

Hermenéutica Constitucional

Fernando Quintana

El autor es licenciado en ciencias jurídicas y sociales y abogado de la Universidad de Chile, y licenciado en filosofía de la misma universidad. Es profesor de argumentación jurídica en el Programa de Magíster en Derecho con menciones.

RESUMEN: Este trabajo se propone presentar algunas cuestiones de hermenéutica constitucional. Comienza distinguiendo y separando hermenéutica de exégesis, lo que permite después mostrar el carácter complementario de las dos posiciones actuales en torno al tema de la interpretación: la hermenéutica y las posiciones analíticas, con el aporte de Wróblewski. Ambas determinan que en la aplicación del Derecho los ejes temáticos son la significación y la justificación. En Derecho ha tenido especial importancia el tema de vaguedad (e indeterminación) de los conceptos, lo que se traduce a su vez en el problema de concretización de enunciados generales a casos particulares. Se exhibe la forma cómo en la práctica judicial tempranamente en los Tribunales chilenos se manifestó este problema de la vaguedad, lo que conduce a una revisión del fuerte literalismo imperante. Sobre esta base se facilita el ingreso a la interpretación constitucional, que busca su propia teoría hermenéutica, distanciada del literalismo o formalismo. Se hace aplicación en la interpretación constitucional de la solución adoptada para la vaguedad, esto es búsqueda de principios, los que determinan el tema de la justificación. Se examinan, además, varias situaciones vinculadas a la aplicación o concretización de la Constitución.

PALABRAS CLAVES: Hermenéutica constitucional, interpretación jurídica, razonamiento jurídico, argumentación judicial

ABSTRACT: This article presents some issues of constitutional hermeneutics. It begins distinguishing and separating hermeneutics from exegesis, which demonstrates the complementary nature of the two current positions on interpretation: hermeneutics and analytical positions and the Wróblewski's contribution. Both positions determine that meaning and justification are the main issues in the application of law. Moreover, it has been particularly important the issue of vagueness (and indeterminacy) of concepts, resulting in the problematic application of general wordings to particular cases in law. This strong literalism, early appeared in the judicial practice of Chilean courts, is reviewed. On this basis, the entry

of constitutional interpretation, seeking its own hermeneutics and distant from formality and literalism, is facilitated. The constitutional interpretation's solution adopted for the problem of vagueness -which consists in the search of principles to determine the issue of justification- is utilized and applied. It is also discussed several situations related to the implementation and application of the Constitution.

KEYWORDS: Constitutional hermeneutics, legal interpretation, legal reasoning, legal argumentation

I

El título “hermenéutica constitucional” requiere de una justificación. Aún hoy, después de los trabajos de Dilthey, de hace ya un siglo, seguidos de varios otros trabajos importantes de distintos autores que conforman lo que podría llamarse Escuela Hermenéutica, suelen emplearse las expresiones “hermenéutica” y “exégesis” como nombres que significan la interpretación y, por lo mismo, como equivalentes. Sin embargo, ambos términos significan algo distinto, pues se refieren a la interpretación en dos momentos diferentes. Esta diferenciación la acentuó Dilthey, teniendo a la vista la milenaria historia de los debates sobre interpretación. Esta historia muestra, en efecto, que hay dos cosas que es necesario tener separadas. De una parte, una doctrina general que sienta las bases de la orientación que adopta la actividad del intérprete, cualquiera sea éste, y de otra, los pasos metódicos, reglados, mediante los cuales realiza su actividad interpretativa. Uno es el tema de la teoría de la interpretación, y otro el de las reglas o reglamentación de la interpretación. Estas reglas son, en verdad, principios o pautas que indican un determinado comportamiento metódico, una dirección que debe recorrerse de cierta manera, para llegar a una meta establecida previamente.

Pero estas reglas no se sostienen a sí mismas; no surgen, por así decirlo, de la nada. No son la obra de la pura arbitrariedad. Siempre hay una razón para establecer una regla u otra. Tanto el mundo griego como el mundo latino lo vieron nítidamente. Por eso, desde un comienzo, se vio que las reglas de interpretación necesitan de una justificación. Una parte de los estudios sobre interpretación se dedicó a la formulación de estas reglas. A esto corresponde la exégesis en sentido propio. Se formularon muchas, y así puede apreciarse en el campo de la interpretación bíblica y literaria, y en la interpretación jurídica de los romanos. Pero esa misma variedad dejaba a la vista un problema, cual es, el de cómo usar esas reglas, cuáles preceden a otras, qué hacer cuando el uso de distintas reglas conducen a diferentes resultados, en suma, se vio que el uso de las reglas no podía ser determinado por ellas mismas. Era necesario definir una posición teórica que marcara la orientación general, y dentro de ella el uso de las reglas tenía justificación. De esta parte se ocupa la hermenéutica en sentido propio.

En el campo de la exégesis proliferaron las reglas, y tanto en la interpretación teológica como jurídica se formulan múltiples reglas para enfrentar una dificultad o aspecto acotado, pero perdiendo muchas veces la unidad del conjunto. La multiplicidad de reglas trajo como consecuencia un problema cuya solución sólo puede lograrse si se mantienen separadas las dimensiones hermenéuticas y exegéticas. Junto a reglas que prescriben cómo considerar palabras generales o palabras técnicas, que son reglas propiamente

exegéticas, se agregan otras reglas de carácter diferente. Esto ocurre no sólo en la interpretación teológica, sino también en la jurídica, como lo muestran algunas reglas tomadas del Repertorio de reglas, máximas y aforismos de Jaime Mans y enunciadas de la siguiente manera: de Ulpiano, *melius est, sensum magis, quam verba amplecti* (“es mejor atenerse más al sentido que a las palabras”, I, 3, & 9, D, *de adimendis vel transferendis legalis*); de Baldo, *in dubio, a textu et regulis non recedas*, (“en caso de duda, no te apartes del texto y de la regla”, *Super fendis, & indices, de pace iuramento firmanda*); de otros autores y tradiciones, *in re dubia, melius est verbis edicto servire*, (“en caso de duda, es mejor atenerse a las palabras de la ley”); de los textos romanocanónicos, *odia restringi, et favores convenit ampliari*, (“conviene restringir lo odioso y ampliar lo favorable”, C. 15, *de regulis iuris*, in Sexto, 5, 12); otra máxima o aforismo como *lex specialis, derogat generalis, o lex posterior generalis, non derogat priori specialis*, esto es “ley especial deroga ley general” o “ley posterior general no deroga la ley anterior especial”.¹

Como estos pocos enunciados, hay muchos otros, todos ellos relativos a la aplicación del Derecho. Pero aquí se advierte el problema anotado. Si se considera el primer enunciado de Ulpiano, aparece planteada la distinción entre las palabras, *verba*, y lo que allí se denomina *sensum*, el sentido. Es importante advertir que este enunciado apunta a una dimensión muy particular, cual es el tema de los significados o sentidos. Se recoge aquí la distinción estoica, que es a su vez la continuación del planteamiento de Platón y Aristóteles, que distinguieron perfectamente entre la palabra, *lógos*, tomada como signo, que es algo perceptible, como un sonido, un gráfico, una imagen, y su significado, *semainoménon*, algo no perceptible y que sólo puede captarse intelectualmente. A partir de aquí se desarrollará la larga historia de estas dos dimensiones que acompañarán para siempre el tema del lenguaje y el significado. San Agustín la recogerá en la forma de *littera* y *spiritus*, y de ahí en adelante la tendremos hasta nuestros días, aunque despojada de toda significación teológica, como la dualidad letra y espíritu.

Ese enunciado de Ulpiano más que una regla metódica de exégesis es un enunciado de teoría hermenéutica, que asumiendo la dualidad letra y espíritu privilegia este último sobre aquella. ¿Cómo es esto posible? Porque la dualidad, en realidad, implica que la letra, las palabras o *verba*, tienen un significado inmediato o próximo, propio, pero que puede ampliarse y extenderse a otras cosas, y aún puede significar algo distinto, según las situaciones. Los Diálogos platónicos son el mejor ejercicio de lo que se viene diciendo. El significado en Platón es una relación, en la que la palabra se vincula por una parte a la idea platónica, *idea*, una entidad ontológica autónoma, y de otra a las cosas que se

¹ MANS PUIGARNAU, Jaime, *Los Principios Generales del Derecho. Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos jurídicos*, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1957, pp. 247 a 263.

relacionan con esa idea. Hay, entonces, dos relaciones que constituyen lo que se llama *significado*. En *República I* discute Platón el significado de la palabra *justicia*. La idea de *justicia* está ahí y se puede conocer, pero saber qué actos son justos, es otra cosa. Por ejemplo, se pregunta, ¿es justo que alguien devuelva lo que ha recibido en depósito, por ejemplo, un arma? Mirando a la idea la respuesta sería sí, es justo. Pero, si quien la pide quiere hacer un uso violento de ella, y quiere cometer un crimen, y si quien la tiene como depositario sabe eso, ¿es ahora justo que la devuelva y facilite con su devolución la comisión de un crimen? Ya no resulta tan simple la respuesta. Es el otro lado de la relación de significado, la relación que mira a las cosas o situaciones mismas, y que genera las dudas y por lo mismo los debates por las posiciones encontradas que se forman. Esta doctrina del significado que está aquí en germen la recoge Aristóteles y la desarrolla en su *Perí Hermeneías* y también en *Categorías* y *Refutaciones Sofísticas*. A través de Cicerón y los estoicos la reciben los juristas romanos, y por eso están ya en condiciones de enfrentar el problema de cómo solucionar casos que no están directamente significados por las palabras. Si Platón fue capaz de mostrar que el lenguaje puede construir el mundo de la alegoría, esto es, el mundo de los significados ocultos, de tal manera que lo que se dice no es lo que significa sino algo por completo diferente, los juristas romanos toman nota de las posibilidades que abre la significación, y en el campo jurídico se dan a la búsqueda de soluciones a múltiples casos que parecen estar “más allá” de los significados inmediatos y propios. Este es el origen de las interpretaciones extensivas, de las analogías y aún de las integraciones de omisiones o lagunas. Para eso fue necesario recurrir a otra dimensión del Derecho, que no es visible como las palabras, pero que está implicada, y fue la de *ratio*, esto es la razón de ser de una regla jurídica. En ella se entiende a veces la finalidad, otras un principio de Derecho².

Los otros enunciados, como el de Baldo, citado más atrás, nos muestra otra posición, la de considerar las palabras, el texto, es decir los significados inmediatos o usuales de las palabras. La historia de la dualidad letra y espíritu exhibe una constante oscilación, de manera que, a ratos, se inclina más hacia el espíritu, otras hacia la letra, entendiendo en esta última, como se indicó, los significados inmediatos y directos de las palabras. En plena baja Edad Media surgirá el tuciorismo, que planteará como actitud teórica frente a enunciados dudosos privilegiar los significados literales.

² QUINTANA, Fernando, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. Es importante para el estudio del tema en los juristas romanos el libro de GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la Interpretación de las normas en el Derecho Romano*, Santiago, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2000.

En cambio, los otros enunciados relativos a la primacía de lo especial sobre lo general o al conflicto entre leyes en el tiempo, dicen relación con otra dimensión de la aplicación del Derecho, y que se resuelve de manera diferente y acudiendo a otros principios que aquellos que se invocan para solucionar problemas de extensión o restricción.

La multiplicidad de reglas de interpretación, como las que se han señalado como ejemplos, puede inducir a confusiones, pues se mezclan dimensiones por completo diferentes. No es lo mismo definir una posición literalista o no literalista frente a la dualidad letra y espíritu, que establecer reglas lógicas de exclusión entre reglas o considerar lo favorable u odioso o la equidad, o acudir a reglas de sintaxis gramatical. Me parece que esta diversidad ha estado siempre presente, y que no todos los autores que acuden a estas reglas separan las diferentes dimensiones. Han sido los autores que conforman esa línea de pensamiento hermenéutico los que con mayor prolijidad se han preocupado de separar esas dimensiones, porque el proyecto epistemológico diltheyano lo hace necesario. Aun cuando en el curso de siglo XX las ideas de Dilthey, especialmente las concernientes a la división de dos esferas del saber humano, el de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu o ciencias culturales, han sufrido modificaciones, de todos modos el proyecto epistemológico no se ha perdido, aunque se le asocia a la construcción del saber en la forma hipotética de la conjetura, aproximándose así a la metodología hipotético-deductiva de las ciencias naturales, en la forma que lo muestra Popper.

De acuerdo con lo anterior, la hermenéutica en sentido propio es la teoría de la significación y la que define la forma en que se constituye el conocimiento en la interpretación. Esta se concibe como proceso, que parte del signo exterior de manifestación del pensamiento o voluntad de un autor y accede finalmente al *sentido*.

Se puede representar el modelo hermenéutico como un cruce de dos relaciones diferentes. De una parte, la relación entre un autor, en un extremo, y su expresión u obra, en el medio, y en el otro extremo un intérprete, que es el sujeto cognoscente. Este último enfrenta la obra, que es la expresión signíca, visible, del pensamiento o voluntad del autor. Para éste la obra es la *expresión* de su pensamiento o intención, la que queda a disposición de otros, como signo que ingresa en el mundo histórico. La tarea del intérprete es conocer esa obra, no sólo como signo exterior, sino en su interioridad invisible. Por eso autores anteriores a Dilthey, como Savigny, plantearon que la actividad cognoscitiva del intérprete se dirige a captar el pensamiento genuino o verdadero. Esta concepción, como sabemos, la recogió después Luis Claro Solar. En esta manera de ver las cosas, se establece un circuito entre el autor y el intérprete, como quería el romanticismo, un diálogo entre los espíritus. La forma

específica de conocimiento se denomina *comprensión*. La forma reglamentada se denomina *interpretación*, y la formulación de reglas corresponde a la vieja exégesis.

La otra relación que cruza por el medio a la relación anterior es la dualidad letra y espíritu, la cual está siempre presente en todas las doctrinas sobre interpretación que se han formulado. Esto quiere decir que el intérprete enfrenta la obra como un signo de manifestación de un pensamiento, plan o propósito, sean estos signos, palabras escritas o habladas, otra clase de signos, como música, gestos, imágenes, objetos materiales, etc. Para simplificar, esta parte sería la *littera*, y la otra parte, superior, que corresponde a lo expresado, al pensamiento o voluntad, sería el *spiritus*.

Se puede mostrar que desde el siglo XIX en adelante, la obra ha ganado autonomía. En los autores hermenéuticos posteriores a Dilthey, como ya en Cassirer, pero especialmente en Betti, a mediados del siglo XX, la obra no sólo gana autonomía, en el sentido de bastarse a sí misma, sino que comienza a independizarse de su autor. Lo que fue característico de la hermenéutica diltheyana fue la dependencia de la obra respecto a su autor. Ahora, en cambio, la obra se independiza en cierto modo de su autor, y la obra comienza a tener un pensamiento o voluntad propios. Esto posibilita la actividad del intérprete. En la etapa romántica del siglo XIX el intérprete es una especie de *tabula rasa*, en la cual como papel en blanco, la obra escribe su mensaje, imitando el antiguo empirismo ingenuo. Ahora con Betti la obra llega a un intérprete que no tiene la mente en blanco, sino por el contrario llena de conocimientos y prejuicios, y en ellos y con ellos se comprende. En la etapa romántica la interpretación podía definirse como la actividad dirigida a reconstruir el pensamiento del autor, pues la obra depende de él para ser comprendida. Esta doctrina que está todavía en Dilthey, es la que ya en Betti se sustituye por la idea de una autonomía tal que la obra se comprende a partir de ella misma. Por eso, se dirá, el intérprete es más sagaz que el autor, pues puede captar en la obra cosas que el autor no pudo explicitar, pero que están relacionadas con ella. Esta concepción de la obra como autónoma se combina en seguida con esta otra, la de que la obra se comprende desde la situación en que se encuentra el intérprete. Si en la hermenéutica romántica había que considerar la situación histórica del momento en que la obra nace y se incorpora en el curso histórico, ahora hay que considerar la situación histórica del momento en que la obra se interpreta. Llevadas estas ideas al terreno jurídico, permiten explicar la llamada interpretación progresiva o evolutiva, esto es aquella que busca adaptar los enunciados jurídicos de una época a otra época diferente. Con esto la idea de la seguridad jurídica decimonónica, como saber anticipado, entra en pugna con esta manera de pensar.

Después de Betti los autores hermenéuticos, como Ricoeur, Derrida, Eco, Vattimo, Gadamer, definen la interpretación como la actividad dirigida a establecer un sentido de la obra misma, independiente de los pensamientos o voliciones del autor empírico o real, los cuales, como cuestión de hecho, quedarán siempre sujetos a una comprobación rigurosa que nunca podrá producirse. Eco, en su estudio sobre la situación de la hermenéutica, señala que a lo largo del siglo XX es posible definir tres formas interpretativas bien características. Del siglo XIX y entrando en la primera mitad del siglo XX la interpretación busca la *intentio auctoris*, es decir, como ya se indicó, busca el pensamiento o intención del autor empírico o real: esa es su tarea; por eso, las definiciones de interpretación que se dan en esa época destacan que el objeto materia de la actividad interpretativa es el pensamiento del autor, con lo cual queda establecido que la expresión de ese pensamiento es la obra o el texto. Pero más adelante, ya en pleno siglo XX, se produce el desplazamiento del objeto de la interpretación, como se señaló en Betti, y lo ocupa ahora el pensamiento o intención de la obra misma. Se trata de la *intentio operis*, la intención o pensamiento de la obra misma, la cual adquiere autonomía respecto de su autor. Este momento es fundamental en la evolución de la teoría hermenéutica, pues marca un punto de inflexión, en que se abandona la hermenéutica romántica y se plantea claramente que toda obra es independiente de su creador y queda abierta a sus intérpretes. El paso siguiente está dado por lo que Eco llama la *intentio lectoris*, es decir, es el intérprete quien toma la iniciativa para establecer un sentido, ya sea en relación con su propio sistema de referencia, ya sea con la coherencia interna de la obra y que él está en condiciones de justificar. Eco se inclina por esta última variante, pues es la que puede conectarse con la interpretación como conjetura, coincidiendo con Ricoeur, esto es una suposición que tiene que ser validada en un contexto coherencial³

Esta última etapa es la que caracteriza la situación actual de la hermenéutica, y que yo he recogido en mis trabajos anteriores. Tomando pie en estas indagaciones puedo plantear que la conjetura³ en que consiste la interpretación es una primera formulación de sentido tentativamente. Es decir, el intérprete enfrenta un texto que no es pura dimensión signíca, esto es puras palabras, sino un compuesto en el que las palabras escritas o habladas (u otros signos, como el disco "Pare" en ciertas esquinas o las luces de los semáforos en las calles) forman sólo la parte signíca, material y perceptible. Pero esos signos tienen un significado, y esta es la parte invisible, que hay que buscar. En el platonismo son las *ideas*, que tienen existencia autónoma, y están ahí para ser

³ ECO, Humberto, *Los límites de la interpretación*, Barcelona, Editorial Lumen, 1992, pp, 29 y ss. Una aplicación de esta distinción de Eco la hace VALENZUELA CORI, Rodrigo, *Los sueños de la razón (Un Ensayo sobre interpretación jurídica)*, Santiago, Ril Editores, 1999.

descubiertas. Pero con Aristóteles en adelante se introducen los significados sociales de las palabras, esto es, convenciones sociales, y entonces son los usos sociales los que consagran los significados. Los Diccionarios pasan a ser ayudas útiles, pero no un instrumento definitivo. Pero estos significados son, en cierto modo, un primer paso, porque como los significados dependen de los usos y estos usos son generalmente contextuales, para establecer un significado o *sentido* habrá que examinar la situación y el contexto en que se formulan las palabras. Esto le confiere a elementos no estrictamente lingüísticos un campo de operaciones. Por lo cual, atenerse a los significados literales, esto es, inmediatos, sin examinar la situación ni los contextos no puede ser sino una primera aproximación de sentido, y es entonces una primera conjetura posible, que tendrá que hacer frente a otras posibilidades de sentido, mayormente fundadas en relaciones contextuales, es decir, otras conjeturas mejor fundadas.

Hasta aquí la caracterización de una teoría propiamente hermenéutica, pues aquí se define una posición frente al texto, en el cual no se consideran sólo palabras o signos, sino por sobre todo el tema del *sentido*, el cual tiene que ser establecido no únicamente desde las palabras sino a partir de ellas pero abriéndose hacia el mundo posible hacia el cual se refiere el Derecho. Con lo cual se rescata lo que parecía definitivamente excluido en la doctrina de Kelsen, que son los fines y valores del Derecho.

II

Antes de hacer una aplicación de esta doctrina hermenéutica a la Constitución, quiero considerar brevemente los planteamientos de J. Wróblewski, autor que se contrapone en algunas partes a la posición hermenéutica que se ha expuesto. El vigoroso impulso que han dado los trabajos de este autor al tema de la interpretación, obliga a considerarlo como uno de los referentes contemporáneos. Muchos autores de orientación analítica han recogido sus planteamientos, y él mismo hace suyas muchas doctrinas desarrolladas en círculos analíticos, especialmente las relativas al lenguaje, como la textura abierta, etc. La diferencia fundamental entre estas posiciones y las hermenéuticas radica en el proyecto epistemológico que asumen estas últimas, frente a la adopción de posiciones que sin pronunciarse propiamente sobre el tema del conocimiento hacen suya una serie de conceptos de teoría de lenguaje. Para estas posiciones, la interpretación ya no es un proceso cognoscitivo, sino simplemente "atribución de significados" en casos de duda. Hay que examinar más de cerca este concepto.

De la extensa obra de Wróblewski dedicada al tema de la interpretación voy a tomar unas pocas páginas de su *Constitución y Teoría General de la*

Interpretación Jurídica. En esta obra el desarrollo teórico sigue el siguiente orden: primeramente, se establecen las bases teóricas de la interpretación jurídica, luego se examina cómo se hace el trabajo interpretativo, es decir, las reglas de interpretación, su uso, su origen y limitaciones, y finalmente, el valor de verdad y validez de la interpretación.

Este autor adopta una concepción de la interpretación jurídica que no fundamenta de una manera directa, aunque ofrece una serie de elementos para su justificación. Considera que hay tres concepciones distintas sobre la interpretación. La primera, que la denomina interpretación *sensu largísimo*, corresponde a la teoría de la comprensión de Dilthey, para la cual, según se vio antes, el Derecho como objeto de interpretación es un objeto cultural. Aquí adquiere máxima importancia la distinción entre el signo exterior perceptible y la dimensión interior no perceptible que es su significado.

La segunda, es la interpretación *sensu largo*, interpretación en sentido amplio, que consiste simplemente en comprender un signo lingüístico cualquiera, y “para entender un signo de un lenguaje dado hay que interpretarlo atribuyéndole un significado de acuerdo con las reglas de sentido de ese lenguaje”⁴. Aquí, como puede advertirse, interpretación no es un proceso, como en las posiciones hermenéuticas, sino un acto de atribución de significado. La unión del signo con su significado está dada por una regla, que indica el uso del lenguaje. Esta manera de pensar hay que remitirla en último término a Wittgenstein, quien sentó las bases de la teoría de la significación que aquí aparece. Las doctrinas convencionalistas del lenguaje, que enseñan que el significado de la palabra está dado por la convención social, adoptan este concepto de atribución de significado. De esta manera, quien quiera darse a entender en el mundo social en que vive o en el que se encuentra, tiene que utilizar las reglas de significación de las palabras que emplea, y sólo así puede ser comprendido por los demás. El lenguaje es algo público y socialmente aceptado. Los lenguajes privados pertenecen a quien los usa o participan de las respectivas reglas de significación, como los lenguajes cifrados, o los nombres creados por un niño que recién comienza a comunicarse para señalar distintos objetos.

En tercer lugar, distingue Wróblewski la interpretación *sensu stricto* que “quiere decir determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación”⁵. Esta forma de interpretación descansa a su vez en una

⁴ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 22.

⁵ Ídem.

distinción básica, que en la comunicación cotidiana se presentan dos situaciones características: o bien el lenguaje es suficiente para procurarse una comprensión de su significado en la situación concreta en que se produce, o bien el lenguaje no es suficiente, y es necesario acudir a la interpretación para atribuirle un significado. En la primera situación, de isomorfía, como la llama, se presenta una especie de *comprensión inmediata* o *instantánea*. Aquí no hay dudas acerca del significado, y no hay dudas porque nadie discute el significado de que se trata. De modo que la duda se certifica negativamente por la ausencia de debate. En cambio, la otra situación depende de la presencia de la duda, y ésta a su vez del debate. Esto quiere decir que si en una situación concreta de comunicación alguien discute el significado de los términos en uso, surge una *situación de interpretación*, que exige indagar el uso de la respectiva regla de significación.

Esta manera de ver las cosas termina por separar los dos conceptos que en el pensamiento hermenéutico se dan unidos, me refiero a “comprensión” e “interpretación”. Para esta corriente de pensamiento, la primera forma de interpretación, la interpretación en sentido amplio, es la que se adopta. No hay, en rigor, una comprensión instantánea, que sea plena y acabada. Toda comprensión es siempre un proceso, en el que se van recorriendo metódicamente distintas posibilidades interpretativas. En cambio, para una posición como la de Wróblewski, existe una comprensión sin interpretación, lo que da origen a ese concepto de comprensión instantánea, en la cual el significado se recoge en forma inmediata, sin duda alguna que perturbe esa atribución de significado. La interpretación, en cambio, es el proceso de búsqueda de significado, porque se presentan dudas, es decir, hay controversia sobre el posible significado de la expresión examinada, y por eso hay que establecer el significado que puede justificarse con razones más concluyentes.

Las razones que da este autor para optar por la última forma de interpretación, esto es, la interpretación estricta, dicen relación primeramente con un uso corriente de la palabra “interpretación”, la que se aplica generalmente a situaciones en que se presenta la duda sobre el significado. En seguida, en segundo lugar, no separar “comprensión” e “interpretación” conduciría a una confusión, porque ya no se podría señalar con nitidez los casos de duda y los casos en que no se presenta la duda. Y, finalmente, porque las situaciones de duda, que corresponden a la interpretación, y las situaciones en que no se presenta la duda, que las llama de isomorfía, asociadas a la noción de claridad, son situaciones que dependen de actos concretos de comunicación y no pueden ser consideradas abstractamente: un mismo texto puede parecer claro o dudoso según los contextos concretos de su uso.

Esta última razón es la que me parece más sólida y que apunta a un aspecto que, en general, se ha estudiado poco, cual es, el de la doctrina de la claridad. Esta concepción fue levantada por los pensadores modernos, particularmente Descartes, para instalar el intuicionismo como forma de abrirse a la verdad. No es este el concepto de claridad que emplea, y para que no se le confunda con el pensamiento ilustrado, se apresura a declarar que para él la claridad es una noción pragmática, que se enlaza a características del lenguaje, pero no a la doctrina de la intuición infalible. Lo que quiere decir es que un texto puede parecer claro a unos y oscuro a otros, dependiendo exclusivamente de los contextos concretos de comunicación. Esto le separa definitivamente de los autores del siglo XIX que hicieron suya la doctrina ilustrada de la claridad, y que se alinearon bajo los postulados de la Escuela de la Exégesis. En nuestro país estuvieron representados por Enrique Cood, José Clemente Fabres, Paulino Alfonso, quienes en sus comentarios al Código Civil, de fines del XIX, adoptaron el principio protestante de la suficiencia de la sola letra para sostener una posición literalista extrema. Para ellos era posible captar de manera evidente con la sola lectura el sentido de un enunciado legal, y este sentido no era otro que el verdadero pensamiento o propósito del autor, esto es del legislador.

La “claridad pragmática” que esgrime Wróblewski simplemente admite como fenómeno de conciencia que una expresión puede *parecer*, esto es, puede mostrarse como clara o sin dudas, o como oscura, es decir, dudosa. Como la duda es un fenómeno de conciencia, no es predecible ni puede someterse a alguna forma de regulación. Puede presentarse como puede no presentarse, dependiendo de las personas, situaciones y factores culturales. Los conocidos aforismos *in claris non fit interpretatio*, *interpretatio cessat in claris*, *clara non sunt interpretanda* tienen cabida aquí, pero con el significado de que la presencia de un enunciado que *parece* claro a una persona, es una razón para no interpretarlo. La persona frente al signo entiende inmediatamente lo que significa, no surgen dudas sobre su significado en la situación concreta en que se encuentra.

Autores hermenéuticos, como Gadamer y Ricoeur, pueden estar de acuerdo con este planteamiento y ver la duda como fenómeno de conciencia, no controlable. Pero no aceptan la dicotomía claro/oscuras como punto de partida. Betti en esto es especialmente categórico. La claridad u oscuridad son el resultado de la actividad interpretativa. Alguien puede creer que su entendimiento de un enunciado con su sola lectura es suficiente, pero basta que otro le llame la atención sobre ciertas conexiones para que esa situación cambie y tenga que empezar a buscar la forma de justificarla o, por último, haga abandono de esa posición. Lo anterior desplaza el tema de la comprensión a la justificación que pueda ofrecerse, y por eso Ricoeur sostiene que mientras mayor sea la justificación mejor será la comprensión, queriendo

decir que explicar y comprender no son dos conceptos distintos y separados, sino que se encuentran unidos. Mientras más se explica algo, un punto de vista, mientras más se busca la manera de apoyar una posición que se quiere defender, mejor se comprende, porque se abren conexiones con otras partes que inicialmente no se veían. La apertura a distintas relaciones permite formarse una visión de conjunto, más acabada y más completa que la que inicialmente pudo haberse formado.

De todos modos, en el planteamiento de Wróblewski hay una teoría de la significación que es preciso tener en cuenta, porque ella crea una amplia zona de encuentro con posiciones hermenéuticas. El significado o sentido es un eje conceptual en las actuales concepciones de la interpretación. Es impensable pretender definir una posición en materia de interpretación sin apoyarse explícitamente en un concepto de significado. El lenguaje legal es una especie del lenguaje común u ordinario. Pero, de manera especial destaca Wróblewski dos rasgos: la vaguedad y la contextualidad de los significados. La vaguedad concierne a la extensión o generalidad de los conceptos, y corresponde a lo que Engisch llama indeterminación. La vaguedad afecta a la referencia, esto es, la posibilidad de referir el concepto a tal o cual caso determinado. Lo cual quiere decir que sólo en situaciones concretas surge la dificultad de referir un concepto vago o general a tal o cual caso.

La duda que da comienzo a la interpretación operativa tiene que ver con la aplicación del Derecho, aunque también se presentan dudas generales en la construcción dogmática del Derecho, como cuando se trata de establecer si una ley ha seguido tal o cual doctrina a partir del examen de sus disposiciones. En la interpretación operativa quien toma la decisión tiene que haber establecido que la ley no es clara en la situación concreta de que se trata. La claridad y la duda se encuentran en esa específica relación. ¿Cómo se presenta la dificultad de relacionar un concepto a un caso determinado? Acude aquí Wróblewski a la elaboración de F. Waismann, que ha sido recogida por los autores ingleses, entre ellos Hart, bajo el nombre de “textura abierta” (*open texture*). El lenguaje jurídico es vago, y esta vaguedad se hace presente en la relación de referencia. Se distinguen tres áreas de referencia. Si se toma un concepto, por ejemplo el de “hombre”, fácilmente puede establecerse que hay un conjunto de seres con respecto a los cuales no puede presentarse dudas que están incluidos en la referencia conceptual, el llamado núcleo de referencia positiva; también puede establecerse de manera inmediata que hay otros seres respecto de los cuales no puede aplicarse el concepto, como los perros, gatos y otros animales (núcleo de referencia negativa). En cambio, hay otro grupo de objetos, como los cadáveres, o un organismo “artificial”, o el caso del *nasciturus*, según como se le considere, en los cuales surge la duda si están referidos en el

concepto. Estos casos forman un área de penumbra, y son propiamente los que alimentan la duda.

La contextualidad que señala este autor, como generadora de dudas, se divide en tres: el contexto lingüístico, el contexto sistémico y el contexto funcional. Estos contextos son situaciones relevantes para la determinación del significado. El primero queda explicado de manera general con la textura abierta, más casos de construcción sintáctica que son ambiguos y casos de polisemia. Todos ellos permiten plantear dudas a la significación que se quiere atribuir a una expresión.

El contexto sistémico permite abrir conexiones de una parte con otras partes, de manera que su sentido se determina por relaciones de coherencia y consistencia. Se corresponde con el viejo principio del todo y la parte, que desde el pensamiento griego y a través de los juriconsultos romanos nos ha llegado. Basta recordar que Betti lo incluye como uno de sus cánones, esto es, un principio de la teoría general de la interpretación. El significado de una expresión resulta de su enlace con otras expresiones. En principio, no hay fijado de antemano un límite a estas conexiones, y de hecho pueden recorrerse ampliamente. Como tampoco hay establecida una dirección determinada que tenga que recorrerse. Estas conexiones son particularmente importantes cuando se busca ofrecer una construcción sistemática de distintas disposiciones legales.

Finalmente, el contexto funcional busca rescatar esas dimensiones que en la tradición jurídica corresponde a los fines del Derecho (los distintos grados de *ratio legis*, incluso la *ratio iuris*), como asimismo la consideración de los antecedentes legislativos o las motivaciones de la ley.

Estos contextos generadores de dudas son al mismo tiempo los que permiten construir las pautas exegéticas, que Wrobléwski denomina directivas. Estas directivas han recibido muchos nombres, como métodos (Fueyo emplea esta denominación), elementos (aludiendo a la doctrina de los cuatro elementos de Savigny), reglas de interpretación, en la terminología clásica. Esta diversidad de nombres refleja la dificultad que muchos juristas han sentido para situar adecuadamente las reglas. A mi parecer, lo que ocurre es que no se tiene en cuenta la distinción que formalizara Dilthey entre hermenéutica y exégesis, es decir entre la teoría de la interpretación y los procedimientos interpretativos. Las reglas dependen de una teoría que indique la forma en que deben emplearse. Lo que hace Wrobléwski corresponde a esta distinción, aunque emplea otra manera de expresarse. Consecuente con el punto de vista adoptado, de ver en los contextos generadores de duda también el origen de las directivas de interpretación, se da a la tarea de enumerarlas. Frente a la duda,

las reglas cumplen dos funciones básicas: por una parte, son pautas que permiten abrir caminos para encontrar la solución a la duda, la *función heurística*, y por otra parte, una vez posicionado en una determinada forma de resolver la duda, viene el momento de justificar o validar esa posición, para lo cual las mismas reglas sirven de pautas justificadoras, la *función de justificación*.

La posibilidad de distintas interpretaciones de un mismo texto aparece reconocida tanto en posiciones hermenéuticas como en la de Wrobléwsky y de los autores analíticos que le siguen, por eso la necesidad de justificar o validar el punto de vista adoptado. Como para este autor también las reglas de interpretación requieren de apoyo teórico, procede a distinguir las reglas de primer grado, que corresponden a la exégesis de la distinción ya señalada, y las reglas de segundo grado, que indican preferencia y cómo operar con las reglas de primer grado, y que corresponden en parte a la teoría propiamente hermenéutica. En parte, porque la otra parte está ocupada por las preferencias axiológicas del intérprete. Este autor las llama ideológicas, no en el sentido de Manheim o Foucault, sino más bien en el sentido de la actitud básica para enfrentar la interpretación. Una mentalidad conservadora, preferirá, por lo general, la defensa de la literalidad, en cambio una mentalidad progresista, preocupada de resolver los problemas que la realidad social plantea, verá en el Derecho un instrumento de solución de conflictos y, por lo mismo, será proclive a buscar solución incluso “más allá de la letra” de la ley. La primera es la ideología estática, y la segunda es la ideología dinámica.

La tercera parte de la teoría de la interpretación de Wróblewski dice relación con el tema de la verdad. Si, como se ha visto, en el mundo de hoy se admite y privilegia la diversidad de puntos de vista, resulta inevitable la necesidad de validarlos. Aunque en principio pueden formularse muchas interpretaciones, sólo unas pocas pueden exhibirse con fundamentos aceptables. Este autor no admite que haya una única respuesta correcta.

Lo expuesto hasta aquí es suficiente para el propósito perseguido, que es mostrar otro modelo teórico con capacidad para hacerse cargo de las complejas cuestiones de la interpretación.

La elección de este modelo analítico y el modelo hermenéutico, como las dos formas que enfrentan y resuelven el problema de la interpretación, no es casual. Ambos modelos corresponden a dos formas filosóficas de extraer consecuencias de lo que varios autores llaman el “giro lingüístico” de la filosofía en la cultura contemporánea. El autor que ha visto en estos dos modelos no dos formas opuestas de concebir la interpretación, sino dos teorías

complementarias, ha sido Habermas⁶. Aunque por mi parte también pienso que hay complementariedad, advierto que en la teoría hermenéutica el proyecto epistemológico no se ha perdido y se mantiene vigente, como se lee en autores como Ricoeur, Eco, Vattimo, Gadamer, en cambio, en las posiciones de autores analíticos hay más bien un énfasis en el lenguaje y la doctrina de la significación. En todo caso, hay amplias zonas de encuentro entre ambas posturas, y en este trabajo he señalado, en general, las discrepancias y los puntos de contacto.

III

Antes de hacer aplicación de estos modelos teóricos al estudio de la interpretación constitucional, es preciso recordar un hito de nuestra cultura jurídica, que fue el debate sobre sentido y literalidad, que se dio inicialmente en el trabajo de Tribunales, y después se extendió a libros y artículos de autores interesados en el tema de la interpretación. Ilustra adecuadamente una dimensión de nuestra cultura jurídica, fuertemente tensionada por la polaridad entre dos posiciones inconciliables, que representan dos formas de concebir la reglamentación sobre interpretación del Código Civil. No son las únicas, pues han surgido otras, según puede apreciarse de la diversidad de puntos de vistas de diferentes autores sobre esta materia.

El valor que le asigno a este debate radica en el hecho que abre el camino hacia los principios del Derecho. En ese debate se abre la cuestión del significado, es decir, qué significa el significado de las palabras o enunciados. Los jueces tienen ante sí un caso o situación y deben resolverla mediante reglas jurídicas que se encuentran expresadas en enunciados generales. Esto genera la dificultad de relacionar adecuadamente las reglas con los casos. Pero el trabajo comienza con la constatación de una diferenciación, cual es, la de que una cosa son los enunciados en palabras y otra las reglas significadas por esos enunciados. Las reglas son los *significados conceptuales* de los enunciados. Estos significados hay que establecerlos a partir de las palabras que son los *signos* visibles, materiales, en que están depositados esos significados. A pesar que esta distinción nació con la reflexión misma sobre el lenguaje, como la encontramos en los pensadores griegos y recogida después por los latinos, no ha sido siempre reconocida de manera precisa por los autores en el campo

⁶ HABERMAS, Jürgen, *Verdad y justificación*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp. 65-98. Aquí el autor desarrolla el tema del carácter complementario de la filosofía analítica y la filosofía hermenéutica, como las dos formas de entender el mundo de la posmodernidad.

jurídico. Esta circunstancia ha dificultado el estudio de la interpretación y ha creado más de algún mal entendido. Tal vez la ilusión de lenguajes más o menos perfectos que animaba al pensamiento de los partidarios de la Escuela de la Exégesis y su proyecto de seguridad jurídica, al modo decimonónico, oscureció esa diferencia, pues lo que a ellos entusiasma era la posibilidad de la comprensión instantánea, correlativa de un legislador racional, que sabía expresarse adecuadamente con un lenguaje apto y que no deja al lector margen de interpretación. La duda que podría acechar al lector quedaba así marginada de raíz. El antiguo aforismo *in claris non fit interpretatio* tiene aquí amplia cabida, y es entendido como aquel principio que cancela toda interpretación, porque se está frente a un enunciado que expresa claramente su significado, es decir, no hay la menor duda. Ese principio se convierte así en una “regla” de interpretación, en el sentido que opera como un principio que decide sobre la conducta a seguir frente a la dicotomía claro-oscuro.

La forma en que tiene lugar el debate, como se indicó antes, se presenta anudada a la distinción entre tenor literal y sentido. Ambas expresiones, que se encuentran recogidas en el artículo 19 del Código Civil, apuntan en la dirección del significado. Esto da ocasión para que se formen dos grandes grupos. Uno que asume la identificación de tenor literal y sentido, y el otro que los separa, y adopta la posición de dejar en el ámbito del tenor literal los significados puramente literales o gramaticales y en el ámbito del sentido un significado que se establece por consideraciones relativas al fin más o menos inmediato (o *ratio legis*), o por consideraciones vinculadas al contexto, o por otras consideraciones.

El caso que voy a mostrar como un ejemplo de esta situación es el siguiente. En un conflicto conyugal, que ocurre en las postrimerías de la década de los veinte, la mujer demanda de alimentos al marido, empleado particular, y obtiene en el correspondiente cuaderno de alimentos provisorios la retención de los sueldos del marido para cubrir su pago. El marido invoca el artículo 29 del Decreto Ley 857, de 11 de noviembre de 1925, sobre Empleados Particulares, por el cual, según indica, sus sueldos no podrían someterse a medidas de retención, pues dicho artículo señala que “los sueldos y los fondos de retiro de los empleados particulares son inembargables”. Una disposición similar se encontraba en el artículo 467 N° 1, del Código de Procedimiento Civil de esa época, pero solamente referida a los empleados públicos y municipales. Pero, a diferencia de los empleados particulares, esta última disposición legal hacía expresamente la salvedad tratándose de pensiones alimenticias decretadas judicialmente, haciendo procedente el embargo o retención. Esta disparidad de reglamentaciones produjo el problema, pues en un caso no se dice nada sobre las retenciones para asegurar el pago de

pensiones alimenticias decretadas judicialmente, y en el otro caso se considera expresamente la situación.

El Tribunal de primera instancia acoge la posición de la cónyuge, manteniendo el embargo o retención de los sueldos del marido para asegurar el pago de los alimentos provisorios. Apelada la sentencia por el marido, la Corte de Valparaíso en sentencia dividida, por mayoría de votos, revoca la sentencia de primer grado y acoge las argumentaciones del marido. En cambio, el voto de minoría acoge la posición de la cónyuge⁷. El problema aquí consiste en establecer exactamente el significado de ese enunciado tan general de la Ley de Empleados Particulares de esa época, que se limita a decir simplemente que “los sueldos de los empleados particulares son inembargables”. Como este caso, es posible señalar varios otros, en los cuales surge la misma dificultad de determinar el significado de un enunciado legal, dada la amplitud o extensión de significado que exhibe.

Estamos aquí frente a una situación en la que diferentes personas entienden cosas distintas a partir de las mismas palabras. Por eso discrepan, y sus posiciones quedan mejor perfiladas si se atiende a las razones que invocan unos y otros para apoyar lo que sostienen. Estas son las razones justificatorias. Una breve enunciación de estas razones servirá para ilustrar el punto.

Los jueces de mayoría invocan lo que he denominado la “doctrina de la claridad”, que proviene de Descartes y que fue acogida por el pensamiento ilustrado, alcanzando su pleno desarrollo en la concepción decimonónica del Estado de Derecho. Se busca establecer un estado de cosas ordenado, en que el ciudadano sepa a qué atenerse en su vida de relaciones, y nada mejor para lograrlo que postular la vinculación del juez a la ley, de manera que la judicatura se limite a cumplir su tarea “aplicando” la ley tal cual está, que es clara y conocida de todos. De esta suerte, en suma, se cumple el principio de la separación de los poderes del Estado, que se considera esencial en la concepción del Estado democrático moderno. Por eso, los jueces de mayoría acuden a la fuente legal donde piensan se encuentra proclamado el principio doctrinario que necesitan: el inciso 1° del artículo 19 del Código Civil. Este artículo enuncia lo siguiente: “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

Este enunciado articula dos dicotomías, claro-oscuro y tenor literal-espíritu, de una cierta manera. Las dos dicotomías reconocen una larga historia, y no considero necesario acudir a ella para afirmar su existencia. La letra y el

⁷ La sentencia de la Corte de Valparaíso, de 17 de abril de 1930, se publica en *Gaceta*, 1930, 1er. Sem. N° 67, pp.279-281.

espíritu es una dualidad que se convierte en una constante histórica, que podemos detectar en todas las épocas en que se fija la atención sobre los textos y su estructura. Al comenzar este trabajo se señalaron algunas precisiones en torno a esto. Lo que importa ahora es destacar cómo esa dualidad se la combina con la otra dualidad, característica del cartesianismo, la de claro-oscuro. Esta última obedece a una dimensión o cualidad de los conceptos. Son los conceptos los que propiamente son claros u oscuros, en cuanto al grado de precisión en que pueden ser pensados sus contenidos. Muchos autores de los siglos XVIII y XIX emplean esta dualidad claro-oscuro directamente a los textos legales, haciendo aparecer que son los lenguajes mismos los caracterizables de esa manera. Así, por ejemplo, los autores franceses que en el siglo XVIII intervinieron en la elaboración del Proyecto de Código Civil francés, antecedente del Código de la Louisiana que influyó en el nuestro, utilizaron la expresión “ley clara” y correlativamente “ley oscura”. Pero las palabras, hemos señalado, son significantes, y su significado es conceptual, por tanto, es esta dimensión de los significados la que cae bajo esos atributos, y no las palabras mismas, las que cumplen su tarea de significar, esto es, señalar en una dirección que tenemos que concebir.

Establecido esto, puede entenderse mejor la pretensión de estos jueces de mayoría. Según ellos la dualidad letra-espíritu hay que considerarla subordinada a la otra dualidad, de manera que “letra” se engarza con “claridad”, por lo cual resulta que lo que en el enunciado legal se llama “tenor literal” se asocia con “sentido claro”. Dejando de lado el tema de los significados originarios o inmediatos, lo que se implica en este planteamiento es que las palabras tienen la capacidad de expresar sus significados de una manera tal que al lector u oyente no se le presenta la menor duda sobre el significado expresado por la palabra. Aquí estamos en presencia de la influencia del principio que levantó el protestantismo en su momento frente a la interpretación alegorista y de las tradiciones del catolicismo. Este principio fue el de la suficiencia de la sola letra. La aplicación que de este principio han hecho los juristas puede verse aquí. El motivo es el de la búsqueda de mecanismos de la certeza, como valor supremo. El carácter predecible de las decisiones judiciales forma parte de este cuadro.

En este planteamiento la existencia de discrepancia y debate se enfrenta desde una teoría de la intuición infalible. En efecto, siguiendo las ideas cartesianas cuando dos personas disputan y tienen posiciones encontradas sobre alguna materia, por lo menos uno de ambos está en error, cuando no ambos, pues para Descartes la verdad se hace evidente en un acto simple de intuición. Y es lo que indica esa manera de entender el “sentido claro”. La sola lectura se convierte en la forma en que se abre espacio para la intuición infalible del contenido significado, el cual corresponde y es exactamente el que

quiso significar quien hizo uso de las palabras que enfrenta el receptor.⁸ Se cierra así el circuito de la comunicación, sin ser perturbado por la duda.

Para terminar, habría que señalar que para esta posición hay una sola y nada más que una sola interpretación que puede ostentar el carácter de verdadera. Es decir, la claridad y la oscuridad se hacen solidarias de la verdad y el error, respectivamente. Las otras posibles interpretaciones son falsas simplemente.

Ahora bien, esta concepción del significado puede expresarse así: las palabras en los enunciados legales significan, en general, de manera indubitable los contenidos que el autor del enunciado ha querido significar, por lo que la aprehensión de ese significado por parte del receptor normalmente en un acto de intuición infalible constituye la comprensión o entendimiento del enunciado, y puede ser calificado de verdadero. Esta concepción se pone en relación con la doctrina de los cuatro elementos, reformulados de manera de constituir un orden serial. Pero antes de examinar esta conexión, es preciso dejar establecido que esta concepción de la significación pertenece a una teoría hermenéutica y no exegética. La necesidad de distinguir entre una y otra se advierte prontamente cuando se considera el carácter del enunciado del inciso 1º del artículo 19 del Código Civil, recogido más atrás. La pretensión de esos jueces de mayoría, que se repite muchas veces por otras sentencias y también por distintos autores, es la de ver en ese enunciado una regla de interpretación, de manera que la confusión o identificación entre tenor literal y sentido resulta de una regla que prescribe precisamente eso. Se pasa por alto así que por tratarse de un enunciado su significado hay que establecerlo, y no podemos autoaplicarlo, por así decirlo, de manera que queda abierto a otras formas de comprenderlo. Es decir, hay otros significados posibles, como el que de no hay tal identificación, y que hay dos dominios distintos, uno el del tenor literal y otro el del sentido, quedando a su vez abierta la cuestión del sentido claro, esto es, el concepto mismo de claridad. Los jueces de minoría adoptan este otro significado. Queda así planteado en toda su magnitud el problema inherente a la reglamentación de la interpretación. Su solución no puede resolverse prescriptivamente, por lo cual una regla de interpretación no nos dice cómo debe ella aplicarse. Es necesario de otros principios o reglas que muestran cómo emplearlas. La forma en que las personas comprenden los enunciados no puede someterse a una reglamentación de esa naturaleza. Las reglas pueden señalar cómo hacer uso de la sintaxis, por ejemplo, pero no pueden someter a sus prescripciones cuestiones de orden teórico tal como la forma en que se constituye la comprensión misma.

⁸ El texto de Descartes es *Règles pour la Direction de l'Esprit*, Regla II, Gallimard, Oeuvres et Lettres, Bibliothèque nrf de la Pléiade, 1953, pp. 59-60.

Aun cuando esta situación se hace visible en estos casos de sentencias de tribunales colegiados con votos de mayoría y minoría, o entre sentencias sobre el mismo asunto, pero con decisiones completamente diferentes emanadas de distintos tribunales, el problema como tal no ha sido reconocido sino hasta hace poco entre nosotros, no obstante que es apreciable en casos de aplicación del Derecho hace ya mucho tiempo.

Los primeros autores que interpretaron ese enunciado, como José Clemente Fabres y Enrique Cood, escribieron en sus textos de enseñanza, que datan de 1882, lo siguiente: “El primer inciso de este artículo prescribe la interpretación *literal, mosaica o judaica*: cuando la lei es clara, sería absurdo atribuirle una significación oculta, pues si ésta hubiera constituido el propósito del Legislador, lo habría manifestado.”⁹ Esta manera de pensar el significado, como ya se ha expuesto, ha permanecido hasta nuestros días, y todavía puede encontrarse en alguna sentencia este argumento de la claridad. Sirva de ejemplo el siguiente: en una sentencia de la Corte Suprema, de 5 de abril de 2001, sobre amparo económico, se dice “que el inciso cuarto del artículo único de la ley N° 18.971 dispone que “contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación...”, lo que denota claramente que este medio de impugnación es el único contemplado dentro del procedimiento especialísimo del amparo económico...”.¹⁰

El problema que suscita esta invocación de la claridad es que ella, como cualidad o atributo de los conceptos, se hace patente como estado de conciencia en el sujeto que piensa el concepto que a él se le muestra con ese atributo de claridad, y por lo mismo es eminentemente subjetivo, propio del sujeto, y en tal carácter no susceptible de ser objetivado y transferido a otro. Tampoco puede ordenarse que alguien tenga por claro y evidente algo que a él no se le muestra con claridad. En este mismo caso que he tomado como ejemplo del debate sobre el significado en los Tribunales, a unos jueces parece claro lo que a otros jueces no, y que requieren por lo mismo de otros antecedentes, fuera del ámbito de los significados literales. Esta situación genera una radical inestabilidad, contraria a la pretensión de orden predecible buscado por el pensamiento ilustrado. No puede negarse que una de las consecuencias más importantes es la de convertir en ilusoria la “interpretación verdadera”, pues queda abierto como problema el cómo validarla precisamente en su verdad.

⁹ COOD, Enrique y FABRES, José Clemente, *Explicaciones de Código Civil. Destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1882, p. 107.

¹⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. XCVIII, t.2, 2001, 2ª parte, secc. 5ª, pags. 161-162.

Volviendo al tema de la justificación que ofrecen los jueces de mayoría en el ejemplo que se ha propuesto, la afirmación del estado de conciencia que hacen, de parecerles “claro y evidente” lo que ellos entienden, lo enlazan en seguida con una curiosa interpretación del sistema reglamentario de la interpretación que contiene el Código Civil en sus artículos 19 al 24. Me refiero a la inserción de la doctrina de los cuatro elementos, que fue formulado por Savigny, representante de la Escuela Histórica, por tanto, contrario a los planteamientos de la Exégesis.

En el último cuarto del siglo XIX los autores nacionales, al menos los que han dejado obra escrita, como los citados Cood, Clemente Fabres, Alfonso, se adscriben a las ideas de la Escuela de la Exégesis, que se edifica en torno a la doctrina de la claridad, como se ha visto más atrás. Pero a fines de siglo XIX y comienzos del siglo XX, Luis Claro Solar les sale al encuentro incorporando en su sistema de interpretación los cuatro elementos de Savigny, que es completamente incompatible con la doctrina de la claridad.

Me parece que la manera correcta de considerar los cuatro elementos es el punto de vista de Dilthey, quien vio aquí los inicios del planteamiento que él quería imponer. El Derecho como objeto cultural, esto es, como obra humana inserto en el flujo histórico de la vida humana misma. El Derecho emerge en la historia como un objeto que ofrece al estudioso de él una dimensión visible, su aspecto sónico como quedó señalado al comienzo de este trabajo: las palabras en que se exponen las reglas, los distintos signos mediante los cuales se establece la regla, las instituciones y monumentos jurídicos, en suma, todo lo que de una u otra forma nos transmite la juridicidad y que pasa a formar parte del mundo jurídico. Pero este aspecto exterior esconde un contenido formado por las ideas, los fines, las aspiraciones, los valores, que han tenido quienes han impuesto el Derecho. El científico del Derecho tiene que enfrentar ese conjunto como un solo todo, no aisladamente cada aspecto, sino relacionado unos con otros, y en su ser histórico, no desligado de la situación de que emerge. Hay que recordar que esta visión totalizadora del Derecho no es una novedad, y se encuentra defendida ya por los pensadores griegos, y por eso los autores medievales y especialmente los escolásticos tardíos, como Suárez, desarrollaron la teoría substancialista del Derecho, introduciendo la doctrina de las cuatro causas en la concepción del Derecho como substancia, esto es como un todo existente en la realidad histórica. De aquí la conocida dualidad esencia y existencia, que en relación con el Derecho se convierte en la de Derecho natural y Derecho positivo.

No es posible establecer una correspondencia estricta entre las cuatro causas (formal, material, eficiente y final) y los cuatro elementos (elemento

gramatical, elemento lógico, elemento histórico, elemento sistemático), aunque habría que observar que estos elementos representan dimensiones diferentes del Derecho, concebido como un todo. Cada elemento corresponde a una parte discernible, que sólo para efectos de análisis conceptual puede aislarse y tratarse separadamente. Por eso no debe sorprender la afirmación que la comprensión se obtiene conjugando todos los elementos y no cada uno por separado, como si fuesen autónomos e independientes unos de otros. Esta idea totalizadora es la característica, y ella es la que acoge Claro Solar en sus estudios de Derecho Civil. Como puede advertirse esta concepción es completamente opuesta a la de la exégesis, que privilegia una dimensión por sobre las otras.

No obstante la determinación inequívoca de esta doctrina de los cuatro elementos, un profesor de la Cátedra de Derecho Civil, Alfredo Barros Errázuriz, en su *Curso de Derecho Civil*, de 1915, intenta una combinación entre las ideas exegéticas y los cuatro elementos, de lo cual resulta una ordenación serial de ellos en los siguientes términos: 1° el gramatical; 2° el lógico y el histórico “conjuntamente considerados, a fin de precisar el verdadero espíritu de la ley”, y 3°, el sistemático. En defecto de estos cuatro elementos, la equidad natural (artículo 24 del Código Civil). Este orden serial o de precedencia sacrifica la esencia de la doctrina de los cuatro elementos, los separa unos de otros, y los pone en operación sucesiva, de manera que agotadas las indagaciones relativas al lenguaje, se abre la posibilidad de acudir a los elementos lógico e histórico, y así sucesivamente. Esta manera de pensar olvida que los cuatro elementos son en el fondo principios hermenéuticos, y no reglas de interpretación, que obedecen a una concepción substancialista del Derecho. Lo que hace Barros Errázuriz es imponer una concepción positivista del Derecho, transformando los elementos o principios hermenéuticos en simples reglas exegéticas.¹¹ Como simples reglas de interpretación este autor cree posible ordenarlas conforme su concepción positivista, que acoge la primacía de la letra, y deja las otras dimensiones en carácter de subsidiarias. Esta transformación ha terminado por aceptarse, no obstante que cambia el significado de los elementos mismos. (Por ejemplo, el elemento histórico en Savigny y Claro Solar es la situación histórica existente al momento de establecerse la ley, en cambio, para Barros Errázuriz es la historia fidedigna de la ley).

En la sentencia que se considera como un caso paradigmático de la cuestión del significado, en su considerando 4° se escribe lo siguiente: “Que pudiendo aplicarse en forma tan clara y sin que se presente a la menor duda el

¹¹ BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, Santiago, Imprenta Chile, 1915, pp. 28-29.

elemento gramatical de interpretación de la ley contemplado en el citado art. 19, inciso 1º del Código Civil, no hay necesidad de hacer disquisiciones para buscar interpretación utilizando los elementos lógico, histórico o sistemático, a que se refieren el inciso 2º del citado art. 19 y los arts. 22 y 24 del mismo Código, elementos -los tres últimos- a los cuales sólo cabe acudir en los casos de obscuridad de un precepto legal y que, de esa obscuridad, pueda desprenderse contradicción o falta de armonía con otras disposiciones”. Este considerando refleja fielmente esa manera de pensar que se forjó en nuestro medio a comienzos de siglo XX. Puede advertirse que, según esta manera de pensar el enunciado del inciso 1º del artículo 19 convertido ahora en regla de interpretación prescribe la identidad entre sentido y tenor literal, prescribe asimismo el orden serial, y en cuanto a la claridad, los jueces manifiestan y dejan constancia de que a ellos les parece claro el enunciado legal cuyo significado se debate en el juicio, por lo cual acuden a la doctrina de la claridad unida a los cuatro elementos entendidos de la manera serial en que lo hacen. El empleo de estos cuatro elementos en la forma indicada asegura la aprehensión del sentido verdadero, en suma, la interpretación verdadera.

Frente a esta pretensión teórica se levanta la otra, representada por el voto de minoría, que adopta como principio la separación entre sentido y tenor literal, es decir, no considera el enunciado del inciso 1º del Artículo 19 como regla de interpretación, sino como un enunciado que plantea un principio hermenéutico, la distinción entre sentido y tenor literal. Esta separación envuelve el rechazo al postulado de la suficiencia de la sola letra, y como consecuencia, la necesidad de buscar un sentido más allá del significado más o menos inmediato de las palabras, su tenor literal, lo que lleva a estos otros jueces a explorar las relaciones contextuales. La comprensión se nos muestra ahora, no como un acto instantáneo y total, como pretenden los jueces de mayoría basándose en la claridad de los significados de los enunciados legales, sino como un proceso, cuyo primer estadio es la aprehensión de un significado acotado por el tenor literal, que son los significados inmediatos de las palabras, sin considerar ninguna otra cosa. Pero basta tener presente la situación a la que se quiere aplicar el enunciado para que surja la duda legítima sobre la *extensión* del mismo. En este caso, la cónyuge que demanda alimentos al marido, ¿queda incluida dentro de la prohibición de embargo o retención de las remuneraciones, como lo señala de manera general la Ley especial a que se sujeta el pleito? Para hacer frente a la duda hay que salirse del ámbito de literalidad, y buscar otras razones que hagan de principios fundadores de una solución. Los jueces de este voto de minoría escriben en el considerando 4º de su voto: “Que en orden a estos razonamientos cabe advertir que la disposición del art. 19 estatuye que cuando el *sentido* -no el tenor- de la ley es claro no ha de recurrirse a consultar su espíritu desentendiéndose de sus términos literales, y *sentido* equivale a significado, alcance o interpretación”.

Aquí se muestra la separación anotada entre tenor literal y sentido. El tenor literal como significado que inicialmente se aprehende inmediatamente de la sola lectura del enunciado corresponde así a una primera etapa de la comprensión, la cual debe todavía avanzar para alcanzar una comprensión más completa y acabada. Por este lado está el sentido, que se va estableciendo gradualmente. Se cumple aquí que a medida que se avanza la comprensión es mayor, hay más aspectos y detalles involucrados. En el caso que se está examinando, los jueces de minoría razonan que las pensiones alimenticias no pueden quedar incluidas en la prohibición, sino que hay un principio que deriva del carácter mismo de esas pensiones, las que hay que considerarlas como obligaciones de familia, por lo cual hay que dejar de lado el patrimonio de la sociedad conyugal y considerarlo a la luz de su propia razón de ser, esto es, para responder a las obligaciones de la familia. Por eso, en definitiva, la prohibición de embargo afecta a las relaciones para con terceros ajenos a la familia, pero no a las relaciones que se dan al interior de ella. Comprenderlo así es una etapa más avanzada de la comprensión, que comenzó con una comprensión muy general del enunciado legal. Ahora ese enunciado se ha puesto en conexión con otras partes del Derecho, la relativa a la constitución de la familia y la formación del patrimonio de la sociedad conyugal, y de su consideración es posible establecer ahora un principio que limita la extensión inicial, que no distingue entre los varios casos que pueden quedar subordinados, y que los jueces de la mayoría consideraron era la que debía reconocerse. Esta extensión es lo que también en el lenguaje de esta sentencia se llama "alcance". Todas esas expresiones, significado, alcance, sentido, están relacionadas con la extensión de los conceptos. En las fases de la comprensión se cumple asimismo un proceso de concretización.

El caso que se ha examinado, que se repite una y otra vez en las sentencias de los Tribunales, es ilustrativo del tema que me interesa destacar. En la aplicación del Derecho hay dos núcleos temáticos que son determinantes en la forma en que se aplica. Estos son el significado y la justificación. Por el primero se quiere decir que una parte considerable de los problemas de aplicación del Derecho giran torno a los significados de palabras o enunciados, como en el caso que se ha examinado, que conciernen propiamente a la extensión de los conceptos. Por el segundo se quiere señalar en la dirección de las razones justificatorias o principios que se invocan para fundamentar una posición interpretativa que se adopta. En el caso que se ha examinado se ve que los jueces de mayoría invocan la claridad, además de otras razones adicionales, en cambio, los jueces de minoría rechazan esa doctrina y señalan la necesidad de establecer el sentido a partir de relaciones contextuales. Pero no es esto lo único que importa en la aplicación del Derecho. La distinción que se ha formulado al comienzo entre hermenéutica y exégesis es de enorme importancia, porque permite definir la función que desempeñan los principios

en cada una. Los principios hermenéuticos, que también se llaman cánones por Schleiermacher y Betti, conciernen a la constitución de la comprensión y la forma de validarla; en cambio los principios exegéticos, conocidos generalmente con el nombre de reglas de interpretación, son pautas para realizar las operaciones prácticas de la interpretación, como son las relativas a la gramática o sintaxis. Su valor y fuerza legal ha estado en constante debate, mientras algunos le niegan todo valor, otros le asignan la misma fuerza vinculante de la ley en que se encuentran. Desde mi punto de vista, su fuerza depende de la teoría hermenéutica que se sustente. Se ha visto en el ejemplo de la demanda de alimentos que para una parte de los jueces las reglas determinan incluso la adopción de una forma determinada de conocer, en cambio para otros las reglas son funcionales a la búsqueda del sentido, quedando abierto el empleo de una u otra.

IV

El debate examinado precedentemente ha sido de enorme influencia, porque permite mostrar una diversidad de formas de aplicación del Derecho, que no eran posibles si se adopta el modelo cartesiano de la claridad y su justificación en los cuatro elementos ordenados serialmente, como lo propone Barros Errázuriz. La separación conceptual entre sentido y tenor literal queda incorporada en la práctica de los Tribunales, y es recogida después de algún tiempo en trabajos de profesores de la cátedra de Derecho Civil, como Avelino León Hurtado y Fernando Mujica Bezanilla, quienes en un informe en Derecho, publicado en 1968, sobre el significado del tenor literal, señalan que “la prevalencia del “tenor literal” queda supeditada a que “el sentido de la ley sea claro”, porque puede suceder que aunque el lenguaje empleado sea correcto y preciso, ese “tenor literal” no traduzca el verdadero pensamiento del legislador, creando de este modo duda en el intérprete sobre el “verdadero sentido” de la ley”¹². Citan varias sentencias de la Corte Suprema inspiradas en estas ideas, las que se repiten en otras sentencias hasta nuestros días.

Esta distinción recoge, en suma, el debate y propone otro modelo interpretativo. El anterior, que he denominado modelo cartesiano comúnmente se le conoce como modelo literalista, o simplemente interpretación literal. El otro modelo que se inicia a partir de esa distinción entre sentido y tenor literal lo he caracterizado como un modelo

¹² LEÓN HURTADO, Avelino y MUJICA BEZANILLA, Fernando, “El tenor literal en la interpretación de la ley”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. LXV, 1968, págs. 224-229.

argumentativo, no literalista, porque se hace presente en distintas formas de interpretación, cuya característica es la clase de justificación que se ofrece en cada una de ellas.

Dejando de lado el modelo cartesiano, del sentido claro, se abre una búsqueda tendiente a establecer un sentido. Aquí podemos señalar primeramente una forma muy frecuente que es la interpretación teleológica. El *télos* o fin corresponde a lo que los clásicos denominaban *ratio legis*, la razón de la ley, que es el fin inmediato de ella. No la *ratio iuris* que más bien corresponde con los llamados principios generales del Derecho, especialmente en la época de la codificación. En esta interpretación teleológica o finalista el sentido de los enunciados legales se establece a partir del fin de ella, y no de los significados inmediatos de las palabras. Por lo mismo, esta clase de interpretación se separa y opone a la interpretación literal.

Otra forma de interpretación es una que retoma los cuatro elementos, pero no entendidos serialmente como lo hace Barros Errázuriz, sino que buscando la congruencia o coincidencia de todos ellos en un mismo punto, que es el sentido verdadero. De lo que se trata es mostrar que los cuatro elementos, entendidos de una manera próxima a Savigny-Claro Solar, todos llevan a la misma conclusión. Así, el examen de los significados de las palabras se compara con el estudio de la *ratio legis*, en el doble sentido de fin y razón de ser, y con la construcción lógica y sistemática y con los antecedentes legislativos (en esta parte se separa de Savigny, que por el elemento histórico entendía otra cosa), y si todos ellos coinciden se tiene esta interpretación o este sentido así establecido como el verdadero. Por ejemplo, en un caso fallado por la Corte Suprema, de 23 de junio de 1959, *Chile Exploration Company con Fisco*, en el considerando 3º se dice: “No sólo, entonces, el juez debe analizar las palabras de que se ha servido el legislador, sino las relaciones que unen todas las partes del articulado sobre el punto que se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación y, por último, posesionarse de la acción ejercida por ella en el orden general del Derecho y el lugar que en este orden ocupa el precepto que se intenta interpretar. Y estos cuatro elementos, estudiados en conjunto, han de adaptarse a la práctica y a la realidad, para que se cumpla con los fines que se propuso el legislador y encontrar en seguida al verdad jurídica”.

Una tercera clase de interpretación no literalista es la que acude a operaciones de coherencia o consistencia sistemática. Se podría pensar que esta forma de interpretación recoge solamente los elementos lógico y sistemático de la doctrina de Savigny, pero aquí se recibe en realidad el viejo principio del todo y la parte. Cada parte se entiende a partir del todo y el todo a partir de cada parte. La relación dialéctica entre el todo y la parte sólo puede entenderse

en el sentido de que el todo no es sólo la suma de las partes, sino que el engarce de cada parte con otra debe respetar el conjunto, lo cual se alcanza en grados sucesivos de aproximación. El todo tiene un sentido y cada parte también, pero hay que buscar armonizarlos. Es la noción de la debida correspondencia y armonía que se contiene en el artículo 22 del Código Civil, y que llama "contexto". Los contextos o todos se pueden constituir fundamentados en relaciones lógicas o de consistencia (definidas por el principio de no-contradicción) o por relaciones articuladas en torno a fines o valores. Ambas formas han tenido cabida en la práctica judicial. Por sus características la separo de la doctrina de los cuatro elementos. Más adelante se considerará un ejemplo de sentencia del Tribunal Constitucional que acude a este concepto de todo, o también todo orgánico.

Estas tres clases de interpretación que se desarrollan fuera del techo de la literalidad han tenido amplia aceptación y no es difícil encontrar ejemplos de ellas en la práctica de los Tribunales.

Además de estas tres clases de interpretación, hay otras formas de aplicación del Derecho, distintas de las anteriores y que son la interpretación extensiva, que se superpone a veces con la extensión analógica, la interpretación evolutiva y la integración de lagunas. Volveré sobre ellas más adelante, en relación con la interpretación constitucional.

El debate que he examinado con algún detalle en las secciones anteriores, resulta ser paradigmático, porque nos abre el complejo mundo de la aplicación del Derecho. El concepto de aplicación que se necesita para poder recoger todas esas diferentes clases de interpretación, incluso la integración de lagunas, ya no puede ser esa noción estrecha que lo vincula a la subsunción. Esta es una operación intelectual mediante la cual se identifica el caso de que se trata como incluido en el supuesto normativo de la regla jurídica. Lo que llamo regla jurídica o norma jurídica es una estructura proposicional compuesta de un supuesto y una consecuencia asociada a la verificación del supuesto. Por esto, la forma en que la subsunción se materializa es el viejo silogismo práctico, que es un argumento que combina como premisa mayor la regla jurídica y como premisa menor una proposición fáctica relativa al supuesto. Cuando en el siglo XIX los autores partidarios de la exégesis buscaban limitar las facultades de los jueces a la "sola aplicación" entendían normalmente ese concepto de subsunción, asumiendo que las reglas jurídicas se encontraban clara y distintamente expresadas en los enunciados legales. Pero la revisión emprendida a mediados de siglo XX, entre otros por Engisch, en cuanto a que las reglas o normas jurídicas se establecen o construyen a partir de los enunciados, permitió mostrar lo que en la práctica los jueces venían realizando, esto es, que los enunciados legales podían contener distintas reglas, según

como se las interpretase. A partir de aquí Wróblewski pudo agregar poco después su importante distinción entre justificación interna y justificación externa, distinción que significa precisamente que lo que un enunciado expresa puede entenderse de diferentes maneras, y que entonces, el intérprete debe justificar su particular modo de entenderlas. Se llega así a lo que se ha señalado más atrás, que la aplicación del Derecho está gobernado por estos dos conceptos capitales: significado y justificación. La forma en que se articulan ambos es lo que determina la clase de interpretación que he reseñado precedentemente.

Dejando de lado ese concepto estrecho de aplicación, puede mostrarse ahora de qué manera el concepto de Derecho incluye no sólo reglas o normas sino que también principios. Se entiende así mejor que cuando los juristas del siglo XIX pensaban en la aplicación acotaban su concepto de Derecho a la ley escrita (fuentes formales), y los principios, bajo la fórmula de principios generales del Derecho, se consideraban como elementos subsidiarios en defecto de la ley escrita. Así se entendió el artículo 24 del Código Civil por los juristas chilenos de fines del siglo XIX, interpretación que perdura hasta nuestros días como fórmula de integración de lagunas, aun cuando nada dice sobre éstas. En cambio, al ampliar el concepto de Derecho a los principios, en éstos se incluye una variedad de clases diferentes de principios, que cumplen distintas funciones. Como es necesario justificar distintas clases de interpretaciones, será necesario acudir asimismo a diferentes tipos de principios.

En la interpretación teleológica, el sentido de los enunciados legales -y no sólo los significados inmediatos de las palabras o de los mismos enunciados- se establece a partir de la consideración del fin o *ratio legis*. En la interpretación que considera los cuatro elementos operando convergentemente, estos elementos corresponden a partes distintas del objeto estudiado, son por lo mismo principios, que se articulan en torno al principio de que el método debe adecuarse a la naturaleza de su objeto. Como el objeto de estudio, el Derecho y sus circunstancias, es complejo, la metodología que se emplea tiene que hacerse cargo de esa complejidad. En el caso de la interpretación que acude a los contextos o también llamada interpretación sistemática, la consistencia o la coherencia se definen por principios.

Lo mismo sucede en los casos de las interpretaciones extensivas, evolutivas y aún el caso de la integración de lagunas, pues todas éstas se apoyan en principios.

De todo lo anterior se desprende que el establecimiento del sentido de los enunciados o palabras legales se hace a partir de principios. Son estos

principios los que en último término proporcionan la justificación a la interpretación. A su vez, la cuestión interpretativa surge en la relación del enunciado (su significado, su extensión) con la situación o caso con el cual se trata de hacer corresponder. Esta correspondencia es, a su vez, el resultado de un proceso. Por eso el establecimiento del sentido tiene que tomar en consideración esta relación, de manera de irse construyendo conjuntamente. Aquí también es preciso hacerse cargo que esa relación de lo general a lo particular abre el tema de “lo concreto”, que ha estudiado con bastante penetración Engisch en una obra ya clásica.¹³

En suma, en el estudio de esta relación se trata de dos puntos de vista que se presentan a la consideración. De una parte, desde un punto de vista lingüístico, en el significado se trata de escudriñar la extensión o alcance del concepto significado por un enunciado o palabra, es decir, qué clase de objetos quedan comprendidos en su referencia. De otra parte, cuando se considera más bien la función del concepto en la construcción del objeto de conocimiento, surge el problema de los grados de *determinación* de éste, es decir, la singularización o particularidad del objeto, que es a lo que suele llamarse objeto concreto.

Ambos puntos de vista se complementan, y de esta manera, como se señaló al comienzo, la visión que enfatiza la cuestión de los significados en el lenguaje, que se incorpora al pensamiento analítico en general, y la otra que más bien se preocupa de cuestiones epistemológicas, como ocurre con la corriente hermenéutica, representan dos dimensiones del mismo problema. Teniendo esto siempre a la vista, puede entenderse mejor la importancia del debate que hace visible esa sentencia de la Corte de Valparaíso. Ahora puede ya decirse que esa sentencia muestra que el problema de los enunciados jurídicos tiene que ver con la significación y con los grados de determinación. Los jueces no tenían una teoría del significado completa y una teoría epistemológica suficientemente desarrollada, pero captaron intuitivamente que la relación de lo general a lo particular no podía resolverse simplemente bajo el amparo de la doctrina de la claridad entendida cartesianamente. Una parte de los jueces asumió que la claridad conceptual era criterio suficiente y por eso, como de la consideración del significado no se derivaba un límite a la extensión del concepto, esto es, a todos los objetos a los que puede aplicarse (los sueldos inembargables tanto para los terceros como para la cónyuge), les pareció evidente que esa era la intención del legislador. (Recuérdese que en el modelo exegético en que se ubicaban esos jueces la doctrina de la claridad, la suficiencia de la sola letra, el legislador racional, el juez vinculado, la primacía

¹³ ENGISCH, Kart, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968.

de la letra por sobre el espíritu, la ordenación serial de los cuatro elementos a la manera de Barros Errázuriz, todos esos principios propiamente hermenéuticos son los que hay que tener en cuenta para apreciar el trabajo interpretativo que realizan). No hay para ellos cuestiones de vaguedad o indeterminación.

En cambio, para la otra parte de los jueces sí hay problemas de vaguedad e indeterminación. Tomado el término inembargable y examinado en su solo significado literal no contiene ningún criterio que permita solucionar el problema que plantea la acción iniciada por la cónyuge. Hay que recordar aquí la observación formulada por Wróblewski, en cuanto a los contextos generadores de la duda, que provienen del propio lenguaje o de relaciones contextuales de un enunciado con otros. Lo que sucede es que la duda, como todo fenómeno de conciencia, no puede someterse a reglas prescriptivas. A nadie se le puede ordenar tener algo por dudoso, como tampoco como no dudoso. Y la duda se hace presente porque, como bien lo anotara ya hace algún tiempo Betti, la comprensión de los enunciados no las hace una mente en blanco, algo así como pretendía el empirismo ingenuo, que las palabras imprimieran su significado en una mente vacía. Todo lo contrario. La mente está llena de conocimientos, doctrinas e ideas sobre distintas cosas. Contribuyen a formar los prejuicios, que estudia Gadamer como determinante en la formación de la comprensión. Aquí radicaría el origen de la discrepancia, esto es, de la posibilidad de entender distinto y de formarse cada cual concepciones diferentes que se enfrentan después una con otra. De esta manera, estos otros jueces tienen una visión del Derecho en su conjunto, que les permite insertar ese enunciado sobre la inembargabilidad en un todo mayor (el principio de la contextualidad), y por eso se les presenta la duda de que el enunciado tal cual está no discrimina los distintos casos o situaciones. El viejo adagio romano “donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir” está vinculado a cuestiones de significación, precisamente para indicar que las diferenciaciones no deben tomarse en cuenta. Pero esto es imposible. Por eso los jueces buscan fuera del significado literal un principio o criterio que permita resolver la diferenciación. Es decir, buscan limitar la extensión que inicialmente aparecía en una primera aproximación, pues había que relacionar ese enunciado con todo lo concerniente al estatuto de las remuneraciones en la sociedad conyugal. No es un capricho de los jueces sino una aguda conciencia de la totalidad de las reglamentaciones jurídicas. Y esa aguda conciencia los lleva a mantener una cierta armonía (consistencia y coherencia) entre las distintas partes. De ahí que aparezca ahora que la diferenciación entre dos grupos, los terceros y los cónyuges, es necesaria para aplicar la regla de inembargabilidad y mantener así la armonía del conjunto. El principio del todo y la parte, de vieja data, que Betti convierte en un canon hermenéutico, aparece aquí en todo su valor.

Estas mismas consideraciones pueden compararse con las que hace Hart en torno a la llamada “textura abierta”. Se trata de situaciones similares, pues en su obra sobre el concepto de Derecho, ya clásica, presenta el ejemplo de la prohibición de ingreso de vehículos a un parque, y al igual que en el caso de la Corte de Valparaíso, se presenta la duda de si se extiende a toda clase de vehículos, motorizados o no, como bicicletas, patines, coches de compras, etc. Los casos, dice, no están listos y etiquetados, de manera de recogerlos uno a uno. Junto a una zona referencial no dudosa, existe esta zona de penumbra, en que se encuentran los casos dudosos. La duda se presenta espontáneamente. Aunque este autor no examina detenidamente el origen de la duda, hace una reflexión que nos conecta a antiguos temas. Dice: “Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad”.¹⁴

El tema de la acción humana (praxis) lo trató Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*, y allí introdujo esa expresión *tó epí tó polí*, es decir, lo que en el hacer humano ocurre las más de las veces. Esta noción dará origen a la noción de *contingencia*, la acción que lleva dentro de sí tanto la posibilidad de un resultado como de otro. Los medievales estudiarán los *futuros contingentes* como inherente a la vida humana. El mundo para el hombre se ofrece en una dimensión ontológica del ser, de lo que es y ha sido, y en una dimensión ontológica de lo que posiblemente será. El mundo de la acción está dominado por esta categoría de la posibilidad, del ser posible, y no puede ser objeto de predicción, sino tan sólo de pronósticos de probabilidad o mera posibilidad. Hay, pues, incertidumbre cognoscitiva. Esta se traspasa al lenguaje que se emplea para referirse al futuro en la acción humana. No todo lo que ocurre efectivamente ha estado en la previsión anticipada, y bien puede suceder que escape a toda previsión, es decir, que lo que ocurra pertenezca al accidente o azar. Como ya se ha visto, el problema radica en la dificultad de relacionar lo general del concepto significado con los individuos o casos singulares que forman su extensión y lo ejemplifican, como suelen decir los estudiosos de la lógica. Aristóteles ya lo señaló en su momento, esta dificultad es inherente a la “cosa práctica”: de una parte las palabras y sus conceptos significados que en

¹⁴ HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 160.

su generalidad no se relacionan determinadamente con cada uno de los casos, y esto, de otra parte, proyectado al futuro, significa admitir la inevitable incertidumbre acerca de si los posibles casos futuros están o no incluidos en la extensión del concepto.

Sea la siguiente cita de la *Ética Nicomaquea*, Lib. V, 1137b 20: “Cuando la prescripción legal está dicha en un lenguaje universal y ocurre un caso al que debe aplicarse esa prescripción y que queda fuera de su enunciado universal, es correcto entonces, donde el legislador ha pasado por alto y ha errado al expresarse simplemente en la forma en que lo ha hecho, tomar esa omisión y corregirla del siguiente modo: establecer como prescripción legal la que el propio legislador enunciaría e instituiría si estuviera presente y conociese el caso”.¹⁵

Se podría comentar extensamente este pasaje, que le sirve a Aristóteles para formular su visión de la relación de lo universal y lo singular, pero lo que me interesa para los efectos de este trabajo es más bien la necesidad de acudir a un criterio, pauta o principio que está *fuera* de esa relación. Es decir, la palabra por sí sola no tiene la capacidad de ofrecer esa pauta o principio, tampoco la consideración del caso mismo en su singularidad. Por tanto, hay que enriquecer esa relación incorporando a ella un principio que sirva de guía para especificar o determinar el caso dentro de la extensión del concepto. Aristóteles acudió a lo que el legislador establecería si estuviese presente y conociese el caso. Hart acude a la discrecionalidad del juez o funcionario, y lo expresa así: “En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad”.¹⁶ Partiendo de la textura abierta, doctrina que tomó de Waissman, la dificultad inherente a todo lenguaje, que refleja esa dificultad de relacionar lo general a lo particular, Hart la enfrenta acudiendo a la discrecionalidad, noción que abre paso a la creación de Derecho. Esta parte ha sido extensamente debatida por Dworkin, que admitiendo la existencia de esta dificultad en los llamados “casos difíciles”, le inquieta la posibilidad de creación

¹⁵ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Libro V, 1137b 20. La versión es mía y forma parte de QUINTANA, Fernando, *La actualidad hermenéutica de la Teoría de la Justicia de Aristóteles*, Santiago, Ediciones del Departamento de Estudios Humanísticos, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, 2000.

¹⁶ HART, op. Cit. p. 169.

de Derecho, y para mantener incólume la separación de poderes, opta por acudir a principios preexistentes, que darán siempre una solución.¹⁷

La crítica que le formula Dworkin a Hart en el sentido de la falta de legitimidad política de los jueces para crear Derecho, la encontramos ya en autores chilenos de fines del siglo XIX, como, por ejemplo, Paulino Alfonso, ferviente partidario de la exégesis, escribe: “Dejar, pues, de entender sus disposiciones en el sentido claro que ellas ofrecen, bajo cualquier pretexto, aunque sea en razón de las consecuencias absurdas o perjudiciales a que ello dé lugar, aunque sea so capa de consultar su intención o espíritu, es desobedecer abiertamente su voluntad soberana, es sublevarse contra la autoridad de la ley, es convertirse de intérprete en legislador”.¹⁸ La vinculación del juez a la ley y la concepción de la estricta separación de poderes llevó a este autor y a los demás partidarios de estas ideas a la posición de restar toda legitimidad a la creación del Derecho por parte de los jueces en la aplicación.

Los jueces en la sentencia citada más atrás comprueban frente a un caso lo que he expuesto en cuanto a la significación, que no es posible a partir de las solas palabras definir una determinación o concreción del concepto y que, por lo mismo, es preciso buscar en otra parte el principio determinativo, esto es, el sentido.

De todo lo anterior, en suma, se puede establecer que hay una coincidencia fundamental desde varios lados en cuanto a que la concreción sigue siendo el problema central de la aplicación del Derecho y que para su solución no bastan las solas palabras o tenor literal, como suele decirse, y que es necesario acudir a otras consideraciones, esto es, principios de distinta clase. En nuestra cultura jurídica el debate sobre la distinción entre *sentido claro* y *tenor literal* se transformó finalmente en un enjuiciamiento al modelo de la exégesis y a su insuficiente base teórica para enfrentar íntegramente la aplicación del Derecho. Por eso, ya a mediados de siglo XX comienzan a manifestarse fenómenos contrarios a esa corriente, como es la revisión del postulado del legislador racional, incluso la idea misma de que la interpretación persigue el pensamiento de los autores reales e históricos, para buscar más bien una intención o *ratio* objetivas, de la ley misma. De ahí la renovación del empleo de la interpretación teleológica, como asimismo la consideración de la situación en que debe aplicarse el Derecho, lo que lleva a la idea del Derecho como instrumento de solución de conflictos. Todo esto trae consigo una valorización

¹⁷ DWORKIN Ronald, *Derechos en serio*, Barcelona, Ariel 1994, especialmente secciones 1 a 4.

¹⁸ ALFONSO, Paulino *De la interpretación de la ley, en Revista Forense chilena*, tomo VIII, pp. 9 - 26.

de los principios, lo que puede ser recogido en los intentos que surgen de las diferentes áreas del Derecho para buscar una forma más plena de vigencia de ciertos principios que se muestran como relevantes en ese sector del Derecho. Se produce, hasta cierto punto, un fenómeno de fragmentación de la cultura jurídica. En este trasfondo, la interpretación constitucional que se forja hacia fines de siglo XX va a tomar distancia del modelo de la exégesis y va a postular una forma autónoma y propia, fundado en la naturaleza del objeto a interpretar, esto es, la Constitución misma. Esto lo examinaré en la sección siguiente.

V

En esta sección voy a examinar primeramente la afirmación sostenida por muchos autores en cuanto a que la interpretación constitucional es distinta de las interpretaciones de otras áreas del Derecho, es decir, de la ley y los contratos, ello por el principio de la supremacía constitucional. Por mi parte, sostengo que, en general, no hay razón suficiente para pensar que la interpretación constitucional sea diferente a otras interpretaciones de textos jurídicos. Pero hay que tener presente la siguiente observación.

Cuando se piensa el Derecho como un conjunto, no se debe pasar por alto su división en áreas específicas, que adoptan los nombres ya conocidos tradicionalmente: Derecho público, Derecho civil, Derecho comercial, Derecho laboral, etc. En cada una de esas áreas se ha planteado en algún momento la exclusividad del conocimiento de su objeto. Lo que ocurre es que los principios diferenciadores de cada área y que contribuyen a constituir su objeto, sirven al mismo tiempo como principios que desempeñan funciones interpretativas, lo que da la impresión de un área de conocimiento exclusivo, separada de las demás. No voy a discutir esto, pero sí hago presente que el Derecho se nos presenta como un texto, o para decirlo en la terminología empleada al comienzo, es una obra expresada en signos de lenguaje, que debe por lo mismo ser objeto de interpretación. Lo que se interpreta son esos signos, y esto ocurre de modo general, de suerte que las normas o reglas jurídicas son los significados de ese lenguaje. La Constitución es un conjunto expresivo de signos de lenguaje, como lo son los Códigos Civil, de Comercio, Penal, etc. Aquellos principios diferenciadores de cada área confieren a las interpretaciones características que las separan unas de otras., pero los problemas de significado y concreción son los mismos en todas las áreas. Desde un punto de vista estrictamente hermenéutico, esto es, de la teoría de la interpretación, la tarea de la delimitación de un área específica pertenece a la Teoría del Derecho, y una vez practicada enriquece la dogmática jurídica o

ciencia del Derecho. Pero a veces en la aplicación del Derecho, o también adjudicación, es preciso acudir a esos principios que han servido a la Teoría del Derecho para delimitar un campo específico, pero en la tarea interpretativa no se revisa esa delimitación, sino se emplean algunos de esos principios en otra función, ya no delimitadora, sino justificadora de una determinada interpretación. Por ejemplo, si se considera en sí mismo el principio de legalidad o juridicidad, importante en la determinación de la actuación de los órganos del Estado, sirve la función epistemológica de acotar un sector del Derecho y de la actividad de los entes administrativos. Pero cuando se considera la aplicación del Derecho ese principio interesa a la hermenéutica, pues puede servir una función determinativa de un sentido, o también puede colisionar con otro principio distinto, y habrá que resolver ese conflicto, a su vez por otro principio diferente de los principios que colisionan.

De esta manera, los principios jurídicos, y aún de otra naturaleza, como los principios lógicos, interesan en la perspectiva hermenéutica en la aplicación, que ya hemos visto, concierne al fenómeno general de la concreción o determinación. Para tener presente otro ejemplo, el principio de la autonomía de la voluntad considerado como tal, puede hacernos reflexionar sobre el concepto de libertad en sentido de Kant, pero si se trata de aplicarlo a una convención concreta, nuestra preocupación es ahora establecer determinadamente si las partes son efectivamente libres para pactar ciertas cláusulas, o si el riesgo o los accidentes influyen o no en la estabilidad del contrato, como es el problema que trata de resolver la teoría de la imprevisión.

Muchos autores sostienen que la interpretación constitucional posee características propias que la distinguen de la interpretación de las leyes generales o de los contratos y otros actos jurídicos. Pesa en ellos el carácter de la Constitución, especialmente lo que se ha denominado supremacía constitucional. Esta tesis hay que descomponerla, para comprenderla mejor. Si lo que se pretende es sostener lisa y llanamente que la actividad interpretativa que recae sobre textos constitucionales es toda ella distinta de la interpretación de otros textos y que posee sus rasgos propios, esa afirmación es errónea. Como se ha señalado, toda actividad interpretativa de cualquier enunciado jurídico, constitucional o simplemente legal o contractual busca en último término concretizarlo y en esa tarea establecer el sentido de ese enunciado. Lo que ocurre es que en las diferentes áreas del Derecho concurren principios diferentes propios de ese sector, a veces concurren principios comunes, pero esto no transforma la naturaleza propia de la actividad interpretativa que busca establecer un sentido en cada concreción. Humberto Nogueira, por ejemplo, en su libro sobre interpretación constitucional, sostiene que la interpretación constitucional "es una forma de interpretación jurídica que opera con una materia jurídica peculiar como es la Constitución y el bloque de

constitucionalidad que impone modos específicos de interpretación”,¹⁹ La especificidad está sólo en ciertos principios que se invocan para la actividad interpretativa. Por su parte, Segundo Linares, en su voluminoso tratado sobre interpretación constitucional en los capítulos iniciales bosqueja la distinción entre hermenéutica e interpretación, en términos similares a los que señalé al comienzo de este trabajo, es decir, entre la teoría de la interpretación y la actividad misma de la interpretación, sólo que yo empleo el término exégesis en vez de interpretación, acudiendo a la historia y génesis de las palabras.²⁰ Pero esta distinción se distancia del problema que yo he señalado como el determinante de la actividad interpretativa y que concierne a la concreción y determinación de los términos que integran los enunciados jurídicos. Sobre esa base plantea la especificidad de la interpretación constitucional, aunque no quedan claro cuáles son los ingredientes que confieren esa especificidad.

En cambio, Guastini, en su reciente trabajo sobre interpretación constitucional, critica que en muchos casos la especificidad se postula, pero no se argumenta, y se da él a la tarea de imaginar las posibles defensas para después rebatirlas, y sostener finalmente que esos argumentos son demasiado débiles para defender la tesis de la especificidad.²¹

Algunos de esos argumentos, conciernen en realidad a cuestiones propiamente hermenéuticas; como por ejemplo, Humberto Nogueira hace suya una posición de Lucas Verdú, que dice: “aunque la interpretación constitucional es una, no obstante existen diversos métodos para esclarecer el significado de las normas constitucionales. No hay una interpretación histórica de las normas constitucionales, otra gramatical, y otra lógico-sistemática y teleológica, sino una sola interpretación constitucional que analiza los precedentes históricos, examina los debates parlamentarios, fija el significado exacto de las palabras y realiza las operaciones necesarias para establecer el sentido de la norma constitucional como parte componente de un ordenamiento que apunta a una finalidad concreta”.²² Aquí puede advertirse la fuerte influencia que ha tenido el pensamiento de la Escuela Histórica, que hoy día hay que apreciarlo como una manifestación de independencia y alejamiento de la Escuela de la Exégesis, cuyos postulados hay que considerarlos ya superados. Aunque referido a la interpretación constitucional, la idea de un

¹⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, 2006, p. 48.

²⁰ LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

²¹ GUASTINI, Ricardo *Teoría e Ideología de la interpretación constitucional*, México D. F., Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 53-58.

²² Citado en NOGUEIRA, op. cit., p. 49.

objeto complejo que exige la diversidad de sus dimensiones para ser aprehendido y explicado.

Tal vez lo que ocurre con algunos autores nacionales -y tengo la sospecha que puede extenderse a muchos- es que la crisis del sistema exegético y sus postulados hermenéuticos les hace necesario buscar una nueva fundamentación teórica de la práctica interpretativa, de manera que esto que se observa como algo nuevo lo es no sólo en el ámbito constitucional sino en todas las esferas del Derecho. La crisis del sistema hermenéutico es, en el fondo, el ocaso de la Ilustración y sus pretensiones de certeza y seguridad jurídica, tal como sus defensores las entendieron. Esto no quiere decir que nos abramos a una postmodernidad escéptica, pero sí, en cambio, a un período de búsqueda.

Además, sucede asimismo que los autores que escriben sobre interpretación constitucional se extienden ampliamente sobre la función de la Constitución como carta política y como instrumento de planes y programas sociales, lo que realza su importancia. Y aquí se genera la impresión que la interpretación constitucional es completamente distinta y separada de las interpretaciones de otros sectores del Derecho. Pero en realidad una parte de estas consideraciones sirven más para definir un criterio o un principio para enfrentar el tema de la vaguedad e indeterminación de muchos enunciados constitucionales que una cuestión de teoría hermenéutica. En la tarea concretizadora se podrá acudir a estas consideraciones y habrá que mostrar cómo contribuyen a conferir determinación y concreción a un enunciado general.

Hay implicado en todo esto una concepción de Constitución que es preciso tener en cuenta. Como lo indica Guastini, una concepción clásica está sugerida en el artículo 16 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789. La función de la Constitución es la organización, la distribución y la limitación del poder político, con la finalidad de proteger la libertad de los ciudadanos.

En cambio, la concepción contemporánea asigna a la Constitución no sólo la tarea de organizar la sociedad civil, sino también diseñar las relaciones sociales, asignando tareas al Estado en el orden social. En la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 325, de 26 de junio de 2001, sobre tráfico vehicular, en su considerando 6º hace suya una opinión de Segundo Linares en cuanto a que “en la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución...”, y en el considerando 13º hace suyo asimismo un planteamiento de Pablo Lucas Verdú, citando un extenso párrafo de su obra, citada, que dice: “pues a diferencia de las leyes ordinarias

la Constitución es una superley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer, con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quienes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado". La idea misma del Estado de Derecho se asocia a esta amplia concepción de la Constitución. Aquí la idea de la supremacía de la Constitución no sólo alude a la jerarquía normativa, sino sobre todo a esta concepción de la Constitución como un plan social de inserción del individuo en el Estado.

Estas concepciones son determinantes de la interpretación que se hace de la Constitución. En la primera concepción se ve la Constitución como el instrumento de la libertad del individuo -los derechos civiles y políticos de primera generación-, por lo cual la interpretación busca hacer efectivas esas garantías. La segunda, en cambio, contiene un esbozo de formas de vida, lo que podríamos llamar una "sociedad mejor", creando mecanismos para ello. Es lo que ocurre con la admisión de los derechos sociales, económicos y culturales. Favorece, por lo mismo, la aplicación directa por cualquier Tribunal (la *Drittwirkung* de la doctrina alemana). Guastini escribe a este respecto: "Una concepción de este tipo está hoy bastante difundida en el pensamiento jurídico occidental: parece estar justificada por el contenido de muchas constituciones contemporáneas, sobre todo las expedidas después de la segunda guerra mundial, que -junto con las normas sobre la organización política del Estado- incluyen, precisamente, principios generales y normas programáticas susceptibles de múltiples concretizaciones"²³.

Se puede apreciar la importancia de la diferenciación entre la parte hermenéutica que concierne a los significados y aquella que es relativa a las características del objeto de estudio, en este caso la Constitución. Una posición literalista o formalista, como también se le llama, que es propiamente hermenéutica, aplicada a una Constitución concebida como un simple estatuto de derechos civiles y políticos, determina una interpretación que, al igual que la exégesis del XIX, restringe al máximo el recurso de principios y aún de la *ratio*, que muy escasamente puede aparecer. Por definición esta clase de interpretación excluye toda forma de teleologismo. En cambio, la otra concepción de la Constitución, permite el recurso a un amplio espectro de elementos y principios, y admite la interpretación teleológica. Esto último es lo que destaca el autor italiano.

²³ GUASTINI, Op. cit., p. 49.

La determinación de la estrategia interpretativa, esto es, si la cuestión de los significados se abordara privilegiando lo literal o lo relativo al espíritu o ambas, es una opción hermenéutica que hay que justificarla en sí misma. La interpretación que consiste en la actividad desplegada para establecer un sentido, que se relaciona con las determinaciones necesarias en lo general del concepto para configurar lo concreto, acude no sólo a reglas de exégesis, que regulan los pasos metódicos, sino a diversas clases de principios. Esas reglas de interpretación se subordinan del todo a las decisiones teóricas de carácter hermenéutico. Aquellos principios permiten definir la naturaleza del objeto interpretado, esto es, si es un compuesto (la vieja dualidad letra/espíritu) o es separable en partes que pueden aislarse unas de otras, como ocurre con la Exégesis. Yo mismo me he inclinado por el otro modelo que ve el objeto no sólo como palabras, sino un compuesto, en el cual su sentido es preciso establecerlo recurriendo a diversos aspectos o elementos, como la finalidad, la coherencia y consistencia, la situación histórica, la evolución, distintas clases de principios jurídicos. Una vez definida la estrategia general la consideración de los principios que definen una zona específica del Derecho se incorporan a medida que sean requeridos. Así, en un caso en que se examina un problema relacionado con la tipología de los contratos, se tendrá buen cuidado de no acudir al principio del *nullum crimen* y la tipología cerrada de los tipos penales.

En la práctica de la interpretación constitucional, que se lleva a cabo por el Tribunal Constitucional, se advierte la tendencia a reiterar la oposición que hemos aprendido del estudio de la evolución histórica de las decisiones de nuestros Tribunales Superiores. Allí se advirtió la contraposición irreductible entre los dos modelos interpretativos: de una parte, el modelo heredero de la Ilustración, que hizo suyo la exégesis, que asume como tarea de la interpretación la de establecer los significados originarios, esto es de los autores reales e históricos, que manifiestan en las expresiones lingüísticas que emplean, a lectores e intérpretes que están en condiciones de captarlos en forma inmediata e infalible, y de otra, el modelo que se abre a la búsqueda de un sentido, que ya no es el de los significados literales, sino uno por establecer considerando diferentes vías, como los contextos, la *ratio*, entre otros. Hay sentencias del Tribunal Constitucional que siguen el modelo literalista, y otras que siguen el otro modelo. Pero hay que hacer una salvedad. Lo que los autores actualmente suelen denominar "interpretación originalista" corresponde a los significados originarios, no tanto de las cabezas históricas de sus autores, sino los significados posibles de establecer relativos a la época en que la legislación se estableció. Esta tendencia de renovar el intencionalismo tiene que ver con la oposición a toda idea de admitir interpretaciones evolutivas, o teleológicas, que por esta vía amplía los significados literales e

instalan sentidos más allá de los enunciados.²⁴ Autores como Raz vinculan la intencionalidad a la noción de autoridad, y dice, tajantemente, que “la interpretación conforme con la intención del legislativa es exigida por cualquier teoría de la autoridad que sea concebible de modo realista”.²⁵

En relación con esto mismo, se ha debatido extensamente en nuestro país también el valor de los antecedentes legislativos como recurso decisorio en la indagación de la intención originaria. Patricio Zapata ha estudiado con detalle el tema y ha llegado a la conclusión contraria a toda forma de originalismo.²⁶

Este y otros debates, que no voy a tratar aquí, revelan que la cuestión de los significados dista mucho de estar resuelta. Como trasfondo se hace presente la vieja polémica entre nominalistas y conceptualistas. Como se dejó establecido más atrás, vale aquí la observación aristotélica que el verdadero problema de la aplicación del Derecho, que pasa por la cuestión de los significados, es el de la concreción de esos significados. Los enunciados generales de las leyes significan conceptos también generales, y aplicarlos es buscar la correspondencia con casos singularizados, y es aquí donde surge la dificultad. Cuando el concepto no contiene todas las notas que permiten resolver esta aplicación, se presenta la necesidad de tener que buscar *fuera* de ese concepto el criterio de solución. Esto es lo que, a mi juicio, da la pasada a los principios para configurar un sentido. Acompañan a la interpretación del Derecho de manera inevitable la vaguedad e indeterminación, como he señalado antes y que cruzan todo el tema de la aplicación del Derecho. Obras que se dan a la tarea de resolver el tema de los significados en el mundo normativo, como la de Moreso, terminan admitiendo finalmente “una dosis limitada de indeterminación de la interpretación jurídica y, más concretamente, de la interpretación constitucional”.²⁷

²⁴ El libro de DE LORA DELTORO, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, contiene una extensa relación del surgimiento de este movimiento originalista en relación con la interpretación de la Constitución de Estados Unidos, y cómo ha tratado de vincularse a la teoría del sentido como expresión de la intención del autor, en la forma que ha desarrollado la teoría de la semántica de H.P. Grice, el autor más destacado de esta corriente.

²⁵ RAZ, Joseph, “La intención en la interpretación”, en *Doxa*, Nº 20, pp. 199-233.

²⁶ ZAPATA, Patricio, *Justicia Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 170-200.

²⁷ MORESO, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

VI

Voy a considerar ahora algunos temas de interpretación constitucional. Para esto me valdré del examen en general de un trabajo de Gabriel Celis en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestra Constitución. La mayoría de tales derechos no aparecen recogidos explícitamente en los enunciados legales, por lo cual se dice que no permitirían la acción de protección que se admite para otros derechos fundamentales. De otra parte, algunos autores discuten el carácter de derechos fundamentales de estos derechos, considerándolos simples pretensiones.²⁸

El examen de este trabajo me da la ocasión para mostrar otros aspectos de la aplicación del Derecho. Hasta aquí se ha exhibido la relación del concepto con su objeto, en particular el problema de la concretización. Pero esto presupone que hay un enunciado o varios enunciados que tienen la calidad de aplicables. Distinta es la situación cuando no hay un enunciado aplicable, al menos aparentemente, es decir a primera vista no es posible señalar uno que ostente la calidad de aplicable. Entonces, se presenta de manera natural un argumento basado en la contrariedad bajo la consideración siguiente: “si la ley lo dice, es porque lo quiere, si no lo dice, es porque no lo quiere”, Técnicamente es una forma de argumento a contrario, y fue ampliamente utilizado por los autores nacionales partidarios de la exégesis a fines del siglo XIX. Recuérdese el texto de E.Cood y J. Clemente Fabres, que al comentar el inciso 1° del artículo 19 del Código Civil, hacían presente que si la ley o el legislador había establecido tal o cual expresión era porque así lo quería, y en tal caso el silencio había que tomarlo como negación.

Este argumento hay que tomarlo con cuidado, por cuanto determina una conclusión negativa fundado en la mera oposición, y cancela toda exploración de otras posibilidades. La figuración de este argumento se encuentra en la conocida fórmula “lo que no está prohibido, está permitido” (o la inversa), en la construcción de la “norma de clausura”, en ciertas formas de aplicación del principio de legalidad, en argumentos consecuencialistas, etc.

En una situación de aplicación hay que determinar el camino a seguir cuando el aplicador se enfrenta al problema de que el o los enunciados legales no son aplicables de una manera directa, por lo cual se presenta la duda de si el caso o lo que tiene que resolver está o no sujeto a alguna disposición legal. En

²⁸ CELIS DANZINGER, Gabriel, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación constitucional chilena”, en *Revista del Magister y Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 1*, 2007, pp. 43-74.

la práctica de nuestros Tribunales ocurre con alguna frecuencia la situación que se examina. Muchas veces el caso no parece sujetarse a una regla precisa, y entonces hay que determinar si se explora algún significado más allá de las palabras, no los significados inmediatos que han provocado la duda, sino algún significado más amplio diferente que pudiera resolver el asunto. También podría decidirse construir una analogía, con otras regulaciones. También podría establecerse que se trata de una laguna de provisión (o axiológica, la denominan algunos autores). No considero el caso de las lagunas de *lege ferenda*, pues estas presentan la necesidad de completar una legislación existente.

En todas estas situaciones la solución se obtiene por el recurso a un principio. Me interesa destacar el caso de la analogía, que se construye abstrayendo de un enunciado o grupo de enunciados un principio implícito, que constituye una generalización del cual los enunciados que se consideraron son sus instancias ejemplificadoras y que permite crear una nueva regla que resuelve el caso de que se trata. Esta forma de hacer visibles principios que subyacen, que no están expresamente formulados, sino implícitos, es de enorme importancia en la aplicación del Derecho, y ha mostrado ser un instrumento de construcción de la dogmática jurídica o ciencia del Derecho. Sin necesidad de recurrir a la analogía, el procedimiento de buscar principios implícitos es una forma constructiva de buscar una solución a un determinado caso o situación. Este principio implícito tiene la propiedad de proporcionar el grado de determinación que se busca. Los autores nacionales de fines del siglo XIX, partidarios de la Exégesis, conocieron perfectamente este mecanismo y admitiéndolo sentaron las bases del positivismo jurídico que ha imperado en nuestros Tribunales. De acuerdo con esto, el Derecho no sólo se reduce a los enunciados y reglas expresas, sino incluye estos principios implícitos, que se derivan lógicamente de los enunciados expresas. El concepto de error de derecho se construye tomando en consideración no sólo las formulaciones expresas, sino también estos principios implícitos. Esta doctrina positivista de los principios puede encontrarse recogida en una sentencia de la Corte Suprema, de 25 de septiembre de 1997, sobre un recurso de casación, *Reckitt & Colman Chile S.A.*, en cuyo considerando 3° dice: “Que esta Corte Suprema entiende que la modificación legislativa contenida en la Ley N° 19.374, que entre otras disposiciones afectó las que reglamentan el recurso de casación en el fondo, específicamente el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, incorporando el concepto de error de derecho, en reemplazo de infracción de ley, no obstante que mantiene esta última terminología en los artículos 767 y 785 del citado cuerpo legal, amplió la causal del recurso de casación en el fondo en resguardo de todos los preceptos de carácter legal, entre los cuales deben incluirse los principios generales de la legislación, que se desprenden de la misma ley, ya por mención expresa, como en el caso del inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo, como aquellos que emanan del conjunto de

sus normas, todos los cuales tienen por objeto dar mayor estabilidad y certidumbre a las relaciones particulares”.

Es importante tener presente que las consideraciones anteriores reflejan un fenómeno general de la aplicación del Derecho, y no privativo de un sector determinado. En el libro de Jorge Tapia sobre interpretación constitucional se puede leer cómo bajo el imperio de la Constitución de 1925 no sólo el Congreso sino sobre todo los Tribunales Superiores reconocieron la validez de la delegación de facultades legislativas, asimismo reconocieron los decretos-leyes dictados por gobiernos de facto, y también extendieron la jurisdicción de los Tribunales ordinarios para el conocimiento de lo contencioso-administrativo.²⁹ Son formas de interpretación extensiva y evolutiva, que abandonan abiertamente la interpretación literal. En suma, en todos estos casos se trata de reconocer y conferir validez a formas jurídicas por razón de un principio, lo que revela que, en definitiva, a falta de enunciados expresos se recurre a principios, y son éstos los que permiten establecer un sentido.

La vieja dualidad letra y espíritu hace aquí aparición, una vez más en la historia. El abandono de toda forma extrema de literalismo abre paso a estas vías de búsqueda de sentidos, que se establecen finalmente argumentativamente desde principios. Este el giro que se acentúa, desde que ese debate que se dio en torno a la separación entre tenor literal y sentido claro puso de relieve las insuficiencias del lenguaje y, por lo mismo, la necesidad de acudir para resolver los problemas de vaguedad e indeterminación a distintas clases de principios.

Me parece que el trabajo de Celis, que señalé al comienzo, se inscribe en esta tendencia no literalista para acoger los derechos económicos, sociales y culturales. Tendencia que, por lo demás, es perfectamente explicable, no sólo por el principio de la supremacía de la Constitución, sino por la naturaleza de los enunciados mismos, que no escapan a los problemas de vaguedad e indeterminación. Es inherente a “la cosa práctica misma” adolecer de estas dificultades, como ya lo he afirmado varias veces. Por lo mismo, personalmente me he inclinado por una posición hermenéutica que enfrenta el problema y busca su solución, en la forma que ya he reseñado antes, dejando de lado tanto el empleo del argumento a contrario cuanto de toda otra forma literalista. De esta manera, al igual que lo que este autor busca en su trabajo, la circunstancia que tales derechos no encuentren todos una referencia expresa, no es obstáculo inicial y definitivo para buscar alguna solución que satisfaga otras condiciones, por así decirlo, “más allá de las palabras”.

²⁹ TAPIA VALDÉS, Jorge, *Hermenéutica constitucional. La interpretación de la Constitución en Sudamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973, pp. 129-141.

Desde un punto de vista hermenéutico, esto es, de teoría de la interpretación, el autor admite un objeto que va a interpretar, la Constitución, no sólo como una carta política que define los derechos políticos y civiles, sino que incluye además valores y principios que forman la base de políticas sociales. Esto significa ver la Constitución no sólo como un conjunto de enunciados, sino sobre todo como un compuesto de letra y espíritu, renovando así algo que se había perdido con el pensamiento ilustrado. Empalma de esta manera con las tendencias actuales neoconstitucionalistas. Me parece que aquí hay que incluir a autores nacionales, como Humberto Nogueira, Cecilia Medina, Pablo Ruiz Tagle y Patricio Zapata.

Este compuesto es, a su vez, considerado bajo el viejo principio del todo y la parte, que ya se ha señalado antes y que ha sido recogido por múltiples sentencias, tanto de las Cortes como del Tribunal Constitucional. Ambas ideas, la del compuesto y la del todo y la parte, significan que el sentido es tarea por hacer. Corresponde a un modelo de búsqueda, y no de claridad y comprensión instantánea. El viejo literalismo, que se renueva bajo la forma de originalismo, con algunas diferencias, se deja de lado.

La mirada totalizadora permite mostrar conexiones de estos valores, principios o derechos fundamentales entre sí, de manera de articularse en medios y fines. Así, la salud y la seguridad social son los medios para la vida, por lo cual, invirtiendo la relación, la vida fundamenta a los anteriores. De esta manera, se forma un conjunto articulado de manera tal que unos implican a otros y viceversa. Esto constituye lo que el autor llama “mecanismos de protección por una vía indirecta de exigibilidad”: “Si el Estado no cubre los DESC incurre en una omisión arbitraria e ilegal vulnerando preceptos de la propia Constitución como es la dignidad humana, la igualdad jurídica y el respeto al bien común”.³⁰

En la medida que la metodología tiene que adecuarse a la naturaleza de su objeto (principio de la adecuación del método), aquella abre las conexiones intrasistemáticas de los diferentes enunciados contenidos en la Constitución. El autor busca establecer los significados de distintos enunciados, relacionándolos unos con otros: Art. 1, inciso 1º, “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, Art. 5º, inciso 2º, dos enunciados, “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución” y “...(garantizados) por los tratados internacionales ratificados por Chile y que

³⁰ Ídem, pp. 68-69.

se encuentren vigentes” (bloque constitucional de derechos”; Art. 6, inciso 2º, “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (principio de la vinculación directa); art. 1º, inciso 4º, “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común” (principio de la servicialidad del Estado).

No es fácil contar con un hilo de Ariadna. Como se trata de enunciados que contienen conceptos amplios, vagos e indeterminados, pienso que la única forma de articularlos es por medio de un concepto de Constitución que actuando como criterio y principio permita interrelacionarlos, y este es el de una Constitución que no sólo define derechos y garantías políticas y civiles, sino que contiene bases programáticas de una política social para el desarrollo integral de la persona. Este principio actuando como criterio puede ser empleado para conferir concreción y determinación a esos significados tan amplios y vagos. Tal es el caso de estos discutidos derechos económicos, sociales y culturales.

En la presentación que hace Ricardo García al seminario “La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy”, en 2004, escribe: “...para los neoconstitucionalistas, la correcta comprensión del derecho occidental contemporáneo pasa por atender debidamente a la doble evolución que han experimentado las constituciones occidentales durante la segunda mitad del siglo XX: han aumentado su valor jurídico y sus contenidos materiales. Señal inequívoca de la primera tendencia es la creación de los tribunales constitucionales, que controlan la acción de todos los poderes del Estado para garantizar la supremacía constitucional. Señal inequívoca de la segunda es la presencia en los textos constitucionales de valores, de fines y, sobre todo, de derechos”.³¹

Pensar la Constitución como una totalidad orgánica, a la luz del principio todo y parte, permite exhibir relaciones entre sus diferentes partes no sólo de carácter lógico (consistencia), sino de coherencia y convergencia, con lo cual se pone en último término una *ratio* presidiendo la unidad estructural. Por eso que el recurso a la interpretación teleológica implica reconocer que la Constitución como un todo se organiza en torno a ciertos valores y principios, y desde ellos se busca la manera de mantener la unidad, por encima de los enunciados. Estos enunciados se van relacionando unos con otros, cuidando de mantener entre ellos “la debida correspondencia y armonía”, al servicio de una finalidad. A veces se habla de “funcionalidad”, recogiendo la expresión que emplea

³¹ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (editor), *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 15.

Wróblewski para nombrar uno de los contextos generadores de duda, y que corresponde al reconocimiento de fines y valores, hacia los cuales se organiza el texto constitucional.³² Se llega así a una Constitución de principios, que espera ser desarrollada y desplegada en actos sucesivos de aplicación. La actividad aplicadora envuelve la determinación. Al imponer la matriz medio-fin para articular los principios y valores constitucionales, surgen dos cuestiones que habría que dilucidar. Una relativa a una finalidad única o preponderante, y otra relacionada con el carácter de la relación entre medios y fines. En cuanto a la primera, me parece que la idea preponderante es la de una protección integral a la persona humana, en cuanto a la segunda, el carácter de la conexión nos conduce a la siguiente consideración. Los medios suelen ser caminos posibles de recorrer, a veces revisten el carácter de necesarias y únicas vías, otras, en cambio, es indiferente que se siga un camino u otro. Aristóteles, que fue quien examinó el problema en el Libro I de su *Ética Nicomaquea*, considera que ciertos bienes o medios valiosos, que pueden ser fines tomados en sí mismos, son indispensables en relación a un único fin final, de tal suerte que éste no podría darse sin aquellos. Por ejemplo, la salud se encuentra en esa situación. Una persona no puede llevar una vida feliz sin salud suficiente, como tampoco si no posee medios económicos, aunque modestos, suficientes. Me parece que este es el caso de los derechos sociales, que apuntan a bienes o fines valiosos sin los cuales no podría pensarse en una vida plena. Estos bienes son fines en sí mismos, pero también integrantes del otro, considerado más valioso. Este planteamiento proporciona una mejor comprensión de estos bienes como principios y derechos de exigibilidad indirecta, como se ha señalado antes.

³² Por ejemplo, véase el artículo de FUENZALIDA CIFUENTES, Pablo, “Poder constituyente e interpretación constitucional: originalismo v/s funcionalismo”, *en Revista Derecho y Humanidades N° 11*, pp. 295-310. Aquí escribe: “Cabe señalar que nuestros jueces muy tímidamente han empezado a desarrollar doctrina constitucional con prescindencia de las actas. .. Pero han empezado a surgir nuevas doctrinas que se acercan a una interpretación funcionalista más cercana a una Constitución de principios, la cual es conocida como concepción de carácter razonado y parcial, esperando que comience a ser desarrollada progresivamente, así como otras que permitan olvidar el originalismo que nos tiene atrapados”, p. 308. Esta idea de desarrollo progresivo y razonado pertenece a Pablo Ruiz Tagle.

VII

Resta por examinar un poco más atentamente el tema de la vaguedad e indeterminación, que ha sido varias veces señalado en este trabajo. La permanencia del tema a lo largo de la historia, desde los textos aristotélicos, ya citados, a nuestros días, revela que se trata de una dificultad inherente a la cosa misma. Hasta qué punto el nominalismo ha buscado resolver o paliar el problema, es algo de lo cual no me voy a ocupar aquí. Pero sí quiero incursionar en algunos temas relacionados.

El primero de ellos es el relativo al uso que se hace de la pareja de los términos concepto y concepción. Rawls emplea estos términos, y los explica de la siguiente manera: “En general, el concepto es el significado de un término, mientras que una concepción particular incluye también los principios necesarios para aplicarla. Un ejemplo: el concepto de justicia, aplicado a una institución, significa, digamos, que la institución no haga distinciones arbitrarias entre personas al asignar derechos y deberes básicos, y que sus reglas establezcan un equilibrio apropiado entre los diversos reclamos existentes. En cambio, una concepción incluye, además de esto, ciertos principios y criterios para decidir qué distinciones son arbitrarias y cuándo el equilibrio entre dichos reclamos es atinado. Las personas pueden ponerse de acuerdo sobre el significado del concepto de justicia y, no obstante, estar en pugna unas con otras, puesto que profesan diferentes principios y normas para decidir en estos asuntos”.³³

El pasaje anterior, que su autor lo remite a Hart, nos muestra dos dimensiones de los conceptos, que ya he señalado. De una parte, el concepto como entidad abstracta, y de otra su aplicación. Esta división puede llevarse al tema de la concreción, pues el concepto en su generalidad y abstracción contiene las notas características que se refieren a un objeto posible, pero al relacionarlo con un objeto real se presenta la dificultad de identificar ese objeto singular con esas notas características generales. La doctrina de la subsunción no fue capaz de superar esta dificultad, por lo cual la vaguedad e indeterminación pasan a ser fenómenos siempre posibles en la relación de los conceptos con las cosas concretas del mundo real. La conexión con Hart es al capítulo VIII de su *Concepto de Derecho*, en donde examina los principios de justicia, y adoptando la fórmula “tratar igual a los iguales” agrega que debe ser completada con un criterio que determine qué aspectos son los que se

³³ RAWLS John, *Liberalismo político*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1996, nota al pie p. 38.

consideran para establecer si son iguales o desiguales. Este criterio, ciertamente, es ajeno al “tratar igual a los iguales”. Este es el problema del formalismo en la justicia. La noción de igualdad, por ser el concepto de una relación, necesariamente requiere de otro concepto para ser aplicada. Mientras no se definan qué aspectos se comparan, la igualdad permanece ajena y distante. El autor que con anterioridad había empleado un procedimiento similar para una definición de justicia fue Chaïm Perelman, que en un breve trabajo *De la Justicia*, de 1945, había emprendido la tarea de definir la justicia en términos puramente formales, para lo cual se sirvió del conocido “tratar igual a los iguales”, reconociendo que esta fórmula tenía que ser completada con otras fórmulas o criterios para así hacerla operativa.³⁴

Contra este formalismo en la definición de justicia se pronunció Kelsen en su trabajo sobre la justicia, en que no sólo critica el carácter vacío de la fórmula, sino busca mostrar que lo único que puede permanecer en pie, como característica de los sistemas legales, es la aplicación igual en casos iguales. El juez, con vendas en los ojos, aplica por igual la ley a todos los casos iguales.³⁵ El “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales” es una fórmula vacía, porque no indica la clase de trato, que puede ser bueno o malo, y es entonces vaga, pero también es indeterminada, porque requiere de un criterio complementario para poder ser aplicada, esto es, el rasgo que se considera relevante para establecer la relación de igualdad.

Ambas tienen que ver con la concreción y es esto lo que me interesa recoger del uso que se hace de concepto y concepción. Esta última contiene los criterios para hacer operativo el concepto, que por su abstracción y generalidad, presenta precisamente la dificultad de aplicarlo, abriendo la posibilidad de posiciones diferentes entre sí. Fernando Atria, en un artículo sobre Derecho y política hace uso de esta pareja de términos para mostrar que es imposible separar en las decisiones de los jueces el Derecho de la política. Esto le parece especialmente grave en el caso del Tribunal Constitucional y, en general, cuando se trata de decisiones sobre los derechos fundamentales que recoge el artículo 19 de la Constitución. Aplicando la distinción rawlsiana resulta que no son normas, porque no expresan concepciones sino conceptos. Tomando el ejemplo de la fórmula que puso en uso en el mundo latino Ulpiano sobre justicia, el *suum cuique tribuere*, “dar a cada cual lo suyo”, señala “las personas con concepciones opuestas de la justicia no necesitan discutir el concepto de justicia, pueden reservarse su batería de argumentos para las

³⁴ PERELMAN, Chaïm, *De la Justicia*, México D. F., Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de México, 1964.

³⁵ KELSEN, Hans “Justicia y Derecho Natural”, en KELSEN, BOBBIO *et al.*, *Crítica del Derecho Natural*, Madrid, Taurus, 1966, pp. 29-123.

controversias que surgirán al momento de intentar especificar el contenido del concepto, en este caso al intentar especificar qué es lo que cada uno puede reclamar como suyo”.³⁶ Si los enunciados constitucionales sobre derechos constitucionales expresan conceptos, entonces ellos podrán ser “comunes”, en cuanto no sujetos a debate y aceptados por todos, pero no adjudican el conflicto, porque para ello estos conceptos deben ser complementados con una concepción, y estas concepciones pertenecen a las diferentes posiciones ideológicas en pugna. Entonces al recurrir a la judicatura para dirimir el conflicto propiamente jurídico se le está exigiendo al juez que tome partido por alguna de las distintas posiciones en pugna. Y tendremos a los jueces haciendo política a través de sus sentencias.

Hay algo de cierto, pero también inexacto en esa conclusión. Lo que se ha venido señalando a lo largo de estas páginas debería nuevamente tomarse en cuenta. La vaguedad y la indeterminación no es un fenómeno que se presente selectivamente en algunos enunciados sí y en otros no. Afecta a todos los enunciados, en cuanto en ellos su significado son conceptos, los cuales son susceptibles de adolecer de vaguedad e indeterminación. Los conceptos amplios, de gran extensión, están repartidos en toda la legislación, y no sólo en algunos sectores. Por eso he planteado que la tarea que tiene que llevar a cabo la interpretación es *aplicar* esos conceptos vagos e indeterminados a casos concretos, especificados, determinados de alguna manera. La manera de hacerlo es acudir a ciertos criterios –otros conceptos, principios y aún doctrinas– que permitan determinar el concepto vago, haciéndolo operativo, esto es limitando su extensión al punto que sea posible subsumir o no subsumir el caso de que se trata en sus términos. Esos criterios, que son ajenos al concepto vago que se trata de determinar y concretizar, no necesariamente provienen de zonas extrajurídicas. Desde antiguo el principio “el todo y la parte” ha sido fecundo en abrir la consideración de relaciones contextuales, en todas las direcciones. Ciertamente, el principio no indica en cuál dirección acudir, y el jurista o juez tendrán que mostrar el camino que transitan. En el ejemplo de la sentencia de la Corte de Valparaíso, de 1930, se muestra nítidamente que una parte de los jueces acudieron a una construcción de una regla mediante el principio todo/parte, pues relacionaron el enunciado vago con los enunciados relativos a la formación del patrimonio de la sociedad conyugal y obtuvieron una regla, una máxima de decisión diría Betti, que resuelve el conflicto. Esta no es una decisión política sino jurídica. La coherencia, el contexto, han servido de base para la decisión que se adopta.

³⁶ ATRIA, Fernando, “El Derecho y la contingencia de lo político”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, 2005, p. 28.

Hay enunciados que significan más bien principios que reglas. No voy a entrar aquí en la diferenciación de principio y regla. Asumo que ciertos enunciados, por su generalidad y algunas características formales, significan principios, y otros enunciados son, en cambio, reglas. Principios encontramos repartidos en todo el sistema legal. Pero, los principios en la Constitución Política han concentrado mayormente la atención de los autores. Guastini y Zagrebelsky, por ejemplo, piensan que la Constitución es mayoritariamente hecha de principios (y valores) y unas pocas reglas.

Cuando se trata de principios, su concretización pasa necesariamente por la construcción de una “máxima de decisión”, en el sentido de Betti, esto es una norma o regla de una extensión acotada para poder subsumirla. En la aplicación los principios no pueden operar como las premisas mayores del respectivo silogismo de subsunción, que corresponde a la “justificación interna” de Wróblewski, sino que se mantienen como “justificación externa”, junto con otros principios y reglas. Muchas veces la justificación externa lleva a buscar en relaciones contextuales, otras en los fines o *ratio*, otras en concordancias y congruencias, etc. Sin embargo, también puede ocurrir que se introduzcan valoraciones y consideraciones de carácter extrajurídico. De todos modos, lo que habría que pensar, en general, es que las decisiones de los Tribunales *tienen consecuencias políticas, morales, sociales, religiosas*. Hasta aquí nadie ha podido meterse en la cabeza de otra persona, por lo mismo, me parece que es preciso recordar el “contexto de justificación”, y buscar en las razones que se ofrecen, esto es, mirar a la justificación externa para tener una visión de conjunto.

Por esto mismo, pienso que es el momento de recordar un antiguo tema, que concierne a la responsabilidad de los jueces, no ya en el sentido decimonónico del juez vinculado y mirado con suspicacia, sino en el sentido de un poder del Estado integrado a un conjunto que marcha en una determinada dirección. Betti formuló varias observaciones que tengo presente ahora. En una de sus obras escribió: “En el ambiente social moderno la jurisprudencia teórica y práctica se debe considerar como órgano competente de la conciencia social de la época para identificar los criterios de valoración que se expresan en los principios generales del Derecho...”. Más adelante discutiendo el valor de la conciencia social señala en contra de los que la desconocen que con ello se “pierde de vista el nexo espiritual que en toda sociedad organizada relaciona conciencia social y jurisprudencia, siempre que los juristas sean conscientes de la misión y de la responsabilidad que les incumbe como representantes de la sociedad. Se trata de una representación de índole moral y no legal, conforme a la altura y la perennidad de la misión atribuida al jurista. Perenne, ciertamente y que nunca termina, es la tarea de la interpretación y el perenne proceso de discusión entre los juristas sirve, por un lado, a garantizar contra una indebida

intrusión su subjetividad, sea contra el cristalizarse de opiniones incontrovertidas, sea contra la persistencia de orientaciones unilaterales a través de un indolente conformismo, y, por otro, sirve para poner a prueba y para aceptar los criterios de decisión según su correspondencia con las exigencias sociales, dando razón a un justo equilibrio entre las tendencias conservadoras y las progresistas”.³⁷

Orto autor, también de tendencias hermenéuticas, como Josef Esser apunta hacia la necesidad de acudir a un concepto de racionalidad y responsabilidad en al aplicación del Derecho. Esta aplicación, vista como proceso, no sólo debe ser considerada como la obra aislada de una persona, que en forma individual llega a tal o cual conclusión, sino debe ponerse en relación con esta “conciencia social”, vista como las valoraciones y expectativas que la comunidad ilustrada tiene sobre la tarea de los jueces.³⁸

Los jueces no son libres, como se teme, de adoptar decisiones según su real saber y entender, aunque a veces se les autoriza a ello, sino su tarea tiene un límite. El debate de los juristas es fundamental para levantar esa conciencia social y darle consistencia al techo bajo el cual deben moverse las posiciones que legítimamente pueden adoptarse en materias jurídicas. Patricio Zapata, autor de profundas convicciones democráticas, también apunta a favor de una judicatura constitucional, escribe: “La idea de la revisión judicial de las leyes, tal como otras ideas del constitucionalismo liberal, se justifica por sí misma, en virtud de su aptitud, históricamente demostrada, para servir propósitos sociales que muchos de nosotros parecen nobles y, por eso, deseables”.³⁹ Como puede advertirse, por diferentes caminos se llega a una zona de encuentro.

Desde el lado administrativo, todavía, Rolando Pantoja comenta la situación actual de la administración del Estado, después de la última reforma a la Ley Orgánica Constitucional de Bases General de la Administración del Estado, señalando que “la administración del Estado es, sustantivamente, una actividad de servicio público y orientada al desarrollo *sustentable*, social, cultural y económico del país, conforme a políticas, planes y programas nacionales,

³⁷ BETTI, Emilio, Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, en *Revista de Derecho Privado*, (Madrid) 1975, p. 194. En términos similares, la sección dedicada a la tarea de la Jurisprudencia como órgano de conciencia social, en MOHR, J.C.B., *Allgemeine Auslegungslere als Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen, 1967, pp. 659-664.

³⁸ Las dos obras que tengo en cuenta de ESSER, Josef, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch, 1961, y *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, Fischer Athenäum, 1972.

³⁹ ZAPATA, op cit., p. 49.

regionales y locales.”⁴⁰

El planteamiento que he llevado hasta aquí puede ser considerado complementario de las visiones que he reseñado muy apretadamente y que adoptan un concepto de Constitución moderno y, por lo mismo, abierta a las consideraciones que se han hecho. El tema de la vaguedad e indeterminación que he destacado, que se agudiza en los múltiples enunciados que contienen “normas programáticas”, lo recojo de una larga tradición que se ha mantenido desde que Platón en su Diálogo *Cratilo* señaló el carácter no suficientemente seguro de las palabras para alcanzar la *ousía* de las cosas, reafirmado por la *Carta Séptima*. Recientemente el autor que se ha dedicado a estudiar en detalle el tema de la vaguedad de los enunciados legales es Timothy A. O. Endicott, que en su obra sobre el tema concluye aceptando la vaguedad con una observación que merece ser destacada. En el capítulo 9 final de su libro, sobre la imposibilidad del imperio de la ley, concluye: “La vaguedad es un déficit cuando se presta a la arbitrariedad en nuestro cuarto sentido -a abandonar la razón del Derecho. Las autoridades pueden usar la vaguedad para eximir sus acciones de la razón del Derecho, o incluso para hacer imposible concebir al Derecho como una razón indistinguible de la voluntad de los funcionarios. Entonces la vaguedad es un déficit en el imperio de la ley”.⁴¹

El problema no es tanto que exista o no vaguedad, que la hay y puede ser de mayor o menor extensión -en realidad, es imposible dimensionarla-, sino qué se hace bajo el amparo de ella. Aquí vuelve con fuerza el tema de la *ratio*. El fin y la razón de ser del Derecho son las pautas que deben servir de guía la tarea de los jueces y funcionarios aplicadores del Derecho. Por eso el debate jurídico y la investigación son actividades indispensables para fortalecer el compromiso y la responsabilidad del jurista con su gran tarea que, como la calificó Betti, alcanza dimensiones morales. La conclusión a que llega Endicott tiene un antecedente importante en la historia del pensamiento occidental, cual es el siguiente texto de la *Política*, de Aristóteles, que yo cito completo a continuación: “...todo lo que la ley parece no poder definir, tampoco un hombre podría conocerlo. Pero la ley, al educar a propósito a los magistrados, les encarga juzgar y administrar las demás cosas con el criterio más justo. Y además, les permite rectificarla en lo que, por experiencia, les parezca que es mejor que lo establecido. Así pues, el que defiende el gobierno de la ley, parece defender el gobierno exclusivo de la divinidad y de la inteligencia; en cambio el que defiende el gobierno de un hombre añade también un elemento animal;

⁴⁰ Pantoja Bauzá, Rolando, *El Derecho y la Administración del Estado en Chile*, México D. F., Editorial Porrúa, 2007, p. 70.

⁴¹ ENDICOTT, Timothy A.O. *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2006, p. 297.

pues tal es el impulso afectivo, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los hombres mejores. La ley es, por tanto, razón sin deseo”⁴²

Aristóteles defiende el gobierno de las leyes frente a Platón, que defiende más bien el gobierno de los hombres. Este importante debate nos muestra que al acudir siempre al Derecho, los jueces y los funcionarios invocan siempre una razón jurídica, y no sus particulares puntos de vista. La vaguedad da la ocasión y pone a prueba esta afirmación. Pareciera que deja un hueco que el operador jurídico llena su antojo, con sus personales preferencias. Pero no hay que mirarlo así, pues la decisión en último término debe reconocer como techo y límite esta racionalidad, que esta asociada a la *ratio*, en todos sus grados, es decir, no sólo la *ratio legis* sino también y por sobre todo la *ratio iuris*.

Me parece que todas estas reflexiones responden a la inquietud provocada por la vaguedad e indeterminación.

Finalmente, quiero tocar de paso otro aspecto de la aplicación y concretización de la Constitución. Humberto Nogueira lo recoge en una serie de postulados o principios hermenéuticos. Estos tocan distintas partes del proceso interpretativo.

Los dos primeros, el de la supremacía constitucional y de unidad de la Constitución corresponden a principios propiamente hermenéuticos, en cuanto se adscriben al objeto materia de la interpretación, esto es el concepto de Constitución el primero y a la adecuación metodológica el segundo (todo/parte). Los postulados que dicen relación con la efectividad y el efecto útil son propiamente exegéticos, pues reproducen la antigua regla de exégesis de considerar aquel sentido en que una disposición tenga efecto y no aquel en que no tenga efecto.

Particular interés tiene el postulado de la “interpretación conforme” a la Constitución. Aquí lo que está en juego es la constitucionalidad de todo el sistema legal. Nogueira cita una sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 309, de 2002, que en la parte que interesa dice: “Que, el primero denominado de “presunción de constitucionalidad” por algunos y “presunción de legitimidad” por otros, vinculándose estrechamente, con el que unos últimos denominan “de conformidad con la Constitución”. Sin embargo, cualquiera que sea la denominación, lo fundamental de este principio consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que solo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad

⁴² ARISTÓTELES, *La Política*, (Traducc. Manuela GARCÍA VALDÉS) Biblioteca Gredos, Libro III, 16, 1287a, 5-6.

cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella. Este principio tiene muchos fundamentos, pero, por ahora, cabe solo señalar dos: la separación de poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí y, tratándose de leyes, lo difícil que resulta reemplazar la norma expulsada del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad, por las complejidades propias del proceso de formación de la ley. Este principio ha sido constantemente aplicado por este tribunal como lo evidencian las sentencias dictadas en las causas Roles N° 257, 271, 293 y 297, entre otras”. Muchas veces el principio de respeto aparece señalado independientemente. Aun cuando el control de constitucionalidad difuso está entregado a todo el sistema judicial y el sistema de control de la Administración, el Tribunal Constitucional tiene una competencia especial de sacar del sistema legal una disposición inconstitucional, que ejerce mediante la acción específica para ese objeto. La interpretación conforme plantea, en el fondo, los mismos problemas de concretización, ya de un enunciado constitucional, ya de un principio incluido en ella, pues en ambos casos se trata de determinar una extensión amplia o vaga a un grado que la haga operativa.

El caso de la interpretación conforme al Derecho internacional reviste un muy particular interés. Cita un caso, Rol N° 309, de 2000, sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de 1989 de la OIT. Aquí se declaró que “entraña particular gravedad para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado por un órgano jurisdiccional interno, lo que obliga al intérprete a hacer todos los esfuerzos dentro de lo permitido por la Ley Suprema, para encontrar una interpretación conciliatoria entre normas de un tratado y los preceptos de la Constitución”. En este caso se hace primar la Constitución, por lo mismo se exige hacer un máximo esfuerzo para conciliar disposiciones que pueden ser incompatibles.

El postulado de la prevalencia de los derechos humanos tiene el carácter de principio propiamente hermenéutico, pues define una inserción en una posición determinante para interpretar la Constitución. Esta posición, se señaló más atrás, corresponde a corrientes neoconstitucionalistas contemporáneas, que ven la Carta Fundamental como garantía, promoción y desarrollo de la persona humana. Se citan varias sentencias en donde se establece que la soberanía del Estado encuentra un límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, derechos que son anteriores al propio Estado.

El postulado de la racionalidad y razonabilidad concierne a dos temas propiamente hermenéuticos. Lo racional y lo razonable son dos conceptos que han sido objeto de atención de los autores desde hace un tiempo. La crisis de la racionalidad, apuntada por distintos autores al finalizar la Segunda Guerra

Mundial, que según se dice, terminó con una clase de razón, la ilustrada, para dejar paso a una razón deliberante o práctica, tal es el caso de Perelman, se cruza con otro debate, la claudicación de la razón frente a la potencia de la técnica, de todo lo cual surgirá una razón postmoderna, algo escéptica, que tendrá cuidado de invocar verdades absolutas, y más bien acudirá al recurso de una aceptabilidad social. Razonable como aceptable y racional como la corrección formal serían las aristas del tema. Esto es lo que recoge Nogueira de autores como Atienza y Alexy. Esto nos lleva otra vez al tema de los criterios que hacen posible la concretización y que como justificación externa se ofrecen para establecer una determinación en un caso dado. Este postulado es por su propia naturaleza hermenéutico y no exegético.

El postulado de la proporcionalidad (y prohibición del exceso) nació en el Derecho Administrativo para controlar la discrecionalidad de la autoridad administrativa, la cual cuenta en muchos casos con competencia para realizar su tarea, quedando abiertos los caminos (normas programáticas) para llevarlas a cabo. Este postulado se subdivide en tres subprincipios: el de adecuación de los medios a los fines, el de necesidad de las medidas que se adoptan y que pueden afectar derechos básicos, y el de proporcionalidad, esto es el análisis de costo-beneficio. Se citan múltiples casos de distintos países. En cuanto al nuestro, se dan sentencias del Tribunal Constitucional especialmente relacionadas con la igualdad ante la ley. Aquí se discute si un determinada discriminación atenta o no contra la igualdad, es decir si era el único camino para perseguir una determinada finalidad, en otras palabras la proporcionalidad.⁴³ Este principio participa de características propias del área del Derecho Público.

Por último, se señala el postulado de la prudencia o interpretación previewa. El significado de este principio está recogido en la siguiente cita: “El juez no debe perder nunca de vista las consecuencias de sus interpretaciones y decisiones. La Constitución, como lo ha señalado la Jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, no es un “*pacto suicida*”, sino un pacto que hace posible y perfectible la convivencia dentro de la sociedad política, debiendo la interpretación favorecer la supervivencia y prosperidad de la sociedad política que ella regula”⁴⁴ Este principio de carácter hermenéutico merece un comentario. La prudencia clásica, de Aristóteles a Tomás de Aquino, fue el instrumento de la aplicación de los principios a una realidad compleja, teniendo siempre a la vista el bien general y, por lo mismo, produciendo la ponderación entre bienes o valores en conflicto. Por esto mismo, penetra

⁴³ NOGUEIRA, op. Cit., CARBONELL, Miguel *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* Santiago, Librotecnia, 2010.

⁴⁴ Ídem, p. 153.

también en la proporcionalidad. Sin embargo, Kant con su devoción a la obediencia a los principios devaluó la prudencia y la convirtió en el instrumento de la astucia y de la cautela, como lo pone de manifiesto en su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Este cambio prepara la actitud de la Ilustración sobre la actuación de la judicatura, vinculada a la ley, y no prudencial, con vistas a la seguridad jurídica. Lo que se nos quiere decir ahora es una reinstalación de la vieja prudencia, que velaría, como Pericles en el recuerdo que hace Aristóteles de su gobierno, por el bien general, y sacrificando sólo en la medida de lo necesario bienes importantes para la vida. Este principio es por su naturaleza hermenéutico.