

LA TEORÍA CLÁSICA DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL, CRÍTICAS Y PERSPECTIVAS DE SUSTITUCIÓN

FRANCISCO JAVIER CONTARDO CABELLO*

I. MONTESQUIEU

Cuando se expone una doctrina o una teoría nada mejor que citar a algunos de sus sostenedores que la hayan formulado con singular capacidad de síntesis y particular agudeza. Así se cita de tarde en tarde a Montesquieu para ilustrar la concepción de que el juez es un mero aplicador del derecho. Pero Montesquieu más que ser un representante insigne de la mencionada teoría fue un precursor en esta materia como en tantas otras. Montesquieu es el autor universalmente conocido más antiguo que formula la mentada teoría y sin duda tuvo una gran influencia en su posterior difusión.¹

Lo anterior nos lleva a buscar en «Del Espíritu de las Leyes»² la luz clara de los orígenes, con la esperanza de lograr una mayor comprensión de la concepción que ve en la aplicación de la Ley por parte de los tribunales de justicia una cuestión de conocimiento nada más.

En el vasto tratado que es «Del Espíritu de las Leyes» Montesquieu formula la concepción de que el juez es un autómatas de la Ley en forma muy breve, pero en un contexto muy preciso y significativo, que da cuenta de la exacta pretensión de validez que tiene la fórmula.

Dice Montesquieu en el Capítulo V del Libro XI de su obra capital al tratar del fin de los distintos Estados: «Existe también una nación en el mundo cuya constitución tiene como objeto directo la libertad política.»³ Se refiere a Inglaterra.

Al estudio de su constitución dedica Montesquieu el capítulo siguiente. Es en éste donde hace la célebre afirmación: «Los jueces de la nación no son... más que el instrumento que pronuncia las palabras de la Ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.»⁴

En la época en que se publicó «Del Espíritu de las Leyes» reinaba en casi todo el orbe el despotismo en sus más variadas formas. La afirmación citada valía sólo para una isla; pero también habría de valer para todas las naciones que quisieran adoptar la libertad política como finalidad constitutiva.

Dice Montesquieu al final del capítulo V del Libro XI: “Para descubrir la libertad política en la constitución no hace falta mucho esfuerzo. Ahora bien, si se la puede contemplar y si ya se ha encontrado, ¿por qué buscarla más?»⁵

* Ex-Profesor de Historia del Derecho; Carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Sebastián. Sede Valdivia.

¹ Antes que él Sir Edward Coke había dicho “judex est lex loquens”; y en el mundo antiguo Marco Tulio Cicerón, en *De legibus*, III, 122: “Magistratum legem esse loquentem”. Véase Friedrich A. Hayek, “Los Fundamentos de la Libertad”, Capítulo XI N° 3.

² Obra publicada en 1748.

³ “Del Espíritu de las Leyes”. Volumen I, Sarpe, 1984. Madrid, página 168.

⁴ Id., página 175. Por supuesto esto se refiere a la interpretación de la Ley y no a la determinación de los hechos. Pero aún en esta última materia la preeminencia de la Ley se hace sentir en el sistema de la prueba legal tasada.

⁵ Id., página 168.

Montesquieu dice que la libertad política existe donde los poderes legislativo, ejecutivo y judicial están divididos. Este es el principio fundamental de la libertad política. La fórmula según la cual el juez es el autómatas de la Ley es un mero corolario de dicho principio.

Por consiguiente, el juez es y debe ser el autómatas de la Ley en un régimen moderado, donde el poder frena al poder. En otras palabras, donde rija el principio de división de los poderes. En otro contexto la fórmula no tiene sentido.

La preeminencia de la Ley, el sometimiento estricto del juez que exige, no tiene en Montesquieu otro fundamento que el señalado. No hace Montesquieu una adoración racional de la Ley. Montesquieu encarna la corriente de la ilustración que vértebra con el derecho histórico, y más afín con la ciencia política como disciplina empírica. Con razón es considerado hoy día como uno de los padres de la historiografía moderna y uno de los precursores de las ciencias sociales. Pero Montesquieu, sin ser un voluntarista de la política, como el gran ilustrado que fue, confluyó con la vertiente racionalista en la formación de una época.

Hay un pasaje muy significativo en el capítulo destinado al estudio de la constitución de Inglaterra, que deja muy en claro que la sujeción absoluta del juez a la Ley se fundamenta solamente en el principio de división de poderes, y que da cuenta también de la exacta valoración que hace Montesquieu de la Ley. Se plantea éste la hipótesis de una necesaria corrección de la Ley frente a un caso concreto. Dice que cuando la Ley, «que es ciega y clarividente a la vez, fuera en ciertos casos, demasiado rigurosa», corresponde al cuerpo legislativo moderarla en su propio favor, constituyéndose como tribunal para aplicarla corregida al caso concreto.⁶

No creo que sea apurar demasiado una interpretación, decir que se desprende del pasaje citado y parafraseado, que para Montesquieu la Ley no es en el régimen cuya constitución tiene por finalidad la libertad política una panacea; pero que sí tiene vocación de justicia, lo cual viene a significar que ésta última -la justicia- no constituye un fin en sí mismo para el conocimiento racional, sino que es un ideal susceptible de aprehensión intelectual. Y también aparece del pasaje referido que Montesquieu frente al eventual conflicto justicia material y seguridad jurídica opta por la primera.

II. RACIONALISMO

La otra raíz de la llamada teoría declarativa del juicio se encuentra en el racionalismo, en su tendencia uniforme, por muy distintas que fuesen sus varias expresiones, por construir una teoría del derecho justo, de valor universal, como un sistema conformado por unos pocos principios verdaderos, evidentes, y por reglas deducidas mediante nexos lógicos de esos principios.

Lo característico del racionalismo fue el método geométrico o deductivo, en el que puso toda su orgullosa y esperanzada confianza.

En el Discurso del Método, programa de toda una edad, se leen las siguientes palabras: “Aquelas largas cadenas de razones, tan simples y fáciles, de las cuales los geómetras suelen servirse para llegar a sus demostraciones más difíciles, me habían dado ocasión de imaginar que todas las cosas que pueden caer bajo el conocimiento de los hombres se siguen de la misma manera las unas a las otras, y que, mientras uno se abstenga de aceptar como verdadero; lo que no es y observe siempre el orden preciso para deducir las unas de las otras, no puede haber ninguna tan alejada que no se llegue finalmente a ella, ni tan oculta que no se la descubra”.⁷

Este programa fue llevado a cabo concienzudamente por los distintos exponentes del Derecho Natural racionalista y, como era de esperarse, culminó con la reforma del derecho positivo sobre bases «racionales»; para decirlo en una palabra, el proceso culminó con la codificación. Esto, no obstante, que la codificación real es menos racionalista que los proyectos elaborados en el periodo revolucionario.

⁶ Id., página 175 y siguiente. Norberto Bobbio refiere que en la época de la revolución francesa fue instaurada la práctica de que los jueces, cuando no disponían de una norma legislativa precisa, se abstendían de decidir la causa y enviaban los antecedentes al poder legislativo para obtener disposiciones sobre el caso; lo cual estaba impuesto en muchos casos por la ley revolucionaria que quería llevar al extremo la separación de poderes. “El Positivismo Jurídico”, Debate, Primera Edición: septiembre de 1993, página 92.

⁷ René Descartes, “Discurso del Método”, SARPE, 1984. Madrid, página 64.

El movimiento codificador, impulsado por la burguesía en ascenso, fue también individualista y liberal.

Sumamente ilustrativa del credo que impulsó la codificación es la frase con que comienza el proyecto del Código de Napoleón: «Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas; es la razón natural que gobierna a todos los hombres». Lo notable es que el código se conceptuó como la expresión acabada de esa razón. Así vino la adoración racional de la Ley. Es el tiempo de las prohibiciones de comentar o interpretar, que Karl Engisch ha calificado «como monumento de ingenuidad legislativa.»⁸ Estamos ya en el positivismo jurídico. La actividad de la jurisprudencia se concibe como estrictamente declarativa de un Derecho preexistente.

Como muchas veces ocurre en la historia, a la par que la codificación se imponía, su sustento filosófico era seriamente cuestionado en el terreno de las ideas por la Escuela Histórica del Derecho.

Pero como ha dicho Bobbio, “No por ello vino a menos la idea de una estrecha conexión entre derecho y lógica: sólo que retrocedió –si podemos expresarnos así– de la esfera de la producción de las reglas jurídicas, o de la legislación, a la de su aplicación, es decir, de la actividad del legislador a la del juez y a la del jurista. En tanto que el iusnaturalismo había creído poder reducir la actividad misma del legislador a un complejo de operaciones lógicas, circunscribiendo el nexo entre derecho y lógica al momento mismo de la formación del ordenamiento, el positivismo jurídico, que prevaleció en el desarrollo del pensamiento jurídico del siglo XIX, abandonó el momento de la producción jurídica –para expresarnos con una fórmula sintética, aun cuando un poco burda– a las fuerzas irracionales de la historia, y restringió el dominio de la lógica a un campo subordinado pero igualmente delimitado, y no obstante vasto e importante, el de la aplicación de la ley al caso concreto. En otras palabras, el positivismo jurídico renunció a las posiciones más avanzadas del iusnaturalismo, que la crítica historicista había vuelto indefendibles, pero no renunció para nada a la idea de que gran parte de la actividad mental concerniente al derecho tuviese que entenderse bajo el signo de la lógica. En particular me refiero, por lo que toca a la actividad del juez, a la llamada teoría declarativa del juicio, que resuelve la sentencia en un silogismo; por lo que toca a la actividad científica, me refiero al conjunto de las teorías que constituyeron el movimiento conocido con el nombre de jurisprudencia de conceptos».⁹

III. PARENTESIS

Decir que hubo una amalgama entre la doctrina de la separación de poderes y el racionalismo sería incorrecto. Lo que ocurrió fue una absorción de la primera por el segundo y, por consiguiente, una reconceptualización de la teoría de la separación de poderes como una estructura de razón.¹⁰

Pero si el racionalismo en su expresión más pura tuvo el honor de presidir la formación de una época -de esta época-, la doctrina de la separación de poderes en su encarnación histórica -la democracia parlamentaria- sobrevivió al derrumbe de sus fundamentos teóricos. Y así, de haberse concebido la separación de poderes como una Ley de razón, pasó a conceptuarse como el fundamento de una racionalidad más relativizada de las leyes.¹¹

IV. LA CRÍTICA

Caracterizamos la teoría declarativa del juicio por un *mínimum*: la consideración de la actividad

⁸ “Introducción al Pensamiento Jurídico”, Ediciones Gundarrama, Madrid, 1967, página 122.

⁹ “Derecho y Lógica”. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, Colección Cuadernos, 1965, págs. 13 y 14.

¹⁰ No otra cosa explica que no obstante ser Montequieu tan conocido persista cierta oscuridad sobre su pensamiento y sea a menudo citado fuera de contexto. Por ejemplo, Arthur Kaufmann «Analogía y Naturaleza de la Cosa», Editorial Jurídica de Chile, 1976, página 38.

¹¹ Ilustrativa de una primera reconceptualización de la doctrina de la separación de poderes como una Ley racional es el artículo 16 de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, que establece que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución.”

del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica. De esta manera la teoría declarativa del juicio es una abstracción que comprende por igual a la escuela francesa de la exégesis, que concibe la ciencia jurídica como mera hermenéutica, y a la escuela pandectista alemana, que concibe la ciencia jurídica como dogmática.

Ambas escuelas se integran con otras tesis del positivismo jurídico (como teoría) en la concepción estatal del derecho.

«Qué granizada de críticas -ha dicho Bobbio se haya volcado entre el fin del siglo pasado y el principio de éste sobre el positivismo jurídico, es inútil decirlo, pues mucho es lo que se ha hablado sobre ello y se continúa hablando a tuertas o a derechas. Este positivismo jurídico ha sido la cabeza de turco de una literatura amplísima que comprende a Geny y Ehrlich, la Escuela del Derecho Libre y la jurisprudencia de los intereses, los realistas americanos y escandinavos y, bajo la influencia de ellos, los nuevos realistas de todos los países. Quien quiera saber más sobre el asunto, vea los capítulos VI y VII de este amplio repertorio de las corrientes jurídicas modernas que es *The Province and Function of Law*, de Julius Stone.»¹²

Y en el centro de todas estas críticas se encuentran la teoría de la interpretación y la doctrina de las fuentes jurídicas, capitales en toda concepción del derecho.

«El juez es (puede) y debe ser el autómatas de la ley».¹³ O dicho en términos de una concepción más actual: La aplicación del derecho plantea al juez un problema de conocimiento, nada más, que debe ser resuelto en base al conocimiento de la Ley. He aquí el blanco.

Cuando las críticas apuntan al **puede**, son teóricas; cuando se dirigen al **debe** son doctrinarias o ideológicas. Parece lógico estimar superfluos los cuestionamientos ideológicos cuando las críticas teóricas son concluyentes: Sólo **debe** ser lo que **puede** ser. Así la crítica del **deber** ser es sobre la base de que ello **puede** ser. De otra manera la crítica ideológica carece de sentido.

Como se comprende, la llamada teoría declarativa del juicio es tanto una teoría como una ideología. Es la teoría de que el Derecho puede ser interpretado con un grado de certeza absoluta, de tal manera que su aplicación al caso concreto desde el punto de vista lógico tiene una solución unívoca. Y es la ideología que plantea que la tarea del juez es dar con esa solución y aplicarla estrictamente al caso concreto.

Ahora bien, puesto que la teoría es errada, la ideología es falsa o de aplicación imposible. Hoy como ayer.

Pero aun cuando la teoría declarativa del juicio no diera cuenta de la efectiva labor de los juristas y de los jueces animó su actividad interpretativa, en la que se comprometían con fe sincera.

Ortega y Gasset ha apuntado lo siguiente como una enseñanza decisiva del idealismo: «cuando lo que alguien piensa es un error, lo pensado no tiene realidad, pero queda como realidad el hecho mental de que alguien lo ha pensado».¹⁴

Tratándose del derecho queda mucho más porque el derecho es una idea, es una convicción socialmente compartida. El derecho es antes que nada pensamiento normativo; es un saber acerca de normas; un saber que constituye la norma misma. El conocimiento del derecho deviene en su existencia.

Por lo expuesto, no puede despreciarse en modo alguno la función real que ha cumplido la teoría declarativa del juicio.

¿Cumple hoy día alguna función la mencionada teoría, a la cual también podríamos llamar teoría del silogismo legal?¹⁵

Para la mejor comprensión de la respuesta a la pregunta debe enfatizarse un hecho que aparece de lo antes expuesto: La dogmática y la exégesis se constituyeron en verdaderos paradigmas de la interpretación jurídica.

Ahora bien, un paradigma, en general, no puede ser dejado de lado sino hasta que exista una teoría sustituta que satisfaga a la comunidad científica de que se trata, y que de esta manera se constituya en paradigma sustituto.

¹² Op. cit. pág. 17.

¹³ Ver página 2.

¹⁴ "Guillermo Dilthey y la Idea de la Vida", en "Kant. Hegel. Dilthey". Revista de Occidente, Segunda Edición. 1961, Madrid.

¹⁵ Preferimos el primer nombre en atención a lo expuesto en el primer párrafo del N° IV.

La granizada de críticas que se ha hecho a la teoría declarativa del juicio ha provenido de diversas posiciones, cuya multiplicidad da cuenta de su incapacidad para convertirse en paradigma sustituto, no obstante no quedarse ellas en lo negativo nada más. Prontamente las críticas en contra de la mencionada teoría se dirigieron tanto al **puede ser** como al **debe ser**; en otras palabras: Se planteó que inevitablemente los jueces creaban derecho y se dijo que esto era bueno. Pero ello desde distintas posiciones teóricas y doctrinales en pugna unas con otras.

Claro está que la crítica ha hecho mella en la teoría declarativa del juicio, de tal manera que de **ideología real** de la interpretación jurídica, en sus formas vivas de dogmática jurídica y escuela de la exégesis, ha devenido en **ideología oficial**, en la forma más abstracta de la teoría declarativa del juicio. Con esto el método jurídico mismo ha cambiado, haciéndose cada vez más subjetivo, vacilante, por ende menos explícito, y menos ambicioso en cuanto a lograr una finalidad trascendente.

V. PERSPECTIVAS DE SUSTITUCION

Creo que es errado esperar que la ideología sustituta de la interpretación jurídica se genere exclusivamente dentro del cultivo especializado de los juristas. Hemos visto que la ideología de la interpretación jurídica se conecta con los grandes motivos de la época. No cabe esperar que en el futuro ocurra cosa distinta. Por consiguiente, anticipo que el cariz de la nueva época le dará fisonomía a la ideología sustituta de la interpretación.

En forma muy esclarecedora ha dicho Ortega y Gasset: “Una época es un repertorio de tendencias positivas y negativas, es un sistema de agudezas y clarividencias unido a un sistema de torpezas y cegueras. No es sólo un querer ciertas cosas, sino también un decidido no querer otras». ¹⁶

Ciertamente, la teoría declarativa del juicio ilustra magníficamente el aserto de Ortega y Gasset.

La teoría declarativa del juicio se conecta con el racionalismo, al punto que es expresión de su espíritu. Calificamos ahora a ese racionalismo como cartesiano, para poner de relieve, que su *razón* no es la única posible ni la única que históricamente se ha conceptualizado como tal. La concepción de la razón que tuvo su origen en Descartes y que inauguró una tradición plurisecular desecha del campo de lo racional todo aquello que carece de la evidencia. La racionalidad cartesiana puede caracterizarse como apodíctica o matemática. Su método es el geométrico. Hemos visto que Descartes era optimista respecto de lo susceptible de ser aprehendido por la razón. Dijo: “no puede haber ninguna (verdad) tan alejada que no se llegue finalmente a ella, ni tan oculta que no se la descubra”. ¹⁷

La mayoría de los críticos de la teoría declarativa del juicio son tributarios del racionalismo cartesiano, pero carecen de su optimismo; vale decir, participan del concepto de racionalidad originado en Descartes, pero estiman que solamente una pequeña porción de la realidad se deja aprehender por la razón. De esta doble actitud proviene su cuestionamiento de que la aplicación de la Ley se resuelva como una cuestión de conocimiento.

Alrededor de la mitad del siglo pasado algunos juristas cultivadores de la lógica comenzaron a cuestionar la concepción de la razón que tuvo su origen en Descartes y retomaron la antigua tradición de una concepción más amplia de la racionalidad. A este respecto debemos recordar que Occidente siempre ha sido racionalista, en una acepción más comprensiva que la del racionalismo originado en Descartes.

El desarrollo y difusión de posiciones basadas en la nueva actitud es muy lento. Un hito importante lo constituye la publicación del “Tratado de la Argumentación”, de Chaim Perelman y L. Olbrechts-Tyteca. Personalmente creo que lo más está por hacerse. Por otra parte, la constitución de un nuevo paradigma de la interpretación jurídica no puede esperarse solamente de una nueva postura ante la racionalidad; otros motivos, de carácter ideológico, se precisan. Retomando la cita precedente de Ortega y Gasset, diremos que se precisa un decidido querer ciertas cosas y no querer otras.

¹⁶ “El Ocaso de las Revoluciones”. En “El Tema de Nuestro Tiempo”. Revista de Occidente en Alianza Editorial, Primera Edición, 1981, pág. 154.

¹⁷ Ver cita que se hace de Descartes en el N° II. Nota 7.

