

## La Aplicación del Derecho

### M<sup>a</sup> Cinta Espuny

Es una vieja cuestión dentro del campo de la Filosofía del Derecho plantearse qué tipo de actividad realizan los jueces y tribunales cuando aplican el Derecho.

A partir de la época en que fueron promulgados los sucesivos códigos de leyes, la doctrina decimonónica y de principios del XX pasó a considerar que el Ordenamiento Jurídico era completo, sin lagunas, coherente y capaz, por tanto, de resolver cualquier caso práctico que se pudiera plantear por extraño que pareciera. Asociada a esta idea surgía otra según la cual los jueces carecían en absoluto, ya no sólo de discrecionalidad, sino también de iniciativa, reduciéndose su función a un mero automatismo lógico en que, dadas unas circunstancias fácticas particulares (premisa menor) y una conducta genérica definida en la letra de la ley (premisa mayor), sólo cabía una conclusión silogística, un fallo perfecto.

No obstante, los años, los hechos y la doctrina posterior se han encargado de poner en tela de juicio semejante concepción.

Tanto Ross como Kelsen o Hart señalan los problemas que plantea la aplicación de las normas por los tribunales, y reflejan la falsedad de los ideales de un sistema normativo coherente, completo y operativo.

La aplicación del derecho significa su tránsito desde una regla general a una decisión particular o, como dice Kelsen, de una grada superior a una grada inferior, y el proceso espiritual que acompaña a la aplicación es la interpretación, que se da no sólo en las sentencias judiciales o resoluciones administrativas, sino que también se aplica o interpreta la Constitución en el proceso legislativo, los Tratados Internacionales o normas de Derecho Internacional cuando son aplicados internamente, en las normas individuales, también los ciudadanos mediante su conducta y, finalmente, la interpretación que realiza la ciencia jurídica (que es interpretación, aunque no aplicación). A las reglas o principios que guían a los tribunales en el tránsito de la regla general a la decisión particular, Ross lo llama "método jurídico" y, en el caso de aplicación del derecho formulado, "interpretación".

La actividad que realiza el juez no es mecánica, sino que se encuentra con toda una serie de problemas derivados de la imprecisión y ambigüedad propias del lenguaje natural en que está formulado el derecho, otros problemas se refieren a la determinación del derecho aplicable y, finalmente, problemas de hecho, como los de prueba y calificación. El juez debe tomar una decisión en la cual no sólo cuenta el conocimiento de la ley, sino también la actitud valorativa de la conciencia jurídica, una actividad que Ross llama emotivo-volitiva.

Por tanto, analizaremos en primer lugar los problemas referentes a la interpretación y, posteriormente, el tipo de actividad que realiza el juez en la aplicación del derecho y los factores que intervienen en la misma.

### Problemas de interpretación

El primer problema que se plantea es que las normas jurídicas establecen instrucciones de alcance general que no pueden prever todos los casos que se plantean en la práctica y, por consiguiente, dejan abiertas posibilidades y, por ello, dudas sobre las conductas exigidas en los casos particulares. Los métodos o cánones

de interpretación no eliminan esas dudas, aunque pueden atenuarlas. No obstante, hay que tener en cuenta, como remarca Hart, que dichos cánones son también reglas generales que a su vez requieren interpretación. Tanto en la técnica del precedente como en la de la legislación, en la gran mayoría de los casos, a la hora de la aplicación, las pautas resultarán ser indeterminadas en algún punto; tendrán lo que Hart llama "textura abierta". Es decir, que el uso de términos generales conlleva una falta de certeza en la zona marginal, como después veremos.

Hart señala que muchas veces la legislatura no puede formular de una manera eficaz reglas generales para ser aplicadas caso por caso sin nuevas directivas oficiales. Una técnica consiste en que la legislatura establece unas guías muy generales ("standards") y delega en un cuerpo administrativo familiarizado con los diversos tipos de casos la tarea de elaborar reglas adaptadas a éstos, como podría ser por ejemplo el justiprecio en diversos tipos de mercados. Cuando resulta imposible identificar una clase de acciones específicas, se utiliza otra técnica que consiste en dejar a los ciudadanos la tarea de valorar las pretensiones sociales, exigiéndoles un standard variable (por ejemplo, el "debido cuidado") que no ha sido definido oficialmente; la actuación de los ciudadanos, no obstante, estará sujeta a la corrección por parte de los tribunales. En los sistemas de precedentes, las indeterminaciones son más complejas, ya que no hay ningún método para determinar la regla que da autoridad a un precedente, ninguna regla extraída de los casos puede ser considerada como la única correcta y los tribunales pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente. En estos últimos sistemas la función de los tribunales, según Hart es semejante al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas.

Kelsen opina que la indeterminación en algunos de los sentidos del ámbito de aplicación deja un espacio para la libre discrecionalidad. La norma superior tendría el carácter de marco que debe llenarse con el acto de aplicación, el cual está sólo parcialmente determinado por el derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación del acto, según Kelsen, puede ser intencional o no. Es intencional cuando esa indeterminación es querida por el órgano que promulgó la norma, como de hecho ocurre con las normas generales, que dejan el proceso de determinación abierto al acto de aplicación. La indeterminación es no intencional cuando no es una consecuencia buscada, sino que se produce por ambigüedad, por contradicción entre normas o discrepancia entre la voluntad del legislador y su expresión en el texto legal. También puede ocurrir que existan varias posibilidades de aplicación, en cuyo caso el acto de aplicación será conforme a derecho, en opinión de Kelsen, si se mantiene dentro del marco legal.

Alf Ross pormenoriza los problemas que plantea la interpretación, agrupándolos en tres ámbitos: semánticos, sintácticos y lógicos.

Los problemas semánticos se refieren principalmente a la vaguedad y ambigüedad de las palabras, que no tienen un campo único de referencia, sino dos o más. La referencia semántica de una palabra posee una zona central de certeza en su aplicación y un círculo exterior de incertidumbre donde es más dudoso si puede o no ser aplicada, y esta duda surge de la vaguedad del significado de las palabras. Ross cree que el significado de una palabra se puede determinar mejor si se tiene en cuenta la expresión donde aparece y la expresión, a su vez, se determina con mayor precisión en relación con el contexto lingüístico y la situación fáctica. Como las directivas jurídicas se expresan en terminología del lenguaje cotidiano, el contexto y la situación devienen auxiliares fundamentales de la interpretación judicial.

No obstante, la interpretación semántica no es mecánica, ya que en la mayoría de los casos (excepto si son muy claros y obvios) no conducirá a un resultado preciso, ya sea por falta de prueba concluyente o por inexactitud de la intención del legislador. Ross opina que en estos casos el intérprete debe abandonar; pero si aún así elige una

posibilidad, ya no está interpretando, sino adoptando una decisión motivada por factores externos al texto de la ley. Por otra parte, hay que considerar que la interpretación de directivas exige decisiones de este tipo.

Los problemas sintácticos de interpretación, que tampoco se pueden desconectar del contexto y de la situación, se refieren obviamente a la conexión de las palabras en la frase, y pueden dar lugar a imprecisiones cuando no queda claro a qué palabra se refiere un adjetivo o una frase adjetival, los pronombres demostrativos y posesivos y las frases de modificación, excepción o condición, en las que la puntuación puede ser importante.

Capítulo aparte merecen los problemas lógicos, que lo son en el sentido de que pueden ser detectados por un análisis lógico, pero no en el sentido de que puedan ser resueltos con la ayuda de la lógica. Ross señala tres: inconsistencia, redundancia y presuposiciones.

La inconsistencia se produce cuando dos normas imputan efectos jurídicos incompatibles. Ross llama inconsistencia absoluta o total-total cuando dos normas no pueden ser aplicadas en ningún caso sin entrar en conflicto entre sí; inconsistencia total-parcial cuando la aplicación de una de ellas entra en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo de aplicación adicional que no entra en conflicto con la primera; y, finalmente, la inconsistencia parcial-parcial se produce cuando cada una de las dos normas tienen un ámbito de aplicación que entra en conflicto con el de la otra, mientras que ambas poseen otro ámbito de aplicación autónomo donde no se producen conflictos.

Ross considera que son raras las inconsistencias dentro de una misma ley. En caso de inconsistencia absoluta y de inconsistencia parcial-parcial, no hay una regla general para resolverlas y habrá que acudir a criterios externos a la ley. En caso de inconsistencia total-parcial, se entiende que la norma particular es una limitación de la general.

En cambio, cuando se da un conflicto entre leyes diferentes, los jueces y juristas utilizan varias reglas para resolver la contradicción normativa: *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*, que por otra parte no tienen el carácter de axiomas absolutos. Como dice Nino, estas reglas no poseen el carácter de leyes lógicas, ya que su aplicación está sujeta a consideraciones pragmáticas, que dan lugar a excepciones irregulares y no resuelven el caso de las contradicciones entre normas de la misma jerarquía, generalidad y dictadas simultáneamente, ni tampoco cuando entran en juego normas no reconocidas, como los principios de Dworkin.

Ross analiza las posibilidades que se plantean cuando el conflicto se da entre leyes diferentes. Así, en el caso de inconsistencia absoluta, se aplica normalmente el criterio de la *lex posterior*. Si se da incompatibilidad total-parcial y la particular es posterior, opera conjuntamente el criterio de *lex posterior* y *lex specialis*; si la ley general es posterior, según las circunstancias la *lex specialis* podrá prevalecer sobre la posterior, pero habrá que recurrir a otros criterios diferentes.

En caso de incompatibilidad parcial-parcial, la *lex posterior* sólo se aplica si el legislador "tuvo la intención" de reemplazar la anterior; de no ser así, se deberán aplicar otros criterios.

Tampoco cree Ross que la *lex superior* constituya un criterio definitivo, por diversas razones. En primer lugar, porque la prioridad de la Constitución sólo se produce en el supuesto de que los tribunales tengan competencia para revisar la constitucionalidad material de las leyes y, aún así, no siempre admiten la existencia de un conflicto. Por otra parte, la instancia legislativa superior puede ser competente para autorizar a la inferior a dictar disposiciones normativas con fuerza derogatoria respecto a normas superiores. Y, por último, siempre es posible que los tribunales, aún sin autoridad para hacerlo, se aparten de la *lex superior*.

Kelsen considera que cuando se da una contradicción entre normas, ambas están en pie de igualdad desde el punto de vista del derecho positivo y, por tanto, no hay un método inequívoco que conduzca a un solo resultado, sino que éste dependerá de la voluntad del órgano encargado de la aplicación.

La redundancia normativa se produce cuando dos normas que tienen el mismo campo de referencia estipulan la misma solución.

Ross cree que tampoco existe una solución mecánica y que la decisión habrá de basarse en otras consideraciones, entre las que se encuentra la presuposición por parte de los jueces de que no hay redundancias.

Las presuposiciones, según Ross, pueden ser de dos tipos: falsas presuposiciones fácticas, cuando una regla hace presuposiciones incorrectas o defectuosas sobre cuestiones de hecho, lo cual no puede ser resuelto por la interpretación lingüística y habrá que recurrir a otros criterios interpretativos o a la discreción. Las falsas presuposiciones jurídicas se producen cuando una norma hace presuposiciones incorrectas sobre el contenido del derecho vigente o sobre situaciones jurídicas concretas; tampoco en este caso existe una solución mecánica y habrá que acudir al sentido común o a la discreción.

Mención aparte merece el problema de cuando el sistema jurídico carece, en cierto caso, de toda solución normativa, es decir, las lagunas, que muchos juristas y filósofos del derecho se niegan a admitir, como Hans Kelsen, que sostiene como verdadero para todo sistema jurídico el principio de clausura, según el cual todo lo que no está prohibido está permitido.

Carlos Santiago Nino considera este principio como una tautología y que sólo funcionaría en el ámbito del derecho penal, siendo muy raro en otros ámbitos jurídicos. Alchourrón y Bulygin resaltan que del hecho de que haya remedios para solucionar los casos de lagunas, no puede deducirse que éstas no existan. Los recursos más usuales son la analogía, vedada en el derecho penal moderno y la apelación a los principios generales del derecho o a la naturaleza jurídica de la institución

Pasamos a continuación a estudiar *la actividad que realiza el juez en la aplicación del derecho y los factores que intervienen*.

Con la enumeración de los principales problemas que plantea la interpretación de las normas basta para poner de manifiesto lo erróneo de la teoría tradicional de la actividad judicial, que tiene su origen en la escuela francesa de la exégesis y en la jurisprudencia de conceptos, que consideran la tarea del juez como una actividad mecánica. Dicha teoría tradicional considera el razonamiento judicial como un silogismo cuya premisa mayor sería la norma jurídica, la premisa menor la descripción de los hechos y la conclusión la solución del caso. Esto no es exactamente así, ya que la propia elección de las premisas y las reglas de inferencia del razonamiento judicial exigen, según Alchourrón y Bulygin, una auténtica labor creativa por parte del juez, aparte del amplio margen de apreciación personal de la prueba.

Ross critica la teoría tradicional, la cual, según él, partía de dos principios: el conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados, y la motivación estricta de la obediencia a la ley. Lo que en realidad ocurre, según Ross, es que dicho conocimiento es imperfecto y que el juez tiene que decidirse mediante una valoración, en la que también entran en juego las circunstancias políticas, económicas y sociales que rodean tanto la sanción de las normas jurídicas como los hechos juzgados; y, en cuanto a las actitudes, la conciencia jurídica formal del juez compite con su conciencia jurídica material, es decir, llegar no sólo a una solución correcta, sino también justa o socialmente deseable; de tal manera que con frecuencia se encuentra ante el dilema de aplicar estrictamente la ley, dando lugar a una solución injusta, o apartarse de ella, para decidir satisfactoriamente el caso planteado.

Respecto a las técnicas que de hecho utilizan los jueces, tampoco resulta definitiva, a juicio de Ross, la interpretación pragmática, que atiende al propósito de la ley, ya que a veces es imposible de determinar y, otras veces, sólo indica el propósito directamente buscado, y hay que tener en cuenta diversos efectos incidentales que pueden surgir en otros sentidos. Según Ross, el propósito de la ley es sólo un elemento más entre otros. La estimación de los intereses tampoco es una solución, según Kelsen, puesto que deja la determinación de la jerarquía de los intereses al propio acto de aplicación. Ni siquiera otros métodos usados por los jueces permiten un resultado único definitivo, ya que, en opinión de Kelsen, atenerse a la voluntad del legislador, dejando de lado el tenor literal, o atenerse al tenor literal sin preocuparse de la voluntad del legislador, desde un punto de vista positivo, son equivalentes, y respecto al argumento *a contrario* y a la analogía, Kelsen los considera carentes de valor, ya que conducen a resultados contrapuestos.

Ross cree que es insostenible la distinción entre interpretación subjetiva (lo que se quiso decir) e interpretación objetiva (lo que se dijo), puesto que la intención interna del autor es inaccesible, y la diferencia entre ambas se basa más bien en los elementos que se toman en cuenta a la hora de interpretar: en la subjetiva, las circunstancias personales y fácticas en el momento en que la norma se formuló, y en la objetiva, los datos discernibles por el destinatario en el momento de la recepción; con lo cual a veces es más inexacta (más "subjetiva") que la subjetiva. También opina que la interpretación literal no es más que una ilusión.

Tanto Ross como Kelsen consideran que la actividad del juez a la hora de interpretar y aplicar la ley es no sólo una actividad cognoscitiva, sino también y principalmente volitiva. Puede haber una actividad cognoscitiva de los hechos del caso y del contenido de la norma jurídica; pero también, como señala Kelsen, de normas morales, de justicia, juicios de valor sociales, etc, elementos extrajurídicos que se transformarían en normas jurídicas positivas en el acto de aplicación, que depende de la discrecionalidad del órgano. Por tanto, en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación se enlaza con un acto de voluntad, que es la decisión. Según Kelsen, la pregunta sobre cuál sea la posibilidad correcta no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político.

De la misma manera que, a partir de la Constitución, no se puede obtener una sola ley correcta, a partir de la ley tampoco se puede obtener una única sentencia correcta. Por esta razón el hecho de llegar a una norma individual en la aplicación de la ley es una función volitiva.

En este sentido, la interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica en opinión de Kelsen, puesto que tanto cuando se produce una norma individual como cuando se ejecuta una sanción, se crea derecho. El juez incluso puede producir una norma que se encuentre fuera del marco de la norma aplicable y es derecho positivo en cuanto adquiere fuerza de cosa juzgada. En cambio, interpretación no auténtica sería la que realizan los particulares cuando optan entre diversas posibilidades que les ofrecen las normas que regulan su comportamiento.

Para acabar, haré una pequeña mención de la concepción de Hart sobre la aplicación del derecho por parte de los jueces y la crítica realizada por Dworkin a la misma.

Como hemos dicho al principio, Hart habla de la textura abierta del lenguaje, que se manifiesta en la vaguedad de las palabras y que sería la causa de que cada norma tenga un núcleo de certeza y una zona de penumbra, tal como ya señalaba Ross. Y es en esa zona de penumbra donde surgen la mayor parte de los problemas de aplicación. Contrariamente a las teorías iusnaturalistas, Hart considera separables el derecho y la moral, de tal manera que las obligaciones legales pueden entrar en conflicto con las morales, es decir, puede ocurrir que el juez tenga que aplicar una

norma que considera inmoral o bien se crea en la obligación moral de no aplicarla. Hart descalifica las teorías extremas sobre la interpretación del derecho: el formalismo, que pretende crear la apariencia de que en cada caso es posible deducir, mediante métodos interpretativos, una decisión a partir de la ley (lo que Ross llama "estilo limitado"); y el escepticismo de las reglas, que sostiene que el juez siempre crea derecho ante la ausencia de normas aplicables. Hart considera que en los casos que caen dentro del núcleo de certeza, los jueces tienen la obligación de aplicar la norma; en cambio, los casos que caen en la zona de penumbra han de ser resueltos por la discrecionalidad judicial.

Dworkin ha realizado una crítica a la teoría positivista de la aplicación, centrada en la figura de Hart. Dworkin cree que el derecho no está formado sólo por reglas (que pueden o no ser aplicadas), sino por principios, los cuales tienen una importancia decisiva en la argumentación judicial y que no pueden ser identificados mediante la regla de reconocimiento de Hart, sino que surgen de la adecuación al presente por parte de la comunidad jurídica. Dworkin concibe como derecho todo aquello que surge de la interpretación realizada por los operadores jurídicos. Por otra parte, opina que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, de tal forma que un sistema jurídico que no posea los principios morales de un ordenamiento jurídico avanzado no es derecho, opinión en la línea del iusnaturalismo clásico. La conclusión final de lo anterior casi cae por su peso: siempre será posible encontrar una respuesta correcta (aunque el caso se sitúe en la zona de penumbra), ya que si es derecho todo lo que surge de la interpretación y en la interpretación el juez utiliza los principios y también normas morales, todo ese derecho en su integridad permite llegar a la solución correcta en cada caso.

Personalmente, estoy más de acuerdo con los positivistas y creo que la solución concreta a la que se llega en gran parte de los casos (exceptuando los casos "típicos" en que las sentencias se dictan en serie) es a menudo contingente, depende en gran medida de la voluntad del juez y esa voluntad viene determinada, no sólo por la letra de la ley, sino por todas las circunstancias que rodean el caso, que pueden ser de diversa índole, y entre las que juega un papel importante la opinión pública expresada a través de los medios de comunicación. También las propias convicciones morales, religiosas, ideología, prejuicios derivados de la educación recibida, etc. decantan la balanza hacia un lado u otro. Y, generalmente, una vez tomada la decisión, se buscan los argumentos y las técnicas de interpretación adecuadas a la misma. A los que sostienen que se puede llegar a una única solución correcta les preguntaría que en caso de casación o de cambio de jurisprudencia, ¿cuál de ellas es la sentencia correcta?

## Bibliografía

- ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1970.
- KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1979.
- HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Editorial Ariel, S.A.. Barcelona 1984.
- NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel Derecho. Editorial Ariel, S.A.. Barcelona 1991.

- MORESO, Josep Joan: *La teoría del Dret de H.L.A. Hart. (Herbert versus Hèrcules)*. Institut de Ciències Polítiques i Socials. WP núm. 14. Barcelona, 1990.