

“EL DERECHO NO SE PUEDE FUNDAR SOLAMENTE EN TÉCNICA ARGUMENTATIVA”

Entrevista a Franco Bonsignori* **

A continuación se presenta una interesante entrevista realizada al destacado profesor italiano Franco Bonsignori, quien tuvo la gentileza de reunirse con nosotros en el mes de noviembre, con motivo de su visita a Lima para la presentación de los libros de los también profesores italianos Pissoruzzo y Romboli, organizada por la Maestría con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La entrevista trata problemas como: los límites de la interpretación, si el Derecho debe derivarse de las normas o viceversa, qué tan importante es la política o la moral en la aplicación del Derecho, cuál es la naturaleza de la argumentación jurídica, entre otros.

Como se podrá apreciar, los temas abordados, si bien son de Teoría General, tienen importantes repercusiones en el ejercicio “diario” de la profesión del abogado, por lo que, creemos que será de lectura imprescindible y de gran utilidad.

* Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Agradecemos al profesor Gorki González, sin cuya colaboración, hubiera sido imposible la realización de la presente entrevista.

** La entrevista fue realizada por Milagros de Pomar, miembro de la Comisión de Contenido, sobre la base de preguntas elaboradas por Luis Miguel Velarde, miembro de la Comisión de Contenido y Oscar Súmar, Director de la Comisión de Contenido.

1. ¿Cuál considera es la función de la filosofía del Derecho? ¿Cuáles son los aportes de dicha rama en la formación de la mentalidad del aplicador del Derecho?

La función de la filosofía del Derecho es la función de la filosofía en general. Es un conocimiento más general, más amplio que la ciencia. Va más allá de las cuestiones particulares. Trata los problemas sustantivos, sean de tipo axiológicos, sean de tipo ontológicos; de problemas epistemológicos, problemas terminológicos que desarrolla el Derecho, y los problemas –al interior de los problemas epistemológicos– de la posible evolución del Derecho o de la condición en que debe evolucionar el Derecho.

Asimismo, trata problemas estructurales del Derecho; es un tipo de conocimiento importante. Suele ser muy importante para los operadores del Derecho porque obliga al operador jurídico a interrogarse sobre cuestiones que no son meramente técnicas. Estas cuestiones son fundamentales en el Derecho, no solamente para el conocimiento del Derecho, sino también para la aplicación del Derecho. Cuando se opera a través de las normas, a través de la aplicación de la norma en particular, se opera en contacto con aspectos teóricos, con principios; y por eso la filosofía estudia estos aspectos teóricos u ontológicos.

Yo creo que la tendencia típicamente anglosajona de utilizar la enseñanza jurídica en una dirección técnica operativa no es apropiada. Yo creo que la tendencia antigua, que era más cultural, es más apropiada, porque permite la formación de un jurista con cultura, que no solo es un jurista técnico, sino un jurista que tiene una visión más amplia de los problemas, y por eso está en condición de tratar las cuestiones particulares de una manera más precisa.

2. Como es ampliamente conocido, existe una fuerte tendencia a seguir la corriente positivista, la cual otorga prioridad y mayor énfasis a la ley frente a las demás fuentes del Derecho. ¿En qué medida el positivismo es beneficioso para una sociedad? ¿Cuál debe ser la manera –y los límites– en que deben interpretarse los postulados de dicha corriente?

Pienso que el positivismo es muy importante porque permite la concretización de la cultura jurídica en dirección de reglas específicas. Es un elemento

fundamental de la legalidad, a través de las normas. Pero pienso también que un exceso de positivismo, de formalismo, de referencia a la ley como única fuente, un exceso de estatualismo legislativo puede ser una camisa de fuerza. Sería una prisión jurídica, a pesar que debería ser por su naturaleza más elástica.

El positivismo pone una distinción clara entre moral y Derecho. Si el Derecho es una estructura que atraviesa continuamente los valores, en la cual continuamente la moral y el Derecho se enfrentan, yo pienso que el positivismo rígido no es útil para un conocimiento general del Derecho.

Por eso, el constitucionalismo contemporáneo es una forma en que el iusnaturalismo evoluciona poniendo de referencia a la Constitución. Así, la constitución pone referencia en un núcleo de principios generales que son de tipo ontológico y axiológico, los cuales fundan el sistema y se vuelven criterios de reconocimiento de las demás normas. Por eso se funda el ordenamiento positivo sobre valores, pero son valores que no son derivados directamente del mundo extra jurídico de la moral, sino que son valores que son positivizados como normas, pero que no son únicamente normas, ya que siendo valores tienen una semántica abierta. Así, trabajando con esos principios y valores el jurista debe necesariamente hacer Derecho pero también moral, creando un puente entre Derecho y moral.

En general podemos decir que el constitucionalismo es una concepción que funda el ordenamiento sobre una base en la cual moral y Derecho se integran.

3. Se ha señalado que la “intención” del legislador no puede ser usada como fundamento de la interpretación de los textos legales. En ese sentido, se sostiene que el “límite” de la interpretación debe encontrarse en el significado literal de las palabras¹. Por otro lado, también se señala que, si bien la interpretación no se puede fundar en la voluntad “real” del legislador, sí es posible encontrar una voluntad “abstracta”, según la cual existiría una determinada “opción política” que constituiría, a su vez, el límite de la interpretación de los textos legales². ¿Cuál es su postura acerca de los límites de la interpretación?

Yo pienso que todas esas figuras son figuras ambiguas, no son datos reales. Cada intérprete a la que se refieren esas figuras hace necesariamente una interpretación

¹ En ese sentido, DE TRAZEGNIES, Fernando. “La verdad construida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal”. En: THEMIS-Revista de Derecho 51. 2005.

² En ese sentido, ZEGARRA, Gonzalo. “ “Y mi palabra es la ley” : INDECOPI, publicidad comparativa e interpretación *contra legem*”. En THEMIS-Revista de Derecho 50. 2005.

sobre cuál es la letra, sobre la voluntad real del legislador y sobre la voluntad abstracta de éste. Así, se vuelve en el sujeto último de la elección.

Considero que la interpretación es necesariamente creativa, pluralista. Es creativa bajo dos perfiles: bajo un perfil elitístico semántico, porque la norma jurídica no es un dato de hecho, implica siempre interpretación, y, bajo un perfil también ontológico, porque la letra jurídica es un proceso que empieza con la creación del legislador y acaba con la interpretación del intérprete.

El legislador es el primero que crea una especie de material bruto que debe ser modelado por el intérprete. Con la interpretación, el proceso concluye, pero se concluye solo respecto de la particular situación, porque se reabre continuamente con cada otra interpretación.

La imagen que puede reflejar este proceso es la imagen de un río, en donde el río emana de una fuente, el legislador, desarrolla su vida, y se concretiza cada vez que, a través de las fuentes que son las interpretaciones, llega al fin de su vida que es la derogación.

Entonces la regla jurídica es este proceso en el cual tanto el legislador como el intérprete son los sujetos creativos. Ahora, yo creo que el legislador debe ser respetado, porque es la voluntad política. Si entendemos que la voluntad política en un Estado democrático es la voluntad del pueblo, el intérprete no puede hacer lo que quiere, tiene límites fuertes en la norma y en la voluntad legislativa que se expresa. Pero un ámbito de la ontología de la semántica de la norma es totalmente dirigida por el legislador. Lo importante es que se realice un equilibrio, porque no es justo que un legislador quiera dominar la interpretación, ni tampoco un intérprete que quiera hacer todo. La creatividad de la interpretación no es total creatividad, es parcial creatividad al interior de la norma.

Es como la relación entre un dibujo formal que debe ser llenado de colores. El legislador pone los límites y el intérprete elige los colores que pone en el interior. Estos límites pueden ser políticos, que se traducen en límites jurídicos en la norma.

4. El sistema peruano tiene como base para la resolución de conflictos la interpretación y aplicación de la ley por los jueces y demás funcionarios administrativos. ¿En qué medida el concepto de "cultura jurídica" influye en la aplicación de la ley? ¿Considera que existen los llamados "valores de contrabando" que todo aplicador del Derecho utiliza inconscientemente al momento de resolver una controversia, interpretar o aplicar una norma?

Si la interpretación es una operación creativa, cada operación creativa implica diferentes valores. Los valores no se desprenden solamente de las normas, de la moral, sino también de la persona. Entonces la interpretación de Derecho es continuamente involucrada por la cultura. El intérprete es un sujeto cultural que lleva su operación en el sentido de su cultura. Por eso es que es importante que la interpretación sea compartida por la cultura general porque eso un elemento fundamental de salud del ordenamiento.

Los elementos políticos deben ser fundados sobre un equilibrio de la aplicación del Derecho y la aplicación de la moral, lo que se llama la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. Este equilibrio implica una continua interposición de un mundo con otro.

Esto implica preocuparse en cómo piensa la política y cómo piensa la sociedad, en cómo piensa el Derecho, la cultura y la moral. El intérprete es un sujeto que necesita que la cultura sea el ambiente, el contexto, el marco en el cual se cumple la aplicación del Derecho.

5. Constantemente se efectúan comparaciones entre el sistema americano, el cual se sustenta en el *common law* y, por ende, en los precedentes para juzgar las situaciones que se presenten, y el sistema romano-germánico, el mismo que parte del *ius commune*, esto es, de la aplicación de las leyes. En el tiempo en que vivimos, ¿qué modelo le parece más adecuado?, ¿en cual de ellos considera que el juzgador tiene mayor libertad para resolver las controversias?

Entre el sistema del *common law*, en el cual el juez está fuertemente vinculado con los precedentes, y el sistema del *civil law*, en el cual el juez está fuertemente vinculado con la determinación política de la ley, no hay una diferencia sustancial. Se trata de una diferencia de organización de la política, de la organización del Derecho.

El problema no es cual es mejor, sino que haya un equilibrio entre las dos libertades: el creador de la regla, sea judicial o sea legislativo, y el aplicador o intérprete de la regla.

Yo creo que la utilidad depende de los sistemas, de las culturas, de las tradiciones. Por ejemplo, en la cultura anglosajona, considero que el sistema del *common law* funciona bien. Ahora, existe una tendencia en todos los países del *common law* de Europa a desarrollar algunos ámbitos en la forma del *civil law*. Esto se da porque el *common law* es más útil para sociedades más tradicionales, menos economizadas.

El sistema del *civil law* es más útil para sociedades que tienen una fuerte configuración económica. Así, como el mundo contemporáneo está volviéndose un mundo totalmente economizado, puede ser que la ley se convierta en un instrumento más útil en el futuro, pero no podemos decir nada de forma teórica o rigurosa, depende de las circunstancias, de las situaciones, de los tipos de culturas.

6. Se ha dicho respecto a la naturaleza de la argumentación que ésta busca principalmente resolver un problema y que esta “solución” pasa por lograr que algunos “terceros” actúen conforme a nuestros intereses. Adicionalmente, se dice, nuestra argumentación va dirigida a convencer a un auditorio de gente con preocupaciones de tipo moral o política. En ese sentido, se niega que la estructura de la argumentación jurídica deba basarse en un tipo de discurso lógico-formal o que se logre inferir correctamente de un sistema jurídico, sino que debe ser lo suficientemente coherente y persuasivo para lograr que nuestros interlocutores actúen de conformidad con nuestros intereses. De esta manera, en cierta medida se vuelven relativos los principios de la moral o la corrección de los argumentos jurídicos³. ¿Está usted de acuerdo con esta postura? ¿Cuál es su visión acerca de la naturaleza de la argumentación jurídica?

No estoy muy de acuerdo, porque filosóficamente es como inducir las conclusiones *a posteriori*. Yo considero que en la estructura de la cultura jurídica, el ánimo del Derecho, es también lógica. La relación no debe ser que el intérprete derive directamente el Derecho del hecho, y el Derecho no se deriva del intérprete, sino del legislador. El hecho de que exista un legislador que ponga límites a la interpretación es un principio fundamental de garantía.

Existe la posibilidad de que una aplicación demasiado amplia del proceso argumentativo de la aplicación del Derecho pueda resultar en una enemiga de la legalidad. Debemos estar muy atentos a lo que el Derecho formal, con sus operaciones lógicas, o los límites que esas operaciones lógicas ponen, realiza en dirección del espectro de legalidad, en la relación entre política y Derecho, porque la política actúa en dirección del Derecho en la visión totalizadora del Derecho, también a través de las normas. Son los límites que las normas formales ponen en las operaciones que los juristas deben cumplir para realizar las normas formales.

Ahora, yo digo que la interpretación es creativa, es una libertad que se apoya en otra libertad, por lo que creo que debe existir un respeto en esa otra libertad. El intérprete respeta al legislador en la medida en que cumple una operación que también es limitada por la lógica.

Esto no significa que exista una sola verdad. Sin embargo, el Derecho no se puede fundar solamente en técnica argumentativa, sea en un sistema de *common law*, sea de *civil law*.

7. En Perú es muy extendido el caso de las invasiones de propiedades, en la cuales existiría una costumbre según la cual el “invasor” se convierte en propietario de lo que construye, contrariando la norma según la cual un edificio construido en determinado terreno será propiedad del “propietario formal” de dicho predio. Al respecto, se ha señalado, realizando un análisis económico aplicado al estudio de las fuentes del Derecho, que éstas no estarían ordenadas de manera jerárquica, sino mas bien compitiendo entre sí, de tal modo que son los propios “administrados-usuarios” quienes –haciendo un análisis costo-beneficio– deciden la conveniencia de aplicar una norma u otra⁴. ¿Está usted de acuerdo con esta manera de enfocar el Derecho, es decir, partiendo del análisis sociológico para adaptar las reglas formales a lo que sucede en la realidad, incluso al punto de modificar los procedimientos para la resolución de conflictos entre normas? ¿Cuál es su opinión acerca de la posibilidad de que se reconozca validez a las costumbres *contra legem*? ¿Debería admitirse el desuso como causal de derogación de normas legales?

El ejemplo siembra más que un problema jurídico un problema político, no es el Derecho el que es llamado a resolver dicha situación, modificando el régimen de la propiedad. No podemos volver jurídico un problema social y político.

Hablando desde una perspectiva jurídica, yo creo que, como hemos dicho antes, las reglas formales impiden dejar de lado la legalidad. Los procedimientos que invierten la relación entre interpretación y legislación, entre política y Derecho, entre cultura política y cultura jurídica, pueden encontrar el riesgo de terminar en problemas fundamentales de legalidad.

³ VALENZUELA, Rodrigo. “La naturaleza de la argumentación jurídica”. En THEMIS-Revista de Derecho 51. 2005.

⁴ GHERSI, Enrique. “Diálogo entre el juez y el profesor”. En THEMIS-Revista de Derecho 51. 2005.

No estoy de acuerdo con esta inversión que pone por encima el entendimiento de los hechos, haciendo derivar de ellos el Derecho. Son dos cosas que deben armonizar. El Derecho es la concepción que tenemos hoy, un Derecho fundamentalmente político, que es la concepción que es desarrollada a partir de un constitucionalismo moderno, que es la idea en la cual todas las sociedades democráticas se fundan en un Estado de Derecho. Estado de Derecho significa que la vida política, la relación entre los ciudadanos, se pone al interior del Derecho, se realizan a través del Derecho y con las garantías de los derechos fundamentales, de la legalidad en sentido amplio. Así se crea el constitucionalismo. Esto presupone ante todo una jerarquía total de la Constitución, presupone el respeto de la ley independientemente de lo que sucede en la sociedad. Naturalmente el respeto de la ley debe ser modelado sobre la vigencia social. Una ley rígida, excesivamente formal, no es una ley que realice totalmente su idea de justicia.

Un Derecho formal que entre demasiado en contradicción con la situación social deja de ser un Derecho que signifique una garantía verdadera. Pero no podemos sacar de esta consideración que la sociedad guía el Derecho. Si cada regla del Derecho se coloca en una relación no jerárquica, en una relación aproximada, en una relación que se modifica continuamente, el principio de legalidad es profundamente herido.

En relación al desuso, hay sociedades que lo reconocen como causal de derogación de las normas. En realidad son los jueces quienes no aplican más una norma. Ahora, un ordenamiento puede introducir una disposición que indique que si una norma no ha sido aplicada o no ha sido eficaz, podemos considerarla extinguida. Sin embargo, yo pienso que es preferible un reconocimiento jurídico que establezca los mecanismos de derogación de normas que considere el desuso. Prefiero esto porque confiere más claridad, más precisión al ordenamiento, y sirve al principio de legalidad.

8. ¿Existe alguna diferencia entre la Teoría General del Derecho y la Filosofía del Derecho?

Decimos que la filosofía del Derecho se interesa más por cuestiones históricas, de conocimiento jurídico, ético, en los derechos humanos; y también en cuestiones de tipo ontológico metodológico. Se dice que la filosofía del Derecho se interesa por problemas muy generales. Por el contrario la Teoría General del Derecho se interesa por problemas más cercanos al Derecho positivo que a la ciencia jurídica positiva.

Por ejemplo, cómo es hecha la norma, diría que es un problema más de Teoría General del Derecho. Por eso se dice que la Teoría General del Derecho se interesa por problemas centrales, bastante amplios pero no como los problemas filosóficos generales. La filosofía del Derecho tiene más conexión con problemas de la filosofía general. La Teoría General del Derecho tiene más conexión con problemas del ordenamiento jurídico, mira más en dirección de la ciencia positiva.

Pueden existir juristas que se hacen teóricos generales del Derecho, o juristas que se hacen filósofos del Derecho. Roberto Bobbio, en los años cincuenta, fue el primer ejemplo de crear una filosofía analítica del Derecho, que después se ha desarrollado mucho en Italia. Él dijo que la mejor filosofía del Derecho no es la filosofía hecha por los filósofos generales, que no saben nada del Derecho, que lo tratan como un argumento secundario marginal dentro de la filosofía general. Para él la mejor filosofía del Derecho es aquella hecha por los juristas, que tienen una formación jurídica, que conocen el Derecho, que pueden realizar una abstracción jurídica. Es una filosofía que va de lo particular a lo general, de manera inductiva, en vez de una filosofía que va de lo general a lo particular. Sin embargo, yo creo que puede existir un filósofo que conoce el Derecho y que integra ambas posturas.