

La interpretación jurídica

Análisis crítico de dos posiciones positivistas: Hans Kelsen y Alf Ross

Ana Laura Nettel Díaz

Sumario: La posición kelseniana de la interpretación jurídica / La interpretación jurídica según Alf Ross.

Hans Kelsen, Alf Ross y H.L.A. Hart, son sin duda algunos de los autores positivistas más relevantes de las últimas décadas. Dada la importancia que ha revestido el positivismo jurídico, me parece importante presentar un estudio crítico de las teorías de la interpretación jurídica de Hans Kelsen y Alf Ross.¹ La abundancia de estudios comparativos de estos autores es innegable,² sin embargo estos trabajos se refieren, casi siempre, a sus teorías generales del derecho y no así a sus posiciones respecto de la interpretación jurídica. Debido a la trascendencia de esta corriente, los autores que se ocupan de la interpretación jurídica siempre parten de una crítica al positivismo pero no entran en el detalle de las posiciones de Kelsen y Ross en particular. Baste recordar a Ronald Dworkin,³ quien acostumbra criticar el positivismo a partir de una reconstrucción -hay que decirlo **ad hoc**- de las tesis positivistas, pero centrándose principalmente en Hart.

Considero que un estudio como el que se propone, permitirá comprender mejor los problemas a los que han querido responder estos dos autores y el por qué de la evolución de sus ideas.

1. Dedicaré próximamente otro artículo a la teoría haitiana de la interpretación jurídica.
2. Véase PÉREZ CARRILLO, A., *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1978 J. y, ESQUIVEL PÉREZ, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1980 quien dedica únicamente un inciso cada uno de los autores sobre sus posiciones sobre la interpretación y respecto de quien difiere en diversos puntos, véase *infra*.
3. Véase de DWORKIN, R., "¿Es el derecho un sistema de reglas?", en *Cuadernos de Crítica*, número 5, UNAM; "Casos Difíciles" en *Cuadernos de Crítica*, número 1.4, UNAM; *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989; *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.

La posición kelseniana de la interpretación jurídica

Para Hans Kelsen, la necesidad de la interpretación en el ámbito del derecho se debe a que las normas jurídicas adolecen de tres tipos de indeterminaciones: relativas, intencionales y no intencionales. La **indeterminación relativa** se da ante la imposibilidad de establecer en detalle las conductas de quienes deberán aplicar la norma, por lo que el aplicador siempre se verá obligado a suplir mediante su discrecionalidad aquello que no está explícitamente determinado por la norma. La **indeterminación intencional** resulta de la voluntad del órgano que estableció la norma quien, por considerarlo pertinente, deja abiertas diversas posibilidades de actuación al órgano aplicador. Este tipo de indeterminaciones las puede dejar el creador de la norma tanto en la hipótesis normativa como en la consecuencia. Un ejemplo típico de una indeterminación voluntaria en la consecuencia de una norma es el establecimiento de un mínimo y un máximo en la sanción. Por último, las **indeterminaciones no intencionales**, es decir, aquellas que son "la consecuencia no buscada de la forma de ser de la norma jurídica que debe ser aplicada",⁴ se pueden originar debido a: a) que el sentido lingüístico de la norma no es unívoco; b) que el que vaya a aplicar la norma suponga una discrepancia entre la expresión lin-

4. KELSEN, H., *The Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1970, trad. del Alemán de Max Knight, p. 350. La traducción al español es mía.

güística mediante la cual se expresó la norma y la voluntad de la autoridad que la dictó; c) que dos normas válidas del sistema jurídico se contradigan en parte o en su totalidad.

Estos tres tipos de indeterminaciones de las normas llevan a la necesidad del ejercicio del arbitrio de la autoridad aplacadora, de donde resulta que el

aplicador del derecho puede optar por: a) escoger uno u otro de los distintos significados de la norma; b) conformar la norma a la voluntad del legislador que ha de ser determinada de alguna forma; c) escoger la expresión que la autoridad creadora eligió; d) decidir por una u otra de las normas contradictorias o, e) decidir que el caso al que se refieren las dos normas puede ser resuelto, asumiendo que las dos normas contradictorias se anulan entre sí. De lo anterior Kelsen deriva que "en estos casos la norma por aplicar sólo constituye un marco dentro del cual diversas aplicaciones son posibles, **por lo cual todo acto que permanece en el marco es conforme a derecho**".⁵ De ello, concluye que la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una única decisión correcta sino a varias, todas de igual valor, aunque solamente una devenga norma positiva.

Kelsen distingue entre las interpretaciones orgánicas que son las que hace el órgano competente y tienen consecuencias jurídicas (distinguiendo de entre las orgánicas a las auténticas⁶ que son las que crean derecho **y han adquirido el carácter de verdad legal**) y las interpretaciones de quienes no son órganos aplicadores, entre los que se encuentran los individuos que quieren evitar la sanción, y los científicos del derecho. La interpretación orgánica, al ser creadora de normas jurídicas, se caracteriza por ser un acto **volitivo**⁷ de elección del contenido de la norma inferior, acto mediante el cual el órgano es-

Hans Kelsen, Alf Ross y H.L.A. Hart, son sin duda alguna los autores positivistas más relevantes de las últimas décadas»

cogería -según Kelsen-entre las diferentes posibilidades de interpretación que da el marco constituido por la norma de superior jerarquía. Kelsen estima que la interpretación de la **ciencia del derecho** es una interpretación **cognoscitiva** que se debe limitar a describir las posibles interpretaciones que están

contenidas en el marco de la norma, sin que se tome posición respecto a ninguna de ellas, señalándola como "la" correcta; de lo contrario, tal posición ya no podría estimarse como científica -la pureza metódica obliga- sino que se trataría de enunciados de política legislativa.

De lo anterior, tenemos que: 1) toda decisión que corresponda al marco establecido por la norma es conforme a derecho; 2) la elección del órgano que va a dar contenido a la norma positiva en un caso concreto, solo podrá ser conforme a derecho sí y sólo si se encuentra dentro del marco; 3) la interpretación orgánica, es decir, la que tiene como consecuencia la creación de derecho, consiste en un acto de voluntad del órgano competente; 4) La interpretación científica consiste en un acto del conocimiento y se reduce a señalar las diversas posibilidades de interpretación que contiene una norma.

La idea según la cual la interpretación conforme a derecho es solamente aquella que se encuentra comprendida en el marco de la norma, plantea un problema que podría describirse como una dependencia de la interpretación orgánica respecto de la científica. Así, si una autoridad quiere actuar conforme a derecho, tiene antes que conocer cuáles son las posibilidades que efectivamente se encuentran dentro del marco establecido por la norma. Ahora bien, si la función interpretativa orgánica es únicamente un acto de **voluntad** -crea una norma- que consiste en elegir, esta elección, para estar conforme a derecho, presupone otra decisión anterior que determina ¿cuáles son las decisiones que están en el interior del marco de la ley; función que por ser cognoscitiva corresponde según Kelsen al científico del derecho. Además Kelsen exige que dicha actividad -la del científico del derecho- sea únicamente descriptiva en la que, so pena de ser considerado un político y no un científico, el descriptor **no** puede pronunciarse respecto de las distintas posibilidades de interpretación de la norma, sino únicamente describirlas. Cabe preguntarse cómo podría entonces determinarse (sin tomar posición) cuáles

5. KELSEN, H., *Ob. cit.*, p. 351. El subrayado es mío.

6. Esta clasificación kelseniana fue, desde mi punto de vista, objeto de una confusión, véase ESQUIVEL, Javier, *op. cit.*, pp. 149 y 150, quien confunde la interpretación no auténtica con la interpretación científica; cuando, desde mi punto de vista, tanto la interpretación auténtica como la no auténtica son orgánicas. Lo que distingue estos dos tipos de interpretaciones, es que la auténtica ha adquirido el carácter de verdad jurídica por no estar sujeta a ulteriores recursos, mientras que la no auténtica siendo también orgánica es todavía susceptible de ser modificada por la interposición de algún recurso.

7. Hay que recordar que toda norma, aún las no jurídicas, son manifestaciones de la voluntad, de donde el lenguaje normalmente utilizado para expresar una norma es el lenguaje prescriptivo.

posibilidades están dentro del marco de la norma y cuáles no?, ¿con qué criterio se puede decidir la pertenencia de una interpretación al marco? Argüir que pertenecen al marco las interpretaciones razonables, solamente es otra forma de plantear el mismo problema: ¿con qué criterios vamos a decidir cuáles interpretaciones son razonables?

Esto mismo critica el propio Kelsen a los métodos tradicionales de interpretación, aduciendo que no hay criterios objetivos para decidir por alguno de ellos y que presentan soluciones en ocasiones opuestas respecto de un mismo caso concreto. Así, elegir entre la voluntad del legislador (interpretación subjetiva) o la expresión de su voluntad (interpretación objetiva o literal) para resolver un caso concreto resulta de una elección que no está fundada en ningún criterio objetivo. De la misma manera, cuando ante un caso concreto, en una misma ley se presentan dos normas que se contradicen, de acuerdo con el derecho positivo las posibilidades de aplicar una u otra tienen el mismo peso y es fútil tratar de justificar conforme a derecho la aplicación de una u otra. Asimismo, el argumento a contrario y la analogía no presentan una alternativa al problema de la interpretación, toda vez que cada uno de estos tipos de argumento lleva a soluciones contrarias, y no hay criterio para decidir cuál de los dos aplicar en un caso específico. Finalmente, respecto de la posición que considera que para interpretar lo que hay que hacer es considerar los intereses en presencia, ello se reduce, según Kelsen, a la formulación del problema y no da la solución, ya que si se plantea el problema es porque el orden jurídico contiene la posibilidad de soluciones diversas, lo que significa que no contiene la decisión de cuál de los intereses en conflicto tiene un valor más alto.

En efecto, lo que Kelsen critica a los métodos tradicionales de interpretación, se le puede aplicar a él, respecto de su pretensión de determinar que una decisión judicial es conforme a derecho porque pertenece al conjunto de posibilidades que constituyen el marco de la norma jurídica, o lo que es lo mismo, la idea según la cual se puede determinar "científicamente" si una decisión es conforme a derecho o no.

En estas páginas de la última parte de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen aporta una gran apertura a la teoría de la interpretación jurídica, dejando atrás las ideas decimonónicas según las cuales había que hacer la exégesis de las leyes, como si se tratara de la cabala, para *descubrir* el "verdadero" sentido de la norma. No obstante, seguramente temeroso de abrir la caja de Pandora, al dejar al arbitrio total del órgano la posibilidad de una libre

interpretación, impone un candado que lo hace caer en un problema de coherencia con su propia teoría. Esta falta de coherencia queda aún más de manifiesto si la ponemos en contraste con la crítica que hace Kelsen a la clasificación tradicional de las interpretaciones en auténticas y no auténticas, crítica según la cual la interpretación auténtica no es únicamente aquella que da como resultado la producción de una norma general, como lo quiere la teoría tradicional, sino que según nuestro autor, también es auténtica aquella interpretación que crea una norma individual. Y añade "a través de una interpretación auténtica⁸ se puede realizar no sólo una de las posibilidades mostradas por la interpretación cognoscitiva de la norma por aplicar; **sino también se puede crear una norma que se encuentra enteramente fuera del marco de la norma por aplicar**"⁹; carácter que adquiere tan pronto como la validez de esa norma no puede ser modificada, es decir, cuando adquiere carácter de verdad legal o cosa juzga-

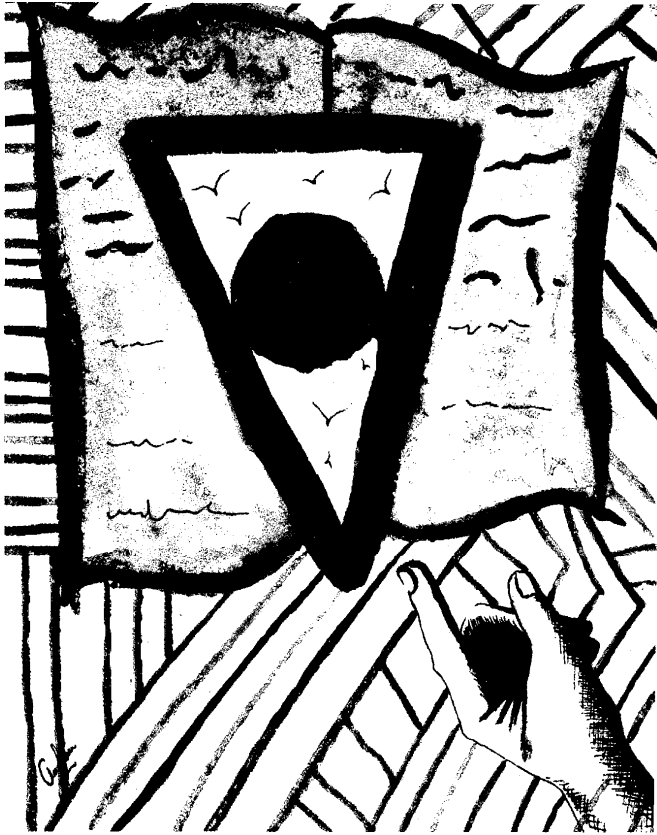
"...la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una única decisión correcta sino a varias, todas de igual valor, aunque solamente una devenga norma positiva.

da. Posición típicamente kelseniana que sostiene que no son los contenidos de las normas lo que les da su carácter jurídico, sino el que hayan sido creadas por los órganos competentes y de acuerdo al procedimiento.¹⁰ Sin embargo, esta idea es incoherente con aquélla, tantas veces aludida en las páginas anteriores, según la cual únicamente las interpretaciones que están comprendidas en el marco constituido por la norma jurídica son conformes a derecho.

8. Con lo que podemos advertir, en Kelsen, una distinción entre interpretación conforme a derecho e interpretación auténtica.

9. *Op. cit.*, p. 353.

10. Postura que lo llevó a aceptar como orden jurídico el sistema nazi del que él mismo fue víctima.



Así, si Kelsen hubiera sido totalmente coherente con su teoría, tendría que haber dicho que **todo** lo decidido por la autoridad competente es conforme a derecho, sin importar el contenido, puesto que, como él mismo lo expresa en el capítulo sobre la dinámica jurídica, los sistemas normativos dinámicos son aquellos en los que el contenido de las normas no se puede derivar del contenido de otra norma. Sin embargo, no asume esta idea hasta sus últimas consecuencias y marca como límite para que el acto de aplicación sea conforme a derecho, el que la decisión del órgano se encuentre (**what ever that means**) dentro de las diversas posibilidades contenidas en la norma. Esto parecería corresponder a un deseo inconsciente de evitar que el legislador tenga una irrestricta libertad.

Me parece que respecto de la interpretación, la pretensión de pureza metódica lleva a Kelsen a una posición alejada de la realidad del derecho positivo respecto del que se considera tan cercano.

¿Será un criterio sociológico el que pueda resolver el problema de cuáles son las interpretaciones que son conforme a derecho? La posición de Alf Ross, filósofo del Derecho de la corriente realista escandinava, nos aporta una reflexión desde el punto de vista de esta disciplina.

La interpretación jurídica según Alf Ross

El propósito de Alf Ross, como lo manifiesta explícitamente en el prefacio de la edición inglesa de su libro **Sobre el derecho y la justicia**, es "desarrollar los principios empiristas en el campo del derecho hasta sus últimas consecuencias".¹¹ Para este autor el fundamento de la filosofía del derecho tiene que ser una perspectiva sociológica.¹² De ahí que la ciencia del derecho, como cualquier otra ciencia empírica, deba partir de la observación de la realidad social para producir enunciados que permitan la predicción y la verificación acerca de cómo van a comportarse los tribunales en el futuro. Ross estima que las normas jurídicas están dirigidas al comportamiento de los tribunales -y no de los particulares de tal manera que "los fenómenos jurídicos que constituyen la contrapartida de las normas no pueden ser otros que las decisiones de los tribunales, y es en sus decisiones donde se ha de buscar la efectividad en qué consiste la vigencia del derecho".¹³

De manera que la doctrina jurídica, desde la perspectiva rosseana, tiene por objeto hacer proposiciones acerca del derecho. Estas proposiciones han de cumplir, como en cualquier ciencia positiva, con el objetivo de describir la realidad para estar en condiciones, en un momento

11. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, Ludcba. 1970, p. XIII.

12. *Cf., Op. cit., p. 27.*

13. *Op. cit., p. 34.*

dado, de hacer predicciones acerca de su objeto de estudio -en el caso de la ciencia del derecho- acerca de los fenómenos del derecho en acción. La doctrina jurídica se interesa entonces en determinar cuáles son aquellas normas que los tribunales tomarán como base para sus sentencias. A este conjunto de normas las considerará como parte del derecho vigente que es el "conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*), como socialmente obligatorias".¹⁴ De tal forma que, mediante este conjunto de normas que constituye el sistema de normas vigente, se nos hace posible comprender las acciones sociales como un todo coherente de significado y motivación, y dentro de estos límites predecirlas. A partir de ello, solamente son vigentes las normas que son efectivamente aplicadas por los jueces. Cabe subrayar que cuando Ross habla de que los jueces vivan (experimenten y sientan) las normas como socialmente obligatorias se refiere a la vida espiritual de los jueces y agrega: "No puede determinarse lo que es derecho vigente por medios puramente conductistas, esto es, mediante observación externa de regularidades y reacciones (costumbres) de los jueces."¹⁵

Por otra parte, Ross nos dice: la doctrina jurídica se interesa también en hacer proposiciones con respecto a la **interpretación** del derecho vigente, es decir, con respecto a su **significado**; se interesa en determinar bajo qué circunstancias debe ser aplicada una norma.

Ahora bien ¿cuándo pueden ser **Considerados** como parte de la "interpretación vigente" esos enunciados sobre el significado del derecho vigente? y ¿en qué medida estos enunciados pueden considerarse como predicciones acerca del significado que los tribunales darán a una norma en la decisión de un caso concreto?

Para cumplir con los presupuestos metodológicos de la ciencia, la interpretación vigente debe -según Ross- partir necesariamente de la observación de cómo se comportan los tribunales efectivamente, por lo que el científico del derecho ha de preguntarse, en primer término, por los principios que guían a los tribunales en la aplicación de las reglas generales a los casos específicos, o por **la ratio decidendi** contenida en la jurisprudencia o en los precedentes en el sistema del **Common Law**.

El método jurídico (en el caso del **Common Law**) o interpretación (en el caso del derecho legislado) se obtiene a partir del descubrimiento de los principios que realmente guían a los tribunales en el tránsito de la regla general a la norma individualizada. Estos principios no llevan, sin embargo, a la constitución de reglas fijas sino a bosquejar lo que se puede llamar un estilo de interpretación (o de método) y la consecuencia es un grado muy bajo de predictibilidad en las aserciones acerca de cómo van a decidir los tribunales respecto al significado de una norma en un caso concreto.

El estudio de la interpretación jurídica se divide en una parte doctrinaria y en una teoría general. La primera **describe** el método seguido por los tribunales en un orden jurídico específico (el mexicano, el chino, el peruano, etc.) y forma parte de la ciencia del derecho. La teoría general del método de interpretación consiste en 1) explicar los problemas de interpretación que se presentan en los distintos sistemas jurídicos, y 2) hacer una tipología general (o constituir una clasificación) de los diferentes estilos de interpretación y de método (sistema por precedentes) que se dan en los sistemas jurídicos.

Dependiendo del sistema, ya sea legislado o por precedente, los problemas serán diferentes. En el sistema por precedente, como el juez no tiene ante sí una regla de derecho para resolver el caso, el problema consiste en cómo derivar una regla general de los precedentes existentes. Así el juez ante un caso concreto considerará las semejanzas y las diferencias entre el caso y el precedente en cuestión, y decidirá si las semejanzas son relevantes o si es necesario introducir una distinción a partir de otros conceptos. En realidad, en este sistema la función del juez no consiste tanto en encontrar una regla general que se deduzca de los precedentes, sino en si el caso difiere del precedente de manera tal que da lugar a llegar a una decisión diferente. En el sistema del **Common Law**, el razonamiento jurídico es por vía de ejemplos y la técnica de argumentación se dirige a mostrar las similitudes y diferencias que presentan los casos, y a sostener que las diferencias son o no relevantes.

En el sistema legislado la interpretación parte de un texto que tiene autoridad. Lo que importa es la relación que se puede establecer entre una formulación lingüística, la o las normas en cuestión, y un conjunto específico de hechos. De ahí que el razonamiento está dirigido a determinar el significado de la norma, y la técnica de argumentación requerida consiste en sostener que los hechos dados están comprendidos o no por el sentido de la norma.

14. *Op. cit.*, p. 18.

15. *Op. cit.*, p. 36.

A pesar de que Ross reconoce una frontera poco clara entre política jurídica e interpretación, insiste en distinguir entre los enunciados teóricos acerca de cómo aplicará el juez el derecho y aquellos que corresponden al jurista, cuya intención es influenciar a los jueces, por lo que se les puede caracterizar como haciendo política jurídica. La diferencia radica en que uno parte de la observación a través de la cual obtiene los enunciados predictivos que son teóricos; el otro, que simplemente intenta influenciar a los jueces, hace política jurídica, pero sigue a veces, inclusive inconscientemente, el estilo que anima la interpretación judicial.

La posición realista de Alf Ross, tiene la gran cualidad de superar el formalismo kelseniano. Contiene una visión más humana de lo que es el derecho y en el caso particular de la interpretación, nos permite una mejor comprensión del papel que juega el jurista en el mundo de la práctica jurídica.

Buscar el significado de las normas que rigen a la sociedad a través de los enunciados interpretativos de los órganos aplicadores del derecho, significa asumir que dichos órganos representan lo que podríamos llamar una buena percepción de los puntos de vista que predominan en la sociedad, significa erigir a los jueces en los poseedores de las opiniones aceptadas por la sociedad. Esta posición implica una idea sugestiva, según la cual se estima que la actitud de los jueces corresponde a la realidad, entendiendo por realidad -según alguna corriente constructivista- "el conjunto de los ámbitos consensuales dentro de los cuales es posible una coordinación de las acciones de los individuos".¹⁶

Sin embargo, estimo que una posición como la sostenida por Alf Ross ante la interpretación jurídica, lleva a una actitud eminentemente conservadora en la que el jurista renuncia a toda crítica del derecho; del fenómeno jurídico tal y como se da en la realidad de un sistema determinado.

Lo que no parecen tomar en consideración ninguno de estos dos autores es que el juez o el órgano que decide, no decide con una autonomía absoluta, en el sentido de que sus decisiones dependan únicamente de que ellos las quisieron. Las decisiones de los jueces, aún las de los tribunales de última instancia están sujetas -aunque tal vez a algunos esta sujeción les parezca demasiado sutil- a la opinión de la comunidad de los juristas. En efecto, en

los sistemas jurídicos modernos las decisiones de las autoridades, además de estar fundadas en derecho deben estar motivadas. La autoridad debe explicitar las razones que la llevó a sostener una decisión, exponiendo no solamente cómo llegó a la convicción de que los hechos que se le presentaron satisfacen la hipótesis establecida en la norma sino también -en particular si las partes plantearon distintas interpretaciones de la norma- por cuál de las interpretaciones se inclina y por qué. Así, la autoridad que va a revisar una decisión tendrá los elementos necesarios para considerar si motivó o no correctamente dicha decisión. Tratándose de autoridades de última instancia, aunque ya no exista la posibilidad de que se modifique su decisión, sin embargo existe (o debería existir) una presión social de la comunidad de los juristas. No es fácil imaginar que un Ministro de la Suprema Corte de Justicia se permita decidir en forma heterodoxa, sin avanzar argumentos de peso, argumentos que convencan a los de su gremio y en algunos casos a la sociedad en general. De ahí que estimo que los sistemas jurídicos más avanzados son aquellos en los que la publicidad de las decisiones de los tribunales y la cultura del pueblo permiten una crítica, una presión social que es la mejor garantía de legalidad para el ciudadano.

Aunque en diferente grado, Kelsen más extremo que Ross, ambos autores rechazan como no científica una función prescriptiva o normadora de la teoría de la interpretación, ello los lleva a sacrificar en aras de la "neutralidad científica" la función crítica de la teoría. Los desarrollos contemporáneos de la teoría de la interpretación y de la argumentación jurídica¹⁷ se sitúan como eminentemente normadores respecto de la forma en que deben actuar quienes aplican el derecho.

16. KRIEG, Peter, "Puntos ciegos y agujeros negros. Los medios como intermediarios de las realidades", en *El ojo observador. Contribuciones al constructivismo* (P. WATZLAWICK y P. KRIEG comps.), Gedisa, Barcelona, 1994, p. 125.

17. Véase ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, University Press, 1978.