

## INTERPRETACIÓN JURÍDICA (DOS LECTURAS DEL DERECHO)\*

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El orden jurídico*. III. *Autopoyetika iuris*. IV. *Interpretación e indeterminación*. V. *¿Perplejidad?* VI. *Las variaciones jurídicas*. VII. *Final*. VIII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo trata de la aplicación del derecho, de lo que hacen los jueces.<sup>1</sup> Se inscribe dentro de un análisis de las creencias que subyacen detrás de la aplicación del derecho; creencias que rodean la función judicial, creencias en las que los jueces creen, aunque no las expliciten.<sup>2</sup> Algunas de estas creencias son, si no contradictorias (no es de la naturaleza de las creencias ser consistentes), al menos se oponen entre sí y su descripción arroja fuertes paradojas.

Una idea ampliamente aceptada es que una teoría<sup>3</sup> tiene que ser descriptiva. Ahora bien, una teoría que pretenda describir el derecho *as it is* tiene que determinar su objeto. Sobre este particular voy a explicitar la

\* Para propósitos diversos, algunas ideas aquí expuestas las he considerado en otro trabajo. *Cfr.*: “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica”, en Malen, J.; Orozco, J. y Vázquez, R. (eds.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 57-83.

\*\* Facultad de Derecho, UNAM, México.

<sup>1</sup> Ciertamente, existen otras instancias que aplican el derecho, sin embargo, me refiero a los jueces como instancias profesionales, conocedoras de las técnicas de la aplicación de normas jurídicas.

<sup>2</sup> Mi tesis incluye las decisiones administrativas y cualquier acto de aplicación del derecho. Sin embargo, retengo como ejemplo a los jueces porque la aplicación judicial del derecho es la más elaborada.

<sup>3</sup> “Teoría” entendida como conjunto de enunciados (definiciones, axiomas e hipótesis) que dan cuenta de un sector del mundo. (véase Guibourg, Ricardo, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986, Filosofía y Derecho, 13, p. 10.

siguiente tesis que informa todo este trabajo: lo que los jueces hacen,<sup>4</sup> *quae iudices*, es parte de lo que el derecho es. De ahí que una apropiada descripción del derecho tiene que dar cuenta de lo que los jueces hacen.

El derecho —lo he señalado varias veces<sup>5</sup>— tiene como condición de existencia su formulación en un lenguaje.<sup>6</sup> Pero, ¿cómo se conoce un lenguaje? La respuesta es sencilla: conoce un lenguaje quien sabe qué dice. Quien sabe qué dice puede hacer una «lectura» de sus textos. Así, v. g.: una persona sabe griego si dice lo que está dicho en griego; sabe árabe quien entiende lo que se dice en árabe; sabe tártaro, quien entiende tártaro y... *sabe derecho quien nos dice lo que el derecho dice.*<sup>7</sup> Los jueces dicen lo que el derecho dice y, con ello, determinan lo que el derecho es.

## II. EL ORDEN JURÍDICO <sup>8</sup>

### Pannomion<sup>9</sup>

La profesión jurídica concibe el derecho como un conjunto, (“orden”) a cuyas entidades llama “normas” (cualquier cosa que éstas fueran).<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Incluyendo, *mutatis mutandi*, a cualquier órgano aplicador del derecho actuando como tal.

<sup>5</sup> Véase: mi artículo: “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación”, en Malen, Jorge; Orozco, J. de Jesús y Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, *supra*, 2003.

<sup>6</sup> Véase: Capella, José Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 28.

<sup>7</sup> Sobre el problema de la «lectura» jurídica, véase mi libro: *Razonamiento y argumentación jurídica (El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, serie Doctrina Jurídica, núm. 121, pp. 95 y ss.

<sup>8</sup> En esta sección reformulo algunas tesis expuestas en mi artículo “Rechtsordnung und Verfassung. Eine Kurze Beschreibung des Prozesses des Rechtserzeugung”, en Olivé, León y Salmerón, Fernando, *Philosophie und Recthstheorie in Mexiko*, Berlín, Dunccker und Humblot, 1989, pp. 121-133. Algunas de ellas están incluidas en el capítulo X: “El concepto de constitución” de mi libro *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Distribuciones Fontamara, 2002, Doctrina Jurídica Contemporánea, 3; y en mi ensayo: “La interpretación constitucional. (La falacia de la interpretación cualitativa)”, en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, Doctrina Jurídica Contemporánea, 4, pp. 89-133.

<sup>9</sup> Palabra inventada por Bentham. *Cfr.*: *Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, capítulo XVII, nota final, sección VI, Darien, Connecticut, Hafner Publishing Co., 1970, The Hafner Library of Classics, 6, p. 333.

<sup>10</sup> En la tradición de habla inglesa el uso de *norms* es menos frecuente; se usa *laws* (con ‘l’ minúscula) o *rules*. Pero lo que los juristas dicen sobre *norms* se aplica tanto a *laws* como a *rules*.

Para la profesión jurídica, el derecho no es una cosa singular, sino un conjunto, una «clase de cosas» (aunque habitualmente no lo expliciten). Ahora bien, para penetrar la «naturaleza» del derecho (*i. e.* de cualquier orden jurídico histórico) es necesario tener en cuenta que los órdenes jurídicos son conjuntos más bien complejos. Esta complejidad resulta de la interdependencia recíproca de sus entidades (*i. e.* normas) que los juristas conciben como las «partículas elementales» de los órdenes jurídicos positivos). “Es imposible penetrar la naturaleza del derecho [dice Hans Kelsen] si limitamos nuestra atención a una norma aislada... Únicamente sobre la base de una clara comprensión de estas relaciones que constituyen el orden jurídico puede entenderse completamente la naturaleza del derecho”.<sup>11</sup>

El profesor H. L. A. Hart, sostiene que una descripción completa de una norma particular supone una descripción de todas las condiciones comunes a ella y a las otras normas; por tanto, supone una descripción del funcionamiento de la totalidad del sistema.<sup>12</sup> Antes de Kelsen y de Hart, Jeremy Bentham (1748-1832), para quien el derecho es un *pannomion*, observaba: “Un cuerpo de normas es una vasta y complicada pieza de mecanismo de la cual ninguna de las partes puede ser completamente explicada sin el resto. Para entender las funciones de un péndulo *balance-wheel* se debe deshacer todo el reloj: para entender la naturaleza del derecho se debe deshacerlo todo”...<sup>13</sup>

El derecho no es un mero abarrotamiento de cosas; sino, más bien, una “intrincada urdimbre de normas”.<sup>14</sup> El derecho es un conjunto<sup>15</sup> (de normas).

<sup>11</sup> *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Nueva York, Russell and Russell, 1973, p. 3. (Reimpresión de la edición de Harvard University Press, 1945). Los corchetes son míos. Existe versión española de García Máynez, Eduardo, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, p. XXXV.

<sup>12</sup> Cfr: “Introduction” en Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, Hart, H. L. A. (ed.), Londres, Athlone Press, 1970.

<sup>13</sup> *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, University of London, The Athlone Press, 1959. (The Collected Works of Jeremy Bentham), capítulo XVII, § 29 n. b2, p. 299.

<sup>14</sup> El derecho no es una yuxtaposición de entidades. Estas entidades están de tal manera relacionadas que no hay espacio para entidades aisladas o separadas. Las entidades que forman el derecho se encuentran relacionadas en una secuencia (véase *infra*: *La estructura básica del orden jurídico*).

<sup>15</sup> Un conjunto que no puede ser vacío.

Éste es un dato básico para la profesión jurídica, un presupuesto de su oficio. Así:

$$= \{n, n, n, n \dots\}$$

Donde cubre cualquier derecho positivo y donde ‘n’ nombra “cualquier cosa” hecha norma jurídica. Ahora bien,  $x$  se convierte en  $n$  si ciertas condiciones son satisfechas. (Si  $x$  satisface la “regla de formación del conjunto”).

A esta compartida concepción estática, la profesión jurídica añade otro dato: El derecho no es sólo un conjunto atemporal de normas, sino es un “*continuum* de actos humanos que crean y aplican normas jurídicas”.<sup>16</sup> El derecho —valga la paráfrasis benthamita— es un *pannomion dynamikon*.

Aunque esta concepción dinámica no siempre es hecha explícita; ésta no es tampoco “el lado oscuro de la luna”. El aspecto cinético del orden jurídico es siempre presupuesto en el trabajo cotidiano de jueces y abogados y corresponde ampliamente a los usos profesionales de “derecho”. La tesis que subyace detrás de este ensayo es que el derecho es la “unión de actos de creación y actos de aplicación del derecho”.<sup>17</sup> En lo que sigue me moveré dentro de esta concepción dinámica.

### III. AUTOPOYETIKA IURIS

#### 1. Nomodinámica

Los actos que crean el derecho ocurren en diferentes momentos y en gran variedad de cadencias. No obstante, sus entidades, *i. e.* normas (y los actos que las crean y aplican), son interdependientes unos con respecto de los otros. Las entidades de un orden jurídico se encuentran relacionadas de tal forma que para que el orden jurídico opere es necesario que los actos que crean y aplican las normas se realicen en una secuencia que va de los actos jurídicos condicionantes (*acta anterioria*) a los actos condicionados (*acta posteriora*), conexión sin la cual la creación jurídica “escalonada” no es posible.<sup>18</sup>

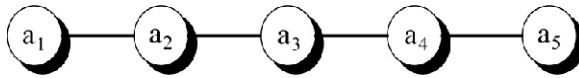
<sup>16</sup> Los actos jurídicos son bifásicos (*sit venia verba*); prácticamente todos ellos son, al mismo tiempo, actos de creación y actos de aplicación.

<sup>17</sup> En cuanto a esto véase Atria, Fernando, *On Law and Legal Reasoning*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2001, The European Academy of Legal Theory Series.

<sup>18</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Viena, Verlag Franz Deuticke, 1960, pp. 228 y ss; véase, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Po-

Es fácil percibir que el concepto clave en esta secuencia es el de facultad. “Facultad” nombra una función fundamental que, *inter alia*, permite identificar (*i. e.* determinar) los actos y normas subsecuentes. Ahora bien, si los *acta posteriora* están condicionados por otros los *acta anteriora*, entonces estos actos pueden ser representados como una secuencia en la cual *se faculta* la creación de actos jurídicos.<sup>19</sup>

Figura 1



Donde los actos  $a_1$  son la condición de los actos  $a_2$ ; y éstos la condición de  $a_3$ , *et sit cetera*. Es difícil percatarse de que  $a_5$  no condiciona ningún acto ulterior y, por tanto, es considerado las consecuencias de esta secuencia. A su vez,  $a_1$  es la condición más mediata de las consecuencias y tiene la particularidad de no estar condicionada por ningún acto.

Como dije, los actos jurídicos crean y aplican normas. Aunque las normas no son sino el contenido de los actos jurídicos (que los crean), es posible representar el aspecto fáctico del derecho conjuntamente con su aspecto normativo.

Normas y actos están íntimamente unidos. Esto me obliga a introducir más elementos en el diagrama:

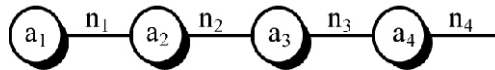


Figura 2

rrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997 (reimpresión de la edición de la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de 1979, pp. 232 y ss.) En gran medida ésta es una reformulación de la tesis de Kelsen. Sobre la creación escalonada del orden jurídico, véase: Ohlinger, Theo, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Viena, Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 1975.

<sup>19</sup> Joseph Raz llama a estas secuencias de actos que facultan: ‘cadenas de validez’. En la construcción de estas secuencias de facultades he tomado varias ideas de *The Concept of a Legal System* (véase: pp. 97-99).

Cada línea de unión representa una norma<sup>20</sup> que faculta (autoriza) el acto que la aplica y la cual, a su vez, crea las normas que siguen en la secuencia. Así,  $n_1$  autoriza los actos  $a_2$ , cuya realización aplica  $n_1$  y crea  $n_2$ . Ésta es precisamente la función de facultar. Esta función puede ser representada por la fórmula siguiente:

$$(n) n O F$$

y se lee: “existe una norma  $n$  que faculta a un determinado un órgano ( $O$ ) a realizar”, en el caso, crear  $a_2$ . Lo que se encuentra entre corchetes es lo que  $n$  prescribe. En el diagrama de la secuencia es claro que los actos que forman (que pertenecen) la secuencia tienen que satisfacer las condiciones impuestas por los actos que les preceden. Siguiendo las prácticas de la profesión jurídica, voy a denominar “conformidad” a la satisfacción de estas condiciones.

## 2. Validez sistemática

Teniendo en cuenta lo que acabo de decir, voy a introducir un concepto de validez que ayuda a describir el funcionamiento de esta secuencia de facultades sucesivas (léase: ‘secuencia  $f$ ’) que corresponde perfectamente con las prácticas judiciales. Este concepto puede ser resumido en los siguientes dos enunciados:

(1)  $x$  es  $n$  si, y sólo si,  $x \in S$  (donde “ $S$ ” representa una secuencia  $f$  y “ $n$ ” una norma de la misma), y

(2)  $x$  es  $a$  si, y sólo si,  $x \in S$  (donde “ $S$ ” representa una secuencia  $f$  y “ $a$ ” un acto de la misma)

*i. e.*, algo es una norma o un acto jurídicamente válido si, y sólo si, pertenece a una secuencia  $f$  de un cierto orden jurídico.

Las entidades de una secuencia  $f$  (sean normas o actos) son jurídicamente válidos si satisfacen las “reglas de formación” del conjunto (*i. e.* de la secuencia), establecidas (sucesivamente) por los actos que le preceden. Estas “reglas de formación” son las condiciones fijadas por las normas que confieren facultades, las cuales autorizan la realización de ciertos actos jurídicos.

<sup>20</sup> “Norma” en el sentido de norma *unselbständige Rechtsnormen* (‘normas no independientes’) (Véase Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, cit.*, nota 18, pp. 55 y ss. (véase *Teoría pura del derecho, cit.*, nota 18, pp. 68-70). Para Kelsen las normas propiamente hablando se componen de toda la secuencia (*cfr. idem*).

La validez jurídica es el resultado de la conformidad a las “reglas de formación” de la secuencia y, en este sentido, no tiene nada que ver con “valores” (no obstante su semejanza gráfica) ni con ninguna consideración metafísica. Validez es sólo una cuestión de pertenencia. Así,  $n_2$  es una norma válida si  $n_1$  faculta a  $O$  a crear  $n_2$  y  $O$  efectivamente lo hace (y  $O$  lo hace si su acto se conforma a  $n_2$ ).

En cuanto a esto último es importante agregar que en la secuencia  $f$  las normas posteriores (*i. e.*:  $n_3$  o  $n_4$ ) no son deducidas de las normas anteriores (*i. e.*:  $n_1$  o  $n_2$ ). El proceso de creación jurídica no opera por inferencia.<sup>21</sup> Para que  $n_3$  exista no es suficiente que  $n_1$  y  $n_2$  existan, es necesario que  $a_3$  ocurra (exista), un acto empírico del órgano facultado que tiene que ser efectivamente realizado, acto de voluntad a través del cual el órgano establece  $n_3$ .

### 3. La función de facultar

Los actos en la secuencia  $f$  adquieren un significado específico al determinar los actos que los aplican y al conformarse a las normas que los condicionan.

Una norma faculta a  $O$  (al órgano) confiriéndole cierto poder (competencia, capacidad) para que sus actos tengan el efecto que pretenden tener. Los actos de  $O$  son actos jurídicamente válidos si, y sólo si, existe una norma que faculte a  $O$  a realizarlos y que sus actos efectivamente se conformen a las condiciones establecidas por la norma facultativa.<sup>22</sup>

Si para que un acto (o una norma) sea válido es necesario que exista una norma que confiera facultades y que un acto se conforme a las condiciones impuestas por ella, entonces el enunciado que describe este proceso de creación (o modificación) jurídica es verdadero si, y sólo si, existe una norma que faculte a  $O$  a crear (o modificar) normas y  $O$  efec-

<sup>21</sup> La lógica no gobierna la creación del derecho. Véase, capítulo XXII: “La «lectura» jurídica y la creación de inferencias en derecho”, en mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, cit. pp. 369-380. Véase Schmill, Ulises, “Derecho y lógica”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 1, octubre de 1994, pp. 11-26.

<sup>22</sup> Ésta es una operación canónica de investir o facultar. Pero, de hecho, las condiciones que los actos posteriores deben satisfacer pueden estar establecidas en cualquier acto anterior de la secuencia. Más aún, el acto de facultar puede darse en una norma que imponga deberes, que ordene a un órgano realizar un acto determinado.

tivamente lo hace. Consecuentemente, la fórmula para cualquier proceso de creación jurídica debe ser reformulada como sigue:

$$(n) n \text{ OF } \& O -s$$

Fórmula que debe leerse: “Para cualquier norma  $n$  (excepto  $n_1$ ),  $n$  es creada (modificada o derogada) si, y sólo si, existe una  $n$  que confiera la facultad (crear normas) a un órgano del orden jurídico”. Fórmula en la cual “ $F$ ” nombra el operador modal para facultad (“facultar”, *empowering*, *Ermächtigung*), “ $O$ ” es el órgano facultado y “ ”, una (meta)variable que cubre cualquier acto de creación (o derogación) normativa.

De ahí se sigue un concepto de validez (sistemática). Un acto (jurídico) es “válido” si, y sólo si, satisface las condiciones establecidas por los actos jurídicos que le preceden.<sup>23</sup> Este concepto de validez es, de hecho, la piedra angular de la doctrina de la legalidad. De esta forma los actos jurídicos que se conforman con los actos que le preceden en la secuencia son actos jurídicos válidos; los que no se “conforman” son considerados *prima facie* nulos (así se expresa la práctica judicial).

#### 4. La función constitutiva

La norma que confiere facultades, al señalar las condiciones bajo las cuales y las instancias (órganos) por los cuales un acto jurídico debe ser creado, tiene un carácter constitutivo. Facultar es, así, una función constituyente a través de la cual un acto (o norma) de la secuencia establece condiciones para los subsecuentes “pasos” de la creación jurídica.<sup>24</sup> Cualquier norma en la secuencia, con independencia de cualquier otra función que realice, es una norma que confiere facultades y, consecuentemente, tiene carácter constitutivo.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Entre las condiciones puede haber actos prohibidos, actos que no deben ser realizados.

<sup>24</sup> De esta manera tenemos órganos “constituyentes” (los que establecen las normas que confieren facultades) y tenemos, también, órganos “constituidos” (los que aplican y se conforman a las normas establecidas por los órganos constituyentes).

<sup>25</sup> Ciertamente, las normas ( $n_1$ ,  $n_2$  o  $n_3$ ) pueden realizar diferentes funciones normativas que corresponden a diferentes operadores modales “Gebieten ist jedoch nicht die einzige Funktion einer Norm. Auch ermächtigen, erlauben, derogieren sind funktionen von Normen” (“ordenar no es, sin embargo, la única función de las normas. Habilitar, permitir y derogar, son también funciones de las normas”. Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, 1979, p. 1; véase



Algunas normas pueden ser aplicados por varios actos jurídicos; es suficiente con que éstos se conformen a las condiciones que dichas normas imponen. Estos actos (y las normas que crean) comparten un “paso” (un eslabón) común. Hasta aquí he representado a una secuencia de facultades (en adelante: “secuencias  $f$ ”) de forma aislada. Pero dos (o más) secuencias  $f$  pueden compartir más “pasos” del proceso:

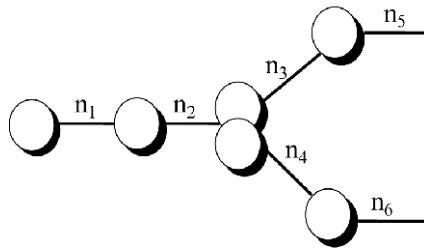


Figura 3

Donde  $n_2$  es condición común tanto de varios actos ( $a_3, a_4, a_5$ , y  $a_6$ ), como de las correspondientes normas ( $n_3, n_4, n_5$  y  $n_6$ ) que han creado. Es precisamente este carácter común de  $n_2$  el que permite relacionar o unificar los actos y las normas que comparten este “paso” común. En este diagrama (figura 3), como en los que siguen, la aplicación de normas ju-

*ibidem*, pp. 76 y ss. Sobre el concepto de *Ermächtigung* en Kelsen, véase *ibidem*, pp. 82-84. El español no tiene palabras que correspondan exactamente al uso jurídico de *Ermächtigen* o *Ermächtigung* como la expresión inglesa: *to empower* (y palabras relacionadas, v. g. *empowered* o *empowering*). En español la palabra ‘apoderar’ que parece corresponder a *Ermächtigen*, no tiene el mismo uso, aunque ciertamente ‘apoderar’ y ‘apoderado’, así como la misma expresión ‘poder’, en derecho privado, aluden al acto por el cual se confiere a alguien el “poder suficiente” para realizar actos válidos. En todo caso ‘facultad’, ‘facultamiento’ y ‘facultado’ son palabras de larga tradición en las lenguas latinas. En la segunda edición de la *Teoría pura* Kelsen había señalado: “Denn eine Norm kann nicht nur gebieten, sondern auch erlauben und insbesondere ermächtigen” (“puesto que puede no sólo ordenar algo sino, también, permitirlo y especialmente facultarlo”. Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., nota 18, p. 5; véase *Teoría pura del derecho*, cit., nota 18, pp. 19). Para un breve análisis del concepto de ‘facultad’, véase el capítulo IV: “La permisión (derecho subjetivo y facultad)” de mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, Themis, 2001, pp. 45-64. Un detallado examen del concepto de facultad desde el punto de vista dinámico es desarrollado por Ulises Schmill (véase *La reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, México, Thémis, 1997, pp. 42-50).

rídicas por varios actos de aplicación (v. g. los actos jurídicos que aplican  $n_3$ ) es representada aquí de forma limitada (dos ocurrencias), pero pueden suceder en un sinnúmero de ocasiones.<sup>26</sup>

Varias secuencias  $f$  pueden confluir formando una red de estas secuencias:

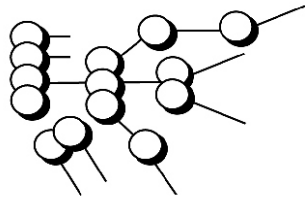


Figura 4

El carácter común de ciertas normas (o actos) es la piedra angular que permite la construcción de los órdenes jurídicos. Todos los actos y las normas que compartan al menos una norma (o acto) forman un solo orden jurídico. Mientras más mediatos de las consecuencias, los actos jurídicos son (generalmente) comunes a un mayor número de normas (o actos) del sistema. Los actos más mediatos del sistema unifican más actos (o normas) del sistema y, necesariamente, el acto considerado el más mediato es el que unifica la totalidad de actos y normas del sistema.

Consecuentemente, en cualquier orden jurídico (éste es parte del criterio de identidad) existe, al menos, un acto jurídico que es común a todas las secuencias  $f$  del sistema. De esta manera las secuencias  $f$  que forman todo un orden jurídico pueden representarse como un haz de aplicaciones que se va expandiendo en el tiempo:<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Véase *infra*: Las variaciones jurídicas.

<sup>27</sup> “Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, si la validez de las normas puede ser referida a una norma única como último fundamento de validez”. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Scientia Verlag, Aalen, con prólogo de Stanley L. Paulson, reimpresión de la 1. Auflage, Franz Deuticke, Leipzig-Vienna, 1934, p. 62. Existe versión en español de Jorge G. Tijerina: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Buenos Aires, Lozada, 1946. Existe una excelente versión inglesa de Bonnie Litschewski y Stanley L. Paulson, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1996, véase p. 55.

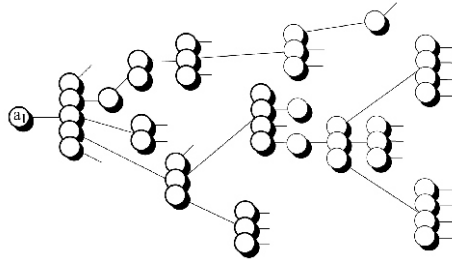


Figura 5

Como hemos podido observar, en las secuencias de  $f$  todas las normas jurídicas realizan la misma función constituyente (creadora). En todos los “pasos” de la secuencia aparece la misma relación genética que permite determinar e identificar los actos y normas posteriores.<sup>28</sup>

#### IV. INTERPRETACIÓN E INDETERMINACIÓN

##### 1. Primera «lectura» y sus paradojas

El derecho es un complejo de secuencias de normas y actos jurídicos. Las normas o actos que preceden (*acta anteriora* o *normæ anterioræ*) funcionan como condición o “fuente” de los actos jurídicos subsecuentes (*acta posteriora*) y de sus correspondientes normas (*normæ posterioræ*). De ahí que las normas y los actos jurídicos anteriores en la secuencia determinan (identifican) los actos jurídicos subsecuentes.

Siguiendo la «mecánica» de la secuencia, un acto (o una norma) es reconocido (identificado o determinado) si éste se conforma a las condicio-

<sup>28</sup> “La relación entre una grada superior y una inferior en un orden jurídico —como entre una Constitución y una ley o entre una ley y una decisión judicial— es una relación de determinación... [L]a norma superior regula el acto por medio del cual la norma inferior es creada (o simplemente regula la ejecución del acto de coacción... Al regular la creación de la norma inferior, la norma superior determina no sólo el proceso mediante el cual la norma inferior ha de ser creada sino, posiblemente el contenido de la misma”. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre* (1. Auflage) pp. 90 y 91; véase *id.*, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, *cit.*, nota 27, p. 127; *Introduction to the Problems of Legal Theory*, *cit.*, nota 27, pp. 77 y 78; *Reine Rechtslehre* (2. Auflage), pp. 346-349; véase *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 18, pp. 349-351.

nes que le preceden. Así, los rasgos característicos de un acto jurídico (o norma jurídica) son establecidos (determinados) de antemano. En otras palabras: la determinación de las normas o actos de la secuencia se encuentra establecida con *anterioridad* en los normas o actos precedentes. La determinación, entonces, se “lee” de izquierda a derecha en una «lectura» del tipo que llamaré “latina”. La determinación obtenida por esta «lectura» es, sin duda, muy importante; constituye, como señalé anteriormente el patrón básico del concepto de validez sistemática.

Esta «lectura» muestra que los actos jurídicos determinan cómo deben ser los actos subsecuentes en la secuencia, puesto que las secuencias normativas no son sólo una sucesión de normas y actos jurídicos, sino, también, una secuencia de condicionamientos. Las normas y actos jurídicos posteriores (como consecuentes) tienen que satisfacer las condiciones establecidas por las normas y actos jurídicos anteriores para ser reconocidos como actos de la secuencia.

## 2. Creación jurídica. ¿Determinación o profecía?

La «lectura latina», sin embargo, genera un primer problema, el cual, en cierto sentido, es subproducto natural de esta «lectura». En efecto, esta «lectura» genera la idea de que la determinación de los rasgos característicos de los actos jurídicos futuros (o normas jurídicas futuras) está completamente establecida con anterioridad, de antemano. Pero la paradoja es que ni los actos jurídicos futuros (ni las normas que éstos podrían crear) se han realizado aún. El derecho aguarda ser creado y sus normas y actos no pueden ser determinados mientras no existan.

Esto realmente constituye un problema, porque varios conceptos jurídicos, como los de validez, legalidad y nulidad, entre otros, dependen de esta «lectura».

Supongamos (sin conceder) que los las normas y actos jurídicos anteriores efectivamente determinan cómo serán las normas y actos jurídicos futuros que los habrán de aplicar (suposición, *ab obvo*, contrafáctica). Aun así, esta determinación nunca sería completa. Para saber cómo es el acto posterior tenemos necesariamente que esperar su realización efectiva, tenemos que esperar a que éste se produzca.

Hemos visto que para determinar lo que es el derecho tenemos necesariamente que recurrir a las “fuentes” (*acta anterioria y normæ poste-*

*rioræ*), resulta ahora que esta prueba se muestra totalmente insuficiente. Esta prueba no es suficiente para determinar ni la fuente misma ni sus productos. Recurrir a las “fuentes” proporciona sólo un indicio de identidad, una identidad *prima facie*; en ocasiones una mera profecía. Ahora bien, si recurrir a las “fuentes” (*acta anteriora* y *normæ posterioræ*) no es suficiente, entonces, enfrentamos un manifiesto problema de indeterminación.

Esta situación es harto perpleja. Pareciera que, *prima facie*, predicar que un acto jurídico es “válido” es resultado de que se *conforma* a las condiciones establecidas en los actos y normas jurídicos que le preceden. Y la mera idea de “conformidad” presupone que existe algo (previo, anterior) a lo que, precisamente, hay que conformarse. Un acto “conforme” es un acto “bien hecho”, un acto que *satisface las condiciones* que le han sido impuestas.

Dentro de este orden de ideas resulta tentador decir que el acto “conforme” estaba (completamente) determinado por los actos jurídicos (o normas) que le preceden en la secuencia. Pero esto, como mostré, no es necesariamente verdadero. No se puede determinar un acto que no se ha realizado. Un padre expectante no puede saber si su hijo será pianista, boxeador o trapezista, primero hay que esperar que nazca.

Existe otro elemento que incrementa la indeterminación. El acto “conforme” es más que un mero acto conforme, mucho más. Este acto *suma* (adiciona) elementos a la secuencia, elementos que no estaban previstos (predeterminados) en los actos previos de la secuencia. Si un acto adiciona algo, agrega una “porción” jurídica que no había sido determinada por ningún acto anterior (¿cómo podría serlo?). El *additum* que resulta de la realización de cada acto es, *ab obvo*, necesariamente indeterminado.

De esta manera,  $a_2$  adiciona algo;  $a_3$ , a su vez, también adiciona algo y, así, sucesivamente. Incluso el mismísimo acto último de ejecución podría agregar una porción substancial de innovación. Si los actos sucesivos de la secuencia introducen cierto grado de innovación, “paso a paso”, la «lectura» de  $n_1$ , por ejemplo, no dice prácticamente nada del derecho que será (*if any*).

La innovación se introduce gradualmente. Si sumamos  $n_2$  a  $n_1$  la determinación del derecho se incrementa. Sin embargo, aun así, todavía no sabemos prácticamente nada del derecho que será (si llega alguna vez a

ser). Como podemos ver, una secuencia es completa únicamente cuando el último acto de la secuencia (*i. e.* las consecuencias) se realiza. Entre tanto, la determinación nunca es completa.

Si consideramos cualquier derecho positivo el problema se magnifica. En los órdenes jurídicos ocurren innumerables actos jurídicos y todos introducen, al menos, un *modicum* de innovación.

Habiendo subrayado la insuficiencia de la «lectura latina» para proveer la determinación (la identidad) de los órdenes jurídicos, debemos tener cuidado de no cometer un grave error. Pensando que, como esta «lectura» es insuficiente, es fácil subestimar la importancia de las normas que confieren facultades, las cuales, efectivamente, contribuyen (aunque parcialmente) a la identidad de los órdenes jurídicos. La «lectura latina» de la secuencia es, no obstante su insuficiencia en la determinación, una pieza fundamental en la aplicación del derecho.

Es sencillo observar que la indeterminación que acompaña al derecho se reduce progresivamente a medida que los actos de aplicación de los individuos facultados (los órganos) efectivamente ocurren. De modo que es a través del ejercicio efectivo de las facultades jurídicas que la indeterminación del derecho es progresivamente reducida. Sin embargo, aquí enfrentamos una nueva paradoja: cuando la determinación del derecho es completa (cuando el último acto de aplicación de la secuencia es realizado) el derecho ya no es; fue. En otras palabras: una vez que el derecho está completamente determinado (si es que podemos decir esto), el derecho ya es historia.<sup>29</sup>

El derecho que podemos describir es el derecho acabado; pero durante el continuado proceso de creación y aplicación del derecho, el derecho padece de indeterminación.

<sup>29</sup> Algunos dirían que, como quiera que sea, sería derecho en forma de precedente. Pero los precedentes, como cualquier parte del derecho, son: (1) un *datum* de un derecho que fue y (2) un acto jurídico que constituye una mera propuesta para ser seguida, un acto que tiene que ser “aplicado” por los órganos de aplicación (*v. g.* por los tribunales) en una nueva secuencia por construir.

### 3. La “otra lectura”<sup>30</sup>

Il processo interpretativo si esercita su di un enunciato... e perviene alla norma; la norma non precede come dato, bensì segue come prodotto, il processo interpretativo<sup>31</sup>

La insuficiente determinación de la primera «lectura» me condujo a mirar cuidadosamente en la “mecánica” que opera en las secuencias *f* de los órdenes jurídicos y en las prácticas de la profesión jurídica.

De acuerdo con la «lectura latina» una norma (o acto) es una norma jurídica si es establecida por la “fuente” apropiada. Este hecho la hace una norma jurídica válida. Sin embargo, esta norma jurídica válida tiene que ser aplicada y, por tanto, “reconocida” por los órganos de aplicación, por ejemplo, por los tribunales. Sin duda, los juristas y los profesionales del derecho saben bien que los tribunales, efectivamente, “aplican” las normas jurídicas válidas, pero, saben también que esta aplicación se realiza de conformidad con las prácticas y costumbres de la profesión.

Un presupuesto ampliamente aceptado por la profesión jurídica es que el derecho es un conjunto de normas. Pero estas normas sólo son las normas de la secuencia si son reconocidas y aplicadas por los tribunales.<sup>32</sup> Los tribunales “reconocen” las normas que aplican mediante el “mágico” artilugio de la “interpretación”.

Al inicio de este ensayo señalé que el derecho tiene como condición de existencia su formulación en un lenguaje, *i. e.* el derecho se presenta lingüísticamente. Las normas se presentan en enunciados. Sin embargo, como también indiqué anteriormente, las normas, en cuanto a lo que a la determinación del derecho se refiere, son incompletas e insuficientes.

<sup>30</sup> En la exposición de esta segunda lectura sigo de cerca las ideas de Ricardo Guastini (véase “Interpretative Statements”, en Garzón Valdés, Ernesto; Krawietz, Werner; von Wright, Georg Henrik y Zimmerling, Ruth, *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pp. 279-292. *Id. Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Guiffirè, 1993).

<sup>31</sup> “El proceso interpretativo se aplica a un enunciado y deviene norma. La norma no precede el proceso interpretativo como dato, sino que le sigue como producto”. Tarello, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi. Studi de teoria e metateoria del diritto*, Bolonia, 1974, p. 395. Tuve conocimiento de este excelente libro por la lectura de “Interpretative statements” de Ricardo Guastini (*op. cit.* nota 32, p. 281).

<sup>32</sup> En general todo órgano que tiene que aplicar el derecho.

Más aún, son también vagas y ambiguas. Consecuentemente, las normas tienen que ser interpretadas. Mientras estas normas (y los actos que las crean) no son interpretados, carecen de significado completo y, por tanto, sufren de indeterminación.

La incompletitud, la vaguedad y la ambigüedad de las normas jurídicas anteriores efectivamente se resuelven. Y esto es únicamente posible mediante la interpretación dada a estas normas por los actos de aplicación. Pensemos en la “fuente” apropiada de  $n_2$ ; En realidad,  $n_1$  es fuertemente indeterminada. Cuando  $n_1$  ocurre no sabemos (hasta entonces) cómo va a ser el derecho. Más aún, no sabemos qué es  $n_1$ . Para saber qué es  $n_1$ , necesitamos una interpretación autoritativa de  $n_1$ . De esta manera a la pregunta “¿cuándo sabremos el significado de  $n_1$ ?” la respuesta es la siguiente: ‘cuando tengamos una interpretación autoritativa de  $n_1$ ’.<sup>33</sup> En otras palabras: cuando  $n_2$  y los actos que lo aplican sean efectivamente realizados por los órganos especialmente determinados para ello (v. g. los tribunales).

Si todos los actos en una secuencia  $f$  son, al mismo tiempo, actos de creación y actos de aplicación del derecho, entonces toda norma de la secuencia (toda  $n$ ) es —como señala Ricardo Guastini— “al mismo tiempo un texto y un enunciado interpretativo”.<sup>34</sup> De esta forma  $n_2$  es un texto que recibe su significado (explícita o implícitamente) de  $n_3$ , significado establecido, precisamente, por un acto de voluntad ( $a_3$ ) de un órgano específico del orden jurídico. Si  $n_2$  es un texto (v. g. una disposición del código civil),  $n_3$  es la resolución judicial que actúa como enunciado interpretativo que, *inter alia*, decide el significado y alcance de  $n_2$ . ¿No acaso la jurisprudencia de los tribunales de casación, por ejemplo, determina autoritativamente el significado y alcance de las disposiciones de los códigos civiles? El enunciado interpretativo  $n_3$ , consecuen-

<sup>33</sup> Tomo la expresión ‘autoritativa’ de Hart, H. L. A. (cfr. “Commons and authoritative Legal Reasons”, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 243-268). “He sostenido [dice Hart] que para entender estos rasgos del derecho ...una Constitución otorgando facultades legislativas... y las nociones de validez e invalidez... tiene que introducirse la idea de una razón autoritativa: esto es, un argumento (que en sistemas simples puede incluir la emisión de un mandato) que es reconocido, al menos, por los tribunales de un orden jurídico eficaz...”, *Ibidem*, p. 243.

<sup>34</sup> Guastini, Ricardo, “Interpretative Statements”, *cit.*, nota 30, pp. 279-292. *Id. Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milán, Guiffirè, 1993.



mente, contiene un “operador oracional” que podría ser formulado así: “ $n_2$  significa...”.

Enfáticamente señala Michel Troper: “...aquello que precede al juicio no es una norma, sino un texto... La norma no es ese texto sino solamente su significado”.<sup>35</sup>

La segunda «lectura» que podría llamar «lectura arábica» compromete fuertemente la idea de legalidad que se obtiene de la «lectura latina», la cual presupone la idea de la conformidad. ¿Cómo conciliar métodos de determinación tan tajantemente opuestos? *Prima facie* la idea de la conformidad de un acto se observa mediante la «lectura latina». En efecto, cuando quiero saber si un acto (o una norma) es un acto válido del sistema, verifico si este acto satisface las condiciones impuestas por los actos (y normas) que le preceden, esto es, verifico si tal acto se conforma a dichos actos y normas.

¿Qué sería de la “conformidad” sin esta «lectura»? ¿Qué pasaría con los conceptos de validez, de legalidad y de nulidad? Para la «lectura arábica» esto no es problema. Simplemente la determinación de la “conformidad” *está incluida* en la interpretación del acto de aplicación. De esta manera  $n_3$ , además de indicar lo que  $n_2$  significa (en virtud de ello) determina que  $n_3$  efectivamente se conforma a lo dispuesto por  $n_2$  ( $n_3$ , como cualquier otro acto de aplicación del derecho, pretende ser un acto “regular” del sistema. Esta «lectura» interpretativa necesariamente conduce a una determinación *ex post facto* de los actos jurídicos (la “conformidad” y *comprise*).

La interpretación no necesita ser explícita;  $n_2$  es suficiente evidencia para saber qué significa  $n_1$ ; es suficiente la creación de  $n_2$  para saber qué significa  $n_1$  para  $a_2$ .

Si la «lectura latina» sigue la secuencia de facultades sucesivas, la «lectura arábica» es una secuencia de sucesivas “interpretaciones”. En el primero de los casos, *i. e.* «lectura latina», la proposición  $p$ , si es verdadera, describe las facultades sucesivas contenidas en la secuencia; *i. e.* describe las facultades otorgadas por  $n_1$  a  $a_2$ , las otorgadas por  $n_2$  a  $a_3$ ,

<sup>35</sup> “Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?”, *Pouvoirs*, Presses Universitaires de France, 1981, pp. 5-15. (Reimpreso en Troper, Michel. *Pour un théorie juridique de l'état*, París, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 95-105). El conocimiento de este texto se debe a la lectura de “Interpretative statements” de Ricardo Guastini (*op. cit.*, nota 30, p. 280).

las otorgadas por  $n_3$  a  $a_4$ , *et sit cetera*, así como la “conformidad” de los *acta posteriora* a las condiciones establecidas por las *normæ anterioræ*. En el segundo de los casos, *i.e.* «lectura arábica», la proposición  $p$ , si es verdadera, describe la interpretación sucesiva contenida en la secuencia; da cuenta de la interpretación dada por  $n_2$  a  $n_1$ , la dada por  $n_3$  a  $n_2$ , *et sit cetera*, incluyendo la determinación de la “conformidad” de los *acta posteriora* a las condiciones establecidas por las *normæ anterioræ*.

Además del fuerte contraste de estas “lecturas”, el problema se complica frente a la creencia, ampliamente compartida, de que los órganos de aplicación del derecho (*v. g.* tribunales) tienen el deber de aplicar el derecho preexistente (*if any*). ¿Pero si los órganos de aplicación son las instancias que “deciden” lo que significa la norma que aplican (además de decidir que es el “derecho aplicable”), cómo puede pensarse en que los órganos de aplicación tengan el deber de aplicar el derecho que interpretan? Lamentablemente no puedo detenerme a examinar esta perplejidad deóntica.

#### 4. “Libertad” de los órganos de aplicación

Una atenta observación de los actos de aplicación muestra que los órganos de aplicación “corren el riesgo” de la aplicación (*periculum est applicatores*<sup>36</sup>) al decidir el significado de la norma que aplica. Una vez que una norma que confiere facultades es establecida, surge una alternativa fuerte en lo que a la existencia del derecho ese refiere. Este predicamento toca resolverlo al órgano aplicador.<sup>37</sup> Esta disyunción puede representarse como sigue:

$$n [OFf] \text{ } \mathfrak{P} (Y) Of$$

Una vez que una norma que confiere facultades ( $n-F$ ) es creada, se sigue (del mero acto de su creación) que  $O$ , el individuo facultado, se encuentra en posición de hacer  $f$  o de omitir  $f$ .<sup>38</sup>

<sup>36</sup> *Sit venia verba*.

<sup>37</sup> En cuanto a la posición en que se encuentra el órgano de aplicación frente a este predicamento normativo Kelsen señala: “Aquel que ha de ejecutar la norma ha de examinar y decidir también si es una norma regular y, por tanto, ejecutable” (*Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1934, p. 84).

<sup>38</sup> Existen formas variadas de omitir. Un tribunal, por ejemplo, puede declararse incompetente, declarar la improcedencia, hasta “rehusar” simple y llanamente la aplicación.

Puede ocurrir que la norma que faculta, *i. e. n [O P f]*, nunca sea aplicada, es decir, que *O* nunca realice *f*. En este caso la creación jurídica se interrumpe. El derecho anunciado (en esa pretendida norma que confiere facultades) nunca nació. Por el contrario, puede suceder que la norma que faculta sea aplicada, que *O* efectivamente haga *f* y que con este acto que *O* realiza se incremente la determinación del derecho. Sin embargo, una nueva alternativa surge. El acto de *O*, *i. e. f*, puede ser considerado “regular” o “irregular”:

$$(\$n) [O F f] \& O f \text{ P } (Y) O f_R$$

Una vez que el órgano facultado efectivamente realiza *f*, este acto (en base a la «lectura latina») puede ser considerado *f<sub>R</sub>* “no-regular” mediante un procedimiento ulterior. Este episodio procesal simplemente lo menciono pero no lo abordaré aquí. Como quiera que sea, los procedimientos de control de la regularidad de los actos (control de la legalidad o de la constitucionalidad) se explican como cualquier otro acto de creación y aplicación del derecho.

Pues bien, de la aplicación de una norma que confiere facultades (*n-F*) se sigue (de su mero acto de aplicación) que, además de adicionar una porción de determinación a este proceso de creación, *O* decide el curso sucesivo de la creación jurídica.

## V. ¿PERPLEJIDAD?

Tenemos dos tipos de «lecturas»: la «lectura latina» (de izquierda a derecha) y la «lectura árabe» (de derecha a izquierda). Esto produce una situación, si no contradictoria, sí seriamente paradójica. Mientras *n<sub>2</sub>*, por ejemplo, pretende determinar lo que es *n<sub>3</sub>* (o lo que va a ser), *n<sub>3</sub>* (o, mejor, *a<sub>3</sub>*) pretende determinar (interpretar) lo que *n<sub>2</sub>* efectivamente significa.

¿Perturba esta situación a los jueces y abogados (en el supuesto de que hicieran explícita esta perplejidad)? Da la impresión que la profesión jurídica “diluye” (o ignora) esta situación. Más bien, parece que los juristas piensan que disponen de dos distintos artilugios para «leer» el derecho, aprendidos como cánones del oficio —como todas las (meta)reglas de interpretación—.

Cuando se quiere saber si el acto *a<sub>(?)</sub>* es un acto jurídico válido, se comienza por “leer” los actos que confieren facultades en un individuo. Después se confronta este acto con el contenido de la norma que le con-

fiere facultades para ver si, efectivamente,  $a_{(?)}$  satisface las condiciones establecidas por los actos anteriores de la secuencia. Pero si, por el contrario, lo que se quiere saber es *qué significa* la norma  $n_{(?)}$  (e. g. una disposición constitucional o cualquier disposición legislativa), se comienza por “leer” los actos posteriores, los actos autoritativos que interpretaron  $n_{(?)}$ , por ejemplo, la jurisprudencia de los tribunales supremos (tribunales de casación, cortes supremas o tribunales constitucionales).

¿Existe acaso un argumento que nos permita privilegiar a cualquiera de las lecturas? ¿Qué hacen los juristas para inclinar la balanza? ¿Tiene la dogmática jurídica algún (meta)criterio para decidir? ¿Son estas “lecturas” representativas del conservadurismo o activismo judicial? Lamentablemente no me puedo detener en estas importantes cuestiones.

## VI. LAS VARIACIONES JURÍDICAS

Siguiendo con la indeterminación del derecho y su incidencia con la aplicación (interpretación) del derecho, permítase añadir otro problema. Como he señalado, la creación jurídica no se produce de una vez y para siempre ni a intermitencias regulares. Por el contrario, la creación (o innovación) jurídica se produce de forma constante. Este carácter constante de la creación jurídica me condujo a considerar que la experiencia jurídica es el marco de las variaciones jurídicas. El orden jurídico (parcial o total) no es sino el cuadro de las transformaciones jurídicas unitariamente consideradas.

Los órdenes jurídicos no se encuentran ni acabados ni en reposo: están en proceso continuo.<sup>39</sup> Es importante tener presente que las facultades conferidas por una norma jurídica para crear normas subsecuentes pue-

<sup>39</sup> La creación jurídica no se produce necesariamente en un momento fijo o en intermitencias regulares. Por el contrario, la creación o innovación jurídica —con todos los cambios y alteraciones que implica— se produce de forma constante. Ahora bien, si el orden jurídico es un continuado proceso de creación, entonces, el orden jurídico no es propiamente un conjunto o sistema (siempre igual a la suma de sus entidades) sino que es solamente *el cuadro de las transformaciones o modificaciones jurídicas unitariamente consideradas*; véanse mis trabajos: *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, p. 134; *L'Etat, sujet des transformations juridiques*, París, Faculté du Droit et Science Economiques, Université de Paris, 1970, pp. 229-233). El orden jurídico no es, pues, más que un flujo constante de variaciones jurídicas —substituyéndose continuamente los órdenes jurídicos momentáneos—.

den ser ejercidas *repetidas veces*.<sup>40</sup> La autoridad (individuo o grupo) investida con facultades de este tipo puede hacer uso de ellas todas las veces que así lo decida. De esta manera, la autoridad referida podrá crear varias normas en diferentes *momentos*. Supongamos que la norma  $n_1$  confiere a una determinada autoridad la facultad de crear normas jurídicas cada vez que realice (una instancia del acto)  $a_2$ . La autoridad referida puede crear tantas normas como tantas veces haga uso de sus facultades (tantas veces como realice  $a_2$ ).

Esta situación puede observarse en el siguiente diagrama:

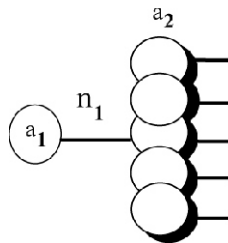


Figura 6

Aquí se consideran simplemente momentos del orden jurídico en donde se presupone que las ocurrencias de  $a_1$  ya se han realizado; donde las normas creadas por las ocurrencias de  $a_1$  se mantienen en “reposo” y se ignora la actividad ulterior del orden jurídico (así como la creación paralela de todas las otras cadenas normativas posibles).

Es pues oportuno introducir una distinción entre orden jurídico momentáneo y orden jurídico total o, simplemente, orden jurídico *tout court*. El orden jurídico momentáneo es, *ab obvo*, un subsistema del orden jurídico, propiamente hablando. Para cada orden jurídico momentáneo existe un orden jurídico (total) que contiene todas las disposiciones jurídicas de los órdenes jurídicos momentáneos que lo componen. Es lógicamente imposible para un sistema jurídico contener un orden jurídico momentáneo vacío. Por supuesto, no existe un sistema jurídico que no contenga al menos un orden jurídico momentáneo.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Véase *supra*, figuras 3, 4 y 5.

<sup>41</sup> Aunque en los trabajos que acabo de citar, consideré esta distinción, voy a hacer algunos comentarios sobre el particular, introduciendo algunos elementos de Joseph Raz

Esta importante distinción puede apreciarse fácilmente en el siguiente diagrama en donde se representa un orden jurídico (total):

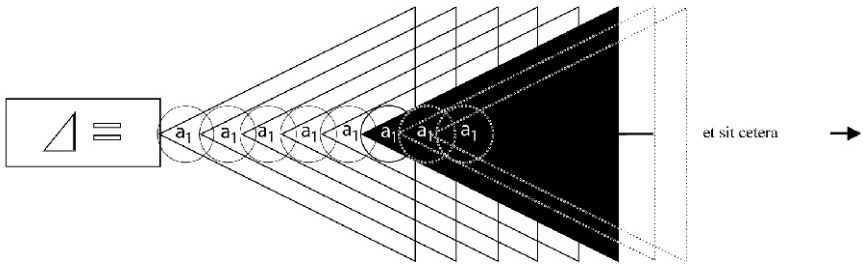


Figura 7

Aquí, cada triángulo (a manera de un haz de actos de aplicación que se expanden en el tiempo) representa un orden jurídico momentáneo, donde el triángulo sombreado es el orden jurídico “vigente” que será substituido por los órdenes jurídicos momentáneos que habrán de seguirle (triángulos punteados).

## VII. FINAL

El principio de indeterminación o de incertidumbre de Heisenberg muestra cómo las partículas pueden ser interpretadas en términos de su posición (en el espacio) y de su *momentum* (en el tiempo), asumiendo que sus patrones y sus *momenta* han sido medidos.

La «mecánica jurídica» muestra que la indeterminación es una característica que acompaña al derecho. Muestra la limitación impuesta por un par de variables, tales como los primeros patrones bien definidos (*acta anteriora*) y el *momentum* (cualquier momento en el orden jurídico existente). Como en física, la determinación de uno afecta la determinación del otro.

La enorme significación del principio de indeterminación es reconocida por todos los científicos; pero, ¿cómo debe ser entendida jurídicamen-

(Cfr. *The Concept of a Legal System, An Introduction to the theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 34 y 35).

te? Tenemos algunos actos (“patrones”) bien prescritos ( $n_i$ , por ejemplo) que programan “pasos” futuros: actos de aplicación que, en principio, deben “moverse” de conformidad con los “patrones” bien establecidos (*acta anterioria o mormæ anterioræ*). En este momento los actos de aplicación aún no han sido realizados ni los patrones bien establecidos han sido interpretados.

Los primeros actos prescritos lanzan el programa para el desarrollo de un orden jurídico particular. Estos programas pueden ser completados progresivamente por los actos, que eventualmente ocurrirán. Esto se revela con una mirada atenta al funcionamiento del derecho. En efecto, la «mecánica jurídica» muestra la creación no-armónica del derecho (la historia muestra que los órdenes jurídicos varían notablemente en la forma en que se comportan los individuos facultados).

Un órgano (re)elabora las variables jurídicas y les asigna la “medida” apropiada que cree les corresponde. Este proceso de “medición” subraya el papel activo de los órganos de aplicación, los cuales, al hacer mediciones (interpretaciones), inciden en el alcance de la norma que supuestamente regula su conducta.

En fuerte analogía con la mecánica del *quantum* de Heisenberg, en el derecho, lo que se revela por una observación activa no es un dato absoluto, sino un *theory-laden datum* (i. e. un dato relativizado) por la interpretación dada por los órganos de aplicación del derecho.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Joseph, *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México, Distribuciones Fontamara, 1995, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 41.
- ALCHOURRÓN, Carlos, “Normative Order and Derogation”, en MARTINO, Antonio A., *Deontic Logic, Computational Linguistics, and Legal Information Systems*, Amsterdam-Nueva York, North Holland, 1982.
- y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ATRIA, Fernando, *On Law and Legal Reasoning*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2001, The European Academy of Legal Theory Series, 1998.

- BENTHAM, Jeremy, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, University of London-The Athlon Press, 1959, The Collected Works of Jeremy Bentham.
- , *Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, Darien, Connecticut, Hafner Publishing Co., 1970, The Hafner Library of Classics, 6.
- BERGER, Adolf, *Encyclopædic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1968, p. 598.
- y BENTHAM, J., *On Laws in General*, HART, H. L. A. (ed.), Londres, Athlone Press, 1970.
- BIX, Brian, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- BULYGIN, Eugenio, “Tiempo y Validez”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*.
- CAPELLA, José Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968.
- CARACCILO, Ricardo, *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 1994.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Distribuciones Fontamara, 1999, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 68.
- Corpus Iuris Civilis*. I. *Institutiones, Digesta*. II. *Codex* III. *Nocellæ*. Momsen, Theodor y Krüger, Paul (eds.), con *Præfatio* de Wolfgang Kunkel, Dublín-Zurich, (Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, 1973, reimpresión de la edición de Berlín, 1967.
- ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, “«As If» Philosophy, of”, *Encyclopædia Britannica DVD 2002*, Chicago, Encyclopædia Britannica, Inc., 1994-2002.
- , “Hans Veihinger”, *Encyclopædia Britannica DVD 2002*, Chicago, Encyclopædia Britannica, Inc., 1994-2002.
- , “Heisenberg, Werner”, *Encyclopædia Britannica DVD 2002*, Chicago, Encyclopædia Britannica, Inc., 1994-2002.
- GEORGE, R. (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- GUASTINI, Ricardo, “Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all’analisi del rgionamiento giuridico”, en GIANFORMAGGIO, Leticia y LECALDANO, Eugenio (eds.), *Etica e diritto, Le vie de la giusti-*



- ficazione razionale*, Roma-Bari, 1986, Biblioteca di Cultura Moderna Laterza, 924.
- , *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1992.
- , “Interpretative Statements”, GARZÓN VALDÉS, Ernesto; KRAWIETZ, Werner; VON WRIGHT, Georg Henrik y ZIMMERLING, Ruth, *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997.
- , *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Guiffrè, 1993.
- GUIBOURG, Ricardo, *Derecho, sistema y realidad*, Buenos Aires, Astrea, 1986, Filosofía y Derecho, 13.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, BULLOCH, Penelope y RAZ, Joseph (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1994. Existe versión en español de Genaro R. Carrió: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1995 (1963). La versión inglesa de 1994 contiene un *Postscript*. Este *Postscript* ha sido traducido por Rolando Tamayo y Salmorán: *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- “Introduction”, en BENTHAM, Jeremy, *Of Laws in General*.
- , “Commands and authoritative Legal Reasons”, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Nueva York, Russell and Russell, 1973. Reimpresión de la edición de Harvard University Press, 1945. Existe versión española de GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979.
- , *General Theory of Norms*, trad. de Michael Hartney, Oxford, Oxford University Press, 1991. Versión en inglés de la *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienna, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, 1979.
- , *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. de Bonnie Litschewski y Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 55. Versión en inglés de la primera edición de la *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Aalen, Scientia Verlag, reimpresión de la 1. Auflage, Franz Deuticke, Leipzig-Vienna, 1934.

- , *Reine Rechtslehre*, Vienna, Franz Deuticke, 1960. Existe versión en español de Roberto J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997. Reimpresión de la edición de la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de 1979.
- , *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 1934.
- MARMOR, Andrei (ed.), *Law and Interpretation. Essay in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- MAZZARESE, Tecla, *Forme de razionalità delle decisioni giudiziali*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1996, *Analisi e Diritto. Serie Teorica*, 25.
- , “Legal Interpretation as Translation Insights from a Current Analogy”, Ponencia presentada en el V Seminario García Máynez, celebrado en México, del 5 al 7 de octubre, de 1995. Existe versión en español de Rolando Tamayo y Salmorán: “La interpretación jurídica como traducción”, *Isonomía*.
- OHLINGER, Theo, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Viena, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, 1975.
- RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980. Existe versión en español de Rolando Tamayo y Salmorán, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968.
- RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- SCHMILL, Ulises, “Derecho y lógica”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 1, octubre 1994.
- , *La reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, México, Thémis, 1997.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *L’Etat, sujet des transformations juridiques*, París, Faculté du Droit et Science Economiques, Université de Paris, 1970 (tesis de doctorado).

- , *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.
- , “Rechtsordnung und Verfassung. Eine Kurze Beschreibung des Prozesses der Rechtserzeugung”, en OLIVÉ, León y SALMERÓN, Fernando (eds.), *Philosophie und Rechtstheorie in Mexiko*, Berlín, Ducker und Humboldt, 1989.
- , “La interpretación constitucional. (La falacia de la interpretación cualitativa)”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, Doctrina Jurídica Contemporánea, 4.
- , “How to Make Reasons with Norms. Or How to Convert Norms into Reasons. Or How to Disentangle this Mess”, *Proceeding of the XVIIIth World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*. Existe versión en español del autor: “Cómo hacer razones con normas. O cómo convertir normas en razones. O cómo deshacer este lío”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. II, núm. 21, 1998, Actas del XVIII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, España, junio de 1999.
- , *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*. México, Themis, 2001.
- , *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Distribuciones Fontamara, 2002, Doctrina Jurídica Contemporánea, 3.
- , *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, serie Doctrina Jurídica, núm. 121.
- , “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica”, en MALEN, J.; OROZCO, J. y VÁZQUEZ, R. (eds.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- TARELLO, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi. Studi de teoria e metateoría del diritto*, Bolonia, 1974.
- TROPER, Michel, “Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique”, *Revue Internationale de Philosophie*, Bruselas, 1981; reimpresso en TROPER, Michel, *Pour un théorie juridique de l’état*, París, Presses Universitaires de France, 1994.
- , “Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?” *Pouvoirs*, París, Presses Universitaires de France, 1981, reimpresso en TROPER, Michel, *Pour un théorie juridique de l’État*.