando conforme su jerarquía mediante una relación de subordinación y supraordinación. En virtud de esa estructuración, las normas superiores determinan a las inferiores en punto a su contenido y, principalmente, al procedimiento y la autoridad que las habrá de sancionar¹¹. En consecuencia, es la actuación de un órgano la que produce la norma inferior; es esa autoridad la que crea la norma conforme con la determinación establecida por la norma de grado superior.

Deviene de esa manera el sistema jurídico un orden normativo jerárquicamente organizado en el cual todo acto de aplicación es al mismo tiempo de creación de normas. Se borran entonces las diferencias presuntamente esenciales entre la creación y la aplicación de normas, diluyéndose el fundamento de la distinción tradicional¹². Emerge así, con sólido sustento dentro de la nueva concepción, la función creadora del juez cuya labor ya no ha de ser considerada como la de un mero aplicador que declara el derecho sino que se convertirá en un órgano de actividad análoga a la del legislador en su órbita específica.

La función judicial aparece ahora como creación de normas; sólo que se trata de normas particulares y no generales como las que dicta el legislador. Pero entre ambas actividades ya no habrá diferencias sustanciales puesto que uno y otro aplican y crean normas al mismo tiempo: el legislador aplica la Constitución y crea leyes y el juez aplica las leyes y crea normas individuales (las sentencias)¹³.

ción y creación del derecho, así como el principio en ella fundado de que el Derecho regula su propia creación" (COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 110).

11. Hernández-Gil recoge la crítica de Larenz que califica como "nominalismo jurídico" a toda la construcción kelseniana (Hernández-Gil, op. cit., p. 156).
12. "La norma que regula la creación de otra es «aplicada» en el acto de creación. La creación del derecho es siempre aplicación del mismo. Estos dos conceptos en manera alguna se oponen absolutamente, como lo piensan los partidarios de la teoría tradicional" (KELSEN, H., *Teoría General de Derecho y del Estado*, trad. E. García Maynez, UNAM, México, 1979, p. 157).
13. Refiriéndose a los alcances de la labor interpretativa expresa Cueto Rúa: "But not only judges are required to know, apply, and create rules of law... Thus the legislators and administrators are required, like judges, to apply preexisting general rules of law in the performance of their respective duties... The application of pre-existing general rules by legislators and administrators implies, by logical necessity, the creation of new rules: statutes by the legislators and regulations, orders, instructions, or decrees by the administrators". (CUETO RUA, Julio C., *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, Louisiana State University, 1981, p. 9).

6. OTRAS CORRIENTES VOLUNTARISTAS

En el contexto en el que aparece la primera parte de la obra de Kelsen —el continente europeo de las tres primeras décadas del siglo— predominaba la concepción tradicionales que afirmaba la labor puramente cognoscitiva del intérprete y el papel subordinado del juez.

Esta concepción es claramente diferente de la que venía rigiendo en el mundo angloamericano donde la función del juez es considerada naturalmente como creadora de derecho. La ausencia de predominio legislativo —y mucho más de la hegemonía del legislador a través de la codificación— hizo reconocer a la actividad judicial como constitutiva y no meramente declarativa del derecho. Al no existir en el horizonte del common-law una figura equiparable al legislador continental no surgía con la misma fuerza teórica ni con vehemencia política semejante la exigencia de separar —y aun oponer— los respectivos roles legislativo y judicial.

Por el contrario, el juez no solamente era reconocido como creador del derecho bajo la especie de normas aplicables a la solución de los casos concretos a los cuales estaban destinadas sino también como creador de normas aplicables a un número indefinido de casos similares futuros bajo la calidad de precedentes. En esta última situación la semejanza de la labor judicial con la legislativa resulta a todas luces evidente.

Sin embargo, no podía sostenerse que la concepción kelseniana de la interpretación haya surgido emparentada con la tradición jurídica angloamericana¹⁴. Kelsen sólo tuvo contacto con ella a partir de su emigración a los Estados Unidos en la década de 1940; hasta ese momento se obra se desarrolló en el seno de la teoría jurídica continental dentro de la cual alcanzó su formulación fundamental, si bien todavía incompleta. De manera que no podría ser atribuida a influencia del common-law pese a los evidentes puntos de contacto y, en muchos casos, de adecuación teórica.

Más relación podría señalarse entre la Escuela del Derecho Libre y la Teoría Pura del Derecho en punto a la teoría de la interpretación. En efecto, esa corriente nacida en Alemania y con una similar en Francia —países de clara tradi-

14. Ello aun cuando algunos enfoques de la tesis kelseniana relativos a la función de los jueces habían sido anticipados por Benjamín Cardozo (*La naturaleza de la función judicial*, trad. E. Ponssa, Arayú, Buenos Aires, 1955, passim).

ción continental— reivindica para el juez un papel creador en su labor interpretativa que contrasta con el rol limitado que tradicionalmente se le adjudicaba¹⁵.

Resulta explicable que con dicha tendencia se relacionaran los desarrollos teóricos de Kelsen —como él mismo lo reconoció—¹⁶ máxime cuando el auge de la Escuela del Derecho Libre correspondieron cronológicamente al nacimiento y primeros avances de la Escuela de Viena.

De la misma manera, pueden mencionarse paralelas posiciones entre la teoría kelseniana de la interpretación y los postulados del realismo jurídico, tanto de cuño escandinavo como norteamericano. Aunque con diferencias que es imperioso remarcar, realismo y Teoría Pura confieren a la función judicial un carácter creador que le negaba la teoría jurídica continental tradicional¹⁷.

7. DISTINTAS CLASES DE INTERPRETACION

Kelsen distingue con particular énfasis en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho entre interpretación “auténtica”, o propiamente tal —que es— la realizada por los órganos creadores de normas, especialmente los jueces— e interpretación “no auténtica” que es la efectuada por los estudiosos y científicos del Derecho¹⁸.

La primera es la verdadera interpretación puesto que de ella deriva una norma; hay allí un acto de voluntad cuyo producto es la creación de una norma

15. Respecto de estas orientaciones en su conjunto expresa Vernengo: “En cuanto a las tendencias voluntarias en todos los avatares sufridos en este siglo por esas orientaciones: desde la *freie Rechtsfindung*, la *libre investigation scientifique*, el *legal realism*, etc., se tendría quizás, que calificarlas como ideológica y metodológicamente eclécticas: tenemos desde el reaccionarismo expreso o larvado de los realistas norteamericanos, hasta el liberalismo democrático de Kelsen, y el tradicionalismo medieval de un Géný” (VERNENGO, Roberto, *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1979, p. 12).

16. Dice Kelsen: “La teoría pura del derecho no se opone en absoluto a la llamada escuela del derecho libre...” (*Juristischer formalismus und reine Rechtslehre*). A su vez Fritz Schreier sostiene: “la obra de la Escuela de Viena y la de la teoría del derecho libre no son contradictorias, sino paralelas” (*Freirechtslehre und Wiener Schule*) cit. por Ebenstein, op. cit., p. 230.

17. Baste recordar que Holmes negaba que la única fuerza actuante en el desarrollo del derecho fuera de la lógica, enfatizando, por el contrario, los elementos irracionales (HOLMES, O. W., *La senda del derecho*, trad. E. D. Russo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, *passim*).

18. “L'organo che applica il diritto interpreta per creare nuovo diritto; lo studioso interpreta invece per conoscere il diritto vigente. Il primo conosce per voler il secondo conosce per conoscere. Questa differenza di finalità non influisce però sul procedimento logico in se considerato, che resta sempre medesimo” (LOSANO, Mario G., *Forma e realtà in Kelsen*, Ed. di Comunità, Milano, 1981, p. 105).

jurídica¹⁹. La segunda, en cambio, no es verdadera interpretación; se agota en un acto de puro conocimiento en el que no interviene la voluntad.

Esta distinción es motivo de controversia entre los autores y ha merecido severas críticas²⁰, comenzando por la propia afirmación de que la interpretación científica no sería auténtica interpretación, con lo cual descalifica una importante fase del quehacer teórico-jurídico. Cabe señalar que el reconocimiento kelseniano de que también los particulares interpretan normas jurídicas cuando deben decidir cursos de conductas no agrega clarificación al tema.

Ha de admitirse que la distinción presenta —cuando menos— serias dificultades para sostenerse en ciertos supuestos: la sentencia de un juez que es luego revocada por el tribunal de alzada, ¿será interpretación auténtica o científica? ¿o será primero una y luego otra, sucesivamente?. Una interpretación efectuada por un científico del derecho que él aplica siendo juez, ¿qué clase de interpretación será? ¿o será un día auténtica y al otro no?. Estos sencillos ejemplos demuestran que resulta difícil mantener en la práctica una distinción que en teoría parecería plausible. Sin embargo, radica aquí uno de los aspectos fundamentales de la teoría de la interpretación tal como Kelsen la desarrolla en la última etapa de su producción.

Por otra parte, la rotunda afirmación kelseniana de que la interpretación es un acto de voluntad y no de conocimiento —inversión copernicana de los estudios que se venían realizando sobre el tema— aparece también como una exageración que oculta al menos parte de la realidad. Es admisible sostener que la interpretación consiste básicamente en un acto de voluntad, en una decisión del intérprete (juez u otro órgano), en una elección entre varias posibilidades; pero no podría en virtud de ello negarse que para decidir o elegir sea necesario, previamente, conocer²¹.

Aun dejando de lado complejas discusiones de orden psicológico acerca de las facultades de la conciencia y de los límites de la distinción entre conocimiento y voluntad, resulta a todas luces evidente que cuando se toma una decisión es porque previamente se conoce acerca de qué versa ella y qué alternativas existen. De manera que no puede excluirse el acto de conocimiento en la interpretación auténtica como tampoco puede excluirse la voluntad en la interpretación

19. Afirma Ebenstein: “No es *mejor conocimiento*, sino *más autoridad*, lo que permite al juez o a cualquier otro órgano ejecutivo decir lo que es derecho” (Ebenstein, op. cit., p. 224).

20. Cfr. especialmente Losano, op. cit., p. 105/106.

21. Sostiene Losano que “La interpretación científica constituye parte integrante de la interpretación auténtica” (Losano, op. cit., p. 104).

científica puesto que el estudioso, luego de plantearse por vía cognoscitiva las diversas opciones existentes también se decide —o, al menos, puede decidirse— por alguna de ellas.

En todo caso podría sostenerse que el acto de creación normativa que realiza un órgano comunitario (legislador, juez, etc.) es un acto de voluntad; pero esa voluntad estará necesariamente acompañada o precedida de un acto de inteligencia que le presenta uno o más cursos alternativos de acción entre los cuales ejercer su preferencia²². También así ocurre con el particular —que no es órgano comunitario ni científico del derecho— que debe elegir un comportamiento optando entre las previsiones de un marco normativo tal como sucede con un órgano de la sociedad. En efecto, su decisión se fundará sobre un conocimiento de las alternativas disponibles²³.

8. NECESIDAD DE LA INTERPRETACION

Según Kelsen la interpretación resulta siempre necesaria, contrariamente a la afirmación de la teoría tradicional que sostenía su prescindibilidad cuando la ley era suficientemente clara o la voluntad del legislador inequívoca.

Para la Teoría Pura la necesidad de interpretar surge de la propia voluntad de quien dicta la norma o bien deriva de una indeterminación involuntaria. Pero, en suma, en ambos casos el resultado es el mismo.

En efecto, puede el constituyente dejar un campo más o menos amplio librado al criterio del legislador o bien éste hacerlo en favor del juez, en cuyo caso la labor interpretativa consiste en el ejercicio de la voluntad de elección del órgano encargado de dictar la respectiva norma inferior. Vale decir que hay una suerte de delegación consciente y expresa por parte del órgano superior a fin de que el inferior cree las normas que le competen dentro de ese marco así determinado.

También puede ocurrir que la indeterminación de la norma superior sea producto de la ambigüedad o vaguedad del lenguaje, supuesto que también exige

22. Cfr. Vernengo, op. cit., p. 100, quien afirma que para Kelsen los actos de interpretación son, en última instancia, "actos mixtos". Cfr. también Soler op. cit., p. 76/77.

23. Cfr. Squella, Agustín, *La Teoría Pura del derecho y el problema de la interpretación de la ley*, Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso, N° 18/19 1981, p. 19.

una tarea de interpretación aunque ello no haya sido querido, ni previsto, por el órgano que la creó²⁴.

En uno y otro caso existe, pues, un marco normativo más o menos extenso dentro del cual debe tener lugar la labor del intérprete, especialmente el juez. En todo caso, se tratará de ejercer por el intérprete un voluntarismo estructurado dentro del marco que habilita la norma. Existe, pues, una voluntad que elige, prefiere y decide; pero no lo hace de una manera arbitraria sino dentro de un marco que viene predeterminado y al que debe sujetarse en su faena creadora²⁵.

9. ¿QUE SE INTERPRETA?

La concepción tradicional y Kelsen con ella²⁶ sostiene que la materia de la interpretación es la norma; en suma, se trataría de discernir el significado que entrañan las palabras con las que se halla expresada la norma, sea ésta constitucional, legal, judicial, etc. Kelsen agregará que con ello se crea una nueva norma.

Este enfoque implica despreciar a los hechos como materia de la interpretación, como si ellos no reclamaran esa tarea, especialmente por parte del juez. Parecería que fuera suficiente desentrañar el sentido de la norma para cumplir acabadamente con la tarea interpretativa cuando, en realidad, también los hechos exigen una comprensión que permita acceder a su significado (sea para conocerlo o para atribuírselo, según la concepción kelseniana)²⁷.

Cabe señalar que la corriente tradicional caracteriza al razonamiento judicial como un silogismo cuya premisa mayor es la norma jurídica, la premisa menor

24. La indeterminación no intencional puede provenir, según Kelsen, de ambigüedades de palabras o enunciados; discrepancia entre expresión lingüística y voluntad de quien dictó la norma o bien de contradicción, total o parcial, entre normas con pretensión simultánea de validez (Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2ª edición, trad. R. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 350/51).

25. Dentro de su clasificación filosófica de las concepciones interpretativas ubica Cossio a la Teoría Pura como *voluntarismo estructurado* "porque las leyes constituyen definidas estructuras intelectuales, o marcos de posibilidades dentro de los cuales, única y limitativamente, se le reconoce al juez esa movilidad de la decisión creadora" (Cossio, *El Derecho en el derecho judicial*, op. cit., p. 129/130).

26. Afirma Troper "Selon Kelsen, ce qui doit necessairement faire l'object d'une interpretation, c'est la norme a appliquer" y agrega: "Cette presentation semble ignorer le fait qui dans la conception traditionnelle constitue la prémis mineure du syllogisme judiciaire" (TROPER, Michel, *Kelsen, la théorie de l'interpretation et la structure de l'ordre juridique*, Revue Internationale de Philosophie, N° 138, París, 1981, p. 520).

27. Cfr. Vernengo, op. cit., cap. II, p. 15 y ss.

el caso concreto –los hechos– y la sentencia la conclusión. De allí se debería seguir que si es necesario interpretar la norma, también lo será interpretar los hechos para arribar a una conclusión correcta.

De otro lado, Cossio sostiene que no se interpretan las normas estrictamente, sino las conductas a través, o por medio, de las normas, con lo cual desplaza el objeto de la interpretación hacia los hechos²⁸. No obstante, aún admitiendo esta posición, corresponde puntualizar que para interpretar los hechos valiéndose de las normas es necesario previamente –y aunque ello no fuera consciente– interpretar las normas. Vale decir que el propio esquema de interpretación debe ser interpretado.

La experiencia jurídica, particularmente la judicial, parecería corroborar que tanto los hechos, o las conductas según Cossio, como las normas han menester de interpretación a fin de lograr un razonamiento correcto.

10. LOS METODOS: ¿NECESARIOS O INUTILES?

En su actividad creadora, si bien estructurada, el intérprete ejerce capacidad de elección lo cual supone, obviamente, la existencia de diversas posibilidades alternativas. ¿Qué lo guía a elegir? No hay sólo una posibilidad, sino varias y todas ellas plausibles; por lo tanto, no existe un método único para descubrir esa única opción.

El marco de posibilidades que se abre frente al intérprete –incluido el juez que debe resolver un caso sometido a su juzgamiento– presenta alternativas que se prefieren por medio de actos de voluntad. Todas valen de igual manera y es sólo cuestión de preferencia personal optar por una y dejar las otras. Aquí no hay materia de conocimiento que permita señalar cuál es la opción verdadera frente a otras falsas; todas son igualmente posibles²⁹.

28. Sostiene Cossio que “aplicar la ley es poner un sentido a la conducta que se considera”... “Un homicidio, por ejemplo, como hecho es el mismo, pero según la ley que le apliquemos cobrará un sentido distinto”... “La ley es la mención de ese sentido”. (Cossio, op. cit., p. 49).

29. Sostiene Calsamiglia que “la teoría kelseniana contiene el germen de su propia destrucción cuando rechaza la doctrina de la certeza y la verdad de la interpretación”. Y más adelante afirma: “frente a la pirámide kelseniana de normas jurídicas cabe imaginar una *pirámide de decisiones* subjetivas que son las que hacen funcionar el derecho... Eso implica el abandono de la metodología de la separación y por lo tanto la negación de la autonomía del derecho tal como la entiende Kelsen” (CALSAMIGLIA, Albert, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1978, p. 192).

Esta conclusión desvanece y torna inútil la larga y ardua preocupación teórica acerca de los métodos de interpretación puesto que se impone la afirmación de que no hay un método único o mejor que los demás. Todos ellos son igualmente utilizables y sus resultados serán idénticamente aceptables. Se arriba así a la afirmación de la ociosidad de la discusión acerca del método en la que todavía continúa empeñada la teoría tradicional. Al no haber solución única tampoco existe método único. Queda entonces descartada, por inútil, la controversia metodológica que tanto preocupa a la teoría y a la filosofía del Derecho³⁰. La conclusión obviamente proviene del diferente enfoque de la tarea interpretativa: si es un acto de voluntad y no de conocimiento no tiene sentido enfrascarse en discusión sobre el verdadero método, pues todos lo son igualmente como también lo son los resultados a los que por ellos se llega³¹.

Enfatiza Kelsen que lo único que guía al intérprete en la realización de su tarea es una orientación política o ideológica y que cualquiera que elija puede ser igualmente defendida o cuestionada. Se impone ese reconocimiento explícito del substrato de la interpretación a fin de analizarla sin deformación, evitando caer en la ideología generalizada que afirma la posibilidad de una sola solución correcta y descalifica a todas las demás³². En su cruzada contra todas las ideologías manifiestas u ocultas en la teoría del derecho, Kelsen también puntualiza la presencia de ésta que subyace en el enfoque tradicional del tema de la interpretación. Los propios métodos interpretativos son ideologías³³.

30. “Lo que hay es que los criterios por virtud de los cuales habrá el juez de decidirse por una interpretación u otra de una norma jurídica, con arreglo al margen de libertad que toda norma deja al intérprete, no pertenecen, según esta teoría, al campo de la ciencia jurídica, sino al de la Política”. (Castán Tobeñas, op. cit., p. 99).

31. Perelman, por su parte, puntualiza que la lógica jurídica permite “la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y que suscitan menos objeciones” (PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, p. 232).

32. Afirma Kelsen ya en la 1ª edición de la Teoría Pura del Derecho que “la teoría corriente de la interpretación quiere hacer creer que la ley aplicada al caso concreto sólo puede proporcionar una decisión recta, y que la “rectitud” jurídica positiva de esta decisión está fundada en la ley misma. Presenta así el proceso de esa interpretación como si se tratara de un acto intelectual del que la esclarea o la comprende, como si el intérprete sólo pusiera en actividad su entendimiento pero no su voluntad, y como si por medio de una pura actividad intelectual pudiera hacerse, entre las posibilidades existentes, una recta elección acorde con el derecho positivo”. (Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*, trad. J. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941, p. 132).

33. Refuta Squella a Kelsen en cuanto “de modo quizá algo enfático, y hasta precipitado, niega a esos mismos métodos la posibilidad de constituirse en auxiliares objetivos para la selección de uno entre varios de los sentidos que una norma legal acoja dentro del marco delimitado por el intérprete” y agrega “Por lo mismo, no creemos que toda elección al interior de ese marco reconozca *siempre* como fuente de las motivaciones políticas o morales del juzgador aunque algunas veces –o varias veces– pueda ocurrir así” (Squella, op. cit., p. 80).

11. OBJETOS Y METODOS

Constituye exigencia ineludible de una labor intelectual seria la correspondencia entre objeto y método. Esta adecuación es la garantía de resultados correctos³⁴.

De allí que sea imprescindible partir de una concepción precisa del objeto a interpretar; puesto que el objeto condiciona el método. Por consiguiente, el método que se va a emplear variará según el objeto sea, por ejemplo, un concepto o un dato de la experiencia. De manera que pueden resultar plausibles diferentes métodos conforme sea la concepción acerca del objeto y aun pueden admitirse varios si son diversos los objetos que constituyen materia de la interpretación. En este último caso podría hablarse del método para seleccionar el o los métodos que se van a emplear, admitiendo que pudieran ser varios los métodos que la peculiar y diversa naturaleza de los objetos demandaran.

Cabe concluir que con frecuencia es estéril e improcedente la polémica acerca de los métodos en la medida en que no existe acuerdo en cuanto a la naturaleza del objeto o a la existencia de diversos objetos que deben interpretarse. Esta clarificación, aparentemente ociosa, se torna imperiosa para superar enconadas controversias.

12. LA INTERPRETACION, EL LENGUAJE Y LA LOGICA

Siempre los juristas han tenido que vérselas con normas que se expresan mediante palabras. Ello implica que la operación con el lenguaje ha sido una constante en el pensamiento jurídico y —obviamente— en materia de interpretación.

Sin embargo, el lenguaje como vía idónea de acceso a las normas y como mecanismo para su correcta interpretación ha sido durante mucho tiempo soslayado o minimizado en su importancia. Quizás pueda señalarse como excepción el caso del método gramatical desarrollado con particular énfasis por los glosadores y posglosadores, si bien constituye apenas una inquietud lingüística embrionaria. En todo caso se trata de un mero antecedente que sólo de manera remota puede emparentarse con la moderna preocupación por este tema.

Es en este siglo cuando emerge la tematización del lenguaje y su predicamento ha ido en continuo aumento en el ámbito de la teoría del derecho, cuestionan-

34. COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, op. cit., p. 54 y ss.

do y renovando muchos de los conceptos y de los enfoques tradicionalmente aceptados³⁵. Este nuevo campo se halla plétórico de posibilidades y su influencia se extiende aun a aquellos que sólo lo aceptan como recurso auxiliar de su labor científica.

De otra parte —y en buena medida conectada e interrelacionada con el estudio del lenguaje— se ha ido profundizando y expandiendo el cultivo de la lógica. También respecto de este enfoque ha de señalarse que no es enteramente novedoso, pues desde hace mucho tiempo que se viene hablando del método “lógico”; pero la aproximación actual tiene una óptica diferente. No se trata simplemente de valerse de la lógica convencional como elemento o herramienta del trabajo científico sino de instalar y desarrollar un nuevo punto de vista que constituye precisamente la lógica “jurídica” prescindiendo de compromisos teóricos antecedentes, concibiendo el pensamiento de los juristas como peculiar y diferenciado de los demás³⁶.

Lógica jurídica y análisis del lenguaje devienen de esa manera un enfoque comprensivo y abarcador que pretende dar cuenta de la totalidad de los materiales jurídicos —incluida por cierto la interpretación— relegando o despreciando aproximaciones metodológicas diversas.

13. CONCLUSION. LA PREFERENCIA EN LA LABOR JUDICIAL

Distintas corrientes han pretendido negar la necesidad de la labor interpretativa, sea porque hay circunstancias que la toman superflua (claridad de la ley, por ejemplo), sea porque existen estudiosos (como los científicos) que pueden cumplir su faena con prescindencia de ella.

Pero aún aceptando tales limitaciones a la tarea de interpretar queda subsistente un personaje que en determinada circunstancia no puede prescindir de aquella: el juez al dictar sentencia. Parecería no haber discrepancia en este punto y es allí, entonces, donde aparece claramente el componente volitivo de la interpretación puesto que el juez “decide”, “resuelve” “adjudica” el caso. No se limita a conocer sino que realiza un acto de voluntad que se expresa en la sentencia; allí “prefiere” una determinada solución con respecto a otras que rechaza. De

35. Cfr. PATTARO, Enrico, *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica*, trad. de José Iturmendi Morales, Reus, Madrid, 1980, especialmente parágrafos 5, 6 y 7 de Cap. I, p. 58 y ss., anotados con extensa bibliografía por el traductor.

36. VERNENGO, Roberto J., *Curso de Teoría General del Derecho*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, Caps. 1 y 2.

manera que está claro que interpretar es —en buena medida, y aunque no exclusivamente— ejercer una preferencia³⁷. Por supuesto que puede revestirse a esa decisión personal del juez (o de quienquiera que deba juzgar) del ropaje de una opción constrictiva y única pero aun entonces queda por develar en función de qué método resulta esa la —única— decisión posible puesto que en tal caso la voluntad simplemente se ha desplazado un paso más atrás —a la elección del método— para ejercer a partir de allí su preferencia.

La reivindicación de la labor eminentemente creadora del juez, sin concesiones a los prejuicios políticos que pretenden su sumisión irrestricta al legislador, constituye un aporte notablemente valioso a una concepción del Derecho que se haga cargo de la realidad y no se quede simplemente en elucubraciones teóricas.

Para la teoría tradicional, la dicotomía creación-aplicación del Derecho encontraba en la interpretación el nexo que vinculaba ambos términos permitiendo aplicar el derecho ya creado con adecuación y fidelidad a su significado verdadero. El método cumplía allí un papel decisivo.

Para la Teoría Pura desaparece la apuntada dicotomía al postular que todo acto de creación es a la vez de aplicación del derecho y viceversa. En consecuencia, dentro de esa concepción dinámica del ordenamiento jurídico, la interpretación viene a quedar como el “procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del Derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior³⁸. Queda, pues, subsumido dentro de la dinámica del ordenamiento en su actividad como formando parte necesaria e inescindible de ese proceso de simultánea creación y aplicación de normas. Su presencia resulta tan natural e inherente al sistema que puede pasar casi inadvertida, pese a la importancia que reviste. Haberlo puesto de relieve constituye un significativo esclarecimiento brindado por Kelsen a la teoría contemporánea de la interpretación jurídica.

37. Un exhaustivo e iluminador análisis del proceso mental del juez al tratar el caso está desarrollado por CUETO RUA, op. cit., passim.

38. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2ª edición, p. 348.