

Tercera parte

CONSTRUCCIÓN DE INFERENCIAS NORMATIVAS. . .	131
VI. INTERPRETATIO PRUDENTIUM.	133
1. <i>Preliminaria</i>	133
2. <i>Lenguaje objeto</i>	137
3. <i>La interpretación jurídica</i>	138
4. <i>El “material” jurídico y su interpretación</i>	139
5. <i>La interpretación positiva</i>	141
6. <i>La interpretación dogmática o doctrinal</i>	144

TERCERA PARTE

CONSTRUCCIÓN DE INFERENCIAS

NORMATIVAS

VI

INTERPRETATIO PRUDENTIUM¹

What is the meaning of a word? Let us attack this question by asking, first, what is an explanation of the meaning of a word?

LUDWIG WITTGENSTEIN

1. Preliminaria

Comparto la creencia de que una estrategia especialmente útil para determinar con claridad los rasgos característicos de ciertas instituciones sociales consiste en estudiar cuidadosamente las sociedades que las originaron. Por supuesto, un adecuado entendimiento del significado de una expresión comienza con el análisis de sus usos paradigmáticos y de la recuperación de su etimología. En el caso de

¹ Este trabajo recoge algunas ideas expresadas hace tiempo en mi ensayo: “Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XIII, núm. 39, septiembre-diciembre 1980, pp. 821-869; recogido en mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, cit., pp. 315-337. El capítulo es una versión revisada de la parte introductoria de mi ensayo: “La interpretación constitucional. (La falacia de la interpretación cualitativa)”, en Vázquez, Rodolfo. *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Distribuciones Fontamara S.A. 2001 (Doctrina Jurídica Contemporánea 4), pp. 89-104.

‘interpretación’ (y de sus usos jurídicos) esta estrategia se revela particularmente útil. ‘Interpretación’ proviene del lat.: *interpretatio*, a su vez, del verbo *interpretor* que significa: ‘servir de intermediario’, ‘venir en ayuda de’. El verbo *interpretor* deriva de *interpres*, que significa ‘agente’, ‘intermediario’.² Así, por ejemplo, el comerciante es un intermediario, un “negociador” que se encuentra *interpret*, negociando, aclarando o “explicando” el *pretium* (‘precio’).³

Interpres designa también al traductor: un intermediario singular: el que aclara, el que explica o que hace accesible (en un lenguaje inteligible) lo que no se entiende. Así, *interpretatio* se aplica a lo que hace aquel que “lee” o entiende otras cosas (los sueños, los augurios u otras lenguas).⁴

“En latín la palabra [*interpretatio*] indicaba, al parecer, una negociación para pasar luego a significar la explicación del asunto como una intervención negociadora... el *interpres* era el intermediario encargado de una negociación y, por ende, capaz de lograr un entendimiento entre las partes... de ahí... traductor... mediador entre partes... que no se entienden...”⁵

El intérprete comunica a los demás (generalmente en lenguaje común)⁶ el significado que se atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos. Esto es, el intérprete pone en conocimiento de los demás, el significado que (según él o de acuerdo con ciertos cánones) corresponde a determinados objetos. Así, por ejemplo, los brujos, augures o

² Cf.: Blánquez Fraile, Agustín. *Diccionario Latino Español-Español-Latino*, Barcelona, Sopena, 1985, t. I, p. 834. Así: “*interpres pacis*” (Tito Livio): ‘negociador de la paz’ (Cf.: *ibidem*).

³ Benveniste, Emile. *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, trad. de Mariantonia Liborio, Turín, 1976, t. I, pp. 105

⁴ “*Ostentorum et somniorum interpretatio*” (Plinio): ‘explicación de los prodigios y los sueños; “*Interpres caeli*” (Cicerón): ‘astrónomo’; “*Interpres extorum*” (Cicerón): ‘adivino’; “*Interpres iuris*” (Cicerón): ‘interprete del derecho’, i.e. ‘el que aclara el derecho’ (Cf.: Blánquez Fraile, Agustín. *Diccionario Latino-Español- Español-Latino*, cit., t. I, p. 834).

⁵ Vernengo, Roberto J. “Interpretación del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta. Francisco J. (ed.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Editorial Trotta S.A., Boletín Oficial del Estado, 1996, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11, p. 239.

⁶ ‘Convertir a un lenguaje inteligible’ es lo que *to Interpret* quiere decir en inglés: “... *traslate into an intelligible or familiar language...*” (*Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 1en *Encyclopaedia* [Britannica, 2002, CD, Chicago, Britannica.com.,]2002).

sacerdotes no hacían sino dotar de significado ciertos hechos, fórmulas o signos misteriosos que, en razón de su posición o poder, sólo ellos manejaban y entendían (o hacían creer que entendían). En esta situación se encontraban, v. g., los pontífices patricios⁷ (antes de la indiscreción de Gnæus Flavius).⁸ Las *formulae* del derecho sólo los pontífices las conocían y únicamente ellos las interpretaban a petición de los legos.⁹

Interpretar, por tanto, consiste en *dotar* de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos (objeto significado). De ahí que interpretar consista en un acto de

⁷ “Los primeros jurisconsultos eran sacerdotes y esto no puede sorprender. El derecho primitivo nace siempre en íntima relación con la religión y la magia... en la Roma Arcaica... eran los sacerdotes quienes disponían de fórmulas rígidas para la celebración de contratos y los ritos procesales. El colegio sacerdotal designaba cada año a uno de sus miembros para que diera consultas jurídicas al público, basándose en estas fórmulas monopolizadas por el sacerdocio y registradas en *los libri pontificales*.” (Margadant, Guillermo F., *Derecho Romano*, Esfinge, México, 1997, p. 54).

⁸ Durante el siglo III a. C., se desarrolló una ciencia jurídica secular al lado de la jurisprudencia pontificia. Según la tradición, Gnæus Flavius publicó el calendario pontificio y un libro; este último fue posteriormente conocido como *ius flavianus*, el cual contenía una colección de cerca de trescientas *formulae* (de acciones civiles). Gnæus Flavius fue secretario de Appius Claudius, célebre jurista; en 304 a. C. ocupó el cargo de *ædilis curulis*. (Vid. Schulz, Fritz. *History of the Roman Legal Science*, cit., p. 9; Berger, Adolf. *Enciclopædic Dictionary of Roman Law*, cit., p. 528). “Fue así que el secreto de la jurisprudencia pontificia fue revelado” (Schulz, Fritz. *History of the Roman Legal Science*, *ibidem*).

⁹ “La interpretación... del rico repertorio de formularios procesales y negociables... siguió siendo hasta comienzos del siglo III un monopolio celosamente custodiado por el ... colegio de pontífices” (Kunkel, W. *Historia del derecho romano*, p. 39). “La historia de la jurisprudencia romana empieza con los *pontífices*... Conocedores de la magia y teniendo a su cargo la confección del calendario del Estado romano, ... los pontífices dominaron, probablemente desde antiguo, no sólo las reglas para que se comunicara la ciudad con los dioses (el *ius sacrum*), sino también las fórmulas para litigar en el proceso romano arcaico y fórmulas para la conclusión de negocios jurídicos. Porque los romanos de la época primitiva pensaban que en las relaciones jurídicas entre los hombres, al igual que en la oración, todo dependía del empleo de las palabras adecuadas; sólo el que sabía la fórmula apropiada podía obligar a la divinidad a vincular o desvincular a los hombres. Como todos los actos mágicos, el saber de los pontífices era, de suyo, secreto: el tesoro de fórmulas que encerraba el archivo del colegio (los *libri pontificales*) durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros y únicamente en su seno se transmitieron de generación en generación los métodos de aplicación del derecho que ellos habían desarrollado y practicado.” (*ibid*, p. 93). Sobre la concepción mágica de las fórmulas jurídicas romanas, Vid.: Hägerström, Axel. *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römische Rechtsanschauung*, Upsala, Alinquist & Wiksells, 1927. Sobre el carácter mágico del lenguaje jurídico, véase el capítulo XXV: *Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica (entre actos ilocucionarios y actos mágicos)* en mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, cit., pp. 415-444.

significación, esto es, un acto por el cual se asigna un significado específico a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras. El acto de significación es siempre expresado en un lenguaje.

La investidura mística del intérprete (magos, oráculos o sacerdotes) y el desconocimiento de sus métodos o procedimientos de significación o, mejor, de interpretación, originó, en gran medida, la creencia de que estas personas poseían (en virtud de una misteriosa circunstancia) la extraña y sorprendente aptitud de poder “encontrar” o “desentretñar” el significado inmanente de las cosas (como si las cosas tuvieran un significado, *en sí*, previo al establecimiento significativo).¹⁰ Ludwig Wittgenstein nos previene contra esta idea de la interpretación:

Las preguntas “¿qué es la longitud?” “¿qué es significado?” “¿qué es el número uno?”... producen en nosotros una perplejidad mental. Sentimos que no podemos señalar nada en respuesta a ellas y, sin embargo, debemos señalar algo –y añado– Estamos frente a una de las grandes fuentes del aturdimiento...: un sustantivo nos hace buscar cosas que correspondan a él.¹¹

Una visión esclarecedora de la interpretación, en donde la práctica (*i.e.* el uso del lenguaje) guarda un papel muy importante, fue progresivamente desacreditando la “búsqueda metafísica de los objetos significados”. La mayoría de las teorías surgidas en este campo encuentran su inspiración en Wittgenstein. Esta tendencia ocurre igualmente en la filosofía del derecho. H.L.A. Hart, con su tesis de la “textura abierta”, introduce un importante cambio en el análisis del lenguaje del derecho. Sostiene Hart que la determinación del significado de un término (como, *v.g.*: ‘usufructo’, ‘facultad’, ‘constitución’, y otras) pueden resolverse evitando el viejo recurso de tratar de descubrir qué cosas del mundo nombran dichos términos y observar, más bien, cómo se usa

¹⁰ El conocimiento está lejos de consistir un mero instrumento que sirva para “desentretñar” el significado inmanente de las cosas yacentes y fijas, ordenadas y dotadas con anterioridad de significado. El conocimiento *stricto sensu* no se limita a encontrar significados ya dispuestos, evidentes y verdaderos.

¹¹ Cf. *Preliminary Studies for Philosophical Investigations, Generally Known as The Blue and Brown Books*, Nueva York, Oxford, Basil Blackwell, 1964, p. 1. (Las negritas son nuestras. La última frase transcrita en el original aparece entre paréntesis). He tomado esta idea de Bix, Brian. (“Questions of Legal Interpretation”, en Marmor, Andrei. *Law and Interpretation, Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 137.

este término en el discurso jurídico, *i.e.* en la práctica jurídica.¹² Ciertamente, la *Teoría pura*,¹³ y el *Realismo escandinavo* habían mostrado la inconsecuencia de buscar la “esencia” o la “verdadera naturaleza” de las cosas.

Muchos engaños y muchos problemas ilusorios de la filosofía metafísica –afirma Alf Ross– derivan de la falsa creencia de que las palabras representan objetivamente cosas dadas, cuyos significados deben ser descubiertos.¹⁴ Sin embargo, cualquiera que ‘inquiera’ por el significado de ciertos hechos, signos o acontecimientos y obtenga una ‘respuesta’, se encuentra, en realidad, asignando un significado a estos hechos, signos o acontecimientos; significado del cual éstos carecen antes de este acto de significación.¹⁵ El significado, permítase reiterar, no se busca ni se desentraña, es siempre al lenguaje incorporado mediante su interpretación.

2. Lenguaje objeto

El objeto por interpretar bien puede ser un lenguaje (o los términos de un lenguaje),¹⁶ En este caso, la función significativa de la interpretación consiste en la incorporación de un determinado significado a

¹² *Vid.*: Bix, Brian. *Ibid.*, pp. 138. Sobre el paralelismo entre Wittgenstein y Hart, *Vid. ibid.* pp. 138 y ss.

¹³ La norma no sólo es un esquema de interpretación (*Deutungsschema*), que hace que los hechos del comportamiento humano sean entendidos como “actos jurídicos”, sino que sólo mediante las normas jurídicas positivas se puede saber el significado específico de un acto en particular. ¿Cómo sabemos si un acto es un hecho ilícito o no?. Piénsese simplemente en la diferencia kelseniana entre *mala in se* y *mala prohibita*. *Vid.*: Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, 2. Auf., Viena, 1960, p. 118. (*Vid.*: *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa / UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997 [reimpresión de la edición de la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de 1979], p. 125).

¹⁴ *Cf.*: *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1970, pp. 109-110, nota 3.

¹⁵ “Los elementos o componentes semánticos son llamados interpretativos en la medida que ... interpretan los signos o componentes sintácticos” (Crystal, D. *Linguistics*, Pinguin Book, Londres, 1972, p. 230).

¹⁶ “En cualquier investigación sobre el lenguaje, existe un lenguaje objeto que constituye el objeto de la investigación y existe un metalenguaje usado por los investigadores para hablar de un lenguaje objeto... Debe enfatizarse que el lenguaje objeto y el metalenguaje, son términos relativos. Cualquier lenguaje, no importa lo simple o complejo que este sea, es un lenguaje objeto cuando se habla de él y cualquier lenguaje es un metalenguaje cuando es usado para hablar (*to discuss*) de un lenguaje objeto” (Copi, I. M., *Symbolic Logic*, Macmillan, Nueva York, 1965, pp. 195 y 196).

ciertos signos, términos o palabras a fin de hacerlos corresponder con determinados objetos.¹⁷ El lenguaje interpretado puede ser simbólico, ideológico, algorítmico o idiomático; verbal o escrito. Sin embargo, es bastante habitual considerar que “interpretar” se refiere normalmente a establecer o declarar el significado de un texto.¹⁸

La interpretación de un lenguaje consiste en la incorporación de su significado. Este lenguaje recibe el nombre de ‘lenguaje interpretado’ o ‘lenguaje objeto’. El significado asignado a los términos de un lenguaje, *ab obvo*, es siempre incorporado mediante otro lenguaje este último se denomina ‘lenguaje significativo’ o, más comúnmente, ‘metalenguaje’.¹⁹

3. La interpretación jurídica

Si la interpretación consiste en dotar de significado ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica –siguiendo este orden de ideas– puede corresponder a cualquiera de estos dos casos:

- a) **Asignación de un significado jurídico** a ciertos hechos (comportamientos humanos, *inter alia*), los cuales se constituyen en “hechos jurídicos”, en la medida en que son jurídicamente considerados, *i.e.*, jurídicamente interpretados.

- b) **Asignación de un significado jurídico** (técnico) a objetos conocidos ya como jurídicos *i.e.* los “materiales” pertenecientes a un orden jurídico positivo.

¹⁷ “En términos generales, una interpretación consiste en asignar sistemáticamente... objetos denotados a parte del vocabulario primitivo” (Martin, R. M. *Verdad y Denotación*, Tecnos, Madrid, 1962, p. 22).

¹⁸ “Interpretar... declarar el significado de una cosa, y principalmente el de textos...” *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1998 CD-ROM.

¹⁹ “Al establecer una interpretación... enunciando explícitamente las reglas semánticas, empleamos otro lenguaje, el llamado metalenguaje. (Se supone que entendemos el metalenguaje.) Las reglas semánticas están encuadradas en el metalenguaje y enuncian específicamente que las expresiones apropiadas del sistema lingüístico dado denotan tales y cuales objetos; dando por supuesto que entendemos el metalenguaje, llegamos a entender el lenguaje-objeto y el procedimiento de interpretación se hace explícito de este modo”. (Martin, R. M., *Verdad y Denotación*, *cit.*, pp. 25 y 26).

Una frase de un viejo artículo de Kelsen encaja muy bien en este momento: “La primera cuestión es resuelta por la ciencia del derecho, cuya tarea es definir tanto el concepto de acto jurídico, como también, todos los otros conceptos jurídicos”.²⁰

La ciencia jurídica es un esquema de interpretación (*Deutungsschema*) que permite entender el comportamiento humano como condición o consecuencia de normas jurídicas. Sólo desde este punto de vista es posible entender la conducta humana como “actos jurídicos” y entender sus modalidades deónticas. Los hechos empíricos de conducta serán entendidos como actos prohibidos, permitidos u ordenados jurídicamente, sólo desde ese punto de vista.²¹

Los demás predicados dados a los hechos jurídicos dependerán de su función específica dentro del orden jurídico. Algo será contrato, hecho ilícito o constitución, sólo de conformidad con este punto de vista. Sobre este importante tema, no nos podemos detener aquí. Toda vez que en el curso de este ensayo nos referiremos básicamente al secundo caso de la interpretación jurídica (salvo cuando hablemos de la constitución). En efecto, el problema de la interpretación jurídica, tradicionalmente planteado, se ha referido casi exclusivamente a la interpretación de textos jurídicos.²²

4. El “material” jurídico y su interpretación

Una de las particularidades que ofrecen los objetos conocidos como formando la experiencia jurídica es de que, en cierta medida, constituyen un

²⁰ “¿Qué es un acto jurídico?”, trad. de Ulises Schmill, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 4, abril, 1996, pp. 66. “Was ist ein Rechtsakt?” apareció en el *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. 4, 1952, pp. 263-274, reimpresso en Klecatsky, H. Marcic, R. y Schambeck, H. *Die Wiener Rechts-theoretische Schule*, Viena, Europa Verlag, 1968, t. II, pp. 1375-1380.

²¹ Que corresponda a la ciencia del derecho el establecimiento de los criterios de identidad de los órdenes jurídicos, esto no significa que los criterios de identidad de los órdenes jurídicos deban ser los mismos. Se puede construir un orden jurídico a partir del concepto de mandato y entender los “hechos jurídicos” (como deberes, derechos y sanciones) desde ese punto de vista. Un reciente intento por construir (o reconstruir) una teoría del derecho a partir del concepto de mandato ha sido elaborado por Ulises Schmill (*Vid.: La reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, México, Editorial Themis, 1997. [Colección Teoría del Derecho]).

²² Habitualmente el problema de la interpretación ha girado alrededor de la interpretación de la ley.

texto lingüísticamente hablando²³ o se presentan como lenguaje. “Todo derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje”²⁴ a este lenguaje voy a denominarlo: ‘lenguaje jurídico prescriptivo’.

Desde la invención de la escritura existió la posibilidad de formular el derecho (o gran parte del derecho) por escrito. Así por ejemplo, aparecieron *νόμοι*,²⁵ testamentos, ciertos contratos, *leges*, *plebiscita*, *constitutiones*,²⁶ etcétera, los cuales convivían con un derecho no escrito.

En cuanto al surgimiento de la “literatura jurídica”, cabe mencionar que célebres son los momentos en la historia institucional en que se intentó sistematizar el derecho mediante grandes compilaciones o codificaciones,²⁷ buscando, en mayor o menor grado, la fijación del derecho, sin embargo, el problema de la interpretación surgió realmente como corolario del advenimiento del *ius scriptum*.²⁸ (Sobre la interpretación del derecho no escrito, no me puedo detener aquí).

²³ Vid.: Robles, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

²⁴ Capella, José Ramón. *El derecho como lenguaje*. Ariel Barcelona, 1968, p. 28

²⁵ Desaparecidas las monarquías homéricas, el gran movimiento de colonización convulsión –para nuestra fortuna– todo el mundo griego. En las ciudades recientemente fundadas los *οἰκιστῆς* tuvieron que proceder al establecimiento de nuevas instituciones, provocando así el establecimiento de *νόμοι*. De esta manera se comprende que el siglo VII haya sido el comienzo de la época de los legisladores tales como Carondas, Zeleucos, Fidón, Solón, Clístenes, etcétera.

²⁶ “*Scriptorum autem privatum est, publicum aliud; publicum, lex senatumconsultum, foedus; privatum, tabulae, pactum conventum, stipulatio*” Ciceron, *Part. Orat.* XXXVII.

²⁷ Tales como el *Edictum Perpetuum*, el *Digesto*, el *Codex* (en general, la compilación Justiniana) el *Fuero juzgo*, *Las siete partidas*, el *Corpus iuris civilis* (su sistematización medieval), etcétera y en la época moderna los “códigos”, particularmente, el *Código Napoleón*.

²⁸ Los pontífices por *interpretatio*, cambiaron, por mucho, el significado original de las *XII tablas*. (Vid.: Kunkel, W. *Historia del derecho romano. cit.*, pp. 39-40). Si bien la *interpretatio* dada a un texto se mantenía en el seno del gremio de los jurisconsultos (*i.e. interpretes*), con el tiempo surgió la práctica de publicar los textos jurídicos seguidos de su *interpretatio*. Este género de literatura jurídica (posiblemente contribuyó a confundir derecho y doctrina jurídica) surge a finales del siglo V. Sobre este género de literatura y la *Interpretatio* a las *Sentencias de Paulo*, Vid.: Irigoyen Traconis, Martha Patricia, “Introducción”, en *Ivlii Pavli Sententiarum ad filium. Liber Primus * Interpretatio*, trad. Introducción y notas de Martha Patricia, Irigoyen Traconis, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, (*Bibliotheca Iuridica Latina Mexicana*, 1), esp. p. XXXV.

Pues bien, los materiales jurídicos formulados por escrito (tales como leyes, constituciones, testamentos, contratos, etcétera) son, como cualquier otro lenguaje, objeto de interpretación. Pero, cabe preguntar, ¿para qué se interpreta? ¿quiénes interpretan? Hemos visto que cualquiera que dote de significado un lenguaje (o los términos de un lenguaje) realiza o lleva a cabo una interpretación, de ahí que cualquiera que dote de significado a estos “materiales jurídicos”, es decir, quienquiera que otorgue cierto significado al lenguaje jurídico escrito, se encuentra interpretándolo. No obstante, es posible determinar dos grandes tipos de interpretación jurídica, atendiendo a la situación que guarda el intérprete en relación con los materiales jurídicos que se van a interpretar. Estos dos tipos de interpretación pueden denominarse: ‘interpretación positiva’ e ‘interpretación dogmática o doctrinal’.

5. *La interpretación positiva*²⁹

Es fácil observar que los materiales jurídicos (constitución, leyes, etcétera) en razón de su función prescriptiva, se encuentran dirigidos³⁰ a ciertos individuos, los cuales tienen que hacer uso de estos materiales, es decir, tienen que aplicarlos. A los individuos que se encuentran en la situación de aplicar o ejecutar los materiales jurídicos son llamados ‘órganos’ esto es, los órganos serán los individuos que tienen como función aplicar o ejecutar el derecho.³¹

Ahora bien, para que un órgano aplique el derecho (constitución, tratados, reglamentos o bandos municipales) es necesario que establezca el significado de los materiales jurídicos que tiene que aplicar. Cabe decir, para que el órgano pueda aplicar estos materiales jurídicos, es menester que establezca qué dicen, *i.e.*, que los interprete.³²

²⁹ Llamada ‘interpretación auténtica’ (*Authentische*). Cf.: Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 346 y ss. (Cf.: *Teoría pura del derecho*, cit. p. 349).

³⁰ Los materiales jurídicos son formulados, o en todo caso, formulables en lenguaje *directivo*. Es particularmente Alf Ross quien utiliza el término de “Directivo”. Cf.: *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968, pp. 34-74. Existe versión en español de José S. P. Hierro: *La lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 41-77.

³¹ Claro que –tal y como podrá observarse en el curso de la explicación– todo acto de aplicación es también un acto de creación. Aunque fundamentalmente me refiero a ‘órganos’ en el sentido de ‘funcionarios’, cuando en este caso hablo de “órganos” lo hago de modo general, sin importar si son “órganos centralizados” (funcionarios profesionales) o “descentralizados” (súbditos más o menos indiferenciados).

³² “Cuando un órgano jurídico debe aplicar el derecho, entonces tiene, necesariamente, que establecer el sentido de las normas que tiene que aplicar; tiene necesariamente, que inter-

“La interpretación es, pues, un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho en su progresión de un grado superior a un grado inferior”.³³

La interpretación positiva aparece, en consecuencia, como el acto de significación mediante el cual el órgano determina el significado de los materiales jurídicos (como parte del lenguaje jurídico) que él tiene que aplicar a fin de continuar el proceso progresivo (gradual) de creación del derecho, el cual se inicia en la constitución y se termina en el último acto individualizado de ejecución.

De lo anterior se desprende que los materiales jurídicos (constitución, ley o sentencia) que han de recibir, por parte del órgano aplicador, cierta interpretación de la cual depende la forma en que es aplicado el derecho. La interpretación positiva o auténtica juega, así, un papel definitivo en el procedimiento de creación del orden jurídico: el órgano aplicador, al decidir el significado que guarda el lenguaje jurídico que aplica, decide el curso subsecuente del derecho. En la interpretación positiva o auténtica la interpretación se manifiesta en actos o voliciones cuyo resultado son materiales jurídicos que completan un particular sistema de normas jurídicas.

El acto de interpretación que realiza el órgano aplicador es, siempre –en atención a su carácter subjetivo– más o menos arbitrario. El órgano aplicador, de entre todas las significaciones que es posible hacer, escogerá un significado (el “conveniente”, el “conforme con la ‘voluntad del legislador’ ”, el “justo”, el “viable”), siguiendo para ello ciertos “métodos” (el “exegético”, el “histórico”, el “científico”) o haciendo caso omiso de ellos.³⁴ Así pues, el significado que se le da al lenguaje jurídico dependerá de la cultura, de los sentimientos, instintos, credo político o religión, del órgano que interpreta.

pretar dichas normas.” (Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 346. (Cf.: *Teoría pura del derecho*, cit.: 349.

³³ *Ibid.*, *ibid.*

³⁴ Ciertamente los juristas siguen que juristas los cánones de interpretación de la profesión jurídica. Sobre las reglas de interpretación de la dogmática jurídica, *Vid.*: los capítulos XX: Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica y XXI: *Los sistemas de interpretación*, de mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, cit. pp. 315-337 y 339-367.

No obstante lo dicho, no debemos olvidar que los materiales jurídicos (constitución, leyes, tratados etcétera) determinan siempre, en mayor o menor grado, las características que deben tener los actos que los aplican. Sin embargo, esta determinación no puede ser exhaustiva.³⁵ En efecto, si existen constituciones es para que pueda haber leyes, decretos, bandos municipales; si existen leyes es para que pueda haber sentencias judiciales y decisiones administrativas. Es los actos que reclaman una aplicación son, necesariamente, más o menos incompletos.³⁶ Por tanto, siempre habrá elementos que serán adicionados por los sucesivos actos de aplicación.

Por exhaustiva que pudiera ser esta determinación (y aun suponiendo que ésta fuere completa) no podría, sin embargo, evitar la interpretación que el órgano aplicador hace de estas determinaciones. Interpretación que, como señalé, es una apreciación significativa más o menos arbitraria de los materiales jurídicos que se aplican. Efectivamente, al quedar en posibilidad de interpretar (acto que, como hemos observado, acompaña necesariamente a toda aplicación, el órgano aplicador incorpora o adiciona nuevos elementos a los materiales jurídicos existentes.

El resumen, en el caso de la interpretación positiva, la significación dada a los materiales jurídicos (o, simplemente, al derecho escrito) se manifiesta en actos de aplicación (y creación) del orden jurídico positivo.

³⁵ “Pero esta determinación no es nunca completa. La norma de la grada superior no puede vincular exhaustivamente al acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar un margen más o menos amplio de la libre apreciación; de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar. El mandato, la orden más concreta, tienen que abandonar una multitud de determinaciones al ejecutor de los mismos. Si el órgano A dispone que el órgano B debe detener al súbdito C, el órgano B ha de decidir según su libre apreciación cuándo, dónde y cómo ha de realizar la orden de detención; y estas decisiones dependen de circunstancias externas que el órgano A no ha previsto en su mayor parte, ni podía prever.” (Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. De Luis Legaz y Lacambra, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933, p. 58). Este pasaje lo conserva Kelsen en la última versión de la *Teoría pura*: “*Diese Bestimmung ist aber nimals eine vollständige...*” (*Rechtslehre*, cit., p. 347. [*Teoría pura del derecho*, cit., p. 350]).

³⁶ *Vid.*: Recaséns Siches, Luis, “Interpretación del derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1967, p. 546.

6. *La interpretación dogmática o doctrinal*

La interpretación jurídica no es monopolio exclusivo de los órganos aplicadores del derecho. Cualquiera que dote de significado el lenguaje jurídico, realiza una interpretación jurídica. La interpretación no positiva o no auténtica (*nichtauthentische Interpretation*) puede caracterizarse, como aquella que no es realizada por los órganos aplicadores del derecho (v. g. profesores, juristas, particulares).³⁷ El intérprete es ajeno a la situación de aplicación. Ahora bien, puesto que, en este caso, el intérprete no tiene la posibilidad de aplicar el derecho que interpreta, entonces la interpretación no positiva se agota con la sola significación dada al lenguaje jurídico que se considera.

En el caso de la interpretación positiva, el significado dado a, los materiales que aplica (constitución, leyes, tratados) se manifiesta en actos o voliciones humanas que establecen otros materiales jurídicos (reglamentos, sentencias, decisiones administrativas), los cuales van constituyendo progresivamente el orden jurídico. Estos materiales jurídicos son parte de la experiencia jurídica; esto es, son derecho al igual que los materiales jurídicos que aplican.

Por el contrario, en el caso de la interpretación no positiva el significado suministrado a los materiales jurídicos no se manifiesta en actos de aplicación del derecho. En este caso la interpretación no acompaña la producción de nuevos materiales. El significado asignado a los textos interpretados no es parte de la experiencia jurídica (ésta se agota con los actos de creación y aplicación del derecho). La interpretación no positiva o no auténtica es sólo significación (cognición o descripción) del derecho.

En razón del carácter prescriptivo de los materiales jurídicos, el lenguaje en que estos se formulan se conoce como ‘discurso prescriptivo’. Como es de suponerse, los materiales jurídicos que resultan de la interpretación o aplicación de los materiales jurídicos son, también, parte del discurso prescriptivo. La interpretación que un órgano del Estado da al discurso prescriptivo en que se manifiesta, por ejemplo, el constituyente) es expresada en un lenguaje prescriptivo (v. g. en el

³⁷ Si bien estos intérpretes pueden tener el carácter de órganos descentralizados (en tanto súbitos) consideraremos que ellos no se encuentran en la situación de aplicar el derecho que significa o describen.

lenguaje del legislador o del juez constitucional). En el caso de la interpretación no positiva la interpretación de los materiales jurídicos (constitución, leyes, sentencias) es un discurso descriptivo.³⁸

En razón de la extensión propia de este trabajo, no puedo detenerme a analizar distintas formas de la interpretación no positiva, voy únicamente a considerar la interpretación que realiza la ciencia del derecho.³⁹ En tal virtud me veo precisado a excluir temas tan importantes como la interpretación ideológica (marxista, socialista, liberal burguesa), la interpretación económica, la interpretación psicosocial del orden jurídico por parte del súbdito de un Estado.⁴⁰

Pues bien, mientras los materiales jurídicos crean o establecen el derecho, las proposiciones que componen el lenguaje de la ciencia que lo describen, conocen el derecho, no lo elaboran.⁴¹ En tanto que la significación de la ciencia jurídica es únicamente un acto de conocimiento, el establecimiento del derecho (la aplicación de materiales jurídicos y el establecimiento de

³⁸ Es importante distinguir estos dos niveles de lenguajes para evitar grandes confusiones y paradojas. En particular debe distinguirse perfectamente cuando se trata de una interpretación positiva (la cual forma parte del lenguaje prescriptivo puesto que –como dice Kelsen– los actos jurídicos que se formulan en palabras o por escrito contienen ellos mismos alguna indicación sobre su significación. Esto, dice Kelsen, es una particularidad de los materiales jurídicos. Esta autointerpretación, sin embargo no es sino parte del lenguaje prescriptivo, objeto también de la ciencia del derecho. (Cf.: Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 3. (Vid.: *Teoría pura del derecho*, cit., p. 17). En otro lado Kelsen dice al respecto que “esta es una de las particularidades de los hechos estudiados... por la ciencia del derecho. Una planta no puede comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. La Ciencia del derecho se encuentra así, muy a menudo en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos [materiales jurídicos] y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico”. (Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Editora Universitaria de Buenos Aires [EUDEBA], 1963. [Traducción española de la *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*, versión francesa de la *Reine Rechtslehre*, debida a Hénri Thévenaz (Neuchatêl, Éditions de la Baconnière, 1953]).

³⁹ Para los propósitos de este trabajo no me detendré en distinguir entre teoría del derecho y dogmática jurídica. Para una breve explicación de esta distinción véase los capítulos ... de mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, cit., pp. Una buena caracterización de la dogmática jurídica, puede verse en Nino, Carlos S.: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit.

⁴⁰ En relación con la interpretación psicosocial del orden jurídico véase: Kelsen, Hans. “The Law as a Specific Social Technique”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, pp. 75-97.

⁴¹ La dogmática jurídica, al proporcionar una explicación deóntica del derecho, de alguna manera “reformula” el derecho positivo. Esto se aprecia fácilmente cuando se siguen ya milenarios cánones de interpretación Vid.: D. 50, 16 y D. 50, 17.

otros) es un acto de voluntad que crea el orden jurídico.⁴² El significado que incorpora la ciencia del derecho a los materiales jurídicos, no se manifiesta en actos de aplicación del derecho (la ciencia del derecho no legisla, no condena, no ejecuta), se concreta sólo a describir el derecho.⁴³

Muy frecuentemente –sostiene Kelsen– se ignora la diferencia que existe entre la función de la ciencia del derecho y la función de la autoridad jurídica (los órganos del derecho) y, por consecuencia, entre el producto de la primera y el producto de la segunda. Así por ejemplo, en el lenguaje ordinario las palabras ‘derecho’ y ‘ciencia del derecho’ aparecen como expresiones sinónimas... En verdad –continúa Kelsen–, la ciencia del derecho no puede más que describir el derecho; la ciencia del derecho no puede prescribir tal y como la hace la autoridad jurídica. Ningún jurista puede negar que existe una diferencia esencial entre una ley publicada en el diario oficial de un Estado y un comentario hecho sobre esta ley, obra de la doctrina, o entre el código penal y un tratado de derecho penal.⁴⁴

O bien, –cabría agregar–, entre una constitución y una explicación de esa constitución.

Al lenguaje mediante el cual la ciencia del derecho otorga cierto significado a los materiales jurídicos se conoce como ‘discurso descriptivo o cognoscitivo’, en oposición a ‘discurso prescriptivo’ que señala el lenguaje en que se formula el derecho positivo.⁴⁵ De lo anterior resulta que, en cuanto al problema de la interpretación del derecho positivo, disponemos (*inter alia*) de dos formas de interpretación: (1) los actos de aplicación de los órganos del Estado (los enunciados prescriptivo) y (2) lo que dicen los juristas (los enunciados de la ciencia jurídica) que proporciona la significación jurídico-cognoscitiva.⁴⁶

⁴² Vid.: Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 350-352. [Vid.: *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 353-355.]

⁴³ “Es absolutamente necesario distinguir de manera decisiva, la interpretación que realizan los órganos jurídicos, de la interpretación del derecho hecha por la ciencia jurídica. Esta consiste en determinar, mediante una operación puramente intelectual el sentido de las normas jurídicas. A diferencia de la interpretación que realizan los órganos jurídicos, la interpretación hecha por la ciencia del derecho no es creación jurídica” (Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 352 [Vid.: *Teoría pura del derecho*, cit., p. 355]).

⁴⁴ Kelsen, Hans, *ibid*, p. 75; *ibid*, pp. 85-86. (La medias comillas puestas a ‘derecho’ y a ‘ciencia del derecho’, no aparecen en el original).

⁴⁵ Para una breve explicación sobre la dogmática jurídica como teoría moral, Vid.: el capítulo XXIV: *Dogmática jurídica y teoría moral* de mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, cit., pp. 397-413.

⁴⁶ Con respecto a esta función significativa dice J. C. Smith que “a partir de las investigaciones de Husserl, el problema lógico de la norma jurídica ha sido planteado no ya de un

Estos sistemas de interpretación, aunque fundamentalmente distintos, se encuentran persistentemente relacionados. En la medida en que la ciencia del derecho proporciona la descripción de los conceptos jurídicos y la forma de interpretarlos, se convierte en, algo así como el “metalenguaje del discurso jurídico prescriptivo”. El derecho, tal y como lo crean los órganos del Estado, se encuentra escrito, por decirlo de alguna manera, en un “lenguaje codificado” y sólo se puede “decodificar” mediante el uso de las definiciones (interpretaciones) dadas por los juristas. Por otro lado, en la medida en que la ciencia jurídica da cuenta de los actos de creación y aplicación del derecho hace de sus “productos” (constituciones, tratados, leyes) sus objetos de conocimiento. El lenguaje jurídico prescriptivo es, así, el lenguaje objeto del discurso de los juristas. Los materiales jurídicos serían, en relación con las proposiciones jurídicas, un lenguaje-objeto y estas últimas constituirían, en relación con los materiales jurídicos, un metalenguaje.⁴⁷

Mediante la interpretación doctrinal los juristas definen (directamente), mientras que los órganos crean o aplican derecho y sólo porque lo aplican lo interpretan. Mientras la ciencia del derecho (la ciencia del derecho, no la jurisprudencia dogmática) se dedica exclusivamente a interpretar los órganos creadores del derecho se dedican a normar o prescribir—aún ignorando que cuando se norma o prescribe se dan ciertos significados al comportamiento humano—.⁴⁸

modo estrictamente formal, sino atendiéndose a la función que la misma cumple como significación, función que viene siendo identificada, en lo esencial, con la del juicio enunciativo”. “Admiten, en efecto, que las diferencias específicas, que nada afectan a su común carácter esencial. Pues aun cuando la función del juicio consiste en enunciar y la norma jurídica consiste en imputar a un hecho antecedente un hecho consecuente, *ambas funciones se identifican esencialmente en una genérica, común en ambos casos: la función significativa*”. Tanto el juicio enunciativo como el “juicio normativo” adquiere su carácter significativo en virtud de actos de “dar significación”, que pertenecen a un mismo género: “el de las intenciones significativas” (Smith. Juan Carlos. “Norma Jurídica y Conocimiento Jurídico”, en *Revista de Derecho Español y Americano*. Madrid, núm. 16, año XII, II época, abril-junio 1967, pp. 21-22). (Lo citado en cursivas es nuestro.)

⁴⁷ Sobre la idea de que la doctrina es el metalenguaje del lenguaje del derecho, *Vid.: infra*: los capítulos siguientes.

⁴⁸ En los sistemas “descentralizados” y, en general, en el que aún es posible la creación consuetudinaria del derecho, los órganos creadores del mismo, la más de las veces, no tendrían conciencia de que al comportarse de conformidad con la *inveterata consuetudo* proporcionan, al mismo tiempo, un cierto significado al comportamiento humano.