

Tomado de: Hans Kelsen, Teoría para del derecho, trad. por Jorge Tejerina, Bs As Losada, 1941, pp. 26-45.

Derecho mismo resuelve el conflicto entre dos normas válidas de diferente grado. No hay en eso ninguna contradicción lógica que comprometa la unidad en la gradación del orden jurídico.

VI. LA INTERPRETACIÓN

32. *Motivo y objeto de la interpretación*

Del conocimiento de la gradación del orden jurídico resultan consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Es éste un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de producción jurídica en su desenvolvimiento desde una grada superior hasta la inferior por ella determinada. En el caso normal, el de la interpretación de la ley, debe responderse a esta pregunta: ¿cómo ha de extraerse de la norma general de la ley, en su aplicación a una situación de hecho concreta, la correspondiente norma individual de una sentencia judicial o de un acto administrativo? Pero hay también una interpretación de la constitución, justamente en cuanto se trata de aplicar la constitución en el procedimiento legislativo, en la emisión de reglamentos de necesidad o de otros actos inmediatamente constitucionales, vale decir, en cuanto se trata de ejecutar la constitución en una grada inferior. Y hay asimismo una interpretación de normas

individuales, sentencias judiciales, órdenes administrativas, negocios jurídicos, etc., abreviando, de todas las normas, en cuanto deben ser ejecutadas, es decir, en cuanto el proceso de producción y ejecución jurídica pasa de una grada a la subsiguiente.

33. *Indeterminación relativa de la grada inferior en relación con la superior*

La relación entre una grada más alta y otra más baja del orden jurídico, como la que existe entre la constitución y la ley, o entre la ley y la sentencia judicial, es una relación de determinación o ligamiento (Bindung): la norma de grado superior regula —como ya se expuso— el acto por el que es producida la norma de grado inferior (o el acto de ejecución, si sólo de éste se trata); prescribe con eso, no sólo el procedimiento en que se produce la norma inferior, sino también, eventualmente, el contenido de la norma a producirse.

Pero la determinación no es nunca completa. La norma de grado superior no puede ligar en toda dirección al acto por el que es ejecutada. Siempre ha de quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de manera que la norma de grado superior tiene siempre, con relación al acto de producción normativa o de consumación que la ejecuta, el carácter de

un marco que ha de ser llenado por ese acto. Hasta una orden que llega al detalle tiene que dejar al ejecutor una multitud de determinaciones. Si el órgano A dispone que el órgano B detenga al súbdito C, el órgano B ha de decidir, según su criterio, cuándo, dónde y cómo realizará la orden de detención, decisiones éstas que dependen de circunstancias externas que no ha previsto ni puede tampoco prever en gran parte el órgano que da la orden.

34. *Indeterminación intencionada de las gradas inferiores*

De aquí se sigue que todo acto jurídico en que se ejecuta una norma, ya sea un acto de producción jurídica o un acto de pura ejecución, sólo en parte está determinado por esa norma, quedando en otra parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto a la situación de hecho condicionante como a la consecuencia condicionada, es decir, tanto al "cómo" como al "qué" del acto a realizarse. La indeterminación puede ser directamente intencionada, esto es, derivar de la intención del órgano que instituye la norma superior. Así, pues, la institución de una norma meramente general tiene siempre lugar, conforme a su esencia, bajo el supuesto de que la norma individual que se dicta en ejecución suya continúa el proceso de

determinación que constituye, en efecto, el sentido de la sucesión gradual de las normas jurídicas. Lo mismo ocurre en el caso de delegación. Una ley sanitaria determina que en caso de declararse una epidemia, los habitantes de una ciudad han de tomar, bajo alguna pena, ciertas precauciones para impedir la propagación de la enfermedad. La autoridad administrativa está autorizada a determinar en diferente forma cuáles son esas precauciones, según las diversas enfermedades. La ley penal prevé para el caso de determinado delito una pena pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez decidirse en el caso concreto por la una o por la otra, y determinar su medida; por lo que en la misma ley puede estatuirse, para esta determinación, un límite superior y otro inferior.

35. *Indeterminación no intencionada de las gradas inferiores*

La indeterminación del acto jurídico puede ser también la consecuencia no intencionada (unbeabsichtigte) de la estructura de aquella norma que ha de ser ejecutada por el acto en cuestión. Se encuentra aquí, en primera línea, la pluralidad de acepciones de la palabra o de la frase en que la norma se expresa. El sentido verbal de la norma no es unívoco; el que tiene que ejecutarla se encuentra ante muchas significaciones posibles. Se presenta la misma situación cuando el

ejecutor de la norma cree poder aceptar que existe una discrepancia entre la expresión verbal de la norma y la voluntad, por ella expresada, de la autoridad que la dicta, con lo que quedaría del todo en tela de juicio la forma en que puede ser verificada esa voluntad. En todo caso, hay que admitir la posibilidad de indagar en otras fuentes que en la expresión verbal de la norma misma, si es que debe admitirse que ella no corresponde a la voluntad del institutor de la norma. Es una posibilidad generalmente reconocida por la Jurisprudencia tradicional, que la llamada voluntad del legislador o la intención de las partes que arreglan un negocio jurídico no corresponda a las palabras que son pronunciadas en la ley o en el negocio jurídico. La discrepancia entre voluntad y expresión puede ser completa o sólo parcial; ocurre esto último en caso de que la voluntad del legislador o la intención de las partes corresponda por lo menos a una de las significaciones varias que lleva consigo la expresión verbal de la norma. Finalmente, la indeterminación del acto jurídico a dictarse sobre la base de una norma puede ser también la consecuencia del hecho de que dos normas que pretenden valer simultáneamente —porque quizás están contenidas en una misma ley— se contradigan total o parcialmente. (La cuestión sobre cómo se mantiene la unidad del orden jurídico ante el conflicto entre una norma de grado superior y otra de grado inferior ya fué tratada en su oportunidad).

36. *La norma como un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución*

En todos estos casos de indeterminación intencionada o no intencionada de las gradas inferiores, ofrécese a la ejecución varias posibilidades. El acto jurídico de ejecución puede estar configurado de modo que responda a una u otra de las diversas significaciones verbales de la norma jurídica; o de modo que esté de acuerdo con la voluntad (a comprobarse en alguna forma) del que establece la norma, o con la expresión por él elegida, o con una o con otra de las normas entre sí contradictorias, o de manera que se decida como si las normas entre sí contradictorias se hubiesen suprimido recíprocamente. En todos estos casos, la norma a ejecutarse constituye sólo un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese marco, llenándolo en algún sentido posible.

Si por “interpretación” se entiende la verificación (Feststellung) del sentido de la norma a ejecutarse, el resultado de esta actividad sólo puede ser la verificación del marco que representa la norma a interpretarse y, por tanto, el conocimiento de las posibilidades varias que están dadas dentro de ese marco. En consecuencia, la interpretación de una ley no tiene que conducir necesariamente a una decisión única como la sola correcta, sino posiblemente a varias decisiones, que son todas

—en cuanto sólo se ajustan a la norma a aplicarse— del mismo valor, bien que sólo una de ellas llega a ser Derecho positivo en el acto de la sentencia judicial. El que una sentencia judicial esté fundada en la ley no significa otra cosa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley representa; no significa que es *la* norma individual, sino *una* de las tantas que son posibles dentro del marco de la norma general.

Sin embargo, la Jurisprudencia tradicional cree poder esperar de la interpretación no sólo la verificación del marco para el acto jurídico a dictarse, sino también el cumplimiento de una misión más amplia; y hasta se inclina a ver en ella su misión principal. La interpretación debe desenvolver un método que autorice a llenar *rectamente* el marco verificado. 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” jurídico-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 esclarece 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.

37. Los llamados métodos de interpretación

Pero desde un punto de vista orientado hacia el Derecho positivo, no hay un criterio en razón del cual una de las posibilidades dadas en el marco de la norma a aplicarse pueda ser preferida a la otra. Por último, no hay un método, susceptible de ser caracterizado de modo jurídico-positivo, con arreglo al cual pueda señalarse una significación como la única “recta” entre las muchas significaciones verbales de una norma, supuesto, naturalmente, que se trata de muchas posibles interpretaciones de sentido, es decir, posibles con relación a todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. A pesar de todos los esfuerzos de la Jurisprudencia tradicional, no se ha logrado hasta ahora decidir de modo objetivamente válido el conflicto entre voluntad y expresión, en favor de la una o de la otra. Todos los métodos interpretativos hasta ahora desenvueltos sólo conducen a un resultado posible, pero nunca al único resultado justo. Desde el punto de vista jurídico-positivo, tanto vale atenerse a la voluntad conjeturable del legislador desatendiendo al texto, como observar estrictamente el texto desentendiéndose de la voluntad casi siempre problemática del legislador. Si se da el caso de que dos normas simultáneamente valederas se contradigan, las tres posibilidades lógicas de ejecución antes mencionadas se encuentran, desde el punto de vista jurídico-positivo, en una misma línea. Es un vano

esfuerzo querer fundar "jurídicamente" la una por exclusión de la otra. Que los medios interpretativos corrientes del *argumento a contrario* y de la analogía carecen por completo de valor, demuéstalo suficientemente el hecho de que ambos conducen a resultados contrapuestos, y de que no hay criterio alguno acerca de cuándo debe ponerse en aplicación el uno o el otro. Aun el principio de la llamada "ponderación de intereses" es sólo una fórmula, no una solución del problema que aquí se presenta; no proporciona la medida objetiva con arreglo a la cual puedan ser comparados entre sí intereses contrapuestos, y según la cual pueden decidirse conflictos de intereses. En particular, esa medida no ha de ser extraída de la norma a interpretarse, o de la ley que la contiene, o del orden jurídico integral, como piensa la teoría de la llamada "ponderación de intereses". Pues la necesidad de una "interpretación" se sigue precisamente del hecho de que la norma a aplicarse o el sistema de normas deja abiertas muchas posibilidades, es decir, que no contiene una decisión acerca de cuál de los intereses en juego es el más alto en valor; más bien deja librada la determinación de la jerarquía de los intereses a un acto de producción normativa a realizarse en la sentencia judicial, por ejemplo.

38. *La interpretación como acto de conocimiento o de voluntad*

La idea en que se basa la teoría tradicional de la interpretación, de que por algún modo de conocimiento del Derecho ya existente pueda ser lograda esa determinación del acto jurídico a realizarse que la norma superior aplicable no ha efectuado, es una idea por completo contradictoria, en cuanto importa una ilusión que choca con el supuesto de la posibilidad de una interpretación. La cuestión acerca de cuál de las posibilidades dadas en el marco de una norma sea la "justa" no es —conforme al supuesto— una cuestión propia del conocimiento dirigido hacia el Derecho positivo, no es un problema teórico-jurídico, sino político-jurídico. La tarea de extraer de la ley la sentencia justa o el acto administrativo justo, es esencialmente la misma que crear dentro del marco de la constitución las leyes justas. Así como de la constitución no pueden extraerse leyes justas por interpretación, tampoco pueden extraerse de la ley, por interpretación, sentencias justas. Por cierto que existe una diferencia entre estos dos casos, pero es sólo cuantitativa y no cualitativa, y no consiste sino en que la sujeción del legislador en el aspecto material es mucho más pequeña que la sujeción del juez, en que aquél es relativamente mucho más libre que éste en la creación del Derecho. Pero también el juez es creador del Derecho, y es también relativamente

libre en esta función. Es por eso, precisamente, que la elaboración de la norma individual en el procedimiento de ejecución de la ley es una función de la voluntad, en tanto que con ella se llena el marco de la norma general. Los comentarios "científicos" en que debe apoyarse la actividad de ejecución de la ley tienen un carácter absolutamente político-jurídico, son propuestas para conciliar las diversas partes de la legislación, son tentativas de influir en la función de creación jurídica de los tribunales y autoridades administrativas. Si a raíz de la aplicación de la ley una actividad cognoscitiva se extiende más allá de la necesaria verificación del marco dentro del cual se ha de mantener el acto a efectuarse, no hay un conocimiento del Derecho positivo, sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción jurídica; normas de la Moral, de la Justicia, juicios sociales de valor, que suelen designarse con las frases "bien del pueblo", "interés del Estado", "progreso", etc. Desde el punto de vista del Derecho positivo nada puede enunciarse acerca de su validez y de su posibilidad de verificación. Consideradas desde éste, semejantes determinaciones sólo se dejan caracterizar negativamente: son determinaciones que no proceden del Derecho positivo mismo. Con relación a éste, la institución del acto jurídico es libre, es decir, queda a la libre apreciación de la instancia autorizada para la realización del acto; a no ser que el mismo Derecho positivo hiciera delegación en alguna

norma metajurídica, como la Moral, la Justicia, etc., que debido a esto se transforman en normas jurídico-positivas.

39. *La ilusión de la seguridad jurídica*

La concepción según la cual la interpretación sería un conocimiento del Derecho positivo y, como tal, un procedimiento para extraer nuevas normas de las ya vigentes, es el fundamento de la llamada "jurisprudencia conceptual", que también es rechazada por la Teoría pura del Derecho. Ésta destruye la opinión de que por vía del conocimiento puedan crearse nuevas normas; opinión que en último término se origina en la necesidad de representar al Derecho como un orden firme que determina todo aspecto de la conducta humana, pero, en particular, la actividad de los órganos que aplican el Derecho, y sobre todo de los tribunales; de modo que su función y, por tanto, la interpretación, sólo ha de considerarse como el hallazgo de normas ya existentes, que por esta razón sólo tienen que descubrirse en un procedimiento especial. Es la ilusión de la seguridad jurídica, que la teoría tradicional del Derecho se esfuerza, consciente o inconscientemente, por mantener.

40. *El problema de las lagunas*

Se adjudica un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar "las lagunas de la ley". No hay, empero, auténticas "lagunas", en el sentido de que un litigio jurídico no fuera susceptible de decisión conforme a las normas valederas, porque la ley —como se dice— no pudiera aplicarse por falta de un precepto referible a ese caso. Todo litigio jurídico consiste en que una parte formula una pretensión contra la otra; y la decisión que hace lugar a ella o la rechaza depende de que la ley, es decir, de que una norma valedera y aplicable al caso concreto, estatuya o no el deber jurídico afirmado. Puesto que no hay una tercera posibilidad, siempre es posible una decisión, y justamente sobre la base de la ley, es decir, en aplicación de la ley. También en la decisión que rechaza la pretensión es aplicado el orden jurídico valedero. Pues al obligar éste a los hombres a una conducta determinada, garantiza la libertad más allá de esos deberes jurídicos. Frente a aquél que pretende de otro una conducta no estatuida por el orden jurídico vigente, tiene este último un "derecho", concedido por el orden jurídico, a la omisión de esa conducta; "derecho" en el sentido de libertad jurídicamente garantida. El orden jurídico no sólo contiene la proposición de que se está obligado a una conducta determinada (en cuanto la negación de esa conducta es estatuida como condición de la espe-

cífica consecuencia jurídica), sino también la proposición: "se es libre de hacer u omitir aquello a que no se está obligado". Es esta norma negativa la que viene a aplicarse en la decisión con que se rechaza una pretensión que está dirigida a una conducta no convertida en deber.

Si, no obstante, se habla en ciertos casos de "laguna", esto no significa, como lo hace creer la expresión, que una decisión se torne lógicamente imposible a falta de una norma, sino sólo que la decisión —lógicamente posible— accedente o denegatoria es apreciada como demasiado inconveniente o injusta por la instancia competente para la decisión, es decir, para la aplicación de la ley; de tal modo inconveniente o injusta, que la inclina a admitir que el legislador no haya pensado en ese caso, y que si en él hubiera pensado decidiéralo de modo diverso de aquel en que ella tiene que decidirlo sobre la base de la ley. La hipótesis puede ser o no exacta —su rectitud no será casi nunca acreditada—; pero en vista del deber constitucionalmente estatuido de aplicar la norma que el legislador ha promulgado de hecho y no aquella que presuntivamente hubiera promulgado, esa presunción carece de importancia. También ha de aplicarse la ley mala —en opinión del aplicador del Derecho—; prescindiendo por completo de que lo que uno considera malo, parecele bueno a otro. La llamada "laguna" no es por ende otra cosa que la diferencia entre el Derecho positivo

y un orden mejor, más justo y más recto. Sólo porque se compara el orden positivo con uno de este género y se comprueba así su deficiencia, puede afirmarse algo semejante a una "laguna". Se comprende sin mayores explicaciones que semejante laguna no pueda llenarse por interpretación, tan pronto como se reconoce la esencia de la laguna. La interpretación no tiene aquí la función de poner en aplicación la norma a interpretarse, sino al contrario, la de eliminarla para reemplazarla por la norma mejor, más acertada, más justa, en breves términos, por la norma deseada por quien aplica el Derecho. Bajo la apariencia de complementar el orden jurídico, la norma original es suprimida de golpe y sustituida por una nueva. Ficción es ésta de la que especialmente se hace uso cuando la modificación legal de las normas generales es difícil o imposible por cualesquier razones; por ejemplo, porque se trata del Derecho consuetudinario, que en general no puede ser modificado mediante un procedimiento racional, o porque las leyes vigentes se consideran santas o como de origen divino, o porque el aparato legislativo no haya de ponerse, o sólo difícilmente haya de ponerse en movimiento, por las razones que fueran.

41. *Las llamadas lagunas técnicas*

Al lado de las lagunas propiamente dichas, distínguense a veces "lagunas técnicas", que juzgan posibles aun aquellos que desde un punto de vista jurídico-positivo niegan la existencia de las auténticas, y a cuyo respecto se admite que puedan llenarse por vía de interpretación. Han de existir cuando el legislador omite regular algo que hubiera tenido que regular, si ha de ser en general técnicamente posible aplicar la ley. Sólo que aquello que se designa como "laguna técnica", o es una laguna en el sentido original de la palabra, es decir, una diferencia entre el Derecho positivo y el Derecho deseado, o es aquella indeterminación que se sigue de ese carácter de marco que tiene la norma. Existe la primera cuando, por ejemplo, la ley regula la obligatoriedad de la venta, pero nada determina —como se expresa— acerca de quién soporta el riesgo si la cosa vendida perece antes de la transferencia, sin culpa de las partes. Pero no es que el legislador no determine "nada" acerca de esto, sino que no determina que el vendedor se libere de la obligación de entregar la mercadería o de dar indemnización; determinación ésta que notoriamente considera deseable quien afirma que aquí existe una laguna, pero que en modo alguno tiene que ser sobreentendida para que la ley sea aplicable. Puesto que la ley no hace excepción alguna de la obligación del vendedor de entregar la mercadería aun en

el caso mencionado, determina que el vendedor soporta el riesgo. Existe el segundo tipo de laguna cuando la ley determina, por ejemplo, que un órgano debe ser creado por elección, pero no regula el procedimiento electoral. Esto significa que es legal cualquier modo de elección: el sistema proporcional, o el de mayorías, el público o el privado, etc. El órgano facultado para llevar a cabo la elección puede determinar a su arbitrio el procedimiento electoral. La determinación del procedimiento electoral es librada a una norma de grado inferior. He aquí otro ejemplo: una ley determina que para que actúe una corporación tiene que ser convocada por su presidente, pero al mismo tiempo prescribe que ella ha de elegir a su presidente; sin embargo, nada prescribe sobre la reunión de la corporación para el caso de que aquél no exista. Si se adjudica a esta norma, no el sentido de que en caso de no existir presidente cualquier modo de reunión es legal, sino sólo el sentido de que también en este caso la corporación debe ser convocada por su presidente, ésta no puede funcionar entonces en forma legal. Pero tampoco aquí se está en presencia de una "laguna". Pues la ley quiere, en efecto, que la corporación deba ser convocada por su presidente, aunque no lo tenga. Si no hubiera prescripto nada para este caso, cualquier reunión sería legal. Aquí la ley prescribe algo sin sentido. Siendo la ley obra humana, eso no está excluído. Una norma puede tener también un contenido desprovisto de sen-

tido. Pero en ese caso ninguna interpretación está capacitada para adjudicarle un sentido; pues por medio de la interpretación no puede arrancarse a una norma lo que ya no estaba antes contenido en ella.

42. *La teoría de las lagunas del legislador*

Aunque teóricamente las lagunas de la ley no tienen existencia, puede el legislador, determinado por una falsa teoría, suponer la existencia de "lagunas". Sólo que entonces esas "lagunas" son algo diferente de lo que por ellas tal vez entienda el legislador. Éste puede tomar disposiciones —y de hecho no rara vez las toma— para el caso de que no pudiera extraerse de la ley una decisión, como por ejemplo, los artículos 6º y 1º, respectivamente, de los códigos civiles austríaco y suizo. Si la ley indica al juez, como el artículo 1º recién mencionado del Código Civil suizo, que en caso de laguna ha de decidir cual decidiría como legislador, esto importa una autorización al juez para decidir en lugar de la ley según su propio arbitrio, en los casos en que considere intolerable la aplicación de la misma. El buen legislador no está habilitado para poder renunciar a una corrección de la ley, necesaria en ciertos casos. Pues tiene que contar de antemano con situaciones de hecho que no ha previsto ni puede tampoco prever; sus normas generales no pueden apuntar sino a

los casos corrientes. Justamente por eso no puede circunscribir los casos en que quiere hacerse reemplazar por el que aplica el Derecho; si lo pudiera, no necesitaría de esa sustitución. No le queda otra cosa que librar la decisión al que aplica el Derecho, con el riesgo inevitable de que éste decida también, en calidad de legislador, aquellos casos en que el legislador original quisiera ver aplicada su ley; con lo que naturalmente se pone en tela de juicio el principio de la legalidad de la ejecución y, por tanto, la validez de las normas generales dictadas para la aplicación por los tribunales y autoridades administrativas, y con lo que se amenaza remover el peso de la producción jurídica, desde el legislador general al que aplica individualmente el Derecho. A fin de restringir este peligro, la autorización para desviarse de la ley es formulada de modo que el ejecutor del Derecho no deba volverse consciente del extraordinario poder que le es realmente transferido. El ejecutor del Derecho debe creer que sólo le está permitido dejar de aplicar la ley en los casos en que no puede ser aplicada por no contener posibilidad alguna de aplicación. El juez habrá de creer que sólo es libre cuando le está permitido hacer las veces de legislador, pero no en esto otro: cuando tiene que reemplazar al legislador. La ficción de la "laguna" le oculta que también es libre, en verdad, en este respecto. Y esta fórmula, consciente o inconscientemente falsa, tiene el resultado que el legislador se propone, de que el ejecutor

del Derecho sólo hace un uso extremadamente raro de la libertad que se le concede de no aplicar la ley en un caso concreto, puesto que sólo ante la divergencia marcada entre la ley y la propia conciencia jurídica le parecerá que existe una "laguna" real, es decir, un caso que el legislador mismo no quiso regular y que, por lo tanto, la ley no ha regulado; de esta suerte, falta la premisa lógica para la conclusión de lo general a lo particular, que todo acto de aplicación legal representa. La llamada "laguna dentro de la ley" es una fórmula típicamente ideológica. La aplicación de la ley, que en el caso dado es sólo una inconveniencia político-jurídica a apreciarse por el arbitrio del ejecutor del Derecho, es presentada como una imposibilidad lógico-jurídica.

VII. LOS MÉTODOS DE LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO

43. *Forma del Derecho y forma del Estado*

La teoría de la gradación del orden jurídico concibe el Derecho en su movimiento, en el proceso constantemente renovado de su autoproducción. Es una teoría dinámica, a diferencia de la concepción estática del Derecho, que trata de concebirlo sin consideración a su producción, y sólo como orden producido, en su validez, en su ámbito de validez, etc. En el centro del