

Una aproximación a los debates técnicos sobre la interpretación jurídica*

An approach to the technical debates about legal interpretation

CARLOS ALBERTO POL LIMPIAS**

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto razonar sobre el fenómeno de la interpretación jurídica. Por esa cuestión, se funda un estado del arte con numerosas perspectivas teóricas que se asientan entre los teóricos del derecho de un pensamiento iusnaturalista e iuspositivista, partiendo de las teorías constructivistas, soslayadas por Hart y Dworkin, hasta las teorías deductivas sostenidas por Habermas y Alexy, puramente positivistas, como lo fue Kelsen, entre otros. Todos nutren el discurso hermenéutico con nuevas nociones de interpretación, como nuevos paradigmas de interpretaciones jurídicas. El estado del arte entre los teóricos se direcciona a través de las interrogantes para resolver el problema de la interpretación en cuanto y en tanto a la integración y los principios del Derecho

Palabras clave: *derecho, principios e interpretación jurídica.*

ABSTRACT

The purpose of this article is to ponder upon the phenomenon of legal interpretation. For this reason, numerous theoretical perspectives are established among the theoreticians of law taking into account the perspectives of nature legality and legal positivism thinking, starting from the constructivist theories, by passed by Hart and Dworkin, to the deductive theories held by Habermas and Alexy, as well as Kelsen, among others. All of them nourish the hermeneutic discourse with new notions of interpretation, as new paradigms of legal interpretations. The theorists addressed to solve the problem of interpretation in terms of and in terms of the integration based upon the principles of Law

Keywords: law, principles and legal interpretation.

*Artículo de reflexión recibido el 13-02-2018 y aceptado el 18-10-2018.

**Profesor de Postgrado en la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia. (carlospol2011@gmail.com)
<https://orcid.org/0000-0002-6869-1894>

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Aproximación teórica / 3. Conclusiones / 4. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Toda vez que se analiza sobre la teoría de un pensador, es necesario investigarlo para lograr una comprensión más precisa. El trabajo en cuestión tiene por objeto razonar sobre el fenómeno de la interpretación jurídica. Por esa cuestión, se funda un estado del arte con numerosas perspectivas teóricas que se asientan entre los teóricos del derecho de un pensamiento iusnaturalista e iuspositivista, partiendo de las teorías constructivistas, soslayadas por Hart y Dworkin, hasta las teorías deductivas sostenidas por Habermas y Alexy, puramente positivistas, como lo fue Kelsen, entre otros. Además, se busca plantear un estado del arte entre las líneas de pensamiento situadas en este último tiempo, frente al tema de los principios y la integración jurídica. Por ello, será necesario examinar cada una de las líneas de pensamiento para así verificar si existió un acuerdo o desacuerdo entre éstas, y así conglomerarlos en razón de sus ideologías desde la perspectiva histórica, política, social y jurídica.

El estado del arte que se quiere contextualizar se funda en los principios y la integración jurídica. En ese sentido, es indispensable considerar lo sostenido por Aristóteles en la *Retórica de la teoría de la argumentación*: “la facultad de teorizar lo adecuado en cada caso para convencer¹ y como proceden las personas por costumbres, o espontáneamente para sostener sus criterios”.

A medida que en el diario vivir las personas confieren nociones de lo que pretenden que es la verdad de las cosas (hechos, acontecimientos, fenómenos) para sostener sus criterios y así platicar, se les convierte en el significado de decir algo constantemente. Ahora bien, recordemos el planteamiento de Platón, de que “una palabra en sí misma no es ni verdadera ni falsa, aunque una combinación de palabras puede significar algo aun cuando no haya captado fenómeno alguno”.² Entonces, no es la palabra lo que importa, sino la oración. Podemos señalar que el problema está en el lenguaje que significa algo contrario a la capacidad común de manifestarse verbalmente.

De esta manera, en el transcurso del tiempo los abogados vivimos argumentando para solucionar los pleitos, y lo hacemos mediante los denominados precedentes (sentencias), que son entes complejos que contienen normas

¹ Aristóteles, *La retórica de la teoría de la argumentación*, p. 173.

² Ricoeur, Paul, *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*, p. 15.

generales e individuales, pues en la *obitter dicta* (considerandos) el juez justifica las razones de su decisión, razones que requieren de argumentos que respalden el contenido de su decisión para conceder la respuesta, ya sea la correcta o la que mejor les parezca.

Ahora bien, esa decisión puede que esté corrompida por intereses económicos o políticos, siendo una interpretación voluntaria y autónoma que denota la parcialidad (preferencia) de un juez o una corte al momento determinado de juzgar. Otro aspecto que vale considerar es el de la interpretación constituida en reglas y principios. Al referirnos a los principios nos referimos al derecho natural, que es ídem a los derechos humanos y ciertas reglas que les dan un valor a determinadas conductas en una sociedad.

No obstante, hay que plantear unas interrogantes que nos trasladen a direccionar el estado del arte para aproximarnos a resolver el problema teórico antes mencionado sobre la interpretación y la integración jurídica: ¿El juez resuelve de manera discrecional? ¿Hasta dónde está permitido el uso discrecional? ¿El derecho responde a la moralidad política tolerada por las normas e instituciones de la comunidad? ¿Qué se busca con la interpretación de la norma? ¿Por qué los principios tienen que ver con la integración jurídica? ¿Las decisiones son ideológicas? ¿Interviene el Estado a la hora de interpretar?

La hipótesis que trataremos de abordar en este trabajo es la de realizar una aproximación sobre si el derecho está cambiando en América Latina, si de un tiempo a esta parte las teorías que ampararon el ejercicio jurídico están en proceso de reformulación y crítica. Asimismo, examinaremos los diferentes razonamientos teóricos soslayados por Kelsen, teorías implícitas que fueron sujeto de estudio constante, sin embargo, se van deviniendo nuevos paradigmas que tanto la filosofía como la sociología jurídica van instaurando para tratar de constatar que el derecho no es tan imparcial, es decir, no siempre puede ser correcto, y que, a la vez, puede tornarse en un instrumento más para remediar los conflictos de las personas. Además, constatar si los abogados están asimilando esa valoración progresiva del derecho constitucional frente al derecho codificado en leyes específicas. Todo esto, para saber si estamos dejando de ser un Estado de derecho netamente positivista, constituido con ajenidad a toda ideología y a todo mecanismo científico natural, para pasar a transformarnos en un Estado social de derecho con instituciones instauradas en los principios de libertad y pluralidad social, en la búsqueda de legitimar los principios para legalizar conductas por medios de las normas

jurídicas, para concluir en el razonamiento que debe hacer el juez al momento de realizar la interpretación e integración jurídica y los factores que determinan su poder de decisión (autonomía, voluntad y otros).

2. APROXIMACIÓN TEÓRICA

Varios fueron los intentos del ser humano por llegar a la verdad, verdad que a veces se vuelve esquiva por el manejo de los fragmentos que se acometen armar, y llegar a conclusiones satisfactorias y, si de justicia se trata, a decisiones justas y apropiadas a las necesidades de bienestar que tanto reclama la sociedad.

De un tiempo a esta parte se ha generalizado una concepción de atribuir la hermenéutica exclusivamente al juez, cuando la realidad es que la vida es por sí una cadena de interpretaciones de orden artístico, afectivo, científico, legal y literario, entre otros. Sin embargo, para facilitar la ejecución en este artículo, se acudirá a la interpretación jurídica mediante su integración jurídica, con base en principios que correspondan al iusnaturalismo sobrio y racionalista, alejado de las políticas hermenéuticas basadas en el positivismo, y con la convicción de que el origen de los principios morales se encuentra en la estructura o naturaleza de la razón humana, que trata de dogmatizar esos principios subyacentes que permiten fundar el resto de las normas jurídicas.

Generalmente, es más fácil —y probablemente más grato para el responsable de aplicar la norma— concurrir a su literalidad por medio del denominado fetichismo a la letra muerta, sin riesgos de creación filosófica jurídica con la cual pueda obtener conclusiones racionales y humanas que coincidan con la intelectualidad y sensibilidad del operador jurídico, coherente con las necesidades reales de los receptores de justicia, donde se le otorga a la norma un espíritu finalista más que mediador; vale decir justicia de personas para personas. Y es precisamente ese el ideal de una sociedad que soslaya la noción de paz fundada sobre una justicia racional y lógica.

Siguiendo esa línea, por muestra citamos a Dworkin,³ quien ha elaborado la tesis sobre la interacción de normas y principios mediante la cual el juez debe aplicar implícita o explícitamente “teorías políticas”, con el fin de justificar la decisión en los “casos difíciles”, de manera que se pueden reconstruir “teorías” de la realidad social a partir de las normas legales, de las decisiones

³ Berger, Peter y Luhmann, Niklas, *La construcción social de la realidad*, Trad. Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu, 1966; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1997.

de los tribunales y de consideraciones doctrinales, lo que a su vez sirve como una clase de información orientativa o, usando una frase de la hermenéutica, como “pre comprensión” (*vorverstandis*). Además, las nociones legales de contrato, tales como las de asociación o las relaciones sociedad-Estado, tienen un gran arraigo en las percepciones típicamente legales de la realidad social; estas percepciones son significativas en nuestra comprensión diaria de estos fenómenos y también en las teorías económicas o sociológicas. Por muestra citamos una de ellas, que se planteó en el libro denominado *La construcción social de la realidad*, de Berger y Luhmann (1966), en donde se manifiesta notoriamente cómo el sistema legal desarrolla algunas construcciones específicas con el objeto de resolver conflictos sociales bajo el control de normas legales. Del mismo modo, que al crear su propia realidad desde la perspectiva que impone la resolución de conflictos, el sistema legal crea, de manera abstracta, modelos de mundo altamente selectivos descuidando de esa manera algunos elementos relevantes, tales como la sociedad, la economía y la política.

Consecuentemente, habría que considerar lo planteado por Martínez⁴, al opinar que:

quien establece dos principios interpretativos: uno primero, declarativo de los casos ordinarios —la norma no específica, a diferencia del caso boliviano, que esté destinada al intérprete auténtico—, fundamentado en el texto (tenor literal) y en el contexto (Constitución en su integralidad); y un segundo nivel, para los casos difíciles (duda), donde incorpora la plena vigencia de los derechos —insistiendo así en la previsión del mencionado artículo 11.5— y la interpretación originaria, dejando abierta la posibilidad de introducción de otros “principios generales” de la interpretación constitucional.

A pesar de que estos preceptos modulan su carácter en el itinerario de la evolución legal entre la construcción del tipo legal y los estándares de racionalidad legal, podemos decir que nos queda la interrogante de cómo la “rematerialización” ha forzado al derecho formal a cambiar sus percepciones de la realidad social para asimismo identificar la clase de forma de construcción de modelos legales exigida por la racionalidad legal reflexiva.⁵

⁴ Martínez Dalmau, Rubén, “Costituzione economia globalizzazione”, *Edizioni Scicoticficbc Italiane*, 2013, p. 452.

⁵ Teubner, Gunther y Bourdieu, Pierre, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.

Es importante considerar qué tipo de reflexión jurídica prevalece en un determinado tiempo y en una determinada sociedad, en el sentido de que un Estado se determina por la forma de su accionar y razonar jurídico, es decir, razonar el derecho como norma-legal (reglas y leyes). De la misma manera, los principios y la norma jurídica tienen un valor jurídico que se encuentra en un acto de voluntad, como el caso del decisionismo de Thomas Hobbes, donde se otorgan las facultades al soberano que no es un monarca, sino que decide soberanamente.

Schmitt sostuvo que: “[el] Derecho es ley y ley es el mandato decisivo para el conflicto jurídico: *Autoritas, non veritas facit legem* (La autoridad, no la verdad, hace la ley) (...) Quien instaura la paz, la seguridad y el orden es el soberano y tiene toda la autoridad”.

Entonces, el orden se concreta con el poder que se le ha dado al soberano, un poder emanado de la voluntad de los súbditos, que en últimas lo que requieren es proteger su seguridad para sentir que se les protege la propiedad y la vida, y el soberano lo obtiene no con la norma ni con el orden concreto, sino tan sólo con la decisión. No cabe duda, esta figura manifiesta la del Estado absolutista y dictatorial, en el cual éste se beneficia del Estado de naturaleza e inseguridad de las personas; además, es aquel que toma decisiones como crear la ley y el orden.

Vale decir que la decisión soberana es el principio absoluto, porque el Estado de naturaleza es un estado que forja inseguridad, y las personas auguran protección a su propiedad y su vida. Pero el normativista y el decisionista son tipos del pensamiento jurídico que habitualmente se repiten; eso sí, no se puede suponer el mejunje entre normativismo y decisionismo en el que gravita el positivismo del siglo XIX como un ideal jurídico.

En 1996 Schmitt⁶ sostuvo un orden y una configuración de contratos, partiendo del acto de voluntad y de autoridad. Asimismo, sostuvo que: “El ordenamiento jurídico (*l'ordinamento giuridico*) es una entidad esencial, una entidad que en parte se mueve según reglas, pero que sobre todo mueve ella misma las reglas como figuras de un tablero; por eso las reglas representan el objeto o mejor el medio del orden jurídico y no un elemento de su estructura”. Además, agregó que: “Las normas y las reglas, con las cuales tiene que ver la fundamentación jurídica de la decisión, se convierten así en meros puntos de

⁶Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Trad. H. Monserrat, Madrid, Tecnos, 1996.

vista para orientar las decisiones sobre conflictos, en un material de ciencia jurídica para fundamentar una decisión judicial”.

A pesar de que el positivismo científico jurídico del siglo XIX se soslaya en pos de una legalidad jurídica que se asemeja al derecho, es un positivismo puro que responde a una sociedad científica que reclama la comprensión de las cosas por medio de la razón, única fuente de la verdad y del raciocinio lógico. En el caso del derecho, su objeto de estudio es la norma, y su método, el exegético, por eso hay una subsunción a la voluntad de la norma y de la ley, y el sujeto queda subsumido a la norma. De esa misma manera, se razona en un derecho certero y objetivo. Al respecto, Schmitt complementa que: “La fundamentación jurídica de ese positivismo legal ha recorrido tres estadios: primero; se atuvo a la voluntad del legislador; después, para no caer en investigaciones subjetivas y psicológicas, se habló, de modo aparentemente objetivo, de la voluntad de la ley; finalmente, se dice que basta la ley sola como norma autosuficiente”.⁷ Con ello, se entiende que la enunciación de la racionalidad dentro de un contexto histórico se revela dentro de un modelo que va a puntualizar su validez para obtener el resultado que se busca, es decir, si la racionalidad solamente soluciona parte de los problemas, hay que buscar otras racionalidades que estén por el mismo tenor científico. No obstante, podemos decir que el problema es si con dicha racionalidad se legitima la legalidad. Al respecto, Habermas⁸ hace la siguiente interrogante:

¿Son realmente los aspectos formales los que podrían prestar fuerza legitimadora a la legalidad en una dominación ejercida en forma de derecho? (...) la racionalidad formal del derecho aparece como un instrumento esencialmente burgués a través del cual los valores de libertad e igualdad se imponen en la sociedad capitalista favoreciendo el contrato como medio de organización de la sociedad (...) racionalmente presu- puesta en cada sujeto, y el respeto a la propiedad privada como una extensión de la propia individualidad del sujeto.⁹

Por ahora, se puede inferir cómo el discurso habermasiano nos traslada a dilucidar el fin de la racionalidad dentro de un estado capitalista que busca

⁷ *Idem.*

⁸ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Trad. A. G. Camino, México, Siglo XXI, 2008; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, España, Trotta, 1998; Hart, Herbert L., *El concepto de derecho*, Trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Argentina, Abeledo- Perrot, 2004.

⁹ Teubner, Gunther y Bourdieu, Pierre, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 38.

el bienestar del individuo que cree ser libre e igual ante los otros. Vale decir que es la igualdad que busca la justicia dentro de lo desigual, ya lo apuntaba Tomás de Aquino al definir la *justicia*. Todo, por proteger unos intereses económicos y políticos. El punto en cuestión es si hay o no legitimidad en cada uno de los principios que sosiegan en la Constitución, y esa situación les da el carácter de legalidad, para que puedan ser cumplidos. Ahora bien, será que es la labor de la interpretación encontrar los fundamentos de los principios para poder así realmente precisar sobre libertad, igualdad y justicia.

Examinemos qué nos expresa Schmitt:¹⁰

Los más sencillos problemas de la interpretación y de la prueba deberían enseñarnos ya que la fijeza y la seguridad incluso de un código escrito con todo cuidado y detalle, permanecen a pesar de todo muy discutibles. La letra y el sentido, la génesis, la conciencia jurídica y las necesidades del tráfico hacen surgir, al aclarar el contenido “cierto” del texto jurídico, complejas cuestiones acerca de la prueba y de la determinación de los “hechos” para la calificación “puramente jurídica” del caso. Se puede concebir la protesta del positivismo fanático de la seguridad legal, Jeremías Benthan, contra la mera palabra interpretation.

Ahora bien, el derecho positivo genera seguridad y certeza en la decisión jurídica, pero no hay que olvidar que el contenido de la norma está hecho de principios morales, y es allí donde cabe la interpretación como medio para entregar una respuesta correcta o buena de acuerdo al caso, o sea, es el uso de la voluntad, ya no de la norma como en el positivismo puro, sino del jurista. Schmit¹¹ dilucida que “cuando el jurista se atreve a interpretar la ley atribuyéndose ese poder, entonces todo se convierte en una completa arbitrariedad imprevisible. Con estos métodos no existe seguridad”.

Es oportuno detenernos aquí para revisar por qué al razonar sobre el uso de la interpretación en el derecho se pierde la seguridad jurídica, considerando que el juez o jurista, al momento de interpretar una norma, regla o principio, lo hace con discrecionalidad, y es justamente ella la que le da un margen de libertad para decidir, pero lo hace con un raciocinio jurídico con el buen uso del razonamiento jurídico, que voluntariamente lo lleva a dar la seguridad que le permite hacer uso de su voluntad y autonomía, delimitada

¹⁰ Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Trad. H. Monserrat, Madrid, Tecnos, 1996, p. 37.

¹¹ *Idem*, p. 38.

por la misma norma, regla o principios; por el sólo hecho de estar contenidos en una Constitución, ya hacen parte de un órgano jurídico. Hart,¹² en cambio, sí considera que debe existir esa discrecionalidad, pues si la respuesta no la tiene la norma o hay ausencia de ella, debe irse a las reglas y en especial a la regla de reconocimiento, pues cada caso obedece a un contexto específico que, aunque debe ser universal, se limita al campo social.

Constatado está que Dworkin y Kelsen no están de acuerdo con la discrecionalidad. Para Kelsen no existe, ya que la respuesta objetiva o correcta se encuentra en la norma, y si no encuentra la respuesta va hasta a la norma superior; para Dworkin,¹³ está en los principios, pero los que están contenidos en la Constitución: “Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”. Precisamente es aquí donde tiene un límite, ya que se puede hablar de autonomía y voluntad únicamente a la hora de decidir por un principio que anticipadamente ha tenido que sostener con razones lógicas porque ese principio le sustenta su fallo o decisión. Es lo que hoy nuestros tribunales denominan la ponderación. Pues bien, si es esto lo que no permite dar seguridad, entonces no podríamos creer en ningún sistema jurídico, ya que las normas son erigidas por las personas (legisladores) que además están influenciadas por las conductas morales de la colectividad.

Consecuentemente, los principios se diferencian de las normas, porque “los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia”;¹⁴ así, interpretar con principios es preguntar por lo que es correcto o no es correcto, por lo que para la sociedad es válido o no es válido; si al considerar tal o cual principio se está aplicando justicia o injusticia considerando los parámetros jurídicos que el sistema político exige; o si es justo o injusto, cómo lo tomaría el afectado por la no correcta escogencia del principio. Además, sostiene que “las normas no tienen esta dimensión. Al

¹² Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Trad. A. G. Camino, México, Siglo XXI, 2008; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, España, Trotta, 1998; Hart, Herbert L., *El concepto de derecho*, Trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Argentina, Abeledo- Perrot, 2004.

¹³ Berger, Peter y Luhmann, Niklas, *La construcción social de la realidad*, Trad. Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu, 1966; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 77.

¹⁴ *Idem*, p. 7.

hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes”.¹⁵

Tal cual, Kelsen¹⁶ lo precisó al razonar el derecho como una ciencia pura, ajena, natural, metafísica y moral. Por eso le otorga al derecho un objeto y método de estudio, para positivar su científicidad y evitar caer en falsos raciocinios impregnados de moralismos religiosos y culturales. “Una norma jurídica solo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta cierto grado (...) validez y eficacia de una norma jurídica tampoco coinciden temporalmente (...) Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir antes de ser obedecida y aplicada”. Sin embargo, esta posición kelseniana tiene un cambio, y es precisamente Mejía¹⁷ quien sostuvo que:

En 1960 aparece la segunda versión de la Teoría Pura del Derecho donde es evidente un giro substancial: a diferencia de la del 34, el juez aquí aparece como creador de derecho, no solo de normas generales sino particulares, de una parte y, de otra, se morigera la vertical afirmación de la inexistencia de lagunas y antinomias al interior de un sistema jurídico. La razón del giro no puede explicarse sino por la apuesta de Kelsen a que la discrecionalidad del juez evite, en caso de injusticia extrema como la que se había presentado durante el genocidio nazi...

Ahora bien, la nueva tesis de Kelsen (el viejo) no deja de asombrarnos, ya que este giro es una manera de reconocer la interpretación y la voluntad del jurista; le da el carácter de legislador al juez, le entrega una flexibilidad al derecho y la preocupación que para Foucault (2008), Hobbes (2004) y Schmitt (1996) dejaría ser al derecho objetivo y le da reconocimiento a la seguridad jurídica. Veamos cómo lo presenta:

Un tribunal, particularmente un tribunal de última instancia, puede estar facultado no solo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente

¹⁵ *Idem*, p. 78.

¹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad. R. J. Vernengo, México, Porrúa, 2000; Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, España, Herder, 2008, pp. 24-25.

¹⁷ Mejía, Q. Oscar, *Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo*, Bogotá, Ibáñez, 2009, pp. 93-94.

(...) Ese carácter de precedente puede atribuirse a una sentencia judicial, cuando la norma individual establecida con la sentencia no tiene predefinido su contenido por una norma general producida por legislación o costumbre, o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación...¹⁸

Seguidamente, sostiene que para un sistema de democracia parlamentaria “tiene el inconveniente de una falta de flexibilidad. En cambio, tiene la ventaja de la seguridad jurídica”.¹⁹ Esto quiere decir que lo planteado por Truber, al señalar cómo un Estado de derecho responde a un sistema y para un Estado ideal, “se caracteriza por su gran flexibilidad, pero carece de toda seguridad jurídica”.²⁰ Con esta aseveración es imposible dejar de lado a los teóricos reconstructivistas como Dworkin y Hart, pues son ellos los encargados de reconocer la discrecionalidad tanto en el reconocimiento de las reglas como en los principios. Finalmente, Kelsen nos ayuda con esta afirmación: “Y como todo derecho sólo tiene un carácter individual, la resolución judicial de casos concretos no debería en forma alguna estar ligada a normas generales”.²¹

Afinemos el pensamiento con Dworkin:²²

De modo esquemático, el positivismo sería simplemente aquella explicación que concibe al Derecho como un universo de normas específicas que vinculan una determinada consecuencia jurídica a la realización de un cierto supuesto de hecho; esas normas se identificarían por su origen o “pedigree” y, cuando no fuesen capaces de resolver algún problema o conflicto, entraría en juego la pura discrecionalidad judicial (...) de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”, ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que “ejerza su discreción”, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente.²³

¹⁸ *Idem*, p. 258.

¹⁹ *Idem*, p. 260.

²⁰ *Idem*, p. 260.

²¹ *Idem*, p. 261.

²² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, pp. 65 y ss.

²³ Berger, Peter y Luhmann, Niklas, *La construcción social de la realidad*, Trad. Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu,

Incluso Austin está de acuerdo con que los jueces tengan discrecionalidad siempre y cuando el soberano lo autorice, porque la norma se debe obedecer por ser un mandato, siempre y cuando se presenten casos difíciles, porque en los fáciles está la norma. Teniendo en cuenta lo anterior, surgen varias preguntas, por ejemplo, ¿qué hacer con la norma fundamental?

La refutación la asume Mejía:²⁴

Efectivamente, el no reconocer el contenido material de la norma fundamental tiene dos órdenes de consecuencias para la teoría kelseniana: la primera, que la legitimidad tiene que ser meramente procedimental ya que, al ser vacía, no requiere la norma básica ningún tipo de congruencia con la ética que se busca regular. Y que la obediencia a la norma es imperativa y absoluta y descansa básicamente en la coacción y no en el reconocimiento a la autoridad de la misma. Y, segunda, que el juez, al no poder acudir a un contenido específico de la norma fundamental en casos de injusticia, lagunas o antinomias del sistema jurídico, dada su vaciedad, tiene que acudir o a su propio catálogo de valores, recayendo en el iusnaturalismo, o a su discrecionalidad subjetiva, recayendo en el realismo

Seguimos contextualizando por el camino de las interrogaciones; consecuentemente, ¿la discrecionalidad nos distancia de la seguridad jurídica? Esta cuestión es respondida por Dworkin:²⁵

El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada (...) La discreción como el agujero en una rosquilla, no existe (...) es por consiguiente, un concepto relativo. Siempre tiene sentido preguntar “Discreción, ¿según qué normas?” o: Discreción, ¿según qué autoridad?

De esta manera, la discrecionalidad está sujeta no al punto de vista del intérprete, sino a lo que está acordado por el legislador. Esto quiere decir que hay dos puntos de vista en juego: el del legislador y el del juez; por lo tanto, la

1966; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 65-66.

²⁴ Mejía, Q. Oscar, *Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo*, Bogotá, Ibáñez, 2009, p. 97.

²⁵ Berger, Peter y Luhmann, Niklas. (1966) *La construcción social de la realidad*. (Silvia Zuleta, Trad.) Buenos Aires: Amorrortu. Dworkin, Ronald. (1997). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho. pp.84

discrecionalidad en últimas debe responder a lo teleológico de los principios, las reglas y la norma. Además, para Dworkin estará en los principios que se encuentran enmarcados dentro de la constitución de cada estado; a su vez, su génesis pertenece a los artículos sustentados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pero no es una interpretación coloquial, se requiere de unos pasos para alcanzar el verdadero sentido de lo que se busca. En el texto *La decisión judicial*, Dworkin, citado por Rodríguez,²⁶ propone tres fases para el proceso de interpretación de las prácticas jurídicas: preinterpretativa: el intérprete identifica las reglas y principios que hacen parte de esas prácticas, el criterio de identificación es la aceptación general de las reglas y principios por parte de los miembros de la comunidad jurídica; interpretativa: el intérprete debe ofrecer una justificación moral y política de los elementos de la práctica jurídica, identificados en la primera fase, la justificación no tiene que encajar y por lo general no es posible que lo haga porque existen reglas y principios contradictorios; posinterpretativa, el intérprete formula reformas a la práctica jurídica existente, con el fin de acercarla a los requerimientos de la justificación desarrollada en la fase interpretativa.

Se puede hablar de un pacto teórico entre Kelsen y Dworkin porque si Kelsen reconoce la interpretación como ya se señaló en líneas precedidas, Dworkin lo aseveró al momento de expresar: "... volver a la doctrina de la discreción judicial de los positivistas (...) si un caso no está controlado por una norma establecida, el juez debe de decidir mediante el ejercicio de la discreción",²⁷ que no es otra cosa que dejar la última palabra al juicio racional del juez, atendiendo a lo ordenado por la normatividad. Considerando el planteamiento de Martínez: "La consecuencia sería concebir al juez ordinario como un aplicador de los principios con la discrecionalidad consustancial a esta función en la búsqueda de la justicia concreta, dentro del marco de la razonabilidad de la ponderación y reducir a su mínima expresión la intervención del legislador, de quien se desconfía".²⁸

Sin embargo, existe una discrepancia entre Dworkin y Hart, ya que Hart razona que lo que le hace falta al positivismo kelseniano es resguardar los casos difíciles en las reglas, pues ellas sí tienen el carácter de obligatoriedad,

²⁶ Rodríguez, Cesar. (2002). *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo de Personas Editores. p.63

²⁷ *Idem*, p. 86.

²⁸ Martínez Dalmau, Rubén, "Interpretación constitucional. Corrientes y propuestas", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2016.

son legales, en contradicción de los principios, que no son legales jurídicamente pero sí moralmente, y el sólo hecho de estar estipulados en un orden jurídico ya los hace vinculantes y perduran en el tiempo. La regla se desvanece cuando la colectividad ya no la encuentra válida a sus necesidades e intereses. Momentáneamente, ilustrémonos al respecto por las teorías soslayadas por Hart:²⁹

Pues bien, dos contextos necesarios y suficientes para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial.

Es evidente que, bajo la perspectiva de Hart, la existencia de un sistema jurídico depende necesariamente de la utilización compartida de criterios de validez jurídica por los integrantes del órgano judicial (jueces) y del gobierno: “la patología de un sistema jurídico”.³⁰

En palabras de Habermas,³¹ es una interpretación de comunicación o consenso:

El rasgo peculiar positivista consiste siempre en el interés por la seguridad objetiva, la fijeza y la previsibilidad de lo que vale como objetivamente obligado, ya sea la decisión del legislador, ya sea una ley procedente de esa decisión, ya la decisión jurídica previsible procedente de esa ley. El valer “positivo” de esa ley es, a diferencia de otros modos de validez, siempre algo objetivo, exigible de modo inmediatamente fáctico por el poder humano

Siguiendo lo contextualizado, el positivismo sigue evidenciando que su pro-

²⁹ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Trad. A. G. Camino, México, Siglo XXI, 2008; Habermas, Jürgen, 1998; *Facticidad y validez*, España, Trotta; Hart, Herbert L., *El concepto de derecho*, Trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 2004, p. 145.

³⁰ Hart, H., *El concepto de derecho*, Trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 146.

³¹ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Trad. A. G. Camino, México, Siglo XXI, 2008; Habermas, Jürgen, 1998; *Facticidad y validez*, España, Trotta; Hart, Herbert L., *El concepto de derecho*, Trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 2004, p. 40.

puesta es la más adecuada para cualquier sistema de Estado, ya que si reconoce la existencia de regla y principio, es porque supone que es el intérprete el responsable de asumir un enfoque objetivo y válido para la sociedad. Por el contrario, Alexy³² considera que la interpretación jurídica se da cuando hay fragilidad en los diversos conceptos y esquemas; como solución, plantea cuatro clases de argumentos jurídicos: argumentos lingüísticos, genéticos, sistemáticos y práctico-generales. Pues bien, estos argumentos pueden utilizarse para los casos difíciles, de igual manera que para los fáciles, ya que lo sustancial es que otorgaran una consecuencia objetiva. Ahora bien, precisemos uno por uno:

- Argumentos lingüísticos. Se apoyan en la constatación del uso de un idioma existente de hecho. La decisión únicamente podrá fundarse con ayuda de otros argumentos.
- Argumentos genéticos. Apuntan a la voluntad real del legislador histórico.
- Argumentos sistemáticos. Se apoyan en la idea de la unidad o de la coherencia del sistema jurídico.
- Argumentos prácticos generales. Pueden dividirse en argumentos teleológicos y deontológicos.³³

No obstante, los valores y los principios tienen una estructura similar, según Alexy; por ello, excluye a los valores, y su sistema lo conforma con normas y principios,³⁴ puesto que los valores, como lo manifiesta Habermas, son entes foráneos a la racionalidad, por lo que es necesario saber aplicar los argumentos en cada escenario concreto, ya que así se le da un nuevo sentido jurídico a la ley.

Por lo anterior, es sustancial examinar los razonamientos de Poulantzas,³⁵ que nos dejó distinguir que el moderno Estado capitalista “se presenta, pues, como encarnación del interés general de toda la sociedad, como materialización de la voluntad del ‘cuerpo político’ que sería la ‘nación’”.

No obstante, anteriormente sostuvo que:

³² Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Trad. L. V. Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 55.

³³ *Idem*, pp. 55-58.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Poulantzas, Nicos, *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*, Trad. F. M. Turner, México, Siglo XXI, 1969, p. 150.

Este Estado se presenta como un Estado-popular-de-clase. Sus instituciones están organizadas en torno de los principios de la libertad y la igualdad de los “individuos” o “personas políticas” (...) La legitimidad de este Estado se funda sobre el conjunto de los individuos-ciudadanos formalmente libres e iguales...³⁶

Veamos cómo todos los estados imprescindiblemente acomodan los principios (tal es el caso de los principios éticos morales) a su discurso teórico (mayormente simbólico) para manifestar que verdaderamente su interés no está en las entidades, es decir, por las personas (como si se preocuparan); es un labor netamente política, más aun en los gobiernos populistas como el nuestro (Bolivia), y lo sobresaliente de tal situación es que promulgan la igualdad y la libertad de las clases sociales, una receta política-simbólica que les permite mantenerse por tanto tiempo en el poder.

En definitiva, seguirá constatándose conforme la historia a los Estados, sustentándose mediante principios como los de libertad e igualdad, que además los sustentarán como elementos esenciales de una sociedad que permanentemente está con una vigilancia sobre los individuos, para corregirlos y castigarlos por quien ejerce el control de las normas, es decir, quien tiene el poder. Tal como lo contextualizó el mismo Foucault.³⁷ Aquí damos por finalizada esta aproximación teórica del estado del arte entre las diferentes líneas de pensamiento que venimos contextualizando en el presente trabajo:

El Panóptico es un lugar privilegiado para hacer posible la experimentación sobre las personas, y para analizar con toda certidumbre las transformaciones que se pueden obtener en ellos. El Panóptico puede incluso constituir un aparato de control sobre sus propios mecanismos. Desde su torre central, el director puede espiar a todos los empleados que tiene a sus órdenes: enfermeros, médicos, contramaestres, maestros, guardianes; podrá juzgarlos continuamente, modificar su conducta, imponerles los métodos que estime los mejores; y él mismo a su vez podrá ser fácilmente observado.

³⁶ *Idem*, p. 149.

³⁷ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Trad. A. G. Camino, México, Siglo XXI, 2008; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, España, Trotta, 1998; Hart, Herbert L., *El concepto de derecho*, Trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 2004, pp. 207-208.

Definitivamente, partiendo de la problemática de la interpretación de la Constitución democrática que se ha analizado, se buscan fórmulas que dirijan la función interpretadora desde el propio poder constituido, pero anclado en la decisión del Constituyente.³⁸ No obstante, una vez examinado exhaustivamente, el modelo simple es formulado por Hart³⁹ del siguiente modo:

dondequiera que haya un sistema jurídico es menester que emitan órdenes generales respaldadas por amenazadas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente. Si de acuerdo con Austin, llamamos “soberano” a tal persona o cuerpo de personas supremo e independiente, las normas jurídicas de cualquier país serán las órdenes generales respaldadas por amenazas distadas por el soberano o por los subordinados que obedecen aquél.

Además de examinar a Foucault, subsiste la impresión de que quien ostenta el poder puede ejercer cierto control sobre quienes ejercen las interpretaciones jurídicas. Actualmente, la realidad jurídica en Bolivia, irónicamente, está superando con creces los niveles de la ficción; prueba de ello es la funesta sentencia constitucional boliviana 0084/2017, donde de manera reprochable el poder constituido (por capricho del soberano) desconoció la decisión del Constituyente que se manifestó en el referéndum del 21 de febrero de 2016.

3. CONCLUSIONES

Podemos constatar que las prácticas judiciales y administrativas cotidianas se han apegado por la aplicación positivista en el ejercicio hemenéutico, sustentadas por las teorías kelsenianas para viabilizar dicha tarea, que además requiere dedicación para administrar justicia o pronunciar juicios administrativos. Al mismo tiempo, forja constatar que ello obedece a la falta de la exigencia de los sistemas para abrir la brecha interpretativa e integradora entre leyes con jerarquías diversas. En este último tiempo, las universidades

³⁸ Martínez Dalmau, Rubén, “Costituzione economia globalizzazione”, *Edizioni Scicotifibc Italiane*, 2013, p. 452.

³⁹ Hart, H., *El concepto de derecho*, Trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 32.

en sus Facultades de Derecho han integrado en su malla curricula la materia de Filosofía Jurídica; si bien antes había, hoy se le está dando mayor relevancia por su importancia epistemológica y fuente inspiradora del derecho en la formación de los nuevos criterios jurídicos.

Antiguamente se formaba a los futuros abogados en las universidades para ser simples lectores de la ley y sus empleadores, con un criterio de las leyes respaldadas en órdenes que eran concebidas y sustentadas por amenazas, formuladas por el gobernante (poderoso). Bajo esta deducción, podemos decir que leer literalmente la ley y utilizarla razonando deductivamente resultaba suficiente ejercicio para solucionar un litigio enunciando un derecho o ejerciendo la autoridad sancionatoria, sin consideraciones y razonamientos de orden axiológico o moral.

Razonando sobre las lecturas que nos condujeron por el camino de la interpretación y las diversas perspectivas que cada pensador plantea, reflexionamos que la interpretación jurídica es una solución a los conflictos que cotidianamente afligen a nuestra sociedad. En ese sentido, hay que apelar al razonamiento, sin que esto pueda catalogarse como justicia discrecional. En palabras del mismo Dworkin, interpretar significa mostrar el elemento interpretado como lo mejor que puede ser; de esta manera, interpretar una novela es mostrarla como la mejor novela que podría llegar a ser, sin dejar de ser la misma novela.

Ahora bien, considerando lo afirmado por Rubén Martínez, de que: “La interpretación de la Constitución conlleva el esfuerzo necesario para que se garantice la máxima aplicación de los derechos. Pero el significado y la garantía de los derechos no pueden consistir en una decisión unilateral del juez. La Constitución democrática es fruto de una voluntad constituyente que ha determinado cómo se configuran constitucionalmente los derechos y cuáles son sus mecanismos de aplicabilidad”, los jueces, en especial el juez constitucional, en su condición de intérprete superior y garante de la Constitución, deben tomar en cuenta esta voluntad como criterio de legitimidad de su decisión, debiendo soslayar que la interpretación que plantean se apega mejor a los casos relevantes de la práctica jurídica que, a la vez, sustente una justificación adecuada a esos casos. Para conseguir eso, se precisa de una teoría jurídica que admita juzgar cuándo una interpretación sea la mejor forma de justificación en el ejercicio jurídico.

Es oportuno dilucidar que los principios perduran en el tiempo, no son desechables, simplemente, si no se aplican, no es por su ineptitud o extinción,

sino porque no se consiguió tener los alegatos necesarios para conservarlos en ese litigio; en contraste, las leyes y reglas perduran en tiempo y espacio determinado, ya que se derogan, abrogan o emergen otras nuevas. Tal cual señalaba Agustín de Hipona:

las leyes son temporales pues son creación de las personas y por lo mismo imperfectas y esa imperfección genera errores e inseguridad, así que es más seguro pensar en un derecho interpretativo, argumentado en razones lógicas, sustentadas en conceptos de peso para proteger lo que realmente le pertenece a las personas, sus principios (derechos humanos), indiferente a su ideología política y condición económica o cultural, son inherentes, le pertenecen no tiene por qué pedir permiso, ni agradecer que se los están respetando, ni suplicar porque se los tengan en cuenta.

No obstante, para obtener ese tan anhelado empleo jurídico en pro de una justicia sensata y razonable, con influencias jusnaturalistas sobrias, es necesario potenciar la formación en derecho en nuestras universidades, sobre todo apostando por promover capacidades competitivas en interpretación y argumentación jurídica (criterios jurídicos idóneos), para que nuestros futuros abogados sepan tomar decisiones prudentes, racionales, sustentadas con argumentos (*per se*), y sea la fuerza de la razón, sana crítica, equidad y sobretodo sea la integración jurídica la que prevalezca y nos guíe por el sendero que hoy necesita nuestro actual sistema jurídico para regir en nuestra sociedad.

En definitiva, podemos decir que, si bien todos están resguardados por el manto del positivismo “dócil” como lo ha denominado Hart, es la Constitución la que tiene un tenor valorativo con jerarquía suprema en nuestro estado democrático, y que además es aquel que nos permite diferenciar entre lo que es justo e injusto, entre lo que es justicia e injusticia.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Trad. L. V. Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- Aristóteles, *La retórica de la teoría de la argumentación*.
- Berger, Peter y Luhmann, Niklas, *La construcción social de la realidad*, Trad. Silvia Zuleta, Buenos Aires, Amorrortu, 1966.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Trad. A. G. Camino, México, Siglo XXI, 2008.

- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, España, Trotta, 1998.
- Hart, Herbert L., *El concepto de derecho*, Trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 2004.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad. R. J. Vernengo, México, Porrúa, 2000.
- Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, España, Herder, 2008.
- Martínez Dalmau, Rubén, “Costituzione economia globalizzazione”, *Edizioni Scio-tifiche Italiane*, 2013.
- , “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”, *IUS*, vol. 10, núm. 37.
- , “Interpretación constitucional. Corrientes y propuestas”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*.
- Mejía, Q. Oscar, *Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo*, Bogotá, Ibáñez, 2009.
- Poulantzas, Nicos, *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*, Trad. F. M. Turner, México, Siglo XXI, 1969.
- Rawls, John, *Justicia como equidad*, Madrid, Plaza Edición, 2002.
- Ricoeur, Paul, *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*, 1995, p. 15.
- Rodríguez, Cesar, *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo de Hombre Editores, 2002.
- Teubner, Gunther y Bourdieu, Pierre, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.
- Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Trad. H. Monserrat, Madrid, Tecnos, 1996.