

CAPÍTULO VII

LA INTERPRETACIÓN Y EL POSITIVISMO VOLUNTARISTA

En la escuela exegética, y en el análisis que intentamos en los capítulos anteriores, había aparecido como punto crucial y como protagonista notorio de esta aventura, intelectual y política. un ente de difícil caracterización: la voluntad del legislador, ora mitificada y divinizada, ora materializada en un concreto legislador de carne y hueso, el emperador de los franceses, el emperador de Prusia, cualquier efectivo gobernante que el jurista reverenciara.

La escuela exegética, superado su estrecho marco nacional e histórico, suele ser vista como una orientación hermenéutica de tipo voluntarista. Interpretar es dar efectividad operativa o teórica al contenido de una voluntad legislativa, real o presunta. En ese sentido, la exégesis pareciera diferir de estilos interpretativos más tradicionales, como el que revisamos bajo el rótulo de interpretación gramatical o literal, que parecieran inclinarse más a los dictados de la pura comprensión intelectual.

Para el hermeneuta literal, interpretar la ley quiere decir, en principio, averiguar qué quiere decir fidedignamente la ley; su aplicación es cosa que va de suyo, pues no se trata de imponer una voluntad remota, que el jurista siempre supone operante y no necesita reiteración por el órgano operativo, sino saber qué ha querido efectivamente ese remoto legislador.

La interpretación literal —desde la glosa, hasta Pothier— ciertamente no desdeña la efectividad del derecho, como la efectiva imposición sobre determinados grupos humanos de la voluntad de un legislador concreto, como la imposición coactiva, si es el caso, de la interesada voluntad de ciertos grupos, sobre otros grupos sometidos; sólo que para el glosador literal esa voluntad originaria es inmutable. Es la voluntad, acaso de una divinidad, acaso de un soberano respaldado por la divinidad, cuando no divino él mismo inmutable e intangible: es la voluntad de un orden eternamente impuesto y eternamente obedido.

Para la exégesis primera es notorio que ya no cabe atribuir al emperador, fueran cuales fueran sus méritos, una voluntad tan enrarecida y prestigiosa, una voluntad de la que no había menester exhibir sus títulos, puesto que era cosa evidente para todos que el emperador, aunque efectivamente imperara y legislara, para muchos no podía de dejar de ser visto sino como un usurpador, como un *parvenu*. La voluntad del legislador ya no es la lejana y casi

abstracta voluntad de un orden sempiterno, es ahora la cambiante voluntad de un emperador que ha llegado al poder supremo por circunstancias históricas contingentes. Ya no es una voluntad inmutable y racional; se trata ahora de hacerse cargo, y saber a qué atenerse con respecto de la voluntad de concretos legisladores pasajeros. Ello no sólo en Francia; también en Alemania, donde la metafísica *volonté générale* de Rousseau, se había alambicado en un *Volksgeist* de imposible localización, o un *racionales Recht* cuya ubicación primera solía darse en las cabezas de ciertos catedráticos universitarios no muy alejados de los centros efectivos del poder. De ahí que a nadie sorprendiera que los dictámenes del *Volksgeist* fueran pronunciados, con tan extraña coincidencia, por boca del consejero del Rey de Prusia, el profesor de la Real Universidad de Berlín, Federico Carlos von Savigny, y, lo que quizás fuera más sorprendente aún, que coincidieran siempre con los deseos e intereses políticos de su patrón, Federico Guillermo II de Prusia. Pero muerto el Rey de Prusia, el *Volksgeist* se aprestaba a modificar sus minuciosos detalles por boca de un jurisprudencia múltiple y cambiante: todo parecía modificarse, para quedar, en esencia, siendo lo mismo. El *Volksgeist*, como voluntad supuesta del pueblo, no era sino la voluntad del poder político, coincidiera, o contradijera quizás lo que el pueblo alemán deseara.

Ciertamente sería conveniente, al estudiar ahora históricamente —como una contribución a la historia de la cultura jurídica y sus ideologías—, no quedarse únicamente en las declaraciones programáticas de los exégetas franceses, así como tampoco corresponde confiar demasiado en los admirables prólogos e introducciones de los juristas históricos alemanes. Qué haya sido la exégesis, sólo cabría encontrarlo investigando concretamente qué propuso como derecho en las concretas circunstancias históricas en que se fueron desarrollando sus comentarios y tratados, desde Durantón hasta fines del siglo XIX. No ha podido dejar de advertirse que hasta la forma literaria de la ciencia jurídica, en Francia, tiene, sin duda, características que sólo cabría explicar tomando en cuenta la inevitable presión de circunstancias históricas que esos comentarios y tratados, hoy anquilosados y fosilizados en las bibliotecas, fácilmente disimulan. Que los primeros exégetas apenas se atrevieran a no atenerse al orden numérico de los artículos de un código, y que casi cincuenta años después se celebrara como una conquista científica —importada del extranjero, inclusive, a través de Zachariae—, que el jurista no estuviera encadenado a ese orden tipográfico, sin duda refleja cambios en las valoraciones científicas, y, por ende, un cambio en cómo era visto el legislador al que efectivamente se acataba y se decía interpretar.

De ahí que, aunque indudablemente la escuela exegética fuera el modelo clásico de una orientación interpretativa voluntarista —y que, como tal, influyó y sobrevivió en las escuelas jurídicas de nuestros países—, no fuera del todo extraño que en contráramos en ella, como se intentó señalar en el ca-

pítulo pasado, una suerte de iusnaturalismo larvado, un iusnaturalismo que no osaba decir su nombre, que ciertamente disimulaba posiciones políticas encubiertas o no explicitadas suficientemente.

Quizás sea útil, en esta altura de nuestro estudio, detenernos un poco en la teoría de la interpretación, considerada indudablemente como tendencia voluntarista, que ha sido paradigmática en la teoría jurídica de nuestro siglo. Es decir: la teoría de la interpretación propuesta por Hans Kelsen, dentro del esquema de una teoría positivista, pero pura (es decir, ni empírica, ni metafísica) del derecho. Intentaremos, apuntar qué es lo que en esta supuesta secuela de las orientaciones voluntaristas. Puede decirse que también en la *Reine Rechtslehre* se atisba un pensamiento jurídico en que el derecho es visto, lisa y llanamente, como la imposición concreta de la voluntad del grupo que detenta el poder.

La teoría de la interpretación en Kelsen —nos referiremos a la versión dada en los párrafos 45 y siguientes de la edición de la *Reine Rechtslehre* de 1960, aunque no coincida necesariamente con la propuesta en obras anteriores del mismo autor, como la *General Theory of Law and State* de 1945, las versiones anteriores de la *Reine Rechtslehre* y al trabajo de 1934, *Zur Theorie der Interpretation*, entre otros— guarda sus ambigüedades. Así, Kelsen, distingue claramente, como tipos de actividad diferentes, la interpretación cumplida por órganos como concomitante del proceso de aplicación de una norma, de la interpretación jurídico-científica que realizan, en un plano teórico, los juristas. Kelsen se remite a la distinción tradicional entre voluntad e intelecto para caracterizar esa diferencia; no deja de señalar que toda interpretación implica la determinación del sentido (*Sinn*) de alguna norma, proceso que es descrito como *ein geistiges Verfahren*: una experiencia espiritual, que se da en forma independiente en la pura interpretación teórica, y como un acompañamiento necesario *Begleitung* en el proceso de aplicación de normas, en la interpretación que hemos llamado operativa.

Tenemos, pues, una experiencia espiritual, donde el adjetivo “espiritual” (*geistiges*) es el que llama la atención, como si interesara diferenciar este abstruso quehacer, de un simple proceso psicológico, empíricamente verificable en la conducta de quien lo padece y en sus consecuencias observables. Más bien, en Kelsen, el proceso espiritual que coincide o acompaña al proceso de interpretación legal, tiene que ser distinguido de una supuesta actividad puramente intelectual, como si el marco de referencia fuera, como en la tradición más vetusta del pensamiento jurídico, la antigua clasificación de las facultades del alma, y no el conocimiento empírico que en el siglo xx tenemos de la actividad social y personal de un ser humano.

Pero aunque Kelsen no admita que la interpretación es un proceso espiritual puramente intelectual, es cosa clara que le interesa destacar, con su aguda sensibilidad de gran jurista y filósofo, que esta actividad espiritual no es un mero

movimiento irracional, una voluntad arbitraria, un proceso, por muy espiritual que sea, no sujeto a controles racionales. De suerte que la antinomia, a veces, no pareciera darse entre el par *voluntad-intelecto*, sino entre *voluntad arbitraria-conducta racional*. Esas actitudes irracionistas, habían prosperado, justamente en el momento en que Kelsen formula su primera gran obra teórica, pues era el momento en que invocando una vaga equidad o una libre investigación de la realidad (bajo presupuestos metafísicos) en Francia cundía la exaltación del libre arbitrario judicial, y en Alemania prosperaba las tendencias llamadas del “derecho libre” (*freie Rechts findung*) que, con las orientaciones realistas anglosajonas y escandinavas, llevarían paulatina o radicalmente a la negación de los elementos normativos en los fenómenos jurídicos, y, por ende, a renegar de la posibilidad de un control social suficientemente racional del comportamiento de los órganos aplicadores y creadores de derecho.

Me parece —pude anticiparlo— que, pese a lo que Kelsen afirma expresamente, y sobre todo, a lo que suele atribuírsele a Kelsen por discípulos y antagonistas, la teoría de la interpretación kelseniana es básicamente de tipo intelectualista; y se basa, en última instancia en un predominio indudable de la conducta racional como tipo modal del comportamiento social de los órganos de una comunidad jurídicamente organizada. Ello³ en Kelsen, quiere decir: de una comunidad estatal. La referencia a la voluntad es casi un subterfugio, pues es fácil advertir que la voluntad real —es decir: tanto la voluntad psicológica efectiva de los órganos, como el efectivo poder político ejercido por los mismos cuenta poco, en definitiva, en la teoría kelseniana de la interpretación del derecho.

Para Kelsen, en última instancia, los actos de interpretación —ese proceso espiritual coincidente o concomitante, con los actos de creación y aplicación de normas —son actos mixtos, puesto que si bien aparecen momentos de decisión, no pueden faltar momentos intelectuales, puesto que el órgano que ha de decidirse entre diversas alternativas que los marcos legales les ofrezcan, ha de conocer previamente cuáles son esas alternativas, qué dice la ley. Pues sólo a través del conocimiento del texto legal podemos discernir la extensión de las alternativas posibles de aplicación, siendo ese dominio el único en que la interpretación es “auténtica” o “legítima”. Es decir: aplicación de normas preexistentes.

Es verdad que Kelsen, sobre todo en los textos escritos bajo el impacto que en él produjera la cultura jurídica anglosajona, señala también que no sólo se interpretan las normas, sino que el juez (el órgano estatal paradigmático para la *Reine Rechts lehre*: punto que correspondería estudiar en cuanto revela una ideología impregnada de burocratismo y profesionalismo) interpreta o crea los hechos. Sólo que, con respecto de ellos, los marcos o esquemas que permiten dar visos de racionalidad al proceso de determinación de la

alternativa que el juez escoja son otros: quizás los marcos, muy difusos y muy confusos, establecidos por alguna comprensión del lenguaje natural que el juez comparta con su comunidad lingüística; los marcos más específicos que propone el lenguaje técnico de los textos legales etcétera.

Pero la contribución kelseniana al problema de la interpretación de los hechos —aunque importante en cuanto un gran teórico se hace cargo de un problema que los juristas solían relegar a los capítulos de un derecho procesal, al que se daba una importancia secundaria— no es original: no dice más de lo que, por entonces, ya habían señalado escandalosamente, los realistas norteamericanos y los juristas, no menos inconoclastas, pero más sobrios literariamente, de las escuelas escandinavas.

Interesa analizar ese acto mixto, volitivo-intelectual, que es el gozne alrededor del cual gira, para Kelsen, lo esencial de la actividad interpretativa del derecho.

El acto interpretativo operativo, señala Kelsen, es necesariamente concomitante al proceso de transición entre una norma general y la norma de rango lógico inferior que el órgano aplicador ha de elaborar, si es que asume su función de órgano aplicador del derecho. Este proceso es general con respecto de toda relación interpretativo-operativa, sea cual fuere el rango y nivel de las normas así relacionadas. La actividad espiritual interpretativa crea un vínculo “espiritual” —digámoslo así por ahora— entre la norma superior, sea ella cual fuere, y la norma inferior en que recibe aplicación y que elabora el órgano interpretador y aplicador. El legislador, dirá Kelsen, interpreta la constitución cuando dicta leyes, el juez, al dictar una sentencia, aplica la ley correspondiente. Aún más el súbdito, sin lanzarse a actividad de creación normativa alguna, cuando pretende ajustar su comportamiento al derecho vigente, tiene que interpretar las normas vigentes, para establecer cuáles son las alternativas lícitas que jurídicamente puede adoptar: “Pero también los individuos que han de acatar el derecho, y no aplicarlo, en la medida en que establecen cuáles son los comportamientos que evitan sanciones, deben comprender las normas jurídicas que han de acatar y, por lo tanto, han de establecer su sentido.”¹

Pero, ¿en qué consistiría esta relación de determinación establecida, entre la norma superior aplicada y la norma inferior aplicadora a través de la actividad espiritual interpretativa? Esa denominación: *eine Relation der Bestimmung oder Bindung* (una relación de determinación) es vocabulario del mismo Kelsen.

Sin embargo una norma superior, por ejemplo una norma general, sostiene nuestro autor, nunca determina plenamente la norma de nivel inferior. La norma superior regula el acto mediante el cual pueda crearse una norma de nivel inferior (regulando tanto el procedimiento de elaboración de la

¹ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2. au flage, Viena 1960, p. 346.

norma inferior como, eventualmente, delimitando sus contenidos, esto es: determinando la posible extensión de sus ámbitos de validez). Pero esta determinación nunca es plena (*vollstanding*) y la determinación —esto es, la índole de la relación postulada— no es una determinación empírica, sino una determinación lógica. Si la norma superior es expresión de la voluntad de un cierto órgano, y la norma inferior, por su parte, es expresión de la voluntad de otro órgano de nivel jerárquico inferior, podría pensarse que la determinación mencionada es la relación efectiva de determinación de la voluntad de un sujeto por la de otro sujeto. Esto es: la determinación sería una simple relación de poder, entendiendo por tal relación efectiva entre los comportamientos libres de dos o más sujetos.

El legislador, de tratarse de efectivas relaciones de poder político, controlaría, según esta versión de la teoría, la actuación de un órgano subordinado, como lo son los de la judicatura. Pero postular la efectividad de esta relación de poder efectivo, y la eficacia del mecanismo de control social así supuesto, si bien tiene gran interés, escaparía a las posibilidades teóricas en que se mueve la teoría kelseniana, la cual no pretende derivar la validez de sus tesis del comportamiento de la experiencia social, ni aspira a formular profecías sobre el funcionamiento de los sistemas de control social.

Parece claro que no tiene sentido establecer efectivamente un sistema de normas generales, a través de complicados procedimientos legislativos, si no hubiera una mínima certeza de que los legisladores, como creadores de ese sistema de normas generales, no tuvieran la posibilidad real de imponer su voluntad sobre la de los órganos aplicadores. De no darse esa posibilidad, la labor legislativa sería ociosa y no se comprendería la subsistencia generalizada de ese tipo de actividad política. Parece extraño, por consiguiente, que Kelsen, en principio, descarte el tema candentes de cómo efectivamente funcione el control político, es decir, el poder en sistemas sociales estatales, en sistemas sociales con estructuras burocráticas con órganos en relaciones jerárquicas. Kelsen elude, repito, en principio, este tema notorio, para hacer hincapié en la índole de la relación de determinación.

Por cierto que también las relaciones lógicas, en cuanto son aceptadas pragmáticamente como criterios de aceptabilidad de una información o de aceptabilidad de un mensaje, son controles que restringen, orientan o excluyen el flujo de la comunicación social; sólo que su manejo, como instrumento de control, ya no se encuentra reservado a ningún órgano social específico. (Quizás esta afirmación haya de ser revisada: en aquellas comunidades en que las estructuras académicas, por ejemplo, revisten un elevado nivel de prestigio, el control de la racionalidad lógica puede ser socialmente asumida por órganos relativamente centralizados, monopolizando sectores de los instrumentos de control social.)

Afirmar, ahora, que una norma general, por ejemplo, una ley, nunca de-

termina completamente la actuación del órgano de aplicación, por tanto, nunca permite predecir íntegramente cuál será la norma inferior que el órgano elabore. Si damos a esta tesis un alcance puramente lógico es cosa bien distinta de sostener como empíricamente verificable, en forma general, una cierta relación de poder entre órganos políticamente en relación de subordinación. La determinación sería lógicamente incompleta, afirma Kelsen, porque aun suponiendo una norma general muy detallada, o que se detenga a establecer una multitud de requisitos para su aplicación nunca podría agotar la “multiplicidad de especificaciones” que ha de tomar en cuenta el órgano aplicador. Si el órgano *A*, señala Kelsen, ordena que el órgano *B* ponga en prisión al súbdito *C*, el órgano *B* tendrá que “decidir” (*entscheiden*), según sus propios criterios, “cuándo, dónde y cómo se hará efectiva la orden de detención, decisiones que dependen de circunstancias externas que el órgano que ha lanzado la orden (el órgano *A*) no ha previsto y que, en buena parte, no puede prever”.²

Esas especificaciones —la ocasión, el momento, la oportunidad—, al parecer, no podrían estar mencionadas en la norma general y, por tanto, la norma general nunca podría determinar el acto de su aplicación, puesto que justamente el acto de aplicar una norma general consiste en establecer, mediante otra norma, el cuándo, el dónde y el cómo de aquello que está prescrito en forma genérica. Es decir: la norma genérica no prescribe totalmente cuáles son los ámbitos de validez de una norma particular que guarda con ella, en otros ámbitos (por ejemplo: el ámbito material de validez), ciertas relaciones lógicas.

Pero ¿acaso la norma general no puede determinar los ámbitos ocasionales de aplicación de una norma particular, que especifica uno de sus ámbitos materiales, simplemente porque el legislador no puede, en los hechos, prever todas las circunstanciales características en que el acto de aplicación de la norma particular creada por el órgano se haga efectiva? ¿Se trata de una indeterminación necesaria, derivada de una imposibilidad fáctica de previsión por parte de órganos superiormente ubicados en una escala jerárquica? Parece que no es posible sostenerse tal tesis. No cabe entender el texto kelseniano que hemos citado como la descripción real de una efectiva relación de determinación en el proceso de aplicación de una norma general aun caso concreto, sino que lo que en definitiva afirma Kelsen es que una norma general no es particular, justamente en la medida en que algunos de sus ámbitos de validez (la determinación conceptual del dominio extensional en que sea válida su aplicación) no han sido especificados. Si una norma estableciera la extensión de sus ámbitos de validez en forma tal que sólo cupiera darle validez para un caso, es cosa evidente que no tendríamos norma general que aplicar, sino una norma individual válida para el caso. La norma que men-

² *Ibid.*, p. 347.

ciona todos los elementos que la hacen aplicable con total adecuación al caso único, mal podría ser tenida por norma general, entendiéndose por tal, al menos, la que extiende su validez a más de un caso. No se trata, pues, en la relación entre norma general y norma particular que la aplica, de una relación lógica de indeterminación, como dice Kelsen; sucede que, una norma general es justamente general no sólo porque algunas de sus referencias son universales, sino porque algunas de sus términos referenciales necesarios para darle referencia a casos, no han sido establecidos. Una norma general suele ser un enunciado incompleto, en que el lugar de algunos de sus términos referenciales —como los que indican el cuándo, el dónde y el cómo, es decir: los ámbitos de validez ocasionales— se encuentra ocupado por variables no ligadas. Estas normas generales no son, propiamente, enunciados normativos, sino esquemas enunciativos, que han de ser completados como tales mediante la substitución de variables, por referencias concretas (constantes), o mediante la cuantificación de las variables que queden.

Recordemos, al respecto, dos teorías, una kelseniana y la otra que conserva la terminología de B. Russell, que entiendo pueden ser útiles para esclarecer el punto en que nos encontramos.

Kelsen, como lo hemos apuntado en páginas anteriores, indica qué ha de entenderse por una norma jurídica significativa (aunque el problema de establecer cuál sea la unidad significativa dentro de un sistema normativo tenga muchos más bemoles de los que cabe apuntar ahora). ¿Cuándo es suficientemente expresivo un enunciado normativo, para poder ser considerado una norma jurídica posiblemente válida? A este interrogante —que hace a las reglas primitivas de formación del lenguaje jurídico—, Kelsen contesta con una teoría de los elementos necesarios para que un enunciado de los ámbitos de validez normativos. (*Geltungsbereiche*: dominios materiales, personales, ocasionales, etcétera, en que una norma puede ser afirmada como válida, esto es, como determinante del sentido deóntico de la circunstancia así delimitada.) La cuestión es, como he dicho, de gran dificultad teórica, puesto que no se ven, en principio, cuáles han de ser los criterios que permitan fijar, con pretensión taxativa, los elementos necesarios del sentido de un enunciado normativo. Sólo con las gramáticas generativas comenzamos a atisbar algunas de estas exigencias constitutivas, pero apenas si podría afirmarse que esas contribuciones han sido extendidas a los enunciados normativos.

En Kelsen, por cierto, el problema no está planteado temáticamente en esos términos, aunque quizás quepa admitir que los hilos principales del problema ya se encuentran sugeridos aunque en forma incipiente (los enunciados normativos como esquemas; la teoría mencionada de los ámbitos de validez, etcétera). ¿Qué ha de entenderse, para los fines de elaboración de un conocimiento científico de un derecho positivo cualquiera, como una unidad significativa normativa que pueda ser postulada como válida en el marco de ese

ordenamiento positivo? Es claro que, en muchos casos, el material normativo que el jurista recibe es trunco: una norma cualquiera del Código penal es completada, como cosa normal, por el jurista con elementos tomados de las partes generales, de otras normas, de constancias del proceso, etcétera. Pero cuando pueda afirmarse que el enunciado así reconstruido es completo, y exhibe un sentido normativo como una significativa unidad, es cosa que no cabe establecer sin más, aunque podría decirse que estaríamos ante criterios convencionales, y que, en la práctica, los juristas se manejan con enunciados más o menos elípticos, más o menos completos, en cuanto las circunstancias reales de un proceso, y que los elementos enunciativos contextuales, permiten superar la falta de información normativa provenientes de esas deficiencias enunciativas, en forma suficientemente efectiva a los fines en que interesa traer a colación normas jurídicas en un proceso decisorio.

El criterio pragmático, por decir así, de suficiencia enunciativa de una norma estaría dado por la medida en que contuviera elementos significativos suficientes para permitir su aplicación —quizás, no más que su transcripción en la comunicación procesal— a un caso. Pero entonces el enunciado habría dejado de ser general. Kelsen desarrolló una teoría muy interesante, al tratar de los *Geltungsbereiche*.³ Allí se sostiene que para que una norma “tenga sentido” —entendiendo, por tal cosa, no sólo que sea intelectualmente comprensible, sino que sea efectivamente aplicable a un caso posible—, es necesario que no sólo mencione la modalidad deóntica que imponga —una obligación, una prohibición, un facultamiento—, sino que debe indicar a qué acción o hecho ha de aplicarse el carácter deóntico establecido, qué sujetos han de considerarse en relación con las acciones o hechos deónticamente caracterizados; en qué ocasión esas acciones o hechos han de merecer esa caracterización normativa, etcétera. Es decir: es necesaria que una norma, para ser aplicable a ciertos casos, indique la extensión de los dominios materiales, personales, ocasionales, etcétera, en que pueda postulársele como la norma que rige socialmente esas circunstancias.

De aceptarse esta teoría, no tendríamos en rigor una norma, esto es, un enunciado normativo con sentido para un sistema social, mientras no pudiéramos establecer la totalidad de los ámbitos de validez que justamente permiten referir la norma a determinados casos. Si carecemos de posibilidad de establecer la extensión de esos ámbitos, la norma no será norma de ordenamiento alguno, pues carecería de posibilidad de aplicación no podría regular ningún comportamiento social o de establecer el sentido deóntico de acciones posibles dentro de un marco social.

La falta de especificación de alguno de esos denominados ámbitos de validez no hace de la norma una norma genérica, sin más, sino que, por carecer de referencia válida en determinado respecto, la hace de imposible aplicación y,

³ V. Vernengo, R. J.

por ende, sin sentido como enunciado normativo. Tendríamos, quizás, un enunciado incompleto, lo que en la terminología de la lógica, desde Russell por lo menos, se denomina una función proposicional, y no un enunciado o proposición susceptible de validez. Una función proposicional es un esquema proposicional, en los cuales tenemos, por decir así, lugares en blanco que, de ser reemplazados por elementos aptos —constantes o variables ligadas, del tipo y orden requerido—, producen una proposición significativa, dotada de sentido. El esquema proposicional no es, claro está, un enunciado o proposición, puesto que no es posible atribuirle la propiedad característica de éstos: el ser verdadero o falso.

Si ahora tuviéramos una forma lingüística normativa en que se nos dijera, por ejemplo, que es prohibido tal o cual acción, pero sin contar con criterios para establecer a qué sujetos se refiere la prohibición en cuestión sería un acto frustrado, una prohibición en el aire. Así, Kelsen sostiene que muchas veces el legislador no habla sobre quiénes sean los sujetos cuyas conductas se pretende prescribir, por la simple razón de que, dentro de los órdenes estatales contemporáneos, la referencia personal se hace a todos los súbditos. Pero esta explicación dista de ser satisfactoria. El legislador debe haber previsto algún recurso para que la referencia personal pueda ser elaborada o reconstruida por el órgano de aplicación, o inclusive, por el súbdito que, como dice Kelsen, desea saber qué comportamiento adoptar para eludir las sanciones con que el Estado amenaza. Tendríamos, más bien, en la terminología de Russell, una función proposicional: un esquema verbal que, de ser adecuadamente completado, permite formular un enunciado normativo con sentido dentro del sistema, una norma que puede ser aplicada y que, por ende, goza de validez.

Parece que no podemos aceptar literalmente la tesis kelseniana de que, en la interpretación, la actividad espiritual que despliegan los órganos aplicadores del derecho se establece una relación de determinación entre la norma general y el enunciado particular —situación que ejemplifica señalando que aunque la ley mencione muchas cosas, ciertos detalles circunstanciales y ocasionales nunca pueden ser previstos por el órgano legislativo, correspondiéndole al intérprete completarlo—. La relación de determinación, según la descripción indicada, se agotaría cuando otro órgano distinto del legislativo, estableciera ámbitos de validez que la norma legislativa ha dejado en blanco, o ha dejado insuficientemente especificados.

La ley general no es una norma con sentido completo, y la relación de determinación, tal como se encuentra en los textos kelsenianos, lejos de aparecer como una determinación del órgano inferior el cual completaría el texto legal para hacerlo aplicable y, por ende válido para algún caso, dicha relación, más bien, tendría que ser vista como una específica delegación que todo órgano que se limita a prescribir generalidades realiza o hace en favor de otros órganos, si pretende que lo que en general se ha prescrito sea cumplido

en la realidad. La relación de delegación ordinariamente se reduce a la autorización para que otro sujeto —otro órgano, en caso de un sistema estructurado jerárquicamente— prescriba cuáles hayan de ser los ámbitos de validez no indicados por el superior.

Esa creación delegada puede ser intersticial, como suelen decir algunos teóricos, en la medida en que el legislador ha prescrito la extensión de los ámbitos habituales de validez —material, personal y ocasional—, pero no excluye que los órganos delimiten los enunciados normativos a ámbitos de validez que configuren subclases de los originalmente indicados por el legislador.

Nuestro Código Penal argentino, por ejemplo, al regular las sanciones para el delito de homicidio, enuncia el tipo penal de una manera muy genérica; establece uno de los ámbitos materiales que ha de considerar el juez que conozca en casos de homicidio. Pero la norma del Código la cual, siguiendo una tradición de laconismo legislativo propia de la herencia romana, es sumamente elíptica sólo se refiere, en lo que atañe al ámbito personal de validez, a “el que matare...”. ¿Quiénes serían los sujetos a quienes es posible atribuir la acción de matar, y aplicar la sanción prevista, indicados, más que genéricamente, por el inocente pronombre de tercera persona? Va de suyo que ningún jurista se atrevería a afirmar que “él” menciona, nombra, a todo sujeto posible. Claramente, pese a la universalidad de la referencia, los sujetos, posibles autores del delito de homicidio, no son todos los seres humanos, sino una clase de individuos delimitadas por criterios territoriales (pues la norma es aplicable en el territorio argentino), temporales (edad, fecha del acontecimiento), características psicológicas (imputabilidad, capacidad de comprender el alcance de su acto), etcétera.

El inocente pronombre “él” constituye más bien una variable —una x — cuyo dominio corresponderá delimitar con pautas indicadas en parte por el legislador en parte por el órgano aplicador. Interesa al jurista no sólo aquellas otras normas —como las de la parte general del Código Penal— a las que ha de recurrir para establecer el dominio de la variable, sino también aquellas circunstancias de hecho de las que puede echar mano para circunscribir la clase de posibles individuos imputables.

El juez actuará como un órgano delegado, el ámbito en que la delegación es posible —el ámbito de su competencia le permiten crear normas que “concreticen” los ámbitos materiales, personales, ocasionales, etcétera, de las normas generales que invoca. Sólo con esta actividad supletoria y básica del órgano operativo, la norma general puede recibir aplicación, o si se quiere tiene sentido dentro de un sistema como un enunciado válido para múltiples casos, dado que se le ha otorgado aplicación por lo menos en uno.

El juez, al establecer los ámbitos efectivos de aplicación de una norma general, en la norma o normas más específicas que contenga su sentencia, de alguna suerte convalida aquellos esquemas normativos genéricos que el legislador le

propone, y que le impone al hacerlo “socio” de un programa político no enteramente desarrollado. Legislador y juez son cómplices en una actividad común de control social.

Sólo en un sentido muy vago, o acaso metafórico, podría decirse que el legislador determine el comportamiento del juzgador; determina, según dice Kelsen, a través de normas generales, los actos mediante los cuales la norma de nivel inferior es creada. La determinación es una suerte de facultamiento por el cual se complica al órgano inferior en la aplicación de un esquema normativo —y, por ende, de valoraciones no totalmente específicas— a circunstancias sociales concretas. Corresponde señalar y destacar, en este contexto, dos cosas. Esta relación de supuesta determinación —cuyo aspecto de compromiso entre funcionarios de diverso nivel no es explícito—, pese a no ser tal, como se ha visto, no hace del acto de especificación de los ámbitos de validez de la norma inferior por el juez una actividad totalmente irracional, arbitraria. Por el contrario, veremos que, por lo común, se atiende a criterios suficientes de racionalidad. Kelsen, como es sabido, ha insistido en que el juez, frente a la ley general, cuenta con un cierto ámbito de alternativas válidas, entre las cuales se mueve cuando emite sentencia dentro de la ley, sin que las opciones posibles le estén enteramente prescritas. El juez, dice Kelsen, con terminología que se ha hecho corriente, se mueve dentro de “marcos normativos”, concepto que habría que entender, quizás, como la clase de aquellos hechos resultantes de la suma lógica de las extensiones de los ámbitos de validez de la norma aplicada; el carácter deóntico, en principio, sería aplicable sin más, a toda esta extensión fáctica. Dentro de ese marco, la norma que dicte el órgano inferior, manteniendo la modalidad normativa, será válida por la ley que corresponde aplicarle la categoría social que así se reitera.

En este respecto, la actividad interpretativa del juez no difiere, en rigor, de lo que se espera de todo órgano en que se delegan facultades para aplicar un esquema político genérico. Pero si en los derechos estatales se asumen las técnicas de un derecho escrito, y la capacidad establecida por la delegación consiste básicamente en la facultad de establecer cuáles son los ámbitos de validez efectivos que reemplazarán a las variables, expresas u ocultas, que el legislador puso en las normas generales, pareciera que la previsión de las pautas que efectivamente asuma el juzgador al dictar su sentencia dentro del marco legal requiere tomar en cuenta aquellas otras pautas, por lo común implícitas, que permiten comprender cuándo el juez actúa conforme a derecho o normalmente, y cuándo su comportamiento es anómalo.

Siguiendo el modelo inicial propuesto en este libro, tendríamos que averiguar qué elementos actúan sobre el órgano judicial, como **elaborador** de una cierta información normativa general —y por lo general, reticente—, para producir una norma de salida conforme a derecho. Estos elementos suelen bautizarse de ideológicos, remitiendo a elementos tales como la sensibilidad judicial,

su percepción axiológica, su captación de los estados ambientes sociales, su *hunch*, o cosas por el estilo.

En principio, el juez aplica la ley, cumpliendo sus funciones específicas de elaboración del esquema normativo genérico, por cuanto justamente esa delegación lo hace partícipe de programas políticos y, por ende, de valoraciones, que las normas generales sólo enuncian, convenientemente, como esquemas. El juez es así, literalmente, el brazo de la ley, sea desfacedor de entuertos, como facedor de aquellos que poderes superiores han propuesto esquemáticamente, pero no han llevado a cabo, pues no les corresponde ensuciarse las manos.

De ahí, que la ideología básica —presupuesta siempre, pero rara vez enunciada— sea el conformismo: el juez que respeta la ley, sea cual fuere su tenor axiológico y político, lo que en verdad respeta es a quien ejerce efectivamente el poder ayer, hoy o mañana.

Dado que el prestigio social del conformismo no es actualmente elevado, los órganos judiciales suelen producir ideologías opuestas: de vez en cuando, una sentencia que declara inválida la ley, permite enfatizar una independencia del poder judicial; pero tan pronto se advierte el ínfimo peso estadístico de tales sentencias anómalas, no hace sino disimular el universal conformismo o se incurre en un ritualismo formal que se quiere hacer pasar como la majestad de la justicia. No es acaso el extraño arcaísmo que rodea a las comunicaciones entre los órganos judiciales y su clientela, que aún en nuestro siglo y pese a un republicanismo irreversible, guarda formas de épocas de la monarquía absoluta y de los reyes divinizados, cuando los jueces, como delegados del carisma judicial divino, eran parte del monarca mismo y, transitivamente, de la divinidad.

Todas esas apariencias no hacen sino ocultar, o por lo menos disimular, la actitud inculcada y esperada: el conformismo burocrático. Es esta actitud general la que permite dar a la función de aplicación del derecho —que vemos abstractamente, deteniéndonos en uno de sus elementos el proceso de interpretación operativa— su carácter racional.

Los procesos ideológicos que implícitamente obligan al juez a seleccionar la información normativa y orientarla, de una u otra manera, en la norma de salida, mediante la delimitación de los ámbitos de validez efectivos, funcionan, en nuestro modelo de comunicación, como ruidos que perturban el tenor del mensaje, o mejor, para decirlo con mayor precisión, los múltiples mensajes que el juez recibe y elabora —los esquemas políticos del legislador expresados en normas generales de gran prestigio social: la ley; la información sobre un hecho conflictivo que el juez debe resolver conforme a las pautas políticas vigentes, etcétera— serán transformados convenientemente, dejando pasar sólo aquella información que el ruido ideológico, es decir, el conformismo asumido, considere aceptable.

Este filtro o ruido ideológico, por una parte elimina aquella información que

es técnicamente irrelevante: al juez no le debe importar tal o cual circunstancia de hecho, aunque afligente, si no figura en el esquema legal. La ley debe aplicarse: *dura lex...* Es decir: no cabe que a niveles inferiores —el nivel social en que se encuentran los jueces y sus clientes, nivel en que se reproduce una situación de subordinación del cliente al órgano, así como el órgano se subordinaba a la ley, al órgano superior poderoso— se altere lo que el superior quiso. Pero también elimina información axiológica o política, por cuanto la ideología conformista sólo permite al juez ver aquellas circunstancias que sirven para convalidar, con su sentencia, los esquemas políticos genéricos.

Frente a los esquemas del derecho escrito, y la ideología de base del sistema judicial burocratizado, el órgano puede recurrir siempre a los ruidos contingentes del sistema, para declarar ciertos hechos como irrelevantes a los fines legales, o inclusive —en el caso anómalo— como irrelevantes ciertas informaciones normativas, frente a las circunstancias efectivas de un caso. Para establecer quién es “él”, al que pueda imputarse homicidio —es decir: aquel sujeto que va a ser objeto de un acto expreso de poder coactivo—, el juez toma en cuenta información normativa y fáctica que le parece relevante: las mencionadas por la legislación penal, por ejemplo, en la parte general del Código. Y también, circunstancias fácticas corrientes: informes psicológicos, socioambientales los antecedentes de otras infracciones, etcétera. Pero puede que en el cúmulo de información, alguna sea considerada “relevante” por haber sido elaborada a través del canal ideológico. Una típica, muy señalada por los sociólogos, es la estratificación social del procesado, pues es notorio que actos similares —inclusive el homicidio— efectuados por personas situadas en diverso nivel social, son vistas con otros ojos por los jueces, aunque ello implique tácitamente violar una garantía enfáticamente subrayada: la de la igualdad ante la ley.

Así como en la teoría de la *sedes materiae* vimos cómo una norma especificaba sus ámbitos de aplicación posibles, por remisión a posibles contextos normativos, vemos ahora, con mayor generalidad que aun esos contextos pueden ser elaborados, o excluidos por el órgano operativo, al aceptarlos como relevantes o irrelevantes, *a posteriori*, por decir así. Y lo mismo, vale, para la información fáctica.

Kelsen no hace explícito el problema de cuáles sean los criterios de relevancia o irrelevancia que actúan como filtros en la elaboración de la norma de salida, y que hacen que cierta información entre en el proceso, mientras que otra es eliminada como distorsión o ruido. La referencia kelseniana remite, simplemente, pero con gran vaguedad, a los elementos ideológicos o políticos. O, con mayor vaguedad aún, a supuestas discrepancias posibles entre el querer y su expresión (en el caso en que la norma general sea indeterminada por razones lingüísticas no queridas por el legislador).⁴

⁴ Kelsen, *op. cit.*, p. 348.

Pero, ¿cuáles son estos elementos ideológicos —con el vocabulario hoy en boga—, anteriormente aludidos como axiológicos, de la interpretación operativa, cuyo papel es mencionado al recurrirse a terminología de tipo voluntarista, o incurriendo en irracionalismo, o disimulando el problema con la referencia a un marco legal dentro del cual, si bien hay opciones políticas, éstas quedan reducidas a una expresión ínfima ¿Qué función desempeñan los filtros y ruidos ideológicos en la actividad operativa del órgano aplicador de normas generales? Por ser este un elemento ideológico, valorativo o político, no cabe sino proceder a la crítica de los métodos interpretativos que lo disimulan.