

INTERPRETACIÓN JUDICIAL MÓDULO DE AUTOFORMACIÓN

INTERPRETACIÓN JUDICIAL
MÓDULO DE AUTOFORMACIÓN

**PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA**

JESAI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL
“Rodrigo Lara Bonilla”



**UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA**

RODRIGO UPRIMNY YEPES
ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA

INTERPRETACIÓN JUDICIAL
MÓDULO DE AUTOFORMACIÓN

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL «RODRIGO LARA BONILLA»

ISBN 958-96969-9-6

© RODRIGO UPRIMNY YEPES

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA, 2006

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: mayo de 2006, con un tiraje de 3.000 ejemplares

Segunda edición: Noviembre de 2008, Con un tiraje de 2.500 ejemplares

Diseño de Carátula: Stephan Acuña Aguirre

Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego

Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000.

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN

Es grato poner a disposición de los Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas de la Rama Judicial y en general de la comunidad jurídica, la segunda edición del módulo sobre “Interpretación Judicial”, del que son autores Rodrigo Uprimny Yepes y Andrés Abel Rodríguez Villabona, reconocidos especialistas y profesores de la materia en la Universidad Nacional de Colombia, quienes para concretar su contenido y metodología participaron en diversos encuentros académicos con magistrados, magistradas, jueces y juezas del país, promovidos por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

El módulo “Interpretación Judicial” que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del juez y jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: (i) El ámbito de la interpretación judicial; (ii) Las grandes teorías de la interpretación judicial; (iii) La práctica de la interpretación judicial; y, (iv) Los límites de la interpretación judicial.

Lo invitamos al estudio permanente y reflexivo de cada una de las unidades del módulo y de la bibliografía seleccionada y comentada. Recuerde que éstas le proponen ampliar y profundizar los temas que desarrollan. Sin la lectura y el estudio de dicha bibliografía no le será posible obtener su cabal compresión.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que

se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelantan para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven

precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los jueces, juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

APRENDIZAJE SOCIAL

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “learning societies”, *organizaciones que*

aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de formadores y formadoras judiciales constituida por magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio

junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio.* Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías.* Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas, Jueces y Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial.* Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas.* Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación.* De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de magistrados y magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los jueces y juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial General. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan general:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.

2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada modulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Programa de Formación Judicial General, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96 piso 6 y 7 de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@.ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial General.

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	25
UNIDAD 1	
EL ÁMBITO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL	31
I. Instrucciones metodológicas	31
II. Actividades pedagógicas	32
1. ¿Hasta dónde es importante la interpretación judicial? [LB]	32
1.1. ¿Qué se entiende por interpretación jurídica e interpretación judicial?: una discusión imaginaria	33
1.2. Preguntas y ejercicios	34
1.3. A propósito del concepto de interpretación	35
2. Características peculiares de la interpretación judicial [LI]	36
2.1. Diversos campos de la interpretación	37
2.1.1. Si el lícito el suicidio	37
2.1.2. Lo absurdo y el suicidio	38
2.1.3. El derecho a la vida y la autonomía de la voluntad en la Constitución de 1991	39
2.2. Preguntas y ejercicios	42
2.3. Los puntos de partida en la interpretación judicial del derecho	42
3. La interpretación judicial frente a otras formas de interpretación [LB]	44
3.1. La interpretación literaria y la interpretación jurídica	44
3.1.1. La cadena legislativa	44
3.1.2. La interpretación jurídica y la interpretación de una novela	46
3.2. Preguntas y ejercicios	48
3.3. Incertidumbre y certeza en la interpretación judicial	48
4. Los casos difíciles en la interpretación judicial [LI]	49
4.1. Planteamiento de los casos	49
4.1.1. Primer caso	49
4.1.2. Segundo caso	54
4.2. Preguntas y ejercicios respecto a los casos	60
4.3. Los obstáculos que debe superar el juez al interpretar el derecho	60
III. Ensayo. El ámbito de la interpretación judicial	62
Esquema del ensayo	62

1.	Introducción: aproximación a la noción de interpretación jurídica ..	62
1.1.	Interpretación y concepto de derecho	63
1.2.	Diversos sentidos y clasificaciones de la interpretación jurídica	65
1.2.1.	Interpretación como actividad e interpretación como resultado	66
1.2.2.	Los sujetos de la interpretación jurídica	66
1.2.3.	El contexto de la interpretación	67
1.2.4.	El objeto de la interpretación jurídica	68
1.2.5.	Los resultados de la interpretación jurídica	69
1.2.6.	Del objeto al contexto de la interpretación jurídica	72
2.	Centralidad de la interpretación judicial	74
2.1.	Razones histórico-políticas	75
2.2.	Razones ontológico-jurídicas	78
3.	Características y especificidades de la interpretación judicial	80
3.1.	La interpretación judicial frente al concepto general de interpretación	80
3.1.1.	El carácter dogmático de la interpretación jurídica	81
3.1.2.	El resultado de la interpretación: la pretensión de corrección	82
3.2.	La interpretación judicial (operativa) frente a la interpretación jurídica no judicial (doctrinal)	84
3.2.1.	Vocación práctica de la interpretación judicial: sus efectos	84
3.2.2.	Carácter institucionalizado de la interpretación judicial	88
3.2.2.1.	La administración de justicia	89
3.2.2.2.	Pautas normativas de la interpretación judicial	90
3.2.3.	Corrección material de la interpretación judicial	90
3.2.3.1.	La corrección jurídica de la interpretación judicial	91
3.2.3.2.	La corrección supra-jurídica de la interpretación judicial	92
4.	Dificultades de la interpretación judicial.....	95
4.1.	Los obstáculos de carácter práctico de la interpretación judicial	96
4.2.	Las dificultades para alcanzar una decisión judicial «correcta»..	99
IV.	Autoevaluación	102
UNIDAD 2		
LAS GRANDESTEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA		103

I.	Instrucciones metodológicas	103
II.	Actividades pedagógicas	104
1.	Tendencias radicales y grandes tensiones de la interpretación jurídica [LB]	106
1.1.	El deductivismo frente al libre activismo judicial	106
1.1.1.	Interpretación de las leyes	106
1.1.2.	De la jurisprudencia.....	109
1.2.	Preguntas y ejercicios	113
1.3.	Las tensiones entre las escuelas radicales de la interpretación jurídica	113
2.	Respuestas moderadas a las tendencias radicales de la interpretación jurídica [LB]	115
2.1.	Las propuestas intermedias del siglo XX	115
2.1.1.	El derecho aplicable como un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación	115
2.2.2.	Acerca de la responsabilidad de justificar las decisiones	119
2.2.	Preguntas y ejercicios	121
2.3.	El abandono de los modelos radicales y la continuación del debate sobre la interpretación jurídica	121
3.	Debate contemporáneo sobre la interpretación jurídica [LI]	122
3.1.	Los retos de la interpretación jurídica	123
3.1.1.	Un ejemplo de perspectiva crítica radical: Luigi Ferrajoli y el uso alternativo del derecho	123
3.1.2.	Una visión pragmática	127
3.1.3.	Los casos difíciles	128
3.2.	Preguntas y ejercicios	130
4.	Teorías de la interpretación ante un problema práctico [LI]	131
4.1.	El caso de los exploradores de cavernas	131
4.2.	Preguntas respecto al caso	134
5.	Teorías de la interpretación jurídica y experiencia judicial [LI]	135
III.	Ensayo. Entre deductivismo y activismo: hacia un intento de recapitulación de los grandes modelos teóricos de la interpretación jurídica	136
	Esquema del ensayo	136
	Introducción	137
1.	Las respuestas extremas del siglo XIX: entre la jurisprudencia deductiva y el libre activismo judicial	140
1.1.	La jurisprudencia deductiva: el ejemplo de la exégesis	140

1.2. Las insuficiencias y la crisis de los modelos deductivos	145
1.3. El activismo judicial: la escuela del derecho libre y el realismo jurídico	152
2. Los modelos intermedios del siglo XX.....	155
2.1. El positivismo normativista: la búsqueda de una cierta seguridad jurídica a partir de la teoría del ordenamiento.....	156
2.2. Los modelos tópicos, hermenéuticos y argumentativos: la fundamentación argumentativa de las decisiones.....	160
2.2.1. La argumentación jurídica y la retórica en Perelman ...	161
2.2.2. La teoría de la argumentación jurídica de MacCormick	163
3. El debate contemporáneo: principios, consecuencias y protagonismo judicial	168
3.1. El optimismo constructivista de Dworkin, el juez filósofo y la tesis de la única respuesta correcta	171
3.1.1. Dos metáforas	171
3.1.2. Tres conceptos	172
3.1.3. Un método	173
3.2. El escepticismo crítico, el juez como actor político y el ejemplo del uso alternativo del derecho.....	174
3.3. Las visiones pragmáticas, el juez como formulador de políticas públicas y el debate sobre el consecuencialismo en las decisiones judiciales	180
IV. Autoevaluación	188
 UNIDAD 3	
LA PRÁCTICA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL	189
I. Instrucciones metodológicas	190
II. Actividades pedagógicas	190
1. En busca de un método para la interpretación del derecho [LB].....	192
1.1. Las propuestas doctrinales y las regulaciones jurídicas de la interpretación	192
1.1.1. Principios fundamentales de la interpretación.....	192
1.1.2. Código Civil, capítulo IV: interpretación de la ley	194
1.1.3. Ley 153 de 1887, parte primera: reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes	195
1.2. Preguntas y ejercicios	197
1.3. La complejidad de la interpretación judicial del derecho	198

2.	La aplicación práctica de los criterios de la interpretación judicial [L.I]	198
2.1.	Sentencia No. C-093 de 1994	199
2.2.	Preguntas y ejercicios	213
3.	El marco de la interpretación jurídica: los postulados [LI]	213
3.1.	La teoría del derecho frente a la interpretación	214
3.1.1.	La justificación interna	214
3.1.2.	Un modelo de interpretación operativa	215
3.2.	Preguntas y ejercicios	216
3.3.	Los diversos niveles de las pautas de la interpretación jurídica ..	216
4.	Los pasos a seguir durante la interpretación [LI]	217
4.1.	Etapas interpretativas	217
4.2.	Preguntas y ejercicios	218
4.3.	¿Cómo llegar a una decisión correcta?	219
5.	La idea de integridad y coherencia en la interpretación judicial [LB]	219
5.1.	Sentencia C-1260 de 2001	220
5.2.	Preguntas y ejercicios	234
	5.3. Hacia un modelo integral de la interpretación judicial	235
III.	Ensayo. La interpretación judicial y sus herramientas	235
	Esquema del ensayo	235
1.	Los criterios de la interpretación	240
1.1.	El criterio gramatical	242
1.2.	El criterio lógico.....	245
1.3.	El criterio histórico	247
1.4.	El criterio sistemático	251
1.4.1.	El problema de las antinomias	252
1.4.2.	El problema de las lagunas	255
1.5.	El criterio teleológico	258
1.6.	Criterio pragmático-consecuencialista.....	259
1.7.	El criterio valorativo y de ponderación de intereses.....	262
1.8.	El criterio del precedente	263
2.	Los postulados de la interpretación.....	267
2.1.	La limitación jurídico-normativa o postulado de la universalidad	269
2.2.	Postulado de la armonía sistemática o de la lealtad al ordenamiento	272
2.3.	Postulado de la adecuación social o de la búsqueda de la justicia material	273
2.4.	Postulado de la transparencia en el proceso interpretativo o del deber de responsabilidad judicial	274

2.5. Algunas máximas tradicionales de la interpretación	275
3. Las etapas de la interpretación.....	276
4. La teoría detrás de la metodología: el equilibrio reflexivo.....	280
IV. Autoevaluación	283
UNIDAD 4	
LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL	285
I. Instrucciones metodológicas	285
II. Actividades pedagógicas.....	286
1. Decisión y responsabilidad judicial [LI]	286
1.1. Sentencia C-383/99	287
1.2. Preguntas y ejercicios	295
2. La responsabilidad judicial en los casos difíciles [LB]	295
2.1. Planteamiento de los casos.....	295
2.1.1. Primer caso	295
2.1.2. Segundo caso	296
2.1.3. Tercer caso.....	298
2.2. Preguntas y ejercicios.....	300
2.3. El debate sobre la responsabilidad	300
3. La obligación (moral) del juez de aplicar el derecho [LB]	301
3.1. El derecho como práctica política	301
3.2. Preguntas y ejercicios	303
3.3. Los jueces entre la moral y la política	304
III. Ensayo. La responsabilidad moral y política de los jueces al interpretar el derecho	304
1. Los retos de la legalidad, la discrecionalidad y la injusticia en la interpretación judicial	305
1.1. El deber de respeto por el ordenamiento	306
1.2. El ejercicio del margen de discrecionalidad judicial	308
1.3. Interpretación y decisión injusta	309
2. Análisis valorativo en la interpretación judicial	310
2.1. Las ideologías de la interpretación.....	311
2.2. Alcances de la interpretación y enseñanza del derecho	312
IV. Autoevaluación	313
Bibliografía recomendada para profundizar	315
Visiones particulares de tendencias específicas	316
Literatura colombiana	317

INTERPRETACIÓN JUDICIAL

MÓDULO DE AUTOFORMACIÓN

CONVENCIONES

Qg

Objetivo General

Qe

Objetivos Específicos

At

Actividades de Taller

Ca

Cuestionarios de Autoevaluación

INTRODUCCIÓN

Desde hace unas dos décadas existe una proliferación tal de estudios y textos sobre interpretación jurídica y judicial, que, según algunos autores, así como en los años sesenta del siglo pasado la teoría jurídica se centró en el debate sobre la noción de norma y sistema jurídico y en los setenta mostró un interés creciente en el tema de los principios, desde los años ochenta los desarrollos en este campo han girado en torno a la interpretación¹. Es más, la interpretación es tan importante en el debate jurídico contemporáneo, que no sólo existe una multiplicación de textos, muchos de ellos de notable calidad, sino que, además, algunos autores destacados definen el derecho como una actividad esencialmente interpretativa o argumentativa².

Este interés creciente en la interpretación no es casual sino que responde a varios factores que lo explican: de un lado, desde hace mucho tiempo existe conciencia sobre la centralidad que tiene la interpretación en la actividad judicial; de otro lado, los jueces han adquirido un protagonismo creciente en la vida política contemporánea; finalmente, el tema de la interpretación jurídica no es pacífico: no existe una teoría o metodología que genere consenso ni entre los estudiosos ni entre los prácticos del derecho.

-
- 1 Marmor, Andrei (ed.), *Law and interpretation: essays in legal philosophy*, Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1995, p. V. Véase de este mismo autor: *Interpretación y teoría del derecho*, trad. de Marcelo Mendoza Hurtado, Barcelona: Gedisa, 2001, pp. 11-12.
 - 2 Así, por citar dos ejemplos conspicuos, en el ámbito anglosajón, R. Dworkin caracteriza su teoría del derecho como una teoría interpretativa (Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona: Gedisa, 1992, p. 11), mientras que en el campo hispanoamericano, M. Atienza considera que a las visiones clásicas del derecho centradas en el valor y la justicia (iusnaturalismo), o en la validez formal (positivismo) o en la eficacia social (realismo), habría que agregar hoy en día un entendimiento del derecho como argumentación (véase Atienza, Manuel, «El derecho como argumentación», en *Isegoría*, No 21, 1999).

Estos tres elementos, entre otros, explican el auge del debate actual sobre la interpretación: así, como las sentencias de los jueces empiezan a tener un impacto considerable en la vida cotidiana, entonces es natural que las sociedades democráticas se interroguen sobre cómo controlar la actividad de estos funcionarios no electos, que tienen eso que Montesquieu llamaba significativamente el «terrible poder de juzgar»³, pues con sus decisiones afectan la vida y los derechos de las personas. Si además, la interpretación es esencial en el trabajo judicial, entonces el tema de la interpretación se torna central, y ya no sólo en los debates jurídicos sino también en otras disciplinas. Y, finalmente, si no existe un paradigma dominante y aceptado en ese campo, entonces resulta razonable que se multipliquen los enfoques y las publicaciones, pues los diversos autores proponen estrategias distintas para alcanzar el mayor grado de racionalidad, justicia y legitimidad en las decisiones judiciales. Por el contrario, en el pasado, si bien el tema de la interpretación judicial era también importante, y por ello siempre se ha escrito bastante al respecto, el papel de los jueces no era tan protagónico, o por lo menos, como sucedió durante la época de la exégesis, podía creerse que había un cierto acuerdo en torno al método adecuado de interpretación, por lo cual los debates no eran tan intensos ni la bibliografía tan extensa.

La anterior situación plantea grandes dificultades para quienes elaboran un módulo sobre interpretación judicial destinado a jueces y funcionarios judiciales. Así, de un lado, resulta imposible abarcar en un solo módulo todas las teorías y debates que se han desarrollado sobre la interpretación y sus clases en las últimas décadas; sin embargo, tampoco puede eludirse la presentación de esas discusiones, puesto que, como se dijo anteriormente, este campo es polémico y debatido, y por ello no debe darse al funcionario judicial la impresión de que el problema de la interpretación es puramente técnico. De otro lado, un funcionario judicial que aborda el estudio de un módulo de interpretación busca esencialmente herramientas prácticas que sean útiles para su trabajo y angustias cotidianas. Por ello, el módulo no puede quedarse en los debates teóricos, por importantes e ineludibles que éstos sean.

Dadas estas dificultades, los autores del módulo consideramos que es necesario combinar una presentación de los debates teóricos más importantes, a fin de que

3 En el célebre Capítulo VI del Libro XI de *Del Espíritu de las Leyes*, en donde explica su visión de la Constitución de Inglaterra, Montesquieu defiende el juicio por jurado para que «el poder de juzgar, tan terrible para los hombres» se haga en cierta forma invisible y nulo, al no estar vinculado ni a una clase ni a una profesión (*Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona: Ediciones Orbis, 1984, t. I, p. 145).

el juez pueda situarse frente a las mismas, con el desarrollo de ejercicios prácticos, que permitan a los funcionarios judiciales manejar algunas nuevas herramientas hermenéuticas, que puedan ser útiles, o reexaminar el uso que han hecho de los instrumentos metodológicos clásicos. Esta decisión explica los objetivos generales de este módulo, el cual busca que el funcionario judicial: 1) conozca los debates teóricos y metodológicos contemporáneos sobre interpretación jurídica (componente informativo); 2) adquiera o mejore el manejo de ciertas herramientas interpretativas (componente metodológico), y 3) tenga una conciencia más clara, tanto a nivel teórico, como moral y político, de la centralidad de su labor interpretativa y de sus diversas dimensiones e implicaciones (componente crítico y valorativo).

Todo esto plantea cuatro niveles de análisis que conviene distinguir desde ya: en primer lugar, el que se ocupa de la naturaleza de la interpretación jurídica, deteniéndose concretamente en las distintas modalidades en que puede clasificarse; en segundo lugar, el que se detiene en las relaciones entre el objeto y el sujeto de la interpretación en el ámbito del derecho, lo cual constituye, como veremos, el criterio central para distinguir entre las diferentes teorías de la interpretación jurídica; en tercer lugar, el nivel de las consideraciones sobre la práctica de la interpretación y las herramientas que se ofrecen para realizar esta labor; en cuarto lugar, el nivel que analiza las consecuencias y los alcances de la interpretación judicial del derecho en las sociedades contemporáneas. Con base en estos cuatro niveles de análisis se estructuran las cuatro unidades del módulo, la primera de las cuales pretende delimitar el objeto mismo de trabajo y por ello es una aproximación a la especificidad de la interpretación judicial, su centralidad en la labor del juez y su dificultad y complejidad. La segunda unidad se centra en la teoría, para lo cual busca sintetizar las principales tendencias teóricas en interpretación jurídica. El tercer capítulo es metodológico y práctico, y presenta algunas de las herramientas más usuales en la interpretación judicial y en la argumentación jurídica, con el fin de indicar a qué tipo de instrumentos puede recurrir el juez para enfrentar sus labores hermenéuticas. El módulo termina con una conclusión sobre los límites de la teoría y la metodología de la interpretación, en el sentido de plantear una reflexión sobre la relación entre la decisión judicial y la responsabilidad de los jueces. La idea de esta última unidad es simple: el inevitable margen de discrecionalidad de que gozan los jueces tiene obvias implicaciones en términos de la responsabilidad moral y política de estos funcionarios.

La perspectiva pedagógica adoptada en este módulo recoge algunas enseñanzas de los llamados enfoques constructivistas en el campo educativo, y por ello pretende que sea esencialmente a través de trabajos prácticos y por medio de una reflexión

sobre su propia experiencia, que los funcionarios judiciales avancen en las teorías y las prácticas de la interpretación. Por ello, para alcanzar los objetivos mencionados anteriormente, el módulo utiliza las siguientes estrategias metodológicas: 1) propone estudios de casos; 2) desarrolla análisis de textos de autores destacados en el tema; 3) plantea discusiones, preguntas y problemas; 4) propone trabajos investigativos y formas de reflexión individual o colectiva sobre la práctica judicial, y 5) sugiere una bibliografía básica para quienes quieran profundizar en el tema. Sin embargo, no hemos querido tampoco disimular nuestras propias posiciones y preferencias teóricas e ideológicas, razón por la cual en cada unidad se inserta un ensayo que no sólo intenta suministrar la información relevante sobre el estado del arte en la interpretación judicial sino que también hace explícita nuestra propia perspectiva.

Las anteriores decisiones metodológicas explican la estructura de las distintas unidades, que comienza con una pequeña presentación de los objetivos de la respectiva unidad y continúa con varias actividades pedagógicas, cuya realización deberá permitir una lectura crítica del ensayo, que se encuentra al final de la unidad, seguido de unos ejercicios de auto-evaluación. El objetivo es que quien usa el módulo como material de autoaprendizaje realice las actividades pedagógicas antes de leer el ensayo al final de cada unidad, pues de esa manera dichas actividades rinden mejores frutos, aunque también conviene que la persona reexamine esos mismos ejercicios, luego de haber leído el ensayo, en el cual hacemos explícita nuestra visión sobre el tema, para poder también tener una distancia crítica frente a nuestros planteamientos. Igualmente, es preciso indicar aquí que este módulo está concebido, como acaba de señalarse, como material de autoaprendizaje individual, si bien sus contenidos pueden ser analizados y discutidos en mesas de estudio (preferiblemente después de haberse llevado a cabo la labor de autoaprendizaje) o incluso algunas de sus partes pueden servir de apoyo a este u otro tipo de trabajo grupal.

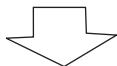
Para complementar estos puntos de partida del módulo, a continuación expondremos de manera gráfica –para facilitar su comprensión– los presupuestos metodológico-epistemológicos tanto del módulo en general como de cada unidad en particular.

Presupuesto metodológico-epistemológico central del mundo

Articulación del análisis teórico de la interpretación jurídica en una dimensión práctica de su desarrollo en la actividad judicial

Unidad 1: el ámbito de la interpretación judicial

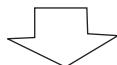
Las clasificaciones y modalidades de la interpretación jurídica



De la interpretación jurídica en general a la interpretación judicial en particular

Unidad 2: las grandes teorías de la interpretación jurídica

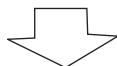
¿Qué es el derecho? (cuestión ontológico-jurídica)



¿Qué es interpretar el derecho? (cuestión entológico-hermenéutica)
→ Relaciones entre el objeto y sujeto en la interpretación

Unidad 3: la práctica de la interpretación judicial

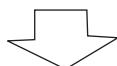
Inexistencia de una metodología que genere consenso + intimidad de herramientas utilizadas en la práctica



Reconsideración conceptual de la práctica jurídico-interpretativa + Reestructuración sistemática de las herramientas

Unidad 4: los límites de la interpretación judicial

Dificultades conceptuales y estructurales de las herramientas de la interpretación



Análisis y apropiación sobre la responsabilidad moral y política de los jueces al interpretar el derecho

Finalmente, teniendo en cuenta que este libro está dirigido a lectores que por su actividad profesional tienen enormes limitaciones de tiempo, y que al tratarse de una segunda edición ha implicado la ampliación de algunos de sus contenidos, hemos creído conveniente establecer dos niveles de lectura tanto de las actividades pedagógicas como del ensayo en cada una de las unidades. En lo que concierne a las primeras, un primer nivel de lectura (lectura básica) supone que solo se desarrollen aquellas actividades que están marcadas con «LB» (lectura básica) en su respectivo título y que, además, son indicadas en las instrucciones metodológicas al principio de cada unidad; para el segundo nivel (lectura integral) deben desarrollarse todas las actividades pedagógicas, tanto las que están marcadas con «LB» como las que están marcadas con «LI» (lectura integral). Por lo demás, es necesario señalar que como en las actividades pedagógicas son incluidos textos de autores destacados en el área de la interpretación jurídica, para distinguirlos de los aportes de los autores del módulo serán presentados en un formato especial.

Pasando al ensayo, la lectura básica, que formalmente se caracteriza por un mayor tamaño del formato del texto (sin incluir las notas de pie de página), ofrece los elementos mínimos de análisis del tema del que se ocupa la respectiva unidad; la lectura integral, que además de incluir la anterior supone también la lectura del texto de formato más pequeño y las notas de pie de página, permitirá profundizar hasta cierto punto en el conocimiento de los elementos conceptuales que se enuncian en el primer nivel, profundización ésta que alcanzará un nada despreciable valor si se complementa con la lectura de las obras referenciadas en las notas de pie de página y de las que se comentan en la bibliografía que se presenta al final del módulo. Con todo, recurriendo a la paciencia y al entusiasmo del lector, no queremos dejar de invitarlo a hacer una lectura integral de un trabajo que ha sido concebido para fortalecer sus fundamentos teórico-conceptuales y sus competencias prácticas en el ámbito de la interpretación judicial del derecho, todo esto con miras a contribuir al mejoramiento sustancial del que se está beneficiando la administración de justicia en nuestro país.

UNIDAD 1

EL ÁMBITO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Qg

Esta primera unidad tiene como propósito general delimitar el ámbito específico de la interpretación judicial frente a otras actividades interpretativas jurídicas y extra-jurídicas, para así determinar los obstáculos que ofrece y la importancia que tiene en el contexto de la racionalidad práctica.

Qe

- Presentar y estudiar las que pueden ser consideradas las especificidades de la interpretación judicial frente a la interpretación realizada por fuera del ámbito del derecho y frente a otros tipos de interpretación jurídica.
- Determinar las dificultades que implica la labor interpretativa realizada por el juez cuando está en la obligación de resolver en forma justa un caso concreto sin separarse del marco establecido por el ordenamiento jurídico.
- Reflexionar sobre la importancia de la interpretación judicial del derecho como elemento primordial de la aplicación del mismo y como mecanismo sustancial de resolución de conflictos en las sociedades actuales.

I. INSTRUCCIONES METODOLÓGICAS

Antes de dar paso a las actividades pedagógicas conviene recordar algunas pautas metodológicas que sirven para el logro de los objetivos formativos planteados para este módulo sobre interpretación judicial. Como se explicó en la introducción general, lo que se busca al utilizar el módulo como material de autoaprendizaje es que se realicen las actividades pedagógicas antes de leer el ensayo de cada unidad, pues de esta manera dichas actividades rinden mejores frutos. Asimismo, sería de gran provecho reexaminar esos mismos ejercicios luego de haber leído el ensayo, para poder también tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea.

Igualmente, es necesario recordar que este modulo puede tener una lectura básica, que ofrece los elementos mínimos de análisis del tema del que se ocupa cada unidad, y una lectura integral, que pretende una mayor profundización en el conocimiento de los elementos conceptuales que se enuncian en la lectura básica y que está destinada a aquellos funcionarios judiciales que estén más interesados en el problema de la interpretación judicial. El lector que quiera adelantar la lectura básica debe realizar únicamente las actividades pedagógicas marcadas con «LB» (lectura básica) y que son la 1 («¿Hasta dónde es importante la interpretación judicial?») y la 3 («La interpretación judicial frente a otras formas de interpretación»). Igualmente deberá leer las partes del ensayo correspondientes a la lectura básica, esto es, aquellas que están en un mayor tamaño del formato del texto (sin incluir las notas de pie de página). Por su parte, el lector que adelante la lectura integral deberá realizar todas las actividades pedagógicas, incluyendo las marcadas con «LI» (lectura integral), que en esta unidad son la 2 («Características peculiares de la interpretación judicial») y la 4 («Los casos difíciles en la interpretación judicial »), y leer totalmente el ensayo.

II. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Siguiendo los presupuestos metodológicos explicados en la introducción del módulo, a continuación se proponen cuatro actividades pedagógicas de distinto género, mediante las cuales se ofrece una aproximación a las especificidades, dificultades e importancia de la interpretación judicial.

1. ¿HASTA DÓNDE ES IMPORTANTE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL? [LB]

En los tiempos actuales parecería superfluo insistir sobre la importancia de la interpretación judicial del derecho. Sin embargo, muchos intentos, tanto en la teoría como en la práctica, se han hecho en el sentido de limitar el requerimiento, que parecería evidente, de realizar una interpretación del derecho cuando el juez debe ofrecer una solución a un caso concreto. Esto nos conduce indefectiblemente a detenernos no sólo en la centralidad de la interpretación judicial del derecho, sino en el concepto general de interpretación: ¿en el momento en que desciframos los signos lingüísticos que leemos o escuchamos nos encontramos ya realizando una interpretación?; ¿interpretar va más allá de esta simple labor de captación signos y se concreta en la compresión de la idea expresada en una proposición?; ¿la interpretación no es una actividad que supera la comprensión y llega a la reconstrucción de lo que se quiso decir?; ¿la interpretación es la actividad que realiza el intérprete o es

el resultado de la misma? Es preciso entonces tener conciencia de los problemas generales planteados en estas preguntas para poder avanzar en un análisis sobre la centralidad de la interpretación judicial en particular.

Éste es precisamente el propósito de esta primera actividad pedagógica en la cual, en primer término, se presentará una discusión imaginaria entre dos juristas que trata de abarcar los asuntos que sobre la interpretación han sido planteados para después, en un segundo tiempo, resolver algunas preguntas al respecto.

1.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR INTERPRETACIÓN JURÍDICA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL?: UNA DISCUSIÓN IMAGINARIA

En un seminario sobre el nuevo código penal, que entraría en vigor el 20 de julio del año 2057, el profesor Jaramillo resaltó que el artículo 179 del tal código adolecía de una grave falencia. Su texto establecía que «será sancionado con pena de arresto de seis meses a dos años el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles». La crítica que hacía el profesor Jaramillo consistía en que este artículo no previó explícitamente el caso de la venta de bienes, es decir, el procedimiento más frecuente con que los deudores suelen defraudar a sus acreedores.

Frente a esta observación, el profesor García propuso que la expresión «hiciere desaparecer» contenida en el artículo podía ser interpretada, en ciertos contextos, de una manera amplia para denotar también la enajenación de bienes. El profesor Jaramillo respondió, de manera irónica, que esta interpretación de la expresión es meramente figurativa, casi poética, pues por el hecho de vender un bien de su patrimonio el deudor no lo está haciendo desaparecer del mundo de las cosas. Inclusive, el patrimonio del deudor no se vería afectado en la medida en que el pago por la venta realizada substituiría el bien vendido⁴.

⁴ Esta primera parte de la discusión está inspirada en uno de los ejemplos de ambigüedad en el derecho presentados por Carlos Nino en su obra *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1995, p. 263.

Sin embargo, el argumento en el que más insistió el profesor Jaramillo fue el de que con semejante propuesta se desconocía completamente la regla general de interpretación establecida en el código civil según la cual «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»⁵. Siendo el artículo 179 del nuevo código penal una norma de contenido claro, la solución no podía ser sino la de reformar dicho artículo para incluir el caso de la venta de bienes. Bien lo dice el principio *in claris non fit interpretatio* (ante una norma clara no cabe ninguna interpretación).

El profesor García afirmó que si en todos los casos se siguiera la argumentación del profesor Jaramillo se llegaría a una situación donde el juez no sería más que un simple autómata fácilmente sustituible por los nuevos sistemas computarizados desarrollados bajo el proyecto «Tecno-juris». La esencia de la actividad judicial, según el profesor García, es la de una continua y permanente interpretación de las normas jurídicas que han de ser aplicadas al caso concreto, ya que por más que el legislador quisiera prever todos los casos posibles y todos sus elementos constitutivos, nunca podría lograr tal cometido. Es más, considerar que es claro el sentido de una norma es ya, de cualquier forma, hacer una interpretación del contenido de la misma. El juez siempre interpreta, incluso cuando afirma explícitamente que no lo hace y que simplemente ha aplicado la norma al caso de manera directa. Si el juez no interpretara, ¿podría comprender el sentido de una frase contenida en el artículo de una ley?

Finalmente, el profesor Jaramillo recordó al profesor García que semejante concepción de la interpretación judicial negaría el principio de la exclusión de la analogía en materia penal y, en general, desconocería el papel esencial de los jueces como encargados de aplicar las normas jurídicas creadas por el legislador y no su propio criterio sobre lo que éstas significan o quieran decir. De esta forma, si se pretende que el juez «siempre» interpreta –concluye el profesor Jaramillo– se abandonarían todos los fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos del Estado de Derecho.

1.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. ¿Los profesores que intervienen en la anterior discusión imaginaria tienen una misma idea sobre la interpretación jurídica o, por el contrario, defienden posiciones distintas?
2. Si usted considera que son defendidos puntos de vista distintos, establezca los elementos principales de cada uno de ellos.

⁵ Este es el texto del artículo 27 del Código Civil colombiano.

3. Frente al principio *in claris non fit interpretatio*, ¿cuál es la posición que usted como juez o funcionario judicial asume?
4. A partir de las consideraciones hechas antes del planteamiento de la discusión, de los argumentos y las posiciones enfrentadas en la misma y de su propia experiencia y conocimientos, reflexione sobre el concepto de interpretación judicial del derecho y sobre su importancia en la decisión de un caso concreto.

1.3. A PROPÓSITO DEL CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN

La discusión imaginaria —que no deja de ser perfectamente factible⁶— que acaba de ser presentada y las preguntas que al respecto se plantearon permiten apreciar, al menos de manera preliminar, cierto carácter equívoco del concepto de interpretación. Por ahora, conviene resaltar dos niveles de ambigüedad. Si dejamos de lado la noción de interpretación que la entiende como la operación de captar el sentido lingüístico de un enunciado («comprender» sería el término adecuado en este caso), se tiene, en primer lugar, la noción de interpretación en sentido amplio, que consiste en atribuir un significado a lo que alguien ha dicho o escrito, lo cual se manifestaría en otro enunciado que es de esta forma la expresión de la significación del enunciado interpretado. Respecto a esta noción de interpretación, la relación entre un enunciado y su interpretación (que también es un enunciado) puede tener diversos grados: puede tratarse de una relación muy profunda en la que ambos textos tendrían el mismo

⁶ Su carácter imaginario se debe esencialmente a los protagonistas y al contexto en el que se realiza, pues es totalmente posible que una discusión similar en efecto se produzca entre dos juristas. Al respecto bien vale la pena hacer referencia al debate que se desarrolló entre Javier Tamayo Jaramillo y Diego López Medina (véase *Ámbito Jurídico* (Bogotá), año VIII, No. 177 (mayo/junio 2005), p. 14A). Así, mientras que el primer autor, en el artículo titulado *Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el nuevo Derecho*, afirma del segundo que «abomina del formalismo jurídico y defiende la libertad total del juez constitucional», lo cual supone «un método perverso para legitimar tanto al juez justo, como al juez déspota», el segundo autor, en su artículo «*Nuevas reflexiones sobre la interpretación constitucional y el nuevo Derecho*», responde diciendo que «no conozco a ningún autor en teoría del Derecho que afirme la total discrecionalidad de la función judicial. Y yo, apreciado doctor Tamayo, no soy ese autor que usted dice encontrar en mis obras», dado que se inscribe más bien en una corriente teórico-jurídica que «acepta que el modelo de la “jurisprudencia mecánica” no explica adecuadamente las realidades de la función judicial [...]”; pero, al tiempo que ello se acepta, se busca “reconstruir” la razonabilidad de decisiones judiciales que se toman sin estar rígidamente guiadas por reglas preexistentes, pero que en todo caso tienen que ser justificables como decisiones jurídicas “correctas” ante la comunidad política».

sentido —a lo que ha sido común denominar «interpretación literal»—, hasta una relación menos rígida en la cual a la interpretación le son introducidos elementos extraños al enunciado interpretado, ya sea por razones de comprensión o de eficacia retórica. En segundo lugar, la actividad interpretativa puede ser concebida de manera más restringida y, de esta forma, hablar de interpretación en sentido estricto. En este caso la interpretación se realiza solamente cuando existen dudas respecto al significado de una expresión lingüística concreta, esto es, la interpretación no es pertinente más que cuando una expresión da lugar a discusiones sobre su sentido en un caso particular de comunicación intersubjetiva.

La primera noción de interpretación que acaba de presentarse abre la puerta del segundo nivel de ambigüedad: por un lado, por interpretación podemos entender el resultado de una cierta actividad, tal y como acaba de ser indicado cuando afirmábamos que la comprensión del sentido de un enunciado se manifestaba en otro enunciado, que sería la interpretación del primero; por otro lado, con el término interpretación puede aludirse a una actividad humana realizada sobre un enunciado en un contexto determinado, es decir, a la operación mediante la cual se pretende, ya sea captar su sentido, ya sea despejar las dudas respecto a sus diversos sentidos posibles, lo cual depende de lo que por interpretación entendamos en el primer nivel de ambigüedad.

2. CARACTERÍSTICAS PECULIARES DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL [LI]

El anterior ejercicio permite ir estableciendo los diversos sentidos del concepto de interpretación y, por esta vía, determinar la centralidad dentro del ámbito de lo jurídico de la interpretación judicial. A continuación se presentan tres textos que interpretan el principio del derecho a la vida (que hace parte de la inmensa mayoría de sistemas jurídicos contemporáneos) y establecen su alcance en tres contextos bastante diversos: el primero desde una perspectiva filosófico-teológica, el segundo desde una perspectiva ético-filosófica y el tercero desde la del juez aplicando ciertas normas constitucionales. Una vez realizada la lectura el propósito es establecer las diferencias más importantes en cuanto a la interpretación en los tres textos. Es preciso subrayar que no se trata aquí de debatir sobre las distintas posiciones de los autores en cuanto el tema de fondo, sino de definir los elementos que distinguen la interpretación —presupuestos de hecho, contexto, aspectos normativos y valorativos, argumentos, consecuencias— en uno y otro caso.

2.1. DIVERSOS CAMPOS DE LA INTERPRETACIÓN

2.1.1. Si el lícito el suicidio⁷

Parece que el suicidio es lícito, porque: 1. El homicidio es pecado por contrariar la justicia. Pero nadie puede faltar a la justicia consigo mismo, como lo prueba la Ética, libro 5 cap. 6. Luego nadie peca suicidándose.

2. Además, el quitar la vida a un malhechor corresponde a la autoridad pública. Pero algunas veces el mismo que ostenta el gobierno es un malhechor. Luego puede suicidarse.
3. En tercer lugar, es lícito que una persona trate espontáneamente de sufrir un daño menor para evitar uno mayor; por ejemplo, le es lícito a un hombre amputarse un miembro canceroso para salvar su cuerpo. Pero algunas veces mediante el suicidio puede evitarse un mal mayor, como la miseria o el pecado. Luego en tal caso es lícito suicidarse.
4. En cuarto lugar Sansón se suicidó, como cuenta el libro de los Jueces, cap. 16, y sin embargo se le tiene por santo, como dice la carta a los Hebreos, cap. 11. Luego es lícito en algunos casos suicidarse.
5. Finalmente, el segundo libro de los Macabeos nos cuenta cómo un tal Razia se suicidó: «Prefirió quitarse la vida antes que someterse a los pecadores y cometer injusticia contra sus coterráneos» (14, 42). Pero ninguna cosa noble y valerosa es ilícita. Luego no es ilícito el suicidarse.

Sin embargo, dice agustín en La Ciudad de Dios, libro 1, cap. 20: «Hemos de entender bien el mandamiento: “No matarás”, ni al otro ni a ti mismo. Pues quien se suicida asesina a un hombre».

Respondo: El suicidio es totalmente ilícito, por una triple razón: primera, porque por naturaleza todos hemos de amarnos a nosotros mismos; y un aspecto de tal amor natural es que todo ser deba procurar conservarse en su existencia, y que ponga los medios para impedir cuento pueda destruirla. Por tanto el suicidio es contra la naturaleza y contra la caridad con la que cada uno debe amarse a sí mismo. Por ello el suicidio es siempre pecado mortal contra la ley natural y contra la caridad. Segunda, porque toda parte, en cuanto es parte, lo es del todo. Y cada hombre es parte de la comunidad, y por tanto en cuanto es, pertenece a una comunidad.

⁷ Aquino, Santo Tomás de, *Suma Teológica*, II, II, cuestión 64 (aquí se reproduce la versión incluida en *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los principes*, trad. de Carlos I. González, México: Porrúa, 2000, capítulo VIII, artículo 5, pp. 171-173).

Portanto, al matarse comete una injusticia contra la comunidad, como dice el filósofo de la Ética, libro 5, capítulo último. Tercera, porque la vida es un don de Dios otorgado al hombre, y está sujeto al poder divino, quien es el único que puede decidir de la vida y de la muerte del hombre. Por tanto, quien se priva de la vida, peca contra el Señor, cuyo siervo es, como quien usurpa el juicio de algo que le ha sido encomendado. Por tanto sólo a Dios toca el juicio sobre la vida y sobre la muerte, como dice el Deuteronomio: «Yo mataré o haré vivir» (32. 39).

2.1.2. Lo absurdo y el suicidio⁸

No hay más que un problema filosófico verdaderamente serio: el suicidio. Juzgar que la vida vale o no vale la pena de que se la viva es responder a la pregunta fundamental de la filosofía. Las demás, si el mundo tiene tres dimensiones, si el espíritu tiene nueve o doce categorías, vienen a continuación. Se trata de juegos; primeramente hay que responder. Y si es cierto, como quiere Nietzsche, que un filósofo, para ser estimable, debe predicar con el ejemplo, se advierte la importancia de esta repuesta, puesto que va a preceder el gesto definitivo. Se trata de evidencias perceptibles para el corazón, pero que deben profundizarse a fin de hacerlas claras para el espíritu. [...]

Con respecto a todos los problemas esenciales, y considero como tales a los que ponen en peligro la vida o a los que deduplican el ansia de vivir, no hay probablemente sino dos métodos de pensamiento: el de Pedro Grullo y el de Don Quijote. El equilibrio de evidencia y lirismo es lo único que puede permitirnos asentir al mismo tiempo a la emoción y a la claridad. Se concibe que en un tema a la vez tan humilde y tan cargado de patetismo, la dialéctica sabia y clásica deba ceder el lugar, por lo tanto, a una actitud espiritual más modesta que procede a la vez del buen sentido y de la simpatía.

Nunca se ha tratado del suicidio sino como de un fenómeno social. Por lo contrario, aquí se trata, para comenzar, de la relación entre el pensamiento

⁸ Los siguientes son algunos extractos de la primera parte, que lleva este título, de la obra de Camus, Albert, *El mito de Sísifo*, trad. de Luis Echávarri, Buenos Aires: Editorial Losada, 1953, pp. 13-18.

individual y el suicidio. Un acto como éste se prepara en el silencio del corazón, lo mismo que una gran obra. El hombre mismo lo ignora. Una noche dispara o se sumerge. De un gerente de inmuebles que se había matado me dijeron un día que había perdido a su hija hacia cinco años y que esa desgracia le había cambiado mucho, le había «minado». No se puede desechar una palabra más exacta. Comenzar a pensar es comenzar a ser minado. La sociedad no tiene mucho que ver con estos comienzos. El gusano se halla en el corazón del hombre y hay que buscarlo en él. Este juego mortal, que lleva de la lucidez frente a la existencia a la evasión fuera de la luz, es algo que debe investigarse y comprenderse.

Son muchas las causas de un suicidio, y, de una manera general, las más aparentes no han sido las más eficaces. La gente se suicida rara vez (sin embargo no se excluye la hipótesis) por reflexión. Lo que desencadena la crisis es casi siempre algo incontrolable. Los diarios hablan con frecuencia de «penas íntimas» o de «enfermedad incurable». Son explicaciones valederas. Pero habría que saber si ese mismo día un amigo del desesperado no lo habló con un tono diferente. Ese sería el culpable, pues tal cosa puede bastar para precipitar todos los rencores y todos los cansancios todavía en suspenso. [...]

Del absurdo deduzco tres consecuencias que son mi inquietud, mi libertad, mi pasión. Solamente a través del juego de mi conciencia transformo en regla de vida lo que era una invitación a la muerte, y rechazo el suicidio.

2.1.3. El derecho a la vida y la autonomía de la voluntad en la Constitución de 1991⁹

Si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los demás derechos, un bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería impensable, su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: 1) La que asume la vida como algo sagrado y 2) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones. En

⁹ Corte Constitucional, sentencia número C-239 de 1997, expediente D-149 de mayo 20 de 1997. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

la primera, independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales. En la segunda, por el contrario, se admite que, en circunstancias extremas, el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo, cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida, v. gr., cuando los intensos sufrimientos físicos que la persona padece no tienen posibilidades reales de alivio, y sus condiciones de existencia son tan precarias, que lo pueden llevar a ver en la muerte una opción preferible a la sobrevivencia.

En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior.

La decisión, entonces, no puede darse al margen de los postulados superiores. El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión.

Como bien lo ha expresado esta Corporación, «la dignidad humana... es en verdad principio fundante del Estado,... que más que derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la constitución.» (Corte Constitucional. T-401 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz). Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad. En este sentido la Corte señaló:

«El principio de dignidad no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incesantes de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radicales del sujeto que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa» (Corte

Constitucional. Sentencia T-090 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz). [...]

En estos términos, la Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisible de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral.

Job es un patético ejemplo de valor para sobrellevar la existencia en medio de circunstancias dolorosas y degradantes; pero la resignación del santo, justificable y significante sólo por su incommovible fe en Dios, no puede ser el contenido de un deber jurídico, pues de nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción. Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajena, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad. Rorty lo ha expresado en palabras exactas: quien adhiere a esa cosmovisión humanística, es una persona que piensa «que la crueldad es la peor cosa que puede hacer» (Rorty, Richard, *Contingencia Ironía y Solidaridad*, Barcelona: Ediciones Paidos, 1991, p.154).

En síntesis, desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir, pues, como lo ha dicho Radbruch, bajo una Constitución que opta por ese tipo de filosofía, las relaciones entre derecho y moral no se plantean a la altura de los deberes sino de los derechos. En otras palabras: quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a todos; sólo que a él se le permita vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias.

Además, si el respeto a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente el valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad (Así lo ha expresado en varias oportunidades esta Corporación. Ver, entre otras, sentencias T366de1993 y T-123 de 1994).

2.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. ¿Cuáles diferencias resaltaría usted en lo que concierne a la forma como en cada texto se interpreta el postulado de respeto o consideración de la vida humana? Recuerde que no se trata aquí de comparar las posiciones de los autores sobre el tema del suicidio, el derecho a la vida, los fines de la existencia humana, etc., sino de hacer un paralelo respecto a los procesos interpretativos realizados en los tres textos.
2. ¿A qué tipo de argumentos y de textos recurren estas tres interpretaciones?
3. A partir de las respuestas a las anteriores preguntas, redacte un párrafo en donde sintetice lo que distingue la interpretación judicial frente a los otros tipos de interpretación planteados en los dos primeros textos.
4. Las anteriores lecturas permitirían captar las diferencias que existen entre la interpretación que realiza un juez y la que se realiza en otros contextos argumentativos (el teológico, el literario, el moral, etc.) respecto a un mismo principio con vocación normativa, es decir, que pretende influir en el comportamiento ajeno. Muy seguramente en su experiencia como juez o como funcionario judicial usted ha tenido que enfrentarse a casos en donde encontrar una solución no ha sido nada fácil. El propósito ahora es que usted escoja uno de esos casos y determine si lo hubiera resuelto de la misma forma estando en un contexto completamente diferente al de una decisión judicial, por ejemplo, siendo usted escritor de una columna de opinión en un periódico de alta circulación.

2.3. LOS PUNTOS DE PARTIDA EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Con el ejercicio que acaba de plantearse se pretende destacar las diferencias entre la interpretación judicial y otros tipos de interpretación desarrollados por fuera del ámbito del derecho. Sin embargo, es preciso destacar también un elemento común

a las actividades interpretativas que se configuran en los tres textos: no se trata aquí de interpretar ciertas realidades para probar una relación causa-efecto en el contexto de una ciencia natural o exacta, sino de interpretar un precepto –el derecho a la vida y sus vínculos con el suicidio– con el ánimo de justificar ciertas consecuencias que se derivarían de aquel. Nos encontramos pues en un terreno intelectual en donde la interpretación, y la argumentación que la respalda, se dirigen, entre otras cosas, a persuadir a su destinatario, todo lo cual constituye en buena parte el ámbito de lo que puede llamarse la *racionalidad práctica*, terreno en el que por excelencia se mueven las cuestiones morales, de justicia, culturales, jurídicas, etc.

Habiendo resaltado rápidamente esta característica compartida por las actividades interpretativas desarrolladas en los tres textos, debemos continuar la tarea de establecer las especificidades de la interpretación judicial frente a otras formas de interpretación jurídica y frente a la interpretación realizada por fuera de la esfera del derecho. Los textos que acaban de presentarse permiten establecer preliminarmente algunas diferencias entre la interpretación jurídica (dentro de la cual se encuentra la interpretación judicial) y lo que podemos llamar, de manera general, interpretación «ideológica» (que comprendería la interpretación filosófica, la teológica, la moral, la política, la sociológica, etc.). Entre tales diferencias puede destacarse que la interpretación jurídica no cuestiona sus puntos de partida, es decir, el derecho que debe ser interpretado. El intérprete jurídico –y en este caso el juez es el modelo por excelencia– tiene generalmente una visión bastante estricta del respeto por la coherencia y la integridad del derecho, lo cual guía profundamente su actividad interpretativa. El propósito es siempre, en mayor o menor medida, ceñirse a las normas jurídicas, aunque el hecho de que esto se logre puede ser objeto de discusión. De todas formas, es muy difícil concebir un juez, o cualquier intérprete jurídico, que reconozca –al menos explícitamente– que tomó una decisión al margen o en contra del derecho. Incluso, cabría preguntarse si en este caso nos encontramos todavía ante una interpretación jurídica. Por el contrario, la interpretación por fuera del ámbito jurídico, y que hemos caracterizado aquí como «ideológica» (sin ningún ánimo peyorativo), se caracteriza por una puesta en duda constante de sus puntos de partida. Al respecto, la reflexión filosófica es paradigmática: el filósofo, sobretodo desde la tradición cartesiana, tiene como opción metodológica fundamental cuestionar las realidades, tanto empíricas como espirituales o mentales, que interpreta y lo que los demás han dicho sobre estas realidades. La filosofía disfruta de esta libertad de la que no podría disfrutar, desde esta perspectiva, el jurista, en tanto que este último se propone siempre interpretar el derecho, no controvertir su propia aplicabilidad.

Esta es una diferencia esencial, pero no es la única. Para continuar la tarea de hallar las especificidades de la interpretación judicial del derecho conviene compararla ahora con una actividad interpretativa que muestra bastantes similitudes con aquella. Nos referimos a la interpretación literaria, que precisamente por sus afinidades con la interpretación jurídica, en general, y judicial, en particular, ofrece expedientes interesantes de análisis.

3. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL FRENTE A OTRAS FORMAS DE INTERPRETACIÓN [LB]

Para continuar con la comparación de la interpretación en el ámbito jurídico –en especial la interpretación judicial– con la interpretación realizada en otros contextos, conviene indicar que ella ha sido objeto de reflexión de varios autores. Enseguida se presentan dos textos que se ocupan de esta cuestión, más específicamente de las similitudes y diferencias entre la interpretación judicial y la interpretación literaria, el primero de R. Dworkin y el segundo de A. Aarnio, ambos con posiciones encontradas al respecto. Después de los textos se propone una serie de preguntas con el propósito de establecer los aspectos más importantes de cada uno y comparar las posiciones de uno y otro autor en cuanto a la interpretación en general y a la interpretación jurídica en particular.

3.1. LA INTERPRETACIÓN LITERARIA Y LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

3.1.1. La cadena legislativa¹¹

Quiero utilizar la interpretación literaria como modelo para el método fundamental de hacer análisis jurídico [...]. Imaginemos un grupo de novelistas que ha sido llamado a realizar un proyecto y que éstos se sortean el orden en el que van a intervenir. Quien saque el número menor escribe el primer capítulo de una novela, cuyo autor en seguida enviará al siguiente para que éste escriba un segundo capítulo en el entendimiento de que estará agregando un capítulo

¹¹ El siguiente es un extracto del texto de Ronald Dworkin titulado «Cómo el Derecho se parece a la literatura» (trad. de Juan Manuel Pombo) que aparece en el libro de Rodríguez, Cesar (ed.), *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 164-172.

a esa novela y no empezando una nueva y así sucesivamente. Así las cosas, todos los novelistas excepto el primero tienen la doble responsabilidad de interpretar y crear porque cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha elaborado con anterioridad para así establecer, en el sentido interpretativo, en qué consiste la novela hasta ese momento creada. Cada uno de ellos o ellas tendrá que decidir cómo son los personajes «realmente»; qué motivaciones los guían; qué asunto o tema trata la novela en marcha; qué tanto contribuye tal o cual recurso o figura para lograr dicho propósito y si tal elemento debe prolongarse o pulirse o podarse o incluso ser abandonado para así poder adelantar la novela en esta dirección antes que en esta otra. Debe tratarse de una interpretación de un tipo que no esté atada a la intencionalidad porque, por lo menos para todos los novelistas después del segundo, ya no existe un único autor cuyas intenciones pueda intérprete alguno considerar decisivas porque así lo establecen las reglas del juego. [...]

Sabemos del razonamiento paralelo hecho sobre la literatura, que esta descripción de la interpretación en derecho no le da licencia a cada juez para encontrar en la historia de la doctrina jurídica lo que quiera que él o ella cree que debe encontrar. Lo mismo debe decirse respecto a la diferencia entre interpretación e ideal. El deber de un juez es interpretar la historia que encuentra, no inventarse una historia mejor. Ciertas dimensiones de ajuste marcarán algunas restricciones. No existe, por supuesto, ningún algoritmo que pueda resolver cuándo tal interpretación se ajusta o no lo suficientemente bien a la historia en consideración. Siempre que un estatuto o una constitución o cualquier otro documento jurídico hagan parte de la doctrina del derecho, el significado que el vocero le dé a un asunto jugara un papel. Pero la opción respecto a cuál de los varios y distintos sentidos posibles que pueden estar detrás de la intención del vocero o de la legislación es el correcto, no puede remitirse a la intención particular de nadie y debe ser decidida, por quienquiera que esté encargado, como un asunto de teoría política. [...]

Esta flexibilidad puede dar la impresión de menoscabar la diferencia sobre la que quiero insistir, a saber, la que existe entre la interpretación en estricto sentido y una decisión nueva, limpia, que hace tabula rasa sobre lo que la ley debería ser. Con todo, no se puede negar la existencia de esta limitante primordial. Lo que cualquier juez considere que es el meollo o la función esencial de la ley, elemento sobre el que dependerán todos y cada uno de los aspectos de

su peculiar manera de acercarse a una interpretación, incluirá o implicará, de alguna manera, una concepción sobre la integridad y coherencia de la ley como institución y esta concepción a su vez guiará, dentro de ciertos límites, su manera de entender el ajuste a la ley. En otras palabras, sus convicciones respecto a cuánto, cómo y qué partes de la ley anterior deben ser relevantes al elaborar su interpretación. El paralelo con la interpretación literaria sigue siendo válido en este caso.

3.1.2. La interpretación jurídica y la interpretación de una novela¹²

[...] Cuando se analiza un texto jurídico poblado de ambigüedades semánticas, el lector busca por fuera del texto la información que necesita. Las piezas de información que necesita son como las piezas de un rompecabezas. La diferencia más significativa reside en que no se conoce la fórmula del «rompecabezas jurídico» hasta que se completa. Las similitudes con la interpretación de una novela son aparentes. Mientras que la diferencia entre ellas ha de ser señalada.

Una obra de arte literaria puede ser reconstruida en distintas formas, dependiendo de cómo es dirigido el lector en correspondencia con los factores de orientación dados por el autor. En principio, no hay fundamentos con autoridad o normas que exijan una línea de demarcación entre las concretizaciones «prohibidas» y las «permitidas». [...] La interpretación jurídica, por otra parte, se caracteriza por la existencia de fundamentos con autoridad para la interpretación (fuentes del Derecho) así como de principios que guían su uso, los cuales han sido internalizados por la comunidad jurídica. Los principios que guían el proceso de interpretación tienen su origen tanto en los textos jurídicos como en la praxis judicial. De hecho, se puede justificar una afirmación más fuerte: el resultado de una interpretación sólo se puede llamar propiamente jurídico, si y sólo si, se fundamenta en una fuente de material jurídico con autoridad y los principios de interpretación reconocidos han sido respetados. Es por medio de estos dos

¹² El siguiente es un extracto del texto de Aulis Aarnio titulado «Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica» publicado en *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social: ensayos sobre Filosofía del Derecho*, trad. de Pablo Larrañaga, México: Fontamara, 1995, pp. 25-31.

factores —la fuente jurídica material y los principios que guían su uso— que la ciencia jurídica y la interpretación en general se distinguen de otras ramas del conocimiento y de la investigación científica. Y estos mismos principios distinguen a la interpretación jurídica de, por ejemplo, la interpretación de principios morales.

La interpretación de una novela y la interpretación jurídica se aproximan por el hecho de que ambas incluyen la reacción del lector ante un mensaje escrito. Desde este punto de vista, la interpretación está, en ambos casos, «esencialmente centrada en el lector». [...]

En la interpretación jurídica no sólo es significativa la relación entre quien dicta el texto (el legislador) y quien lo interpreta (el juez o el funcionario de la administración). También se tiene que tomar en cuenta la relación del intérprete con otros miembros de la audiencia interpretativa o de la comunidad jurídica. El intérprete no puede pretender un resultado que sólo le satisfaga a él. Por el contrario, tiene que pretender un nivel de aceptabilidad general al signar un sentido determinado a cualquier elemento de un texto jurídico. Un proceso de comunicación siempre conlleva una interacción social: del legislador al intérprete, después a la audiencia de interpretación, y viceversa. El flujo del proceso de comunicación en dos sentidos se basa en el hecho de que el Derecho es un medio con autoridad del poder social por lo que el resultado de la interpretación determina el ejercicio del poder social en una sociedad concreta. Por lo tanto, el control de los resultados de la interpretación es muy importante en el campo del Derecho —y no en el área de estudio de la literatura. El Derecho, el poder y la interpretación constituyen una unión que no tiene contrapartida en la interpretación de una novela. [...]

Habiendo resumido todas las similitudes y todos los factores diferenciadores, lo que nos queda es la semejanza estructural entre la interpretación de una novela y la interpretación del Derecho. La presencia de ambigüedades semánticas [...] es propia de ambos materiales, y para ambos deben tolerarse varias alternativas de reconstrucción. Generalmente, el proceso de interpretación es dirigido por factores de tipo similar. Y creo que las ontologías de la interpretación jurídica y de la interpretación literaria también tienen algo en común.

El elemento de autoridad de la interpretación jurídica queda como el factor más significativo para hacer una distinción entre ambas. Los objetos de la

interpretación jurídica son textos promulgados oficialmente, cuya función es servir de instrumentos en el ejercicio del poder. Por ello, la interpretación jurídica es más vinculante que la interpretación de una novela en lo que se refiere a los materiales que la sustenta y a los principios que la dirigen. A pesar de ello, la teoría de la interpretación de una novela puede ofrecer varias ideas frescas para la teoría del Derecho. Lo que tengo en mente es, en particular, el análisis del proceso de interacción sobre el que han trabajado últimamente los estudiosos de literatura. Por otro lado, el intercambio de ideas no transcurrirá en un solo sentido. Por ejemplo, en la teoría de la novela el concepto y el estatus de la audiencia de interpretación siempre ha parecido muy problemático. En este campo la teoría del Derecho podría dar algo a cambio a la teoría de la literatura. Vemos que al final la apertura semántica intencional usada como recurso estilístico en la literatura tiene mucho que ver con su contraparte jurídica, la involuntaria ambigüedad semántica de los textos jurídicos.

3.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. ¿Constituyen las tesis de Dworkin y las de Aarnio propuestas diferentes sobre las similitudes y divergencias entre la interpretación jurídica y la interpretación literaria?
2. Señale y explique cuál de las dos tesis considera usted la más adecuada respecto a la comparación entre la interpretación jurídica y la literaria y cuál está fundamentada en los mejores argumentos.
3. Dworkin considera que el modelo de la cadena sirve para entender la decisión de casos difíciles en derecho, sobre todo si se pronuncia en casos relativos al derecho consuetudinario. ¿Cree usted que este modelo sirve para comprender la manera como los jueces en Colombia deciden casos difíciles, teniendo en cuenta que trabajan bajo un modelo no de derecho consuetudinario, sino de derecho legislado?
4. ¿Cuál es para Aarnio la diferencia fundamental entre la interrelación de un texto jurídico y la interpretación de una novela, o cualquier otro texto literario?

3.3. INCERTIDUMBRE Y CERTEZA EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Con los textos de Dworkin y Aarnio es posible constatar que la interpretación jurídica y la literaria tienen una semejanza importante: ambas, en un mayor o menor

grado, dependiendo del caso, se proponen interpretar el texto jurídico o literario tratando de mantener en la mayor medida posible su identidad y su plenitud o, como afirma Dworkin, tratando de determinar «como puede verse en su mejor luz» en tanto obra de arte o como norma jurídica. Ahora bien, ¿en qué radicarían las diferencias entre uno y otro tipo de interpretación? Podemos ir esclareciendo una de ellas, que complementaría la que ya hemos trabajado en el ejercicio anterior: la interpretación literaria, y en esto sus similitudes con la «ideológica» son notorias, ofrece cierta posibilidad de incertidumbre, es decir, en ella es posible pensar de manera más amplia en la posibilidad de «diversas» interpretaciones y en que no existe una interpretación única y exclusivamente verdadera. Esta flexibilidad no la encontramos en la interpretación judicial que se halla siempre sometida a la obligación de resolver los casos mediante una decisión. La interpretación literaria puede resaltar el hecho de que existen diversas opciones y dejar abierta la cuestión de cual de ellas hay que elegir o puede ser elegida. Incluso en la interpretación jurídica no judicial podríamos plantear una situación semejante (alguien que comente el código civil, por ejemplo, puede constatar la variedad de interpretaciones que produce una de sus normas sin que tenga que defender una en particular). Por el contrario, el juez, al resolver el caso, aunque puede informar sobre la diversidad de sentidos que genera el derecho objeto de interpretación, debe optar por uno, que será el fundamento central de su decisión. Así, si bien puede parecer un ejemplo algo dramático, un juez no puede decir, como si loaría hacer un crítico literario o un filósofo, que existen diversas interpretaciones para decidir el caso, pero que ello lo resolverá en otra oportunidad, como podría ser en el siguiente tomo o en la siguiente edición de su obra.

4. LOS CASOS DIFÍCILES EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL [LI]

A continuación son planteados dos casos. En cada uno de ellos se ha tratado de presentar los elementos esenciales requeridos para desarrollar una decisión en el contexto de la actividad judicial. Enseguida son planteadas varias preguntas que tendrán que ser resueltas principalmente a partir de la experiencia en la resolución de casos difíciles.

4.1. PLANTEAMIENTO DE LOS CASOS

4.1.1. Primer caso

El 7 de julio de 1986 en la Parroquia de Nuestra Señora del Carmen de la ciudad de Medellín la señora Marta Gómez, contrajo matrimonio por los ritos de

la religión católica con el señor Héctor Henao. De este matrimonio se procrearon dos hijos. Los esposos Henao Gómez hicieron vida de hogar por cuatro años para finalmente separarse de hecho. Posteriormente y mediante sentencia del Juzgado Primero de Familia de Medellín, fechada el 11 de diciembre de 1992, se declaró la separación de cuerpos, decisión que implicó la disolución de la sociedad conyugal que se había formado. El mismo Juzgado Primero de Familia mediante sentencia de 22 de octubre de 1994 decretó la cesación de efectos civiles del matrimonio católico. En la decisión el Juzgado precisó que no decretaba la disolución de la sociedad conyugal formada por los esposos Henao Gómez, por cuanto ya se había producido cuando se decretó entre tales esposos el estado de separación de cuerpos a que se hizo referencia¹³.

El señor Héctor Henao se hizo propietario de algunos bienes durante la existencia de la sociedad conyugal que formara con la señora Marta Gómez, uno de los cuales lo adquirió por compra que hizo a las Empresas Públicas de Medellín, mediante la escritura No. 129 del 8 de abril de 1988, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín. Igualmente, durante la existencia de la sociedad conyugal, Héctor Henao hizo construir en dicho inmueble una edificación de dos plantas con tres apartamentos, ubicados en la calle 32 No. 27-17 de la ciudad de Medellín, inmuebles distinguidos con los números uno, dos y tres e identificados con los folios de matrícula inmobiliaria números 018-0049748, 018-0049749 y 018-0049750 respectivamente. Durante el período de separación de hecho de los esposos Héctor Henao y Marta Gómez, que comenzó el 29 de julio de 1990, pero antes de ser decretado entre ellos el estado de separación de cuerpos, aquel dio en venta los apartamentos uno y tres a la señora María Henao, hermana del vendedor. Dicha venta se llevó a efecto, supuestamente mediante la escritura pública No. 2203 del 11 de agosto de 1991, otorgada en la Notaría Diecisésis de Medellín. Sin embargo, la venta efectuada por Héctor Henao a su hermana María fue absolutamente simulada, puesto que no hubo intención de una parte de vender ni de la otra de comprar, además de no haberse pagado precio alguno por dicha compraventa.

Se fingió el contrato para sustraer, fraudulentamente por supuesto, de la masa de la sociedad conyugal, los bienes a que se refiere la escritura pública N. 2203 del 11 de agosto de 1991 de la Notaría Diecisésis de Medellín. Una vez transferidos los bienes objeto de este contrato, Héctor Henao instauró demanda judicial de separación de cuerpos. Por lo demás, como el apartamento número tres, construido

¹³ Estos hechos y los que son descritos a continuación son ficticios.

en el inmueble, lo detenta materialmente Marta Gómez desde que estuvo vigente la sociedad conyugal, Héctor Henao se confabuló con su hermana María Henao, quien inició un proceso de restitución de tenencia, ante lo cual, el Juez Tercero Civil Municipal de Medellín ordenó abrir investigación por el delito de fraude procesal.

Después de consultar a su abogado, Marta Gómez inició proceso ordinario contra Héctor Henao y María Henao. Además de señalar los hechos que la sustentan, la demanda plantea las siguientes pretensiones:

«PRIMERA PRINCIPAL. Se declare que el contrato de compraventa que aparece en la escritura pública No. 2203 del 11 de agosto de 1991 de la Notaría 16 de Medellín en el cual comparecen como contratantes Héctor Henao y María Henao, es absolutamente simulado.

Primera subsidiaria: Que se declare la simulación relativa del contrato a que se refiere el mismo título escriturario.

Segunda subsidiaria: Que se declare que en la celebración del contrato de compraventa existió lesión enorme.

Primera consecuencial: Que se declare que como consecuencia del acogimiento de la primera petición principal, el inmueble objeto del contrato simulado hace parte de la sociedad conyugal formada por los esposos Henao Gómez para efectos de la liquidación correspondiente.

Segunda consecuencial: Que se declare como consecuencia de la primera pretensión subsidiaria, que el inmueble objeto del contrato simulado formará parte del haber de la sociedad conyugal en cita, para efectos de la correspondiente liquidación.

Tercera consecuencial: Que como consecuencia de cualquiera de las pretensiones primera principal, y primera y segunda subsidiarias, los demandados deberán restituir el bien inmueble a la sociedad conyugal.

SEGUNDA PRINCIPAL: Que se condene al demandado Héctor Henao a perder la porción que le pudiera corresponder en los bienes a los cuales se refiere la demanda. Igualmente se le condene a restituir su valor doblado, según el avalúo que se practicará en el proceso».

Admitida la demanda y notificada a los demandados, sólo la señora María Henao formuló oposición a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el contrato celebrado es real y válido y que no es verdad la afirmación de que fuera simulado y, menos, que tuviera la intención de defraudar a nadie.

Tramitado el proceso, el Juez de conocimiento, que lo fue el Segundo Civil del Circuito de Medellín, profirió sentencia el 6 de agosto de 1996 en la cual accedió a

la pretensión principal de la demanda y declaró absolutamente simulado el contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 2203 del 11 de agosto de 1991 de la Notaría 16 de Medellín, y como consecuencia de lo anterior, declaró que los bienes identificados en ella pertenecen a la sociedad conyugal formada por los esposos Henao Gómez, a la cual deben ser restituidos. Condenó a Héctor Henao a perder la porción que le pudiera corresponder en los bienes a los cuales se refiere la escritura en mención y a restituir su valor doblado, decretó la cancelación de las anotaciones hechas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos con posterioridad a la inscripción de la demanda, relacionados con la propiedad sobre los citados bienes, decretó el levantamiento de la inscripción de la demanda y dispuso condenar a la parte demandada en las costas ocasionadas con motivo del juicio.

El apoderado de la demandada María Henao recurrió esta sentencia en apelación ante el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil. Además de considerar que no está probada la simulación, tal como se encuentra prevista en los artículos 1766 y 1618 del Código Civil, en el escrito de sustentación de la apelación se plantea la siguiente tesis: la sentencia de primera instancia fue proferida en un proceso en el cual se incurrió en la nulidad señalada en el numeral 2º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil¹⁴, puesto que se pronunció sobre un asunto, cual era la pretensión segunda principal, referente a la condena al demandado a perder la porción que le pudiera corresponder en los bienes a los cuales se refiere la demanda y a restituir su valor doblado (art. 1824 del Código Civil¹⁵), de competencia de los jueces de familia, por tratarse de un conflicto sobre el régimen económico del matrimonio. El recurrente explica que como el Decreto 2272 de 1989 organizó la jurisdicción de familia y expresamente dispuso en el numeral 12 del artículo 5 que los jueces de familia conocen en primera instancia de los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales¹⁶, el Juez Segundo Civil del Circuito de Medellín no tenía competencia para conocer del litigio relativo a la

¹⁴ Código de Procedimiento Civil: «Artículo 140. *Causales de nulidad* (artículo modificado por el artículo 1, numeral 80 del Decreto 2282 de 1989). El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: [...] 2. Cuando el juez carece de competencia. [...]».

¹⁵ «Artículo 1824 [*Ocultamiento de bienes de la sociedad*]. Aquel de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada».

¹⁶ Decreto 2272 de 1989: «Artículo 5º *Competencia*. Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos: [...] EN PRIMERA INSTANCIA. [...] 12. De los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales. [...]».

pretensión segunda principal, razón por la cual el proceso adelantado está viciado de nulidad, que debe ser declarada por el Tribunal.

Además de la falta de competencia, que a la postre es una violación de la ley en la medida en que la segunda pretensión de la demanda se acumuló indebidamente con otras cuyo conocimiento sí es posible atribuir a la especialidad jurisdiccional civil, se asegura en la sustentación de la apelación que a pesar de que el artículo 26 de la recién promulgada Ley 446 de 1998 determinó con criterio restrictivo qué asuntos son de la competencia de los jueces de familia –excluyendo aparentemente de su conocimiento el caso que contempla el artículo 1824 del Código Civil¹⁷, no debe aplicarse dicha ley a este caso. Esto sólo es posible para los hechos posteriores a su

¹⁷ Ley 446 de 1998: «Artículo 26. *Competencia especial de los jueces de familia*. Para los efectos del numeral 12 del parágrafo 1º del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989, se entiende que la competencia de los jueces de familia señalada en ese precepto solamente comprende:

a) Los tipos de procesos declarativos sobre derechos sucesorales, cuando versen exclusivamente sobre los siguientes aspectos:

1. Nulidad y validez del testamento.
2. Reforma del testamento.
3. Desheredamiento.
4. Indignidad o incapacidad para suceder.
5. Petición de herencia.
6. Reivindicación por el heredero sobre cosas hereditarias.
7. Controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato o por incapacidad de los asignatarios.

b) Los tipos de procesos declarativos sobre el régimen económico del matrimonio, cuando versen exclusivamente sobre los siguientes aspectos:

1. Rescisión de la partición por lesión y nulidad de la misma.
2. Acciones relativas que resulten de la caducidad, inexistencia o nulidad de las capitulaciones matrimoniales.
3. Revocación de la donación por causa del matrimonio.
4. El litigio sobre la propiedad de bienes, cuando se discuta si éstos son propios de uno de los cónyuges o si pertenecen a la sociedad conyugal.
5. Controversia sobre la subrogación de bienes o las compensaciones respecto de los cónyuges y a cargo de la sociedad conyugal o a favor de ésta o a cargo de aquellos en caso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Parágrafo 1º. Dichos jueces también conocen de los procesos sobre declaración, disolución y liquidación de sociedad patrimonial surgida de la unión marital de hecho.

Parágrafo 2º. Respecto de los mencionados procesos, también se dará aplicación, si fuere el caso al numeral 15 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Parágrafo 3º. En asuntos de familia, al obligado a suministrar alimentos se le considerarán sus otras obligaciones alimentarias legales y sus ingresos reales para la tasación.

promulgación, pues de lo contrario se haría una aplicación retroactiva y atentatoria de situaciones jurídicas consolidadas, desconociéndose por ende el contenido del artículo 11 del Código Civil¹⁸.

Mediante escrito, el apoderado de la demandante señora Marta Gómez se opuso a la apelación de la decisión de primera instancia. Concretamente rechaza la supuesta falta de competencia del juez que conoció del proceso, puesto que el legislador determinó de manera clara y con autoridad el sentido del numeral 12 del artículo 5 del Decreto 2272 de 1989 mediante el artículo 26 de la ley 446 de 1998, de modo que ningún otro alcance cabe hoy darle ante esta directriz del propio legislador, que ha de aplicarse a todos los asuntos en los que no se haya proferido sentencia ejecutoriada (artículo 14 del Código Civil¹⁹). Por consiguiente, el caso que contempla el artículo 1824 del Código Civil debe excluirse del resorte de la especialidad jurisdiccional de familia, aplicándose así el mencionado artículo 26 de la ley 446 de 1998.

Suponga que usted es magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia y que debe elaborar la ponencia de la decisión sobre el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el punto concreto de si se configura o no la nulidad de falta de competencia del juez que conoció del proceso. Los hechos sucedieron tal y como se acaban de plantear²⁰. ¿Qué decisión tomaría al respecto? ¿Qué argumentos presentaría para sustentar su decisión?

4.1.2. Segundo caso

El señor Juan Pérez, propietario y conductor de un camión, transitaba sobre la vía entre Ibagué y Bogotá el 24 de septiembre de 2003. Al llegar al puente sobre el río Magdalena en la ciudad de Girardot, pudo darse cuenta de que al final del mismo había un retén de la policía de carreteras. Como tuvo que detenerse sobre el puente por la gran cantidad de automóviles que allí transitaban y por la congestión que el reten causaba, aprovechó para bajarse del camión, buscar unos paquetes escondidos

¹⁸ «Artículo 11 [Obligatoriedad de la ley - Momento desde el cual surte efectos]. La ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación».

¹⁹ «Artículo 14 [De las leyes que declaran el sentido de otras leyes]. Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio».

²⁰ Recuerde que el propósito de este caso es el de llevar a cabo un análisis jurídico-interpretativo sin detenerse en cuestiones fácticas y probatorias.

en la parte baja de su vehículo y lanzarlos al río. Varias personas lo vieron hacer esto y también pudo verlo un policía del reten, quien trató de recuperar uno de los paquetes pero no pudo lograr su cometido. El señor Pérez fue detenido y su camión inmovilizado. Un perro entrenado que acompañaba a los policías olió la parte baja del camión e hizo las señas que indicaban que en el tanque de la gasolina había sido escondida alguna clase de estupefaciente. Posteriormente el camión fue llevado a las instalaciones de la Fiscalía en Girardot donde, a través de las pruebas científicas correspondientes, pudo confirmarse que en el tanque de gasolina del camión del señor Pérez era transportada una cantidad indeterminada de cocaína. Además de esta prueba, una de las cámaras de seguridad ubicadas en el puente pudo captar al señor Pérez lanzando al río 10 paquetes que estaban escondidos en su camión²¹.

Cumplida la fase de investigación, que terminó con resolución acusatoria, el juez penal de primera instancia profirió fallo condenatorio contra el señor Pérez por haber cometido el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el artículo 376 del Código Penal (Ley 599 de 2000)²². El fallo señaló también que si bien la cocaína que el señor Pérez lanzó al río antes de su detención no pudo ser aprehendida materialmente, durante el proceso pudo verificarse planamente (a través de diversos medios de prueba) que la cantidad que transportaba en el camión de su propiedad era mayor a cinco kilos, razón por la cual se configura la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 3º del artículo 384

²¹ Estos hechos y los que son descritos a continuación son ficticios.

²² «Artículo 376. *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, labore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de seis (6) a ocho (8) años de prisión y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes».

del mismo Código²³. La pena principal impuesta fue de dieciséis años de prisión y multa de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El abogado defensor del señor Pérez interpuso recurso de apelación contra esta decisión. En el escrito de sustentación del recurso se afirma que la sentencia de primera instancia es violatoria, en forma directa, del artículo 376 del Código Penal, por aplicación indebida, y por falta de aplicación de los artículos 6, 9, y 10 del mismo Código²⁴, en razón a que en esa sentencia se considera que se configura el agravante previsto en el numeral 3º del artículo 384 del Código Penal, dado que la cantidad de sustancia estupefaciente (que en este caso era cocaína) transportada era superior a cinco kilos. Sin embargo, la mencionada disposición legal solo permite agravar la pena cuando «la cantidad incautada» sea superior a determinado número de kilos. Como al procesado no le fue incautada cantidad alguna de estupefaciente, no se produce entonces el presupuesto fáctico de tal circunstancia de agravación punitiva y, por ende, hay violación directa de la norma que la prevé, al seleccionarla equivocadamente y hacerla operante sin recoger el concreto hecho punible.

Si no hubo incautación, no podía el juez de primera instancia dar aplicación al agravante, y al hacerlo, omitió la de las normas sustanciales que realmente regulaban

²³ «Artículo 384. *Circunstancias de agravación punitiva*. El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos: [...]

3. Cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona o dos (2) kilos si se trata de sustancia derivada de la amapola».

²⁴ «Artículo 6º. *Legalidad*. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas».

«Artículo 9º. *Conducta punible*. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad».

«Artículo 10. *Tipicidad*. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley».

el caso, esto es, los artículos 6, 9, y 10 del Código Penal. Asegura el defensor que de acuerdo con dichas normas, el juez no puede crear tipos, ni agregarle elementos, ni extender en detrimento del acusado su tenor literal claro, ni aplicar analógicamente los tipos existentes.

Ampliando sus argumentos, advierte el defensor que a pesar de ser el numeral 3º del artículo 384 del Código Penal un tipo subordinado al básico del artículo 376 del mismo estatuto, no se supedita a los mismos verbos rectores de éste. Considera además que el simple hecho de que una conducta que no esté expresamente descrita en la ley penal aparezca tanto o más digna de reproche, como otras que sí lo están, no confiere autorización al juzgador para erigir o extender la prohibición taxativa del tipo penal mediante el desconocimiento del evidente sentido del tenor literal de una expresión tan clara como la de «incautar», incapaz de llevar a equívoco alguno. Por consiguiente, es un error el uso de un procedimiento analógico de integración del tipo penal y de indebida extensión del ámbito de la circunstancia agravante, así se trate de una especie de interpretación «correctiva» de la ley. Siendo la expresión «incautar» lo suficientemente clara, es preciso permanecer en el terreno de la interpretación gramatical y rechazar específicamente la interpretación analógica cuando ella desfavorece al acusado, ya que al juez —cuya función no es la de legislar— le está vedado colmar las lagunas de tipos con la analogía, en detrimento del acusado, so pretexto de llenar «vacíos o lagunas» legislativos para aplicar la justicia material.

Suponga que usted es el juez penal de segunda instancia que debe decidir sobre el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el punto concreto de si se configura o no la circunstancia de agravación punitiva. Los hechos sucedieron tal y como se acaban de plantear²⁵. ¿Qué decisión tomaría al respecto? ¿Qué argumentos presentaría para sustentar su decisión?

4.1.3. Tercer caso

Juan P. es un joven de dieciséis años que es miembro activo de la iglesia de los Testigos de Jehová y que sufre una grave enfermedad (leucemia), razón por la cual su salud ha ido empeorando con el paso de los años. Ha sido tan dramático el deterioramiento de la salud de Juan en los últimos meses que tuvo que ser recluido en la sala de cuidados intensivos de una clínica de la ciudad. Los médicos aseguran que con una serie de transfusiones sanguíneas y la realización de varias sesiones de

²⁵ Recuerde que el propósito de este caso es el de llevar a cabo un análisis jurídico-interpretativo sin detenerse en cuestiones fácticas y probatorias.

quimioterapia Juan tiene altas probabilidades de sobrevivir e, incluso, de recuperarse de la recaída en la que se encuentra.

No obstante lo afirmado por los médicos, Juan manifestó por escrito que bajo ninguna circunstancia aceptaría recibir sangre vía endovenosa, debido a que la religión que profesa le prohíbe hacerlo, por considerar dicha práctica totalmente contraria a sus postulados. Esta negativa a recibir el tratamiento la consignó en un escrito firmado por él y dos testigos (pertenecientes también a la Iglesia de los Testigos de Jehová), denominado «Directriz de exoneración médica por anticipado», en el que, además de expresar que bajo ninguna circunstancia aceptaría recibir transfusiones de sangre, específica de manera detallada los tratamientos alternativos que como sustitutos estaría dispuesto a recibir.

A pesar de lo manifestado por Juan, su padre, el señor Humberto P., se opuso a la decisión tomada por su hijo y procedió entonces a presentar un escrito en el cual autoriza a la clínica donde se encuentra recluido Juan y específicamente al médico a cargo para que «efectúe el tratamiento de quimioterapia o el que a bien tenga para salvar la vida de mi hijo, incluyendo las transfusiones de sangre que se requieran».

Frente a semejante desacuerdo, los directivos de la clínica, acatando la opinión del médico encargado del tratamiento de Juan, decidieron darlo de alta, con el argumento de que el escrito firmado por el paciente constituye un obstáculo insalvable que impide continuar con el tratamiento de quimioterapia y de transfusiones de sangre. Sin embargo, advirtieron también que al abandonar la clínica y no continuar con los tratamientos, Juan ponía en riesgo inminente su vida ante una segura disminución severa de glóbulos rojos o ante una anemia aguda.

Al enterarse de la decisión de los directivos de la clínica, el padre de Juan trató de oponerse a la salida de su hijo, llegando a asumir incluso actitudes violentas y a agredir verbalmente a los enfermeros, médicos y personal administrativo que allí se encontraban el día en que Juan se disponía a abandonar la clínica acompañado de algunos jerarcas de la Iglesia a la que pertenece. Ese mismo día el padre de Juan solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar su concepto y orientación sobre lo que se debía hacer, dada la contradicción que se presentaba entre la decisión de su hijo enfermo de no aceptar transfusiones de sangre y la suya de autorizarlas. La Coordinadora del Centro de Protección de dicha entidad le respondió, a través de un oficio elaborado algunos días después, que «si el menor se encuentra aún bajo la potestad parental, es decir, no emancipado, corresponde a sus progenitores, o a

falta de uno el otro, ejercer esa potestad, la cual implica el poder de representar a sus hijos menores en todos los actos jurídicos y cotidianos que a ellos convengan».

Mediante un escrito, el señor Humberto P. insistió ante las directivas de la clínica para que reconsideraran su decisión, adjuntando el oficio mencionado y manifestando que no obstante que se había separado de su esposa en 1985, la patria potestad sobre Juan la tenía él y que así había quedado consignado en el acta de conciliación elaborada ante en el Juzgado Segundo de Familia de la ciudad. En su opinión, la inasistencia médica a que está sometido su hijo, la cual puede causarle la muerte, se origina en un «lavado de cerebro» que le hicieron al menor las personas pertenecientes a los Testigos de Jehová, religión que ni él ni su esposa profesan. Dichas personas, asegura, a pesar de haber manifestado que cuentan con médicos y medios para brindarle atención a su hijo, hasta la fecha no han procedido a hacerlo, por lo que teme que su hijo muera, como le ocurrió a su padre y abuelo de Juan, quien también profesaba esa fe religiosa, por lo que se negó a recibir tratamiento para un tumor en la espalda, falleciendo al poco tiempo.

Entre los precedentes pertinentes más relevantes conviene destacar la sentencia de la Corte Constitucional en la que se autorizó la eutanasia en ciertos casos (sentencia C-239 de 1997) y aquella otra, de esta misma corporación, en la que se ordenó que a un niño de seis años le fuera realizada una quimioterapia en un caso de leucemia, a pesar de que los padres, que eran también testigos de Jehová, se oponían al tratamiento²⁶. Por otra parte, el análisis de los antecedentes de las normas sobre libertad religiosa muestra que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 quiso eliminar los privilegios de los que gozaba la religión católica durante el anterior ordenamiento constitucional y por ello consagró la igualdad entre todas las confesiones religiosas.

Suponga que usted es el juez que debe decidir sobre la acción de tutela que finalmente impetró el señor Humberto P. y en la cual solicita que se ordene la hospitalización de su hijo y la iniciación de los tratamientos médicos en la clínica en la que Juan había estado recluido. Los hechos sucedieron tal y como se acaban de plantear²⁷. ¿Qué decisión tomaría al respecto? ¿Qué argumentos presentaría para sustentar su decisión?

²⁶ En la sentencia T-411 de 1994 la Corte Constitucional ordenó la hospitalización de una menor a pesar de que sus padres, por motivos religiosos, se oponían a ello.

²⁷ Recuerde que el propósito de este caso es el de llevar a cabo un análisis jurídico-interpretativo sin detenerse en cuestiones fácticas y probatorias.

4.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS RESPECTO A LOS CASOS

1. Resuelva los casos siguiendo las instrucciones planteadas en el último párrafo de cada uno de los mismos.
2. Indique cuáles serían para usted las dificultades principales que plantean los casos para llegar a una solución.
3. A partir del planteamiento de los casos y de la solución que usted les ha dado, determine cuáles son las características que distinguirían la interpretación judicial frente a otros tipos de interpretación jurídica (por ejemplo la que haría un tratadista en la rama del derecho respectiva).
4. ¿Considera usted que en los tres casos, o en uno de ellos, sería posible alcanzar una decisión que pueda ser considerada como «la correcta»? ¿Frente a qué criterios se establecería la corrección de la decisión?

4.3. LOS OBSTÁCULOS QUE DEBE SUPERAR EL JUEZ AL INTERPRETAR EL DERECHO

Estos tres casos nos permiten constatar que la actividad del juez, siendo de por sí ardua, en algunos casos puede llegar a ser sumamente problemática, tanto para él como para las personas que se verán afectadas por la decisión que tome al respecto. El primer caso plantea diversas cuestiones interpretativas que pueden ser concretadas en dos problemas puntuales. En primer lugar, este caso es un buen ejemplo del carácter indeterminado de los conceptos jurídicos, esto es, de su textura abierta, que puede llegar a afectar a las normas del Código Civil sobre los efectos de la ley y sobre los criterios de interpretación²⁸. En segundo lugar, el primer caso supone también en alguna medida un conflicto parcial entre dos normas y los principios que les sirven de fundamento: por una parte, el numeral 12 del artículo 5 del Decreto 2272 de 1989; por otra parte, el artículo 26 de la ley 446 de 1998 (relacionado con el artículo 14 del Código Civil).

El problema interpretativo que supone el segundo caso gira en torno a una imprecisión semántica del lenguaje jurídico contenido en el numeral 3º del artículo 384 del Código Penal. Una proposición expresada en una norma jurídica puede ser vaga a causa de la imprecisión del significado de algunas de las palabras que forman

²⁸ Véase *infra* p. [...].

parte de tal proposición. Con todo, no se trata se un problema exclusivamente lingüístico, puesto que es posible que incluso los términos más precisos pueden suscitar en ciertos contextos dudas acerca de su aplicabilidad en circunstancias particulares. Esto es precisamente lo que sucede en este caso, en el que una expresión aparentemente clara, es decir las palabras «la cantidad incautada», contenidas en el numeral 3º del artículo 384 del Código Penal, generan dudas en un evento en el que se tiene total certeza de que la cantidad de estupefaciente transportada es mayor al previsto por esa norma, pero no fue materialmente aprehendida. Por lo demás, es posible pensar que como consecuencia de esta imprecisión del lenguaje jurídico se produce una laguna o vacío del derecho.

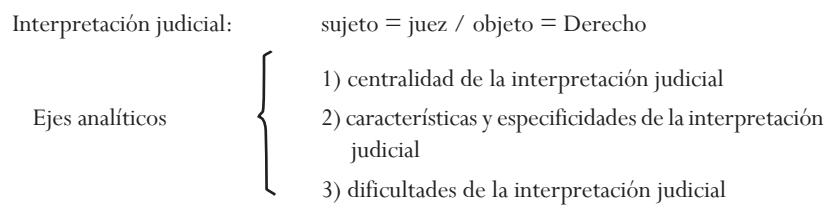
El tercer caso se desarrolla en un contexto de intenso dramatismo ético y moral, puesto que en él se configura una tensión entre la libertad de conciencia y de cultos, por un lado, y el derecho a la vida y al acceso a los servicios de salud, por el otro. Esta tensión se hace aún más compleja por el hecho de que es el titular mismo del derecho a la vida quien se niega a los tratamientos médicos por motivos religiosos, siendo, además, y como si fuera poco, un menor de edad. Con su decisión, el menor se opone a la autorización que su padre ha dado para que se realicen los tratamientos médicos que aquel rechaza, con lo cual la situación no podría ser más complicada en vista de la decisión judicial que debe tomarse. Por lo demás, se presentan también dificultades respecto a las fuentes, en la medida en que las normas constitucionales no son muy claras respecto a cual de los principios debe prevalecer en caso de conflicto, si el de la libertad de conciencia y de cultos o si el del derecho a la vida. La Corte Constitucional decidió un caso muy semejante en la sentencia T-474 de 1996.

III. ENSAYO. EL ÁMBITO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

ESQUEMA DEL ENSAYO

1. Introducción: aproximación a la noción de interpretación jurídica

- 1.1. Interpretación y concepto de derecho
- 1.2. Diversos sentidos y clasificaciones de la interpretación jurídica



2. Centralidad de la interpretación judicial

- 2.1. Razones histórico-políticas
- 2.2. Razones ontológico-jurídicas

3. Características y especificidades de la interpretación judicial

- 3.1. La interpretación judicial frente al concepto general de interpretación
 - 3.1.1. El carácter dogmático de la interpretación jurídica.
 - 3.1.2. Resultado de la interpretación: la pretensión de corrección.
- 3.2. La interpretación judicial (operativa) frente a la interpretación jurídica no judicial (doctrinal)
 - 3.2.1. Vocación práctica de la interpretación judicial: sus efectos
 - 3.2.2. Carácter institucionalizado de la interpretación judicial
 - 3.2.3. Corrección material de la interpretación judicial

4. Dificultades de la interpretación judicial

- 4.1. Los obstáculos de carácter práctico de la interpretación judicial
- 4.2. Las dificultades de alcanzar una decisión judicial “correcta”

1. INTRODUCCIÓN: APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La interpretación es una actividad con un fuerte componente humano en los dos extremos que la constituyen. Por una parte, el objeto que se interpreta puede ser principalmente –pero no exclusivamente– el producto de la acción de algún individuo.

Con ello no se desconoce el hecho de que muchas veces se interpretan realidades que, en principio, son ajenas a la voluntad humana, como por ejemplo la posición de las estrellas, las marcas aparecidas en la piel de algún animal u otros fenómenos naturales. Sin embargo, en buena parte de los casos la interpretación de este tipo de realidades pretende descubrir una especie de voluntad que se expresa a través de ellas. Se trata, como es obvio, de «voluntades» que superan la esfera de lo humano y hacen referencia a entidades de muy diversa índole (divinidades, el destino, el azar, etc.). De todas formas, ambos casos tienen en común que al interpretar se busca el sentido o el significado de algún fenómeno, ya sea que esté o no vinculado con la intención de una persona. Para nuestros propósitos restringiremos la interpretación a realidades que de alguna u otra forma están ligadas a la voluntad humana.

Por otra parte —y aquí el carácter humano de la interpretación parecería ser más fuerte—, aquel que interpreta es esencialmente un miembro de la especie humana, con lo que no se desconoce la posibilidad de que miembros de otras especies puedan ser considerados sujetos activos de la interpretación y puedan, además, ser objeto de la interpretación humana.

1.1. INTERPRETACIÓN Y CONCEPTO DE DERECHO

Se ha venido utilizando la palabra «interpretación» sin que se haya hecho claridad suficiente sobre su significado, para lo cual conviene recurrir al diccionario que la define como la «acción y efecto de interpretar»²⁹, definición que a pesar de su aparente carácter circular ya dice mucho, porque hace una distinción fundamental, de la que nos ocuparemos más adelante, entre interpretación como actividad e interpretación como resultado. Con todo, para completarla se hace necesario pasar del sustantivo al verbo y definir el término «interpretar» acudiendo a su sentido más usual, esto es, entendiéndolo como «explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto»³⁰.

A lo largo de las actividades pedagógicas se ha tomado como punto de partida que la interpretación judicial es una especie del género interpretación jurídica, ante lo cual es necesario determinar el sentido de esta última antes que el de la primera. En una especie de conjunción de los dos significados que han sido señalados, es

²⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, t. 6, p. 876.

³⁰ *Ibíd.*

posible definir la interpretación jurídica como «el proceso o el resultado de la determinación del sentido de las normas jurídicas o de sus elementos»³¹, al tiempo que la interpretación judicial, que corresponde a la definición del género al que pertenece, se caracteriza concretamente por el sujeto activo que la lleva a cabo, el juez³², un ser humano que interpreta el producto de la acción y de la voluntad de otro ser humano, el derecho (en términos más rigurosos, el derecho positivo³³).

³¹ Wróblewski, Jerzy, «Interpretation juridique», en Arnaud, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. París: LGDJ, Bruselas: Story Scientia, 1988, p. 199.

³² En términos generales, el juez es una persona que ejerce una función jurisdiccional, entendiendo ésta como la potestad de enjuiciamiento y decisión de determinados conflictos sociales con arreglo a criterios jurídicos. Modesto Saavedra López («Jurisdicción», en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid: Trotta, 1996, pp. 221-223.), después de proponer esta definición de función jurisdiccional, distingue varios elementos constitutivos de este concepto: 1) la jurisdicción como función es un poder para decidir controversias según criterios jurídicos que sirven de fundamento para la decisión, esto es, es un poder para enjuiciar autoritariamente, pero también para enjuiciar justificadamente; 2) la jurisdicción supone el recurso a alguien ajeno a los intereses en juego para que, desde una posición de imparcialidad, resuelva los conflictos cuya composición espontánea amenaza con destruir el orden establecido; 3) la jurisdicción es lo opuesto a la arbitrariedad, es decir, no basta la preeminencia política del que enjuicia sobre las partes en litigio, ya que la función jurisdiccional ha de hacerse también, y sobre todo, de acuerdo con criterios que puedan ser generalmente aceptados, lo cual significa dos cosas: por una parte, que el criterio de decisión encarne una verdad jurídica o de justicia representada por unos valores supuestamente jurídicos y, por la otra, que existan unos criterios establecidos con anterioridad que puedan ser aplicados al caso concreto; 4) finalmente, la jurisdicción es, en lo esencial, la potestad de juzgar, esto es, realizar un juicio de valor sobre algo, en este caso un juicio jurídico, lo que significa que el valor que sirve de criterio para el juicio es el derecho: ejercer la potestad jurisdiccional es contemplar bajo el prisma del derecho un determinado comportamiento, pretensión o situación de la vida. A este último factor se suma que la determinación del derecho se realiza con carácter irrevocable, porque de lo que se trata es de asegurar la reproducción social garantizando la estabilidad de un orden de conducta, lo cual supone que dentro del concepto de jurisdicción esté incluida la potestad de hacer que se ejecute la decisión adoptada. Por esto la jurisdicción produce el efecto de la cosa juzgada.

³³ Este primer marco de referencia permite plantear como un problema de otro nivel el de la interpretación del denominado «derecho natural», que además de caracterizarse, en términos generales, por no depender su existencia de la voluntad humana (mientras que, por el contrario, el derecho positivo es «puesto» por esta voluntad), normalmente se manifiesta en proposiciones que no han sido fijadas en un texto escrito de manera especificada, como sí sucede, en mayo o menor grado de especificación, con las normas del derecho positivo. Por lo demás, mientras que el contenido de los preceptos del derecho natural en la mayor parte de los casos es objeto de la reflexión filosófico-jurídica y filosófico-moral, el contenido de las normas del derecho positivo constituye el objeto central de la ciencia dogmática del derecho.

En este punto conviene no dejar de resaltar que existe una articulación entre el concepto de interpretación jurídica así definido y la manera como sea definido el derecho, concretamente las entidades que lo constituyen, con lo cual se plantean dos de las cuestiones fundamentales de la teoría jurídica contemporánea: la primera referente al concepto del derecho, la segunda concerniente a la naturaleza y los alcances de la interpretación jurídica. Si bien evidentemente se trata de dos cuestiones diferentes, están profundamente ligadas, pues lo que se entienda por interpretación jurídica depende en buena medida del concepto de derecho que se asuma. En lo que concierne a esto último, dado que la interpretación, al ser jurídica, tiene como objeto las entidades que constituyen el derecho, una de las cuestiones fundamentales es la de establecer la naturaleza de estas entidades³⁴, respecto de lo cual, y para los propósitos de esta unidad, basta con señalar que la concepción más difundida, tanto en la teoría como en la práctica jurídica, es la de considerar que el derecho está integrado esencialmente por normas (en el sentido más amplio de este término), afirmación ésta que constituye el núcleo del normativismo, si bien se trata de un normativismo en sentido amplio, puesto que incluye otro tipo de realidades jurídicas distintas a las leyes, tales como los principios, las sentencias, los actos de la administración e, incluso, otras categorías de fenómenos socio-políticos relacionados con el derecho.

1.2. DIVERSOS SENTIDOS Y CLASIFICACIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Con la limitación del concepto de interpretación que acaba de proponerse no se quiere pasar de largo el hecho de la multiplicidad de significados que posee. Conviene, entonces, antes de adentrarnos en las cuestiones concretas referentes a la interpretación judicial, analizar (sin ánimo de ser exhaustivos) algunos de los diversos significados generales del término «interpretación», siempre teniendo en cuenta que el objeto de estudio se concretará en la interpretación jurídica y, más específicamente, en la interpretación judicial.

³⁴ A la cuestión de la naturaleza de las entidades que constituyen el derecho se unen otras dos: por un lado, las entidades jurídicas son creadas por la voluntad humana o su existencia es independiente de ella; por otro lado, si se conciben las entidades jurídicas como proposiciones, ¿a qué tipo de discurso pertenecen?, ¿son proposiciones prescriptivas, o descriptivas, o de otro tipo? Estas tres cuestiones (sobre todo las dos primeras, pues la tercera supone haber resuelto la primera) plantean los problemas centrales de la ontología jurídica, esto es, del estudio de la naturaleza del derecho y sus propiedades esenciales. Hernández Marín, Rafael, Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea, Madrid:Tecnos, 1989, p. 26

1.2.1. INTERPRETACIÓN COMO ACTIVIDAD E INTERPRETACIÓN COMO RESULTADO

Un primer problema que plantea el concepto de interpretación, al que ya se hacía referencia y que afecta especialmente a la interpretación jurídica y a la judicial, es aquella dualidad que hace que la interpretación sea entendida como una actividad o como el producto de tal actividad. Si, por ejemplo, nos encontramos ante un texto jurídico y consideramos que es interpretado en la medida en que se elabora otro texto que es concebido como la interpretación del primero, tenemos entonces que el término interpretación puede designar tanto al producto, es decir el nuevo texto elaborado, como a la actividad desarrollada sobre el texto original que justifica la existencia del nuevo texto³⁵. Estos distintos sentidos de «interpretación» llevarían a la necesidad de hacer algunas precisiones que permitirían un lenguaje más estricto y designar, en el caso de la interpretación judicial, con el término «interpretación» a la actividad del juez y con el de «fallo» o «sentencia», o incluso con el más general de «decisión», al producto de esta actividad. De todas formas, esto no es más que una propuesta de utilización específica de los términos, con la que se quiere remarcar que la interpretación como actividad y la interpretación como resultado pueden ser ambas objeto de análisis, siempre que se haga claridad a cuál de los dos sentidos de interpretación se está haciendo referencia³⁶.

1.2.2. LOS SUJETOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La noción de interpretación en el ámbito del derecho ha dado lugar a varias clasificaciones respecto al sujeto que interpreta, más concretamente respecto a la validez de las decisiones interpretativas en función de las posiciones institucionales del intérprete. Tenemos así la interpretación auténtica, realizada por el órgano autor de la disposición objeto de interpretación³⁷, la interpretación legal, llevada a cabo por una

³⁵ A. E. Pérez Luño hace referencia a esta dualidad al distinguir dos dimensiones de la interpretación: la dimensión subjetiva y dinámica, que concibe a la interpretación como una actividad encamionada a describir el sentido de los enunciados o manifestaciones de un lenguaje, y la dimensión objetiva o estática, que la entiende como el resultado obtenido a través de dicha actividad. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derecho humano, estado de derecho y constitución*, Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 254.

³⁶ Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 30-31.

³⁷ Usualmente se ha considerado que la definición contenida en el artículo 25 del Código Civil corresponde a la de interpretación auténtica: «La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador». Por otra parte, la interpretación auténtica ha sido el origen de algunos debates respecto a la labor interpretativa

autoridad cuyas decisiones *ex lege* son válidas para los demás³⁸, la interpretación del derecho por los funcionarios judiciales, la interpretación jurídica de los particulares, etc. Pese a esta diversidad, la reflexión en lo que al sujeto de la interpretación concierne se ha centrado en dos alternativas usualmente presentadas como categorías opuestas. En la primera la interpretación del derecho es realizada por aquél que tiene la facultad de ofrecer una decisión con autoridad para un caso específico, esto es, producir una solución de carácter normativo que constituye, en concreto, la aplicación del derecho. Es ésta la denominada *interpretación «operativa»* o interpretación de los órganos jurídicos, dentro de la cual se halla, junto con otras, la interpretación judicial del derecho que, de todas formas, es considerada como el ejemplo por excelencia de interpretación operativa. La segunda alternativa se diferencia de la primera en que la interpretación no tiene eficacia normativa, puesto que quien la realiza no tiene competencias jurídicas y lo hace con una perspectiva puramente teórica, generalmente en medios académicos. Se habla, entonces, de la *interpretación «doctrinal»* o *«científica»*.

1.2.3. EL CONTEXTO DE LA INTERPRETACIÓN

La distinción entre interpretación operativa e interpretación doctrinal se vincula comúnmente con otra clasificación de la interpretación jurídica relacionada con el contexto en el cual se realiza. Así, se suele hablar, por un lado, de la *interpretación «en concreto»* (ligada a la interpretación operativa y a la judicial), en cuanto se suscita a partir de un determinado problema al que es preciso buscar una solución, y, por el otro, de la *interpretación «en abstracto»*, que corresponde a la interpretación doctrinal y que se realiza con independencia a cualquier situación concreta. J. Wróblewski

desarrollada por el legislador. En este sentido, Manuel Atienza («Estado de Derecho, argumentación e interpretación», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 465-484) considera que el legislador no interpreta cuando actúa como tal, aunque eventualmente lo haría cuando actúa como aplicador de la Constitución. A esto responde Isabel Lifante (ob. cit., p. 37) afirmando que es cierto que el legislador no se encuentra obligado por sus propias leyes, en el sentido de que puede cambiarlas, pero eso no impide que pueda tener interés en llevar a cabo una actividad interpretativa respecto al derecho vigente para, por ejemplo, crear nuevo Derecho que no resulte incoherente con el existente. Otra cuestión sería, por supuesto, el valor (la autoridad) que deba atribuirse a esas interpretaciones, o si respecto a ella operan los mismos límites o controles que los que rigen respecto a las interpretaciones de los órganos aplicadores del Derecho.

³⁸ Conviene indicar que para Kelsen la interpretación auténtica es la realizada por un «órgano jurídico de aplicación», esto es, la que aquí se designa con el término *legal*, mientras que la interpretación «no auténtica» es la que «no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, especialmente, por la crítica del derecho». Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 349.

propone una clasificación semejante entre una interpretación orientada a los hechos [*facts-oriented*] y una interpretación orientada al texto [*text-oriented*]³⁹.

1.2.4. EL OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

A propósito del objeto de la interpretación jurídica hay varias clasificaciones que conviene señalar. En primer lugar, al interior de la categoría de interpretación operativa cabe distinguir la *interpretación del derecho* propiamente dicha –concretamente, la interpretación de las normas jurídicas válidas–, de la interpretación de los hechos que, en la mayoría de los casos, funcionan como condiciones para la aplicación de las normas en un caso concreto⁴⁰. La importancia de la interpretación de los hechos es puesta de relieve por M. Atienza para quien la argumentación que se efectúa en la vida jurídica es, en gran parte, una argumentación sobre hechos, mientras que la teoría estándar de la argumentación jurídica y la de la interpretación se ocupan, casi con exclusividad, de cuestiones de tipo normativo⁴¹.

En segundo lugar, y en lo que hace a la interpretación del derecho propiamente dicha, mucho se ha discutido sobre lo que esto quiere decir. Para algunos el objeto de la interpretación jurídica son las disposiciones del derecho, lo que podría concretarse, en términos estrictos, en la «interpretación de la ley», o, en términos más amplios, en la interpretación de los documentos jurídicos, del derecho escrito⁴².

³⁹ Wróblewski, Jerzy, «Legal Language and Interpretation», en Aarnio, Aulius y MacCormick, Neil (eds.), *Legal Reasoning*, vol. II, Dartmouth: International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1992, pp. 401-417.

⁴⁰ Vernengo, Roberto J., «Interpretación del Derecho», en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid: Trotta, 1996, p. 241.

⁴¹ Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 236. A propósito de la interpretación de los hechos, es preciso hacer claridad en cuanto a que este módulo se ocupará esencialmente de la interpretación judicial del derecho, es decir, de la interpretación normativa realizada por los jueces, puesto que está proyectado otro módulo que tratará ese problema específico.

⁴² En lo que concierne al derecho escrito, se plantean otras clasificaciones. Así, según el nivel de los textos en la estructura jerárquico-normativa, se destaca, dentro del ámbito de la interpretación jurídica, la interpretación constitucional para diferenciarla de la interpretación legal o de otro tipo de normas (en términos generales puede hablarse de «interpretación del derecho ordinario»); asimismo, según las denominadas «ramas del derecho», es posible distinguir entre interpretación del derecho penal, o del derecho civil, o del administrativo, etc. Sobre las especificidades de la interpretación constitucional véase: Prieto Sanchís, Luis, «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Madrid), No. 9, mayo-agosto 1991, pp. 175-181; Uprimny Yepes, Rodrigo, «El dilema de la interpretación constitucional», en VV.AA., *Jurisdicción constitucional de Colombia: la corte constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Fundación Konrad Adenauer, pp. 458-459.

Sin embargo, esta determinación del objeto de la interpretación tiene el inconveniente de dejar de lado otras categorías importantes comúnmente ligadas al derecho, como las costumbres, la jurisprudencia o incluso los actos jurídicos. Para otros, la interpretación jurídica tiene como objeto «las normas jurídicas». Con todo, esta tesis también ha sido cuestionada por aquellos que, desde una perspectiva normativista-idealista, consideran que las normas jurídicas, en tanto que proposiciones, es decir, significados de oraciones, no son tanto el objeto de la interpretación sino más bien el producto de la misma, en la medida en que lo que se interpreta serían las disposiciones o expresiones jurídicas y sólo después del proceso interpretativo es que tendríamos las normas (en otras palabras, el significado de las disposiciones)⁴³. Finalmente, y como ya se indicaba con anterioridad, hay quienes hacen del derecho, en sentido lato, el objeto de la interpretación jurídica. Aquí se plantea el problema de que no es claro que se quiere decir con «derecho», razón por la cual conviene insistir en que la naturaleza y los alcances del concepto de interpretación jurídica dependen en buena medida del concepto de derecho que se asuma, concretamente de las entidades que lo constituyen.

1.2.5. LOS RESULTADOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Al distinguir la interpretación como actividad y la interpretación como resultado hacíamos referencia a la concepción intertextual de la interpretación, que la entiende como una especial relación entre dos enunciados o textos, aquel que es interpretado y otro que es el resultado de la interpretación. En el ámbito de lo jurídico este tipo de concepción tiene especial pertinencia en la medida en que lo que se interpreta, las normas que constituyen los derechos positivos modernos,

⁴³ En palabras de A. E. Pérez Luño, si se parte de la idea de que una norma sin significado es un absurdo, hay que concluir que la norma no tiene un significado, sino que es un significado. Este planteamiento comporta admitir que no cabe ninguna norma sin significado y que ese significado no es previo, sino subsiguiente a la actividad interpretativa. De ello se infiere que la norma jurídica no es el presupuesto, sino el resultado del proceso interpretativo. Frente a la concepción tradicional de la interpretación jurídica como revelación del sentido previo y acabado de las normas, los enfoques actuales la entienden como un proceso dirigido a dotar la norma de significado. Pero este planteamiento no equivale a concebir la norma jurídica como el producto del arbitrio o la voluntad decisionista del jurista intérprete; pretende básicamente ampliar el concepto de norma al entenderla como un proceso que conjuga la «norma dato» o la «norma preexistente» con la «norma producto» o «norma resultado» que supone el momento completo y culminante de la elaboración normativa. Pérez Luño, ob. cit., pp 254-255. En este sentido véase también: Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980, pp. 4 y ss

generalmente se presentan como textos escritos cuya aplicación requiere que su sentido lingüístico sea determinado; en otras palabras, las normas son mensajes lingüísticos a las que el intérprete, haciendo uso de sus competencias lingüísticas, les atribuye un significado⁴⁴. En este orden de ideas, alguien lleva a cabo una interpretación de un texto jurídico si después de determinar uno de sus posibles sentidos, produce otro texto que contenga este sentido atribuido al texto original. El nuevo texto producido constituye, en principio, la interpretación literal del primero, dado que ambos coinciden enteramente en su contenido, esto es, prácticamente dicen lo mismo. Esta es precisamente una de las más habituales formas de interpretación a la que recurren los juristas, la interpretación literal, que, con todo, no consiste en la simple variación estilística, léxica o incluso sintáctica del texto jurídico, sino en la obtención, a partir de este texto, cuyo significado no es enteramente comprensible, de un nuevo texto que tenga el mismo significado que el texto original, pero que lo exprese mejor. En la interpretación literal, entonces, se sustituye uno de los elementos formales del mensaje, del texto jurídico, por otro tipo de expresión que tiene la virtud pragmática de poder ser entendida de mejor forma.

Además de ser más fácilmente comprensible, la interpretación literal, para serlo, ha de tener con el texto jurídico interpretado relaciones lógicas de dos niveles: en primer lugar, los dos textos deben ser equivalentes, lo que significa que tienen el mismo carácter normativo (ambos contienen una prohibición, o una obligación, o una facultad, o una permisión⁴⁵); en segundo lugar, los dos textos deben ser lógicamente equipolentes, lo que significa que su contenido es coincidente tanto por su extensión como por su intención. Los enunciados equipolentes mencionan los mismos estados de cosas en los mismos mundos posibles y tienen las mismas consecuencias, siendo, por tanto, recíprocamente derivables⁴⁶. En este orden de ideas, en oposición a la interpretación literal, que supone una relación de equivalencia y de equipolencia con el texto jurídico interpretado, se encuentra, por un lado, la interpretación que ofrece un sentido más amplio del texto original –si se le compara

⁴⁴ Las normas así entendidas corresponden a una concepción del derecho de tipo normativista-idealista, en tanto se les atribuye un carácter proposicional, es decir, ser el significado de una disposición contenida en un texto. De esta concepción nos hemos ocupado antes: véase *supra* p. [...].

⁴⁵ En lo que concierne a la prohibición, la obligación, la facultad y la permisión como soluciones normativas a través de las cuales se regula el comportamiento, véase la tercera unidad de este módulo (*infra n.* [...]).

⁴⁶ Vernengo, Roberto J., *La interpretación literal de la ley*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, pp. 59-67.

con los resultados de una interpretación literal—en cuanto a las situaciones de hecho reguladas y las consecuencias jurídicas previstas (interpretación extensiva) y, por el otro, la interpretación que restringe dicho sentido, excluyendo algunos presupuestos fácticos y algunas consecuencias que sí tendría en cuenta la interpretación literal (interpretación restrictiva).

Por lo demás, las características del texto interpretado y de su interpretación literal que los hacen equipolentes dependen del lenguaje utilizado y son, además, difícilmente determinables en el lenguaje natural en el que se expresa el derecho (otra cosa sucedería si se tratara de un lenguaje formal). Esto no es óbice para que en nuestra práctica comunicativa decidamos si en un caso específico dos enunciados dicen o no dicen lo mismo, pues en efecto lo hacemos, aunque probarlo rigurosamente sea otro problema. Así, en el nivel de los lenguajes naturales corrientes, la equipolencia no constituye una función uno a uno, dado que ningún enunciado determina unívocamente otro enunciado equipolente. De esto resulta que, frente a una norma cualquiera son siempre posibles, por razones derivadas de las características lógicas de la relación, múltiples interpretaciones literales de la misma según se presenten los intereses del intérprete y sus recursos expresivos, además de que la interpretación literal puede corresponder a un mayor o menor nivel de explicitación del sentido del texto original, esto es, puede tener una mayor o menor profundidad.

«La preferencia por una cierta interpretación literal de un texto normativo, frente a las múltiples posibles, dependerá de las preferencias del intérprete y de su interés en alcanzar una versión que pueda ser compartida. [...] La interpretación literal concluye con la producción de un nuevo texto al que el emisor del mensaje, o su receptor, atribuyen el mismo sentido que el texto interpretado: ello depende de la riqueza léxica y sintáctica del lenguaje que utilicemos y de los intereses pragmáticos que nos muevan. Esta equipolencia pragmática, sin embargo, es obviamente contextual y no contamos teóricamente con criterios para identificarla ni con técnicas infalibles para obtenerla»⁴⁷.

⁴⁷ Vernengo, Roberto J., «Interpretación del Derecho», cit., p. 245. Este autor pone de presente también el hecho de que los juristas muchas veces entienden por interpretación literal de un texto normativo otro texto que no guarda ni siquiera una relación de equipolencia con el primero, sino que constituye simplemente una variación retórica dotada de un grado distinto de eficacia comunicativa. El concepto de «interpretación literal» incluye entonces desde interpretaciones literales estrictas en las que solamente hay sustitución de términos por sinónimos o de oraciones mediante equipolencia, hasta variaciones sintácticas formales que guardan la equivalencia y glosas más o menos extendidas, que introducen informaciones extrañas en el texto jurídico supuestamente interpretado literalmente, pero que tienen otros efectos retóricos (*ídem*, p. 246).

1.2.6. DEL OBJETO AL CONTEXTO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Hemos dejado para el final una de las clasificaciones de la interpretación jurídica que más ha causado interés y comentarios. Se trata de la distinción que hace J. Wróblewski, en lo tocante al objeto de la interpretación, entre interpretación sensu largissimo, interpretación sensu largo e interpretación sensu stricto⁴⁸. La primera se define como «la comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural», esto es, la interpretación realizada sobre cualquier entidad que pueda contener un significado. La segunda, la interpretación sensu largo, consiste en la «comprensión de cualquier signo lingüístico», lo que da lugar a dos actividades lingüísticas al interior de esta clase de interpretación: por una parte, hay que interpretar el signo tratándolo como tal de acuerdo con las reglas de sentido del lenguaje respectivo («interpretación en el sentido más amplio»); por la otra, hay que interpretar el signo atribuyéndole un significado («interpretación en el sentido amplio»).

Aquí Wróblewski destaca la sinonimia entre «interpretación» y «comprensión» y destaca que en el terreno de lo jurídico se desarrolla la segunda actividad, es decir, la «interpretación en el sentido amplio». La interpretación sensu stricto se realiza respecto al significado de una expresión lingüística «cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación», lo cual suscita dos tipos de situaciones de comunicación: en una la comprensión directa del lenguaje es suficiente para los fines de comunicación concreta, mientras en la otra existen dudas que se eliminan mediante interpretación.

Esta última distinción se reproduce en el contexto de la interpretación de lo que Wróblewski denomina el «discurso jurídico», pues en algunos casos no se discute el significado de las reglas utilizadas, en tanto que en otros se producen controversias al respecto. El primer caso constituye una «situación de isomorfía» y el segundo una «situación de interpretación». La consecuencia de esta distinción en el ámbito del derecho es para Wróblewski que «no se puede considerar la “comprensión” de un lenguaje como sinónimo de “interpretación”»⁴⁹. No obstante, es preciso destacar

⁴⁸ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid: Civitas, 1988, pp. 21-23.

⁴⁹ Explica Wróblewski que la elección de una de las tres concepciones de interpretación señaladas depende de los fines de la investigación dentro del marco conceptual de una teoría determinada y que, precisamente, los fines investigativos y el marco conceptual de la teoría del derecho justifican la adopción de la concepción estricta de interpretación por tres razones: 1) esta concepción corresponde al uso del término «interpretación» en el lenguaje del discurso práctico-jurídico

que esta tercera clasificación (la de «interpretación *sensu largo*») utiliza un criterio clasificador distinto al de las dos primeras planteadas por este autor: en éstas era el objeto que se interpretaba, mientras que en aquella el elemento caracterizador es el contexto que hace necesaria la actividad interpretativa⁵⁰. Todo esto nos hace retornar precisamente al asunto del contexto de la interpretación y también nos permite reconstruir la clasificación de Wróblewski en el sentido de que habría una interpretación realizada en una situación donde se da una comprensión directa, por un lado, y una en la que existen dudas respecto al sentido del objeto lingüístico o, más concretamente, del discurso jurídico, distinción ésta que podría ser cotejada con la de «interpretación en el sentido más amplio» e «interpretación en el sentido amplio».

Sin embargo, parece más interesante confrontar otras dos clasificaciones de la interpretación jurídica, ya que los resultados de comparar los tipos de interpretación que las componen ofrecen muchas luces sobre las características de la actividad judicial de interpretación del derecho. Así, el siguiente cuadro compara la interpretación como actividad y la interpretación como resultado, por un lado, y la interpretación *sensu largo* y la interpretación *sensu stricto*, por el otro, y tiene como resultado cuatro elementos de la interpretación judicial que aparecen en mayor o menor medida dependiendo de las características del objeto a interpretar y del caso a decidir.

Objeto contexto Actividad-resultado	interpretación <i>sensu largo</i>	Interpretación <i>sensu stricto</i>
Interpretación como actividad	Proceso de comprensión del texto o disposición jurídica	Proceso de determinación del significado cuando existen dudas sobre el mismo.
Interpretación como resultado	Nuevo texto elaborado a partir de la actividad interpretativa sobre el texto o disposición jurídica original	Nuevo texto en el que se escoge uno de los sentidos del texto original cuando existen dudas sobre este.

en general y, particularmente, a su uso en la justificación de decisiones judiciales; 2) al hacer sinónimos los términos «comprensión» e «interpretación» sería necesario utilizar una terminología específica para distinguir las situaciones en las que no caben dudas de las situaciones de dudas, ya que el problema de la determinación de significado es evidentemente relevante en un discurso jurídico; 3) el hecho de que estemos ante una situación de isomorfía o ante una situación de interpretación depende del acto concreto de comunicación de que se trate y, por ende, no puede ser considerado en abstracto, puesto que, por un lado, un mismo texto es claro o dudoso según los contextos concretos de su uso y, por el otro, la claridad es una noción pragmática enlazada con algunos caracteres semánticos del lenguaje legal interpretado (Wróblewski, *idem.*, pp. 2425).

⁵⁰ Lifante Vidal, *ob. cit.*, p. 29.

Después de presentar esquemáticamente los diferentes sentidos y las diversas clasificaciones del concepto de interpretación el propósito ahora es el de concretar nuestro objeto de estudio y, por ende, tratar de establecer las características y especificidades de la interpretación judicial que la diferencian, por un lado, de la interpretación en general y, por el otro, de la interpretación jurídica realizada por otros funcionarios o por los particulares. Sin embargo, antes de analizar las características y especificidades de la interpretación judicial, conviene detenernos en el problema de su centralidad e importancia en el ámbito general del derecho, después de lo cual será posible determinar las dificultades específicas a las cuales debe enfrentarse y que explican ese carácter complejo que comúnmente se le atribuye. Éstos serán los tres ejes analíticos alrededor de los cuales se desarrollará el tema de esta unidad, cuyo contenido se dividirá a partir de esta estructura.

2. CENTRALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Es posible plantear ciertas preguntas que se ubican en el centro de la actividad particular del juez y que se refieren, como ya se tuvo ocasión de señalar, a uno de los factores del concepto de derecho: ¿por qué es necesario interpretar el derecho?, ¿por qué las normas jurídicas deben ser sometidas a un proceso de precisión de su significado por parte del juez para que luego puedan ser aplicadas al caso concreto?, ¿por qué es importante, en el ámbito de lo jurídico, la interpretación judicial? Los anteriores interrogantes pueden, incluso, ser más contundentes y no preguntar por las razones de la necesidad y la importancia de la interpretación judicial, sino cuestionar que ella posea tales características: ¿es necesaria la interpretación judicial?, ¿es una actividad jurídica importante?

En la historia del pensamiento jurídico algunos han reconocido que la interpretación judicial del derecho, y la interpretación jurídica en general, se configura como una fase inevitable del proceso de aplicación de las normas, en la medida en que sólo de esta forma se puede tender un puente entre aquellas y las realidades que prenden regular. De esta forma, la interpretación judicial constituiría uno de los elementos integrantes de la naturaleza propia del derecho como sistema normativo. Otros han tomado un camino distinto y han considerado que la interpretación del derecho por parte del juez es una realidad de la gran mayoría de los sistemas jurídicos que han regido las sociedades occidentales y que puede gozar de una mayor o menor amplitud dependiendo de las circunstancias políticas, culturales y económicas respectivas y de la concepción del derecho que en realidad se tenga.

De estos dos modos de considerar la centralidad de la interpretación judicial nos ocuparemos a continuación.

2.1. RAZONES HISTÓRICO-POLÍTICAS

Comencemos por la segunda de las perspectivas que se acaba de plantear. La pertinencia de la interpretación que de las normas jurídicas hace el juez siempre ha sido objeto de reflexión y discusiones. La pregunta alrededor de la cual gira el debate es la de saber cuándo una norma jurídica da lugar a su interpretación y en qué medida ésta es fundamental para la determinación del contenido de aquella y para su aplicación. A primera vista pareciera que siempre que estamos ante una norma se hace necesario interpretarla (sobre todo si asumimos el concepto de interpretación *sensu largo*). Sin embargo, algunos autores pertenecientes a diversas tendencias filosófico-jurídicas y en distintos momentos históricos han intentado precisamente limitar la exigencia de realizar una interpretación judicial del derecho y que sea éste, y no su intérprete, el que ofrezca la solución del caso concreto. Aristóteles, por ejemplo, plantea la cuestión y propone una solución donde el contenido de la ley ocupa el lugar central haciendo de la interpretación una labor secundaria: «existen, entre otros, magistrados –como el juez– con autoridad para decidir sobre asuntos que la ley no puede determinar, puesto que en las materias que [sí] puede nadie discute que la ley es quien mejor manda»⁵¹. El alcance de la interpretación queda así reducido a la tensión entre la aplicación inmediata del contenido del derecho, por una parte, y la actividad interpretativa del juez sobre este contenido, por la otra.

Es posible reconstruir esta tensión en un esquema simple en el cual hay dos extremos enfrentados: en el primero se reconoce una gran amplitud a la interpretación del juez y, por ende, se advierte la importancia que tiene en el proceso de aplicación de las normas jurídicas; en el otro extremo se encuentran todos aquellos que desconfían de la intervención del juez por muy diversos motivos, entre los cuales ocupa un lugar predominante el temor a la arbitrariedad judicial, ya sea en contra de los principios de justicia vigentes, ya sea en contra de los derechos de los individuos que intervienen en el proceso judicial, ya sea en contra de las normas originadas en la voluntad de la autoridad política. La historia del derecho puede vislumbrarse a partir de este modelo que gira en torno a la centralidad de la interpretación judicial del derecho.

⁵¹ Aristóteles, *La Política: politeia*, trad. de Manuel Briceño Jáuregui, Bogotá: Panamericana Editorial, libro III, § 16, p 160.

Así, si se sigue un esquema histórico igualmente simple, durante la Edad Media se aceptó que el juez tuviera un margen considerable de acción a la hora de interpretar las normas que debía aplicar al caso concreto, lo cual se explica fundamentalmente por el predominio, durante este periodo, de la idea de que el derecho no se creaba ni se dictaba por voluntad humana alguna (particularmente por la voluntad de las autoridades políticas), sino que se hallaba, se descubría. El derecho estaba ya dado, derivándose –no podía ser de otro modo– del derecho natural como reflejo de los designios divinos, por lo que las distintas sociedades políticas se limitaban a adoptarlo a través de sus tradiciones y usos. En el proceso de aplicación del derecho así concebido, el juez estaba llamado a jugar un papel fundamental, pues era él quien debía cumplir la función de descubrirlo para después aplicarlo al caso. Por consiguiente, no se trataba de una labor exclusivamente cognoscitiva, sino que en tal proceso la voluntad del juez participaba de manera acentuada.

Cuando cambia esta concepción del derecho y comienza a ser considerado como producto inmediato de la voluntad de la autoridad política (proceso que se inicia con el surgimiento del Estado-nación a través de las monarquías absolutistas) el papel del juez igualmente se transforma: ya no es aquel personaje sobresaliente (la mayoría de las veces un señor feudal o alguien perteneciente a la nobleza) que tiene como misión descubrir el derecho, sino un funcionario subordinado a la autoridad política titular de la potestad legislativa, que se debe limitar a conocer el derecho, como producto de la voluntad de tal autoridad, y a aplicarlo de tal forma que su arbitrio participe lo menos posible. Las consecuencias de este modelo se acentuarán con las revoluciones liberales del siglo XVIII (especialmente la francesa de 1789), pues como la autoridad legislativa adquiere un mayor nivel de legitimidad con la caída de las monarquías absolutistas y el advenimiento de asambleas representativas pretendidamente democráticas, los jueces ven todavía más restringida su capacidad de decisión al interpretar el derecho, o en los términos de la época, la ley, que ahora es «la expresión de la voluntad general»⁵². La culminación de esta concepción restringida de la interpretación judicial aparece en el marco del proceso de codificación del derecho en Europa a lo largo del siglo XIX y se manifiesta en la concepción silogística de la aplicación de las normas del código por parte del juez.

⁵² Se trata de la célebre definición del artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que, a su turno, es una especie de positivación de la teoría rousseauiana de la legislación (Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social ou principes du droit politique*, libro II, capítulo VI).

No es pertinente adentrarnos en la evolución posterior, pues ello será materia de la segunda unidad que se ocupará de las más importantes escuelas de la interpretación jurídica. Con todo, es preciso resaltar la íntima relación que existe entre la forma como se concibe la interpretación judicial del derecho y el carácter que a éste último se le atribuye (lo cual será objeto de análisis en el siguiente apartado). Que en un régimen jurídico determinado se opte por una u otra opción respecto a la interpretación judicial dependerá en buena medida de la manera como se conciba la existencia del derecho –vinculada o independiente de la voluntad política– y, en últimas, de la concentración o distribución de las distintas competencias de ejercicio del poder político que determinan el lugar de los jueces al interior de la estructura de los poderes públicos.

Esto último nos permite detenernos también en otra tensión que caracteriza la actividad interpretativa en los regímenes jurídicos del pasado y del presente y que está profundamente conectada con la anterior. Por una parte, en ciertos contextos el juez realiza su actividad interpretativa al interior de lo que podemos llamar un proceso estricto de aplicación normativa, en donde ve limitada en mayor o menor medida las posibilidades de intervención de su voluntad. Lo importante es que en este caso, en un grado que dependerá de las circunstancias específicas del régimen jurídico dentro del cual realiza su función, el juez se encuentra vinculado por un sistema normativo que reduce de manera considerable las oportunidades para que su criterio influya en la decisión y, sobre todo, que limita la potestad del juez de estructurar el conjunto de fuentes jurídicas que deberá interpretar y aplicar al resolver el caso. Como ya lo supondrá el lector, estamos ante el modelo de derecho escrito de origen romano-germánico que, por lo general, se opone al modelo basado en el precedente judicial de origen anglosajón, comúnmente llamado *common law*⁵³.

En este último, el juez encuentra, en principio, más posibilidades de acción, puesto que participa en mayor medida en la configuración de las fuentes jurídicas

⁵³ Conviene distinguir varios significados del término *common law* contrastándolos con otros conceptos, tal como lo propone Gustav Radbruch (*El espíritu del derecho inglés*, trad. de Juan Carlos Peg Ros, Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 40): 1) el *common law* se distingue así del *civil law* (el *common law* es lo mismo que el *law of England*, y el Derecho romano se le contrapone como *civil law*); 2) el *common law* se distingue de la *equity* (frente a un ordenamiento estricto, el *common law*, se presenta un ordenamiento flexible, el «Derecho de equidad», que corrige la rigidez de aquél); 3) el *common law* se distingue finalmente del *statute-law* (en esta oposición, las decisiones judiciales contenidas en la jurisprudencia, en el «Derecho casuístico» [*case-law*], están al mismo nivel que el derecho contenido en las leyes). La primera y, sobre todo, la tercera son las distinciones pertinentes en el análisis que se está llevando a cabo.

a interpretar, en el sentido de que es él mismo el que considera el conjunto de decisiones que constituyen los precedentes del caso y, en concreto, el que elabora la regla (algunos la llaman la «subregla») que es el fundamento común de este conjunto de decisiones y que es la que debe ser interpretada⁵⁴.

De todas formas, en este segundo modelo el juez no está completamente liberado de vínculos normativos; sin embargo, si se le compara con el modelo de derecho escrito, participa de manera mucho más activa en la configuración de las normas a ser interpretadas, es decir, en la construcción paulatina del precedente judicial. Por ende, atar al juez a un modelo deductivista en el cual se limite a vincular la premisa mayor normativa con la premisa menor factual para dar lugar a una conclusión en la sentencia será, a primera vista, mucho más difícil en el sistema de precedente judicial que en el de derecho escrito legislado, en especial, el de derecho codificado, en la medida en que aquel supone alguna participación de la voluntad del juez en la verificación de las fuentes jurídicas a interpretar, esto es, en la premisa mayor del silogismo judicial. Con todo, es preciso no dejar de resaltar que un sistema de precedentes con un avanzado nivel de evolución, como el que actualmente conocemos en ciertos países (en especial en Inglaterra y en Estados Unidos), puede resultar tan limitador o vinculante para el juez como un sistema de derecho legislado, dado que los precedentes en muchos casos tienen un nivel tal de elaboración en cuanto al establecimiento de sus supuestos de hecho y consecuencias jurídicas que es poco lo que puede hacer el juez en su configuración y desarrollo.

2.2. RAZONES ONTOLÓGICO-JURÍDICAS

Ya se ha hecho referencia al vínculo que existe entre la manera como se entienda la interpretación jurídica y el concepto del derecho que se asuma como punto de partida, lo que demuestra que las consideraciones histórico-políticas y las ontológico-jurídicas sobre la centralidad de la interpretación judicial tienen más elementos comunes que diferencias. De todas formas, más que constatar hasta dónde se ha reconocido la importancia de la interpretación judicial en los regímenes jurídicos que en efecto han existido y existen, el propósito aquí es establecer si

⁵⁴ Es preciso indicar que el modelo de precedentes anglosajón surge a la manera de un derecho consuetudinario, pero con ciertos elementos especiales, puesto que la costumbre que es fuente de este Derecho no nace –como en ocasiones se cree– del comportamiento popular, sino del comportamiento particular de los jueces. Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos: introducción al derecho europeo y extranjero*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid: Debate, 1993, pp. 168-169.

hay algo en las condiciones constitutivas del derecho que conduzca necesariamente a una intervención del juez a través de la interpretación.

La respuesta a esta cuestión no parecería ser muy difícil de hallar en la medida en que es claro que el derecho se manifiesta a sus destinatarios a través del lenguaje que éstos utilizan para comunicarse en sus relaciones interpersonales (lo que los lingüistas denominan el «lenguaje natural»), por lo que se hace necesario tal proceso de interpretación para determinar el significado de expresiones, o incluso de oraciones enteras, que eventualmente pueden estar afectadas de un grado tal de indeterminación o vaguedad que ofrezcan dificultades para establecer si son aplicables o no a un caso concreto. H. L. A. Hart ha puesto de manifiesto esta característica del derecho: sin que importe si estamos ante el modelo de precedentes o el de legislación, pues ambos finalmente sirven para comunicar pautas o criterios de conducta, y por más que éstos operen sin dificultades respecto de la gran mayoría de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas, es decir tendrán lo que se ha denominado una «textura abierta» que no es una peculiaridad exclusiva del lenguaje jurídico, sino una característica general del lenguaje humano⁵⁵. Con esto se evidencia el carácter lingüístico que un amplio sector de la filosofía jurídica atribuye al derecho (aunque al respecto no hay un acuerdo unánime, como tuvimos ocasión de señalar), especialmente las escuelas y autores del siglo XX influenciados por la filosofía analítica.

La textura abierta del lenguaje jurídico, entendida como una característica general del lenguaje humano, puede explicarse más concretamente, aunque no exclusivamente, a partir de dos de sus elementos característicos: en primer lugar, no hay una necesaria relación de correspondencia exclusiva entre una entidad lingüística y una idea específica, ya que a una sola entidad lingüística pueden corresponder varias ideas o, por el contrario, una idea puede expresarse a través de varias entidades lingüísticas, como cuando con el término «gato» se puede tener en mente tanto un mamífero de la familia de los felinos como una herramienta hidráulica, o como cuando la idea de que alguien es amable se puede expresar mediante varios adjetivos: afable, gentil, atento, etc. En segundo lugar, aunque se puede estar de acuerdo en que en un texto aparece, por ejemplo, la palabra «justo» (para ello sólo basta con leerlo), puede haber un desacuerdo sobre la idea de «lo justo», aunque esto no sucede necesariamente así con todas las palabras u oraciones (por eso escogimos

⁵⁵ Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 159.

el ejemplo de la palabra «justo» y de la idea de «lo justo»). Las distancias entre la entidad lingüística y la idea (o ideas) que aquella pretende expresar, por un lado, y los diversos sentidos que puede tener una idea, por el otro, explican en buena parte la necesidad de la interpretación en el derecho, en la medida en que está formulado a través del lenguaje natural.

3. CARACTERÍSTICAS Y ESPECIFICIDADES DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Varias veces se ha hecho alusión a la posibilidad de que la interpretación judicial sea caracterizada frente a la interpretación en general, por una parte, y frente a la interpretación del derecho realizada por otros funcionarios y por los particulares –lo que puede ser llamado «interpretación jurídica no judicial»–, por la otra. Al realizar este ejercicio comparativo, tendremos un panorama de las principales especificidades de la interpretación judicial.

3.1. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL FRENTE AL CONCEPTO GENERAL DE INTERPRETACIÓN

Antes de iniciar el paralelo entre estos dos conceptos, es preciso retomar una precisión terminológica a la que ya se había hecho referencia en uno de los ejercicios de la primera parte de esta unidad. Se decía allí que la interpretación realizada por fuera de la esfera del derecho, o por lo menos una de sus vertientes esenciales, puede ser denominada interpretación «ideológica», dentro de la cual se comprende la interpretación en diversas áreas del conocimiento: la interpretación filosófica, la teológica, la moral, la política, la sociológica, etc. Lejos de querer hacer una clasificación general de los tipos de interpretación, algo que está fuera del propósito de este módulo, se reúnen todas estas actividades interpretativas bajo el término «interpretación ideológica» para poder concretar los términos de la comparación que se quiere desarrollar y para poder contrastarla más explícitamente con la interpretación jurídica.

A primera vista pareciera que la interpretación judicial del derecho (y la interpretación jurídica en general) fuera una especie dentro de este gran género que hemos llamado la interpretación ideológica, y que como especie compartiría las características principales del género, siendo las diferencias sólo una cuestión de grado. No obstante, estas diferencias apuntan a elementos centrales y específicos de la interpretación judicial, lo cual permitiría ubicarla no al interior del concepto

general de interpretación ideológica, sino más bien al frente de éste. Las diferencias que conducen a semejante cambio de perspectiva también han sido enunciadas de manera muy somera más arriba, en las actividades pedagógicas. Pasemos pues a su análisis concreto.

3.1.1. EL CARÁCTER DOGMÁTICO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Ya indicábamos que la interpretación judicial, como manifestación específica de la interpretación jurídica, se distingue de la interpretación filosófica, política, moral, en fin, de la interpretación ideológica, en que no cuestiona sus puntos de partida; en otras palabras, en que no suscita interrogantes respecto a la presencia de las fuentes jurídicas que deben ser objeto de interpretación. Esto no significa que el intérprete jurídico y el juez no se planteen preguntas respecto al contenido y al alcance de tales fuentes jurídicas (de esto se trata, precisamente, la interpretación del derecho), sino que se parte del supuesto de que la interpretación no puede superar el límite del derecho entendido como su objeto central de examen. Lo que no se cuestiona, entonces, es que el derecho deba ser interpretado y que es el origen inevitable de toda actividad judicial. Todo lo anterior permite configurar el concepto de dogmática en el derecho alrededor de lo que N. Luhmann ha denominado «la prohibición de la negación», dado que en las cadenas de argumentación jurídica no es posible negar los puntos de partida⁵⁶.

Inclusive, esta situación del juez respecto al derecho se puede considerar de manera mucho más tajante en la medida en que las normas jurídicas que aquel interpreta están sustraídas, en principio, de toda crítica de su parte, por lo menos en su fuero externo. Aquí la cuestión se hace mucho más compleja puesto que, por un lado, es difícil encontrar un juez que interpretando afirme explícitamente que las normas que interpreta son injustas, inconvenientes, inmorales, en fin, que haga una valoración negativa del contenido de las mismas, lo cual es todavía más patente si pasamos del nivel de las normas al nivel del sistema jurídico (es mucho más difícil imaginar que un juez reconozca que interpreta un sistema jurídico injusto).

Lo anterior no implica que los jueces no hagan, pues de hecho lo hacen, observaciones sobre algunos otros aspectos de las normas, por ejemplo su poca claridad en la redacción, su incongruencia con otra norma del sistema, u otro tipo

⁵⁶ Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 27-28.

de cuestiones que, con todo, no llegan a afectar la continuidad misma de la norma como pauta o criterio de conducta a seguir por los jueces; se trataría más bien, si se puede decir así, de cuestiones «técnicas». No obstante, por otro lado, no es posible desconocer que en su fuero internorma No, y en esto la historia del pensamiento jurídico no deja de mostrar ejemplos, el juez puede plantearse la cuestión de cómo interpretar una norma jurídica que considera injusta y que, por consiguiente, puede derivar en una decisión injusta. Esto último, de lo que nos ocuparemos más adelante (en el apartado 3.2.3.), nos permite pasar a la siguiente especificidad de la interpretación judicial respecto a la interpretación vista de manera general.

3.1.2. EL RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN: LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

Acabamos de plantear el difícil problema de la interpretación entendida como mecanismo para llegar a una decisión judicial justa. Sin embargo, en lo que respecta a la corrección de la decisión judicial, es decir, en lo que respecta a la respuesta a la pregunta de cuándo una decisión judicial es correcta, es preciso detenernos antes en el propósito peculiar de la interpretación judicial —que en cierta medida comparte con la interpretación jurídica en general— de respeto por la coherencia y la integridad del derecho. Decíamos en los comentarios a las actividades pedagógicas que es posible constatar en la interpretación que del derecho hace el juez el objetivo constante de ceñirse a las normas jurídicas, aunque el hecho de que esto se logre puede ser puesto en duda en lo que a un caso concreto se refiere. Basta con tratar de imaginar a un juez afirmando explícitamente que su sentencia se fundamenta en el desconocimiento de los contenidos de las normas jurídicas, en una contradicción manifiesta con éstas o en una interpretación errónea de las mismas, para entender este carácter de la interpretación judicial.

Se trata de una peculiaridad que permite diferenciar la interpretación judicial de la que es realizada por fuera del ámbito del derecho: por un lado, en esta última las posibilidades de incertidumbre no son rechazadas de plano, pues el hecho de que se produzcan diversas interpretaciones es considerado en ocasiones como una riqueza que permite el avance de la reflexión (piénsese en la interpretación filosófica, la literaria, la política, etc.); por otro lado, en la interpretación judicial, aunque es posible aceptar también que existen varias interpretaciones de una misma fuente jurídica, el propósito será siempre el de confluir en una sola de ellas, propósito que se explica, en lo esencial, por la obligación de decidir un caso concreto y por la intención de asegurar cierta uniformidad en la decisión de los casos. De esta forma, el juez siempre pretenderá que la suya es la interpretación que mejor se ajusta al derecho,

la que mejor hace entender su contenido y la que permitirá su mejor aplicación al caso concreto. Esto puede ser posteriormente rebatido, ya sea por las partes en el proceso, ya sea por otro juez en una instancia superior, ya sea por la crítica que otros juristas hagan de la decisión tomada. Sea como fuere, mientras que, por ejemplo, la interpretación literaria, y en general la interpretación artística, aspiran en mayor medida a ofrecer cierto punto de vista sobre determinada obra y menos a producir de algún modo la interpretación correcta de la mism⁵⁷, la interpretación judicial sí persigue alcanzar una interpretación correcta del derecho, en el sentido de hacer lo mejor posible con el material jurídico que el juez tiene a su disposición, todo lo cual constituye la «pretensión de corrección» que estaría presente incluso en cualquier forma de interpretación jurídica.

La tesis de la «pretensión de corrección» la propone R. Alexy como uno de los elementos del concepto de derecho, en tanto que permite establecer un vínculo de éste con la moral, particularmente desde la perspectiva de un participante en el propio sistema jurídico (como lo sería, por ejemplo, un juez)⁵⁸. Para explicarla, este autor nos invita a que imaginemos una sentencia en la que se afirme lo siguiente: «el acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua». Con una sentencia así, además de incurrir en una irregularidad jurídica, el juez que la pronuncia comete una «contradicción preformativa», esto es, una falla conceptual en contra de reglas que permiten que ciertas expresiones lingüísticas sean consideradas también como acciones en sí mismas (los «actos lingüísticos») y que consiste en que el contenido de un acto lingüístico es contrario a lo que pretende realizarse con el mismo, si bien esta pretensión se plantea con la realización de dicho acto⁵⁹. Así, con

⁵⁷ En sentido contrario véase Dworkin, *ob. cit.*, pp. 150-151.

⁵⁸ Alexy, Robert, «El concepto y la validez del derecho» en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 41-45. Véase también de este mismo autor: *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 208-211 y 313-314; «Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral», en Vásquez, Rodolfo y Alexy, Robert, *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona: Gedisa, 1998.

⁵⁹ Algo similar sucedería si alguien afirma «el gato está sobre el tapete, pero yo no lo creo», dado que del acto lingüístico consistente en efectuar una afirmación hace parte la pretensión de que lo que se afirma es verdadero. Este ejemplo, al que se refiere el propio Alexy, es planteado por J. L. Austin (Austin, John Langshaw, *How to Do Things with Words*, Cambridge: Harvard University Press, 1962, p. 48; v. e. *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, trad. de Genaro R. Carrión y Eduardo A. Rabossi, Ediciones Paidós, 1981).

una sentencia judicial se formula siempre la pretensión de que el derecho es interpretado y aplicado correctamente, o por lo menos que esta pretensión pueda ser satisfecha; sin embargo, el contenido de la sentencia del ejemplo contradice la pretensión formulada con su expedición.

Ahora bien, con la noción de interpretación correcta, como se indicó al principio de este apartado, se hace referencia no sólo a su correspondencia con el derecho o a su coherencia lógica, sino también a una valoración de sus contenidos, ya sea a través de un criterio de justicia, de moralidad, de conveniencia política, de pertinencia económica, etc., asunto del cual nos ocuparemos posteriormente.

3.2. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL (OPERATIVA) FRENTE A LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA NO JUDICIAL (DOCTRINAL)

A lo largo de la historia del pensamiento jurídico, en especial durante las últimas décadas, un número considerable de autores se han ocupado de la cuestión de las especificidades de la interpretación judicial del derecho frente a la interpretación jurídica no judicial. A continuación, sin pretender ser exhaustivos, se explicarán tres de las más destacables características específicas de la primera respecto a la segunda: la vocación práctica, el carácter institucionalizado y la corrección material de la interpretación judicial.

3.2.1. VOCACIÓN PRÁCTICA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL: SUS EFECTOS

Para comprender los alcances y efectos de la interpretación judicial frente a otros tipos de interpretación jurídica es posible recurrir a un ejemplo.

Una mañana el juez Miguel Ángel Vargas hace la presentación de su libro «la falacia de la buena fe» en el que, a partir del análisis y la interpretación de los más importantes autores que se han ocupado del principio de la buena fe, llega a la conclusión de que pretender entender la buena fe como el principio que indica que «cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, o sea por medio de la lealtad y sinceridad»⁶⁰, es una inconsistencia con las realidades que

⁶⁰ Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monzalve, Álvaro, *Derecho Civil: Parte General y Personas (tomo I)*, Bogotá: Temis, 1994, p. 169.

la economía de mercado actual supone y que, más bien, no queda otra opción distinta a la de considerar que la buena fe sea lo último que hay que esperar en la realización de los negocios y en el cumplimiento de las obligaciones. El libro y sus conclusiones desencadenan la publicación de varios artículos en los que se defiende tal principio al considerarlo precisamente como un elemento esencial de las relaciones económicas y de la viabilidad del intercambio de bienes y servicios. Hacia el medio día nuestro juez se dirige a la Universidad para dictar su curso de derecho civil. El tema de la clase es el de la aplicación del artículo 1744 del Código Civil que prescribe que «si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad». El juez afirma entonces que como consecuencia de esta norma si alguien oculta su incapacidad y aparenta que es capaz no podrá alegarse la nulidad que normalmente afectaría un contrato celebrado por un incapaz. Un alumno le pregunta si esta norma constituye un caso específico de la aplicación del principio de la buena fe a favor de terceros que celebren un contrato con un incapaz que aparentó no serlo. El juez, todavía influido por su conferencia de la mañana, responde a su estudiante de manera algo severa que tal principio es la invención de algunos juristas románticos que aún creen en semejantes quimeras y que se trata simplemente de dar a los actos realizados por personas que demostraron no ser tan incapaces (pues lograron hacer creer que no lo eran) los efectos que normalmente tendrían y de esta forma aplicar el principio de la seguridad jurídica. Esta interpretación genera bastante consternación entre algunos estudiantes que habían leído tratados de derecho civil en los que se afirmaba que el artículo 1744 era una aplicación del principio general de la buena fe exenta de culpa. Después, en la tarde, el juez Vargas redacta una sentencia en la que sostiene que cuando alguien adquiere un bien inmueble de acuerdo con un certificado de la Oficina de Instrumentos Públicos que demuestra que el vendedor es el propietario del mismo, el adquirente obtiene la propiedad a pesar de que después se compruebe que el inmueble pertenecía a una sociedad conyugal disuelta pero aún sin liquidar. El Juez, olvidando lo que con tanta vehemencia había dicho en la mañana, dice fundamentar su decisión en el principio de buena fe y en el del «error invencible», puesto que el comprador, actuando prudente y diligentemente, no tenía otro medio diferente

al del certificado para conocer quién era el verdadero propietario del inmueble⁶¹. Como consecuencia de esta decisión, la esposa del vendedor que había demandado la nulidad del contrato de compraventa interpone un recurso de apelación, discute con su abogado la viabilidad de una acción de tutela porque considera que la decisión desconoció el derecho a la propiedad y se ve enfrentada a diversas dificultades financieras pues del reconocimiento de su propiedad sobre el bien inmueble dependía al pago de varias obligaciones que había contraído, mientras que el satisfecho comprador decide demoler el inmueble y vender el terreno para que una empresa construya allí un parqueadero.

No es difícil constatar el hecho de que la interpretación del derecho realizada por un funcionario judicial tiene consecuencias trascendentales tanto para él mismo como para las demás personas que de alguna manera se ven afectadas por sus interpretaciones. En esto consiste el carácter práctico que siempre está presente en cualquier interpretación que un juez, en ejercicio de sus funciones, hace de una o varias normas jurídicas (entendiendo el concepto de norma jurídica en su más amplia acepción, la cual incluye los principios, las normas de competencia, la jurisprudencia, etc.). Para estudiar lo que hemos denominado la «vocación práctica» de la interpretación judicial nos restringiremos a uno de sus puntos más significativos: el de sus efectos.

La interpretación del derecho que un funcionario judicial lleve a cabo en desarrollo de sus competencias nunca pasará inadvertida. Así se trate del caso con menos trascendencia e importancia social, política o económica, sus consideraciones sobre el significado y alcance de las normas tendrán algún efecto que, si se observa desde la perspectiva de las personas que se verán afectadas con la decisión, puede ser considerable. En este sentido, tres serían las características centrales de las consecuencias de la interpretación judicial. En primer término, la interpretación de una o varias normas jurídicas por parte del juez afecta profunda y sustancialmente la decisión en un caso concreto. No se trata simplemente de lo que piensa el juez respecto al derecho aplicable al caso, sino de la solución misma que él ofrecerá a las partes y que estará sometida a la valoración de éstos y a la del resto de la comunidad. La relación entre la interpretación normativa y la decisión del caso específico es incuestionable, lo cual adquiere una dimensión más amplia cuando se considera la pretensión de buena parte

⁶¹ La Corte Suprema de Justicia ha tomado decisiones similares a la descrita en dos sentencias: la del 20 de mayo de 1936 y la del 23 de junio de 1958. Véase la Gaceta Judicial, tomo XLIII, pp. 45 y ss. y tomo LXXXVIII, pp. 230 y ss. respectivamente.

de los funcionarios judiciales de considerar su interpretación como la más acertada y la solución ofrecida como la correcta. Con ello, la interpretación y la solución adquieren, o por lo menos intentan adquirir con base en el principio de igualdad, cierta tendencia a la uniformidad, en el sentido de que más allá del caso concreto se trata de la interpretación que debe ser la de todo caso similar al resuelto con la sentencia proferida.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, las consecuencias de la interpretación judicial son directas e inmediatas en cuanto afecta de manera contundente la protección de los derechos y de los intereses jurídicamente protegidos de los individuos.

Es ésta una de las características diferenciadoras de la interpretación judicial, que hace parte del género de la interpretación «operativa», frente a otros tipos de interpretación jurídica no judicial, especialmente la que se ha sido distinguida con el nombre de interpretación «doctrinal». Mientras en esta última las consecuencias se limitan esencialmente a la discusión jurídico-académica sobre un punto preciso del derecho, en aquella los resultados de la interpretación trascienden los eventuales debates doctrinarios que pueden generar y llegan a afectar profundamente la vida de las personas sometidas a la decisión judicial e inclusive a desencadenar procesos políticos, económicos, sociales y culturales de magnitudes sorprendentes⁶². Ahora bien, ello no significa desconocer las importantes implicaciones que la interpretación doctrinal puede tener, sobre todo respecto a la interpretación judicial, pues muchas veces los jueces fundamentan la interpretación que hacen del derecho en las reflexiones contenidas en obras y textos jurídicos. Con todo, no es difícil observar que se trata de consecuencias indirectas de la interpretación doctrinal en la resolución de un caso concreto que necesitan del peldaño constituido por la interpretación judicial para tener semejantes alcances.

⁶² De todas formas, como lo explica A. Aarnio «todas estas diferencias son sólo diferencias en la función social de, por una parte, el juez y, por otra, el científico. Por lo que respecta a la *interpretación jurídica*, las similitudes son mayores que las diferencias». [...] «El científico no trabaja con casos concretos. El contenido de la interpretación científica es el examen de los casos típicos. Sin embargo, la dogmática jurídica y la aplicación del derecho se encuentran, en cierto sentido, del mismo lado del cerco. También el juez tiene que interpretar el derecho». Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 43-44.

En tercer lugar, la interpretación judicial se caracteriza por la autoridad, la persuasión y la fuerza que le imprime el hecho de estar contenida en la sentencia que pone fin a una instancia o definitivamente al caso. Se trata de la persuasión y la fuerza que en general identifica a todos los elementos que constituyen el sistema jurídico, dada la naturaleza coactiva típica –pero no exclusiva y, por ende, sólo parcialmente diferenciable– del derecho⁶³.

No obstante, la interpretación judicial supone una preponderancia distintiva de estas características puesto que, por una parte, es el fundamento de la solución a un caso concreto planteado ante el juez y, como se ha indicado ya, de ella depende directamente el reconocimiento (y la consecuente protección) o la negación de los derechos y de los intereses de uno o varios individuos; por otra parte, la interpretación contenida en una sentencia judicial posee por excelencia una disposición a la eficacia que en términos comparativos es más fuerte que la de las demás normas del sistema jurídico, porque, en principio, la sentencia judicial es ya la aplicación de una o varias normas jurídicas y el camino que termina con el comportamiento conforme a derecho ha sido en buena parte recorrido, lo cual no significa que no sea posible la ineficacia respecto a las decisiones de los jueces⁶⁴. Finalmente, la persuasión puede ser más fuerte en la medida en que la interpretación sea desarrollada por un juez de mayor jerarquía dentro de la estructura institucional jurisdiccional.

3.2.2. CARÁCTER INSTITUCIONALIZADO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Este último aspecto nos permite pasar a la siguiente característica de la interpretación judicial: su carácter fuertemente institucionalizado. En general, la

⁶³ Para una exposición de las diferentes doctrinas sobre el particular carácter coactivo que caracteriza a las normas jurídicas y que las diferencia de las normas de la moral y de los usos sociales véase: Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 1994, pp. 99-113. De acuerdo con este autor el criterio para distinguir las normas jurídicas de las normas morales y del conjunto de las normas o usos sociales es la naturaleza de la sanción que respalda su eficacia. Así, aquellas son «normas cuya violación tiene como consecuencia una respuesta externa e institucionalizada. [...] Diremos entonces, con base en este criterio, que “normas jurídicas” son aquellas cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada».

⁶⁴ De la relación entre eficacia y aplicabilidad de las normas jurídicas se ocupa de manera detallada Navarro, Pablo Eugenio, *La eficacia del derecho: una investigación sobre la Existencia y el funcionamiento de los Sistemas Jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 25-26.

interpretación es una actividad que de una u otra forma siempre está sometida a parámetros mínimos para su realización. Por ejemplo, la interpretación literaria debe seguir ciertas pautas que están dirigidas principalmente a mantener el vínculo entre ésta y el texto objeto de estudio. Con todo, la interpretación judicial, en cuanto tal, está dominada por criterios de elaboración que influyen profundamente en su desarrollo, estructura y conclusiones. Las particularidades de estos criterios que constituyen el carácter institucionalizado de la interpretación judicial pueden reunirse en dos grupos que se refieren, por una parte, al sujeto activo de la interpretación y, por la otra, a las pautas de elaboración y desarrollo en sí mismas consideradas.

3.2.2.1. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En un contexto diferente, el filósofo del derecho inglés H. L. A. Hart explica indirectamente la naturaleza institucional de la interpretación judicial al constatar que la función de los jueces está determinada completamente por el ordenamiento jurídico gracias a que es éste el que establece, a través de un tipo especial de normas —denominadas por este autor «reglas de adjudicación»—, quiénes son jurídicamente competentes para realizar una interpretación revestida de autoridad de las normas que lo constituyen: «Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir. [...] Aunque pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones. Estas reglas [...] definen un grupo importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia»⁶⁵.

Por consiguiente, es el mismo ordenamiento jurídico el que define cuál es la interpretación revestida de la autoridad judicial, por medio de la designación de las personas que van a realizarla, establecida en normas que confieren poderes. No se trata, pues, de una determinación material, es decir, de acuerdo con los contenidos de la interpretación normativa, sino formal respecto al sujeto competente para su elaboración. El contenido de la interpretación interesa en el sentido de que la estructura jerárquica jurisdiccional lo va depurando para lograr así la unidad y la coherencia pretendida por el ordenamiento jurídico. Pero se trata de un rasgo que aparece posteriormente al establecimiento de la competencia del juez para interpretar, con un respaldo jurídico-institucional, las normas de derecho.

⁶⁵ Hart, *ob. cit.*, p. 120.

3.2.2.2. PAUTAS NORMATIVAS DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

En el extracto citado, al indicar que las reglas que identifican a los jueces establecen igualmente el procedimiento a seguir, Hart hace referencia también al carácter institucionalizado de la interpretación, pero explicado ahora por la presencia de pautas normativas que determinan su elaboración. Muy seguramente la interpretación que los jueces desarrollan de las normas jurídicas es la más reglamentada de todas, incluso si se la compara con la que realizan otros funcionarios públicos, puesto que existen un gran número de preceptos a los que debe ajustarse y que hacen parte del sistema normativo del derecho⁶⁶. Ejemplos concretos de este tipo de preceptos son los contenidos en el capítulo IV (artículos 27 a 32) del Código Civil colombiano que se ocupa de la interpretación de la ley; de igual forma lo son las normas de la primera parte (artículos 1 a 49) de la Ley 153 de 1887 que trata de las «reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes». Esta especificidad de la interpretación judicial se une a «la prohibición de la negación» de los puntos de partida⁶⁷, que también la determina frente a otras formas de interpretación, para lograr la muy antigua, pero nunca abandonada, pretensión de articular la decisión judicial con la norma que ésta pretende interpretar y aplicar.

3.2.3. CORRECCIÓN MATERIAL DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

A parte de estar sometida a pautas normativas que limitan la actividad interpretativa del juez, ya anunciábamos, al comparar la interpretación judicial con otras formas de interpretación por fuera del derecho, que aquella está intensamente condicionada por su pretensión de corrección, rasgo que se ve reforzado cuando se la compara con la interpretación jurídica no judicial. Igualmente se observaba que la corrección que persigue toda interpretación judicial va dirigida en primer lugar —casi por anonomasia— hacia el derecho. Sin embargo, cuando el juez lleva a cabo sus funciones, en la mayor parte de los casos, no reivindica solamente la adecuación de su interpretación al contenido de las normas jurídicas, sino también al de otro tipo de ordenamientos normativos, con lo que la cuestión de la corrección se hace aún más compleja. Para examinarla nos ocuparemos en primer término de la pretensión de corrección jurídica de la interpretación judicial para pasar, en segundo término, al estudio de lo que puede denominarse la pretensión de corrección supra-jurídica.

⁶⁶ Ost, François y Kerchove, Michel van de, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles: Bruylants, 1989.

⁶⁷ Véase *supra p.* [...].

3.2.3.1. LA CORRECCIÓN JURÍDICA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

La adecuación de la interpretación del juez al ordenamiento jurídico se ha expresado siempre por medio de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales en derecho. Esto explica, por ejemplo, el mandato del artículo 230 de la Constitución Política colombiana, de acuerdo con el cual «los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley». De manera similar, según el Código Civil (artículo 26) «los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido». Se trata, por consiguiente, de una auto-referencia que pretenden garantizar el vínculo entre sentencia y ordenamiento jurídico a través de la limitación del objeto de interpretación por parte del juez.

Pero es más, no basta con la instauración de este tipo de obligación dirigida a los jueces, sino que también es necesario un cierto grado de eficacia de este principio para la estabilidad misma del sistema. En este orden de ideas, para Hart la existencia de un ordenamiento jurídico depende en parte del hecho de que los jueces (y en general los funcionarios) apliquen y por esta vía interpreten efectivamente las normas pertenecientes al mismo: «ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y ajenas»⁶⁸. Como puede observarse, los jueces deben tener respecto a las normas que conforman el derecho lo que este autor denomina «punto de vista interno», es decir, una actitud activa frente a éstas en el sentido de que las aceptan como tales y como pautas o modelos de conducta que imponen obligaciones, por lo que su comportamiento conforme a ellas no se fundamenta en un simple cálculo de probabilidades con el objeto de evitar las consecuencias desagradables de la sanción. Esta última postura frente a las normas es lo que Hart denomina el «punto de vista externo»⁶⁹.

⁶⁸ Hart, *ob. cit.*, p. 145.

⁶⁹ *Idem*, p. 110-111. Respecto al vínculo entre la interpretación judicial y los conceptos de punto de vista interno y punto de vista externo respecto al derecho véase: Aarnio, Aulis, *On legal reasoning*, Helsinki: Loimaa 1977, pp. 3 y ss. Páramo, Juan Ramón de, H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 323-333. Conviene señalar también que no hay unanimidad respecto a que los jueces siempre asumen un «punto de vista interno» frente a las normas que interpretan y aplican. Diversas corrientes del pensamiento jurídico, entre las que cabe destacar la Critical Legal Studies y la escuela del Uso Alternativo del Derecho, consideran que el juez, al momento de decidir un caso, a pesar de que está obligado a aplicar el sistema de fuentes jurídicas, puede asumir una postura crítica ante las normas que interpreta y, de esta forma, fomentar un movimiento de opinión al interior de la comunidad jurídica en vista a una reforma de las normas objeto de cuestionamiento.

La corrección jurídica está implícita constantemente en la interpretación judicial ya que, por un lado, configura el punto de partida de todo el proceso interpretativo y, por el otro, constituye una finalidad que debe alcanzarse incluso una vez realizada la interpretación y ofrecida la solución del caso concreto. La sentencia debe estar fundada en derecho, lo cual significa que el objeto de reflexión del juez ha de ser, por excelencia, las normas del sistema jurídico. Con este postulado se inicia la interpretación; bajo este postulado se desarrolla todo el proceso de análisis y deliberación; hacia este postulado se dirigen las críticas y aprobaciones que sobre la interpretación contenida en la sentencia se produzcan.

3.2.3.2. LA CORRECCIÓN SUPRA-JURÍDICA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

La auto-referencia a la que se hacía alusión, además de ser planteada como un mandato dirigido a los jueces, es impuesta, en buena parte de los casos, de manera excluyente; en otros términos, la obligación de fundamentar las sentencias en derecho excluye que se interpreten otras normas diferentes a las pertenecientes al ordenamiento jurídico.

En este sentido, D. Mendonça propone el siguiente enunciado respecto a tal obligación: «las resoluciones judiciales deben fundamentarse en normas jurídicas, de manera que a los jueces no les está permitido evadirse del campo del derecho y recurrir a fuentes extrajurídicas, salvo disposición expresa del propio sistema que así lo autorice, en cuyo caso el fundamento final de la decisión reposará nuevamente, de alguna manera, en normas de derecho»⁷⁰. La misma Constitución colombiana parecería dirigirse también hacia el establecimiento de un mandato de interpretación exclusiva del derecho al considerar, en el inciso segundo del artículo anteriormente citado, que «la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial».

Frente a todo lo anterior, bastante remota sería la posibilidad de que la interpretación judicial tuviera que adecuarse a ordenamientos normativos diferentes al del derecho. Sin embargo, no es difícil constatar que la gran mayoría de los jueces no sólo consideran sus interpretaciones como acordes con las normas jurídicas,

⁷⁰ Mendonça, Daniel, «Aplicación del Derecho», en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid: Trotta, 1996, p. 267.

sino también como justas, conformes a la moral o políticamente convenientes. Si preguntásemos a un juez sobre los contenidos de la interpretación que ha realizado de ciertas normas jurídicas y él respondiera «he tratado de hacer una interpretación conforme a derecho que sea injusta», no tendríamos más opción que la perplejidad frente a semejante respuesta. No es difícil constatar en la historia de la filosofía del derecho los múltiples intentos teóricos dirigidos a separar conceptualmente el derecho de la moral o de la justicia. Pero cuando se trata de la práctica judicial, cuando estamos frente a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, pensar en una ruptura total entre estos conceptos resulta todavía más difícil⁷¹.

Para comprender este fenómeno conviene nuevamente ubicarnos en una esfera más general que la de la interpretación judicial y observar los vínculos entre el concepto de derecho y los de justicia y moral. Es posible resumir buena parte de la historia de la filosofía del derecho de los siglos XIX y XX como el esfuerzo por parte de una escuela filosófico-jurídica, la del positivismo, de separar el derecho de la moral y la justicia. La culminación de todo este proceso puede encontrarse en la obra de H. Kelsen, para quien «la exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia»⁷². Ahora bien, es preciso hacer claridad sobre los objetivos de este autor al plantear estderecho y la moral, Kelsen pretendería subrayar los peligros, desde un punto de a separación. Más que establecer una diferenciación conceptual tajante entre el vista moral y crítico, de la confusión entre derecho y moral, en la medida en que puede ser considerado, usando las palabras de Neil MacCormick como un «moralista crítico»⁷³. Por ello afirma Kelsen que «quien niega la justicia de tal “derecho” tiene que probarlo; y esta prueba es prácticamente imposible ya que no hay un criterio objetivo de justicia.

⁷¹ No son pocos los análisis que pueden encontrarse sobre las valoraciones al interior de las interpretaciones judiciales del derecho, entre los cuales cabe destacar: Esquiaga, Ganuzas, «Los juicios de valor en la decisión judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 1, 1984, pp. 54 y ss.; Nino, Carlos Santiago, *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel: Barcelona, 1994, capítulo 3, pp. 84-129; Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos, 1987.

⁷² Kelsen, Hans, *ob. cit.*, p. 79.

⁷³ MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Londres: Edward Arnold, 1981, p. 169.

Por lo tanto, el efecto real de la identificación terminológica de derecho y justicia es una justificación ilícita de cualquier derecho positivo»⁷⁴.

Por lo demás, esta posición ayuda a entender el carácter del vínculo entre derecho y moral que supone el concepto de «pretensión de corrección», al que se hacía mención anteriormente, dado que con el mismo no se está suponiendo que todo derecho sea justo, sino que todo derecho pretende serlo, dirige todo su sistema normativo al establecimiento de un orden justo. Que éste en efecto lo sea o no es otro problema, el de la evaluación moral o ética del derecho, que es diferente, en principio, al de su definición. La interpretación judicial comparte esta pretensión de corrección que no se dirige exclusivamente a las propias normas jurídicas, sino que se extendería más allá del derecho positivo, lo cual explica que se pueda hablar también de una corrección supra-jurídica de la interpretación judicial. Si tomamos las palabras de Alexy, no solamente con el acto de dictar una constitución, sino con el de interpretarla (como con el de interpretar cualquier otra norma jurídica) «está vinculada necesariamente la pretensión de corrección que, en este caso, es, sobre todo, una pretensión de justicia⁷⁵.

Por consiguiente, toda interpretación que del derecho hagan los jueces pretende ser una interpretación con cierto grado de justicia, una interpretación que no contradiga abiertamente los criterios de justicia y moralidad que rigen en la sociedad o en los que el juez cree. Cuestión distinta a la pretensión que tiene una interpretación de ser justa es determinar que ésta de hecho lo sea, pues ello supone otro tipo de debate. El problema –el difícil y complejo problema– se presenta cuando el juez considera, en un caso concreto, que sus criterios subjetivos de moralidad o justicia, o los que se encuentran vigentes en la sociedad donde actúa, suponen consecuencias

⁷⁴ Kelsen, Hans, «Law, State and Justice in the Pure Theory of Law», en *Yale Law Journal*, No. 57, 1948, p. 383. En este mismo sentido, E. Garzón Valdés afirma que «a esta concepción parece subyacer no sólo el temor de una justificación ilícita de los ordenamientos jurídicos sino también —y esto es mucho más importante— la creencia de que el rechazo de la tesis de la separación destruye, o al menos reduce, la capacidad crítica de los ciudadanos». Garzón Valdés, Ernesto, «Algo más sobre la relación entre Derecho y Moral», en Vásquez, Rodolfo y Alexy, Robert, *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona: Gedisa, 1998, p. 154.

⁷⁵ Alexy, Robert, «El concepto y la validez del derecho», cit., p. 43. Para un análisis crítico y pormenorizado del concepto de «pretensión de corrección» véase: Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, cit., pp. 225-226.

distintas a las previstas por el derecho positivo. Se presenta así una formidable tensión entre lo que puede ser apreciado, si se asume una visión optimista en los dos extremos, como la ética de lo universal defendida por el juez, por un lado, y la justicia de las mayorías de una sociedad particular expresada en el derecho positivo, por el otro. La búsqueda de soluciones a esta eventual discrepancia al momento de realizarse la interpretación explica en buena parte las posiciones defendidas por las diversas teorías o doctrinas que se han ocupado del problema de la interpretación jurídica. En la próxima unidad nos detendremos en este asunto.

4. DIFICULTADES DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Indicar en un modulo dirigido a jueces y otros funcionarios judiciales el hecho de que la interpretación judicial es una actividad que ofrece todo género de obstáculos parecería ser una perogrullada. Es posible constatar, incluso por fuera del escenario de la administración de justicia, cierto acuerdo sobre las tremendas dificultades que deben enfrentar los jueces y sobre las cualidades que requieren para poder superarlas:

¿Sería usted, lector, apto para ejercer la profesión del juez?

Se trata siempre de olvidarse de uno mismo y de conseguir que las personas juzgadas sean puestas lo más posible en un plano de igualdad.

¿Sería usted, según es, buen juez?

Responda a estas diez preguntas:

1. ¿Es incapaz de no corresponder a las gentilezas ajenas?
2. ¿Tiene buena memoria para los beneficios o las ofensas que recibe?
3. ¿Opina que la primera impresión es siempre la mejor?
4. ¿Le gusta llegar directamente a la conclusión?
5. ¿Le agrada la oratoria brillante?
6. ¿Le convuiven las películas como *Las dos huerfanitas*?
7. ¿Le desagradan, en cambio los filmes de personajes complicados?
8. ¿Es decidido partidario del "final feliz" de las novelas?
9. ¿Se "despista" con frecuencia cometiendo errores de personas, etc.?
10. ¿Se le escapan los problemas abstractos y busca siempre la vida, la realidad?

Cada "sí" es un punto negativo para sus aptitudes de juez. Puede considerarse ya satisfecho si sus "noes" superan los "síes"⁷⁶.

Nuestro propósito no es examinar todos los problemas que las cualidades del juez que acaban de ser presentadas pretenden resolver, puesto que ello nos llevaría

⁷⁶ Jiménez de Cisneros, Juan, *Los Hombres y el Derecho*, Madrid: Aguilar, 1959, 240.

a una reflexión sobre sus características personales de naturaleza intelectual, ética, política, estética, etc. Más bien queremos resaltar cierto tipo de dificultades que la interpretación jurídica plantea al juez en el marco de sus funciones y que pueden ser reunidas en dos grandes grupos: dificultades de orden práctico y dificultades que supone el propósito de lograr una decisión judicial «correcta».

4.1. LOS OBSTÁCULOS DE CARÁCTER PRÁCTICO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Interpretar no es una tarea fácil. El propósito de mantenerse fiel a lo que el autor ha dicho o ha escrito –si es que así entendemos el concepto de interpretación– es como el de cruzar un precipicio a través de una cuerda floja en medio de fuertes vientos: hay más probabilidades de caer en la distorsión y la deformación del pensamiento que de recrearlo y alimentarlo. No obstante, no hay que confundir interpretar con reproducir, y esto es lo que precisamente se quiere resaltar al hacer referencia a la función de re-creación que supone, en mayor o menor grado, toda interpretación. No se trata tan sólo de repetir –aunque muchas veces la interpretación puede acercarse a ello– sino de crear, en la medida de lo posible y de acuerdo con los propósitos concretos que se tenga, algo nuevo a partir del pensamiento elaborado con anterioridad.

Así, las diferentes versiones de una composición musical (piénsese por ejemplo en la canción *Yesterday* de los Beatles que tiene muchísimas versiones hechas por otros artistas) no son simples repeticiones de la versión original, lo cual resultaría bastante aburridor, sino re-creaciones, nuevas obras de arte, a partir de lo que un compositor quiso manifestar. De la misma forma, la interpretación de un texto (una obra literaria, por ejemplo) no es la simple repetición de lo que el autor quiso decir, sino la re-creación de su pensamiento a partir de la perspectiva que ha escogido el interprete para realizar su labor. Por ejemplo, la obra del escritor Jean-Jacques Rousseau ha sido interpretada desde los más disímiles puntos de vista: el puramente filosófico, el sociológico, el antropológico, el literario, el político, el pedagógico, el jurídico, etc.⁷⁷.

⁷⁷ Esta concepción –ciertamente amplia– de interpretación está vinculada con el hecho de que ha sido superada una visión en la que ella sólo podía arrojar un resultado (el «correcto», el «mejor», el «verdadero», etc.) para llegar a otra distinta en la que interpretar supone disímiles soluciones. «El significado tradicional de interpretación correspondiente al periodo clásico era el de “revelar”

Teniendo en cuenta todo lo anterior, parecería difícil comprender por qué a la interpretación de las normas jurídicas y, en particular, a la interpretación judicial de estas normas se le ha asignado durante tantos años ese carácter restringido y limitado que la ha acompañado persistentemente. Aquí es preciso recordar que hasta el siglo XVIII se reconocía un amplio margen al juez al momento de interpretar las normas. Las restricciones que aparecieron durante los años siguientes fueron fruto esencialmente de la pretensión garantista de proteger los derechos e intereses de las personas que acuden a los tribunales frente a la arbitrariedad judicial y, asimismo, fueron consecuencia de la pretensión de imponer los criterios políticos de las mayorías, expresados en el derecho aprobado por el órgano de representación parlamentario, sobre lo que individualmente pudiera pensar el juez⁷⁸. Con todo, conviene tener claro que en general la interpretación supone forzosamente cierta actividad de reelaboración de lo que se está interpretando, condición que se traslada al caso específico de la interpretación judicial del derecho donde el juez, por más que esté limitado por criterios formalistas o deductivistas, está forzado de una o otra forma, en mayor o menor grado, a reconstruir lo que dice el derecho para poder

o “hacer claro y explícito” el significado de un pasaje o texto; el significado más moderno, por su parte, es más subjetivo: “explicar” o ver bajo determinada luz. Sólo en el sentido moderno, la interpretación puede caracterizarse como “apenas” una interpretación. [...] *Grosso modo*, la perspectiva del siglo XVII, a la que muchos autores se refieren como “modernidad”, entrañó la invención de una nueva solución al problema de la interpretación de textos; lo que esos mismos autores llaman “posmodernidad” es el reconocimiento de que no hay solución definitiva». Olson, David R., *El mundo sobre el papel: el impacto de la escritura y la lectura en la estructura del conocimiento*, trad. de Patricia Willson, Barcelona: Gedisa, pp. 140-141.

⁷⁸ Este tipo de preocupación no ha dejado de tener importancia actualmente: «Seguridad absoluta no ofrece el Derecho, pero sí debe ser razonablemente previsible, pues de lo contrario estaríamos regulados por el parecer, el capricho o la arbitrariedad de quienes crean, interpretan y aplican las normas legales». Pinilla Campos, Ernesto, «Cuando las reglas de juego cambian», en *UN Periódico*, No. 30, 2002, p. 6. Aarnio considera que en esto consiste precisamente el concepto de certeza jurídica: «Se supone que el decidor, cualquiera que sea su posición formal, actúa de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Literalmente se trata de un caso de aplicación del *derecho*. Ello impone diversos tipos de presión sobre el decidor. [...] De acuerdo con la ideología del derecho basada en la democracia occidental y generalmente aceptada, no todo uso del poder legal es aceptable. Suponemos que el decidor no toma decisiones impulsivamente, por casualidad o de manera tal que el modelo de decisiones oscile en forma imprevisible. Se espera que el decidor adhiera lo más posible a la certeza jurídica». Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, cit., pp. 25-26. Sobre la evolución de los límites a la actividad judicial al momento de interpretar el derecho véase: Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, trad. de Andrés Ibañez et al., Madrid: Trotta, 1998, pp. 33-44.

aplicarlo al caso concreto. Que el juez debe aplicar las normas jurídicas siguiendo una estricta estructura lógico-formal (cuyo ejemplo más esgrimido es el del silogismo judicial) no es una característica propia e inevitable del concepto de derecho, sino una opción ético-política que ha sido defendida a favor de determinados intereses y que, como tal, puede ser objeto de aprobación o de crítica desde este preciso enfoque.

A pesar de esta característica común compartida por la interpretación general (jurídica y no jurídica) y por la interpretación judicial, existen diversos elementos prácticos de esta última que le otorgan su carácter especial y, si se quiere, dramático, entre los que vale la pena destacar dos. En primer lugar, las limitaciones de índole temporal a las que se enfrenta el juez cuando debe interpretar normas jurídicas para decidir un caso concreto, en el sentido de que aquel no dispone de largos períodos para estudiar y analizar las disposiciones concernientes. A pesar de ello, al tener buena parte de los procesos una extensa –y en ocasiones exagerada– duración y frente a las dilaciones a las que son sometidos eventualmente por las partes, usualmente se piensa que el juez no estaría supeditado a este tipo de dificultades. Sin embargo, la práctica judicial demuestra que ante la inmensa cantidad de casos que cada juez debe decidir y ante una tendencia generalizada a la reducción de los términos procesales para garantizar una pronta solución de los conflictos y la protección de los derechos de los ciudadanos (el ejemplo de la acción de tutela así lo evidencia), el tiempo del que se dispone, no en términos absolutos sino respecto a cada caso, es ciertamente bastante reducido. La consecuencia de esta situación, desde el punto de vista de la interpretación, es el riesgo de una menor calidad en su elaboración, exposición y justificación argumentativa. Así, al ser constantes las acusaciones sobre superficialidad en el análisis, errores en la razonamiento, inconsecuencias sistemáticas, etc., la legitimidad del juez puede verse afectada, legitimidad que no está fundamentada democráticamente (pues los jueces no son elegidos mediante mecanismos electorales) más que de manera indirecta, en la medida en que el juez aplica la norma jurídica creada por el órgano de representación política (parlamentos, congresos, asambleas, etc.)⁷⁹.

⁷⁹ La relación entre justificación de la interpretación y legitimidad de la persona u órgano que la realiza (el «decidor») es puesta de relieve por Aarnio: «El decidor ya no puede apoyarse en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones». Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, cit., p. 29.

En segundo lugar, como si fuera poco, al interpretar el juez se enfrenta a dificultades de orden cognoscitivo que afectan dos aspectos fundamentales del proceso de interpretación: por una parte, el conocimiento de los hechos que solamente puede realizarse a través de las pruebas que, a su turno, están afectadas por el manejo que de ellas hacen las partes, por las limitaciones de orden técnico, por la carencia de recursos de todo orden y, además, los obstáculos que pueden ofrecer algunos casos respecto al manejo de una abrumadora cantidad de información sobre los sucesos relevantes para el mismo⁸⁰; por otra parte, el conocimiento del derecho aplicable puede suponer también en ciertos casos enormes complejidades, teniendo en cuenta que la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema cerrado y completo es puesto en duda cada vez con más frecuencia⁸¹.

4.2. LAS DIFICULTADES PARA ALCANZAR UNA DECISIÓN JUDICIAL «CORRECTA»

Hemos visto que la pretensión de corrección de la interpretación judicial se despliega en dos esferas que, aunque distintas, se relacionan y se complementan en todo el proceso de la actividad interpretativa. Se trata, por un lado, de que la interpretación se adecue al ordenamiento jurídico, lo cual constituye el contenido de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales en derecho y, por otro lado, de que la interpretación desarrollada por el juez corresponda, al menos hasta cierto punto, a los criterios de justicia, de moralidad, de conveniencia política, etc., que rigen en la sociedad donde aquel desarrolla su función (incluso a aquellos que el juez posee como elementos de su propia moralidad crítica o subjetiva). La primera esfera corresponde a lo que hemos analizado como la corrección jurídica, mientras que la segunda corresponde a la corrección supra-jurídica de la interpretación judicial.

Teniendo esto en cuenta, cuando se pretende o se considera que la interpretación realizada por el juez ha dado lugar a una decisión «correcta», se está haciendo referencia a un fenómeno complejo en el que la decisión no es sólo «conforme a derecho», sino también posee otras cualidades que superan el ámbito estricto del ordenamiento jurídico. Normalmente se presenta una situación de armonía entre

⁸⁰ Ya se ha hecho referencia a las diferencias entre la interpretación de las normas y la de los hechos que sirven como condición a la aplicación de estas normas. Véase *supra* n. 41.

⁸¹ Al respecto véase: Cossío, Carlos, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*, Buenos Aires: Losada, 1939; Kerchove, Michel van de y Ost, François, *Le Système Juridique entre l'Ordre et le Désordre*, París: Presses Universitaires de France, 1988.

estas dos características; sin embargo, existen, y no son raras, situaciones de oposición entre los elementos de corrección jurídica y supra-jurídica de la interpretación judicial: «La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas»⁸².

En resumen, todo lo anterior se manifiesta en las eventuales controversias entre el principio de seguridad jurídica, por una parte, y la solución de las cuestiones planteadas por el caso concreto, por la otra, o, si se quiere, la tensión entre la conformidad al ordenamiento jurídico y el logro de la justicia material. Esta tensión explica como buena parte de los autores que se han ocupado de la cuestión de la interpretación correcta o de la decisión correcta en lo que a la actividad judicial concierne desarrollan un análisis en el que a la adecuación al ordenamiento añaden una correspondencia a valores y preceptos que existen más allá de la esfera del derecho, aunque muchas veces aquellos definen y fundamentan los contenidos de éste.

En este sentido, N. MacCormick considera que justificar una decisión en un caso difícil, es decir, en un caso en el que no basta la justificación deductiva, consiste en realizar un proceso complejo en el que se deben cumplir tres requisitos: el requisito de la universalidad, el requisito de la consistencia y de la coherencia, y el requisito de tener en cuenta las consecuencias de la decisión. Como tendremos ocasión de verlo en la segunda unidad⁸³, todas estas exigencias que, al cumplirse, permitirían llegar a una decisión correcta fundamentada en una interpretación apropiadamente realizada, superan el criterio exclusivo de la adecuación al ordenamiento y tienen en cuenta elementos tales como que las normas objeto de interpretación puedan ser subsumibles bajo una serie de principios generales o valores que configuran, tomados en conjunto, una «forma de vida satisfactoria», o que la decisión tenga en cuenta las consecuencias que puede provocar. Todo ello, y otros elementos adicionales, permiten comprender la idea de MacCormick de que la interpretación del juez debe lograr la justicia conforme a derecho⁸⁴.

⁸² Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Trotta, 1998, p. 266.

⁸³ Véase *infra* p. [...].

⁸⁴ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, New York: Oxford University Press, 1978, pp. 96 y ss.

De manera similar, para Dworkin no es suficiente con que la decisión se adecue al derecho, el cual es caracterizado por este autor como una compleja práctica social que supera el modelo de ordenamiento normativo propuesto por el positivismo. Son, en últimas, criterios que están por fuera del ordenamiento jurídico estrictamente considerado los que determinaran si nos encontramos ante una decisión judicial correcta: «La dimensión de la moralidad política supone que, si dos justificaciones ofrecen la misma adecuación con los materiales jurídicos, una de ellas ofrece mejor justificación que la otra si es superior como teoría política o moral; esto es, si está más cercana a abarcar los derechos que la gente de hecho posee»⁸⁵.

Esta aspiración de alcanzar una decisión judicial que esté respaldada por la mejor o más correcta interpretación del derecho se enfrenta a muchos obstáculos, de los cuales conviene destacar alternativamente dos grupos de ellos. En primer lugar, puede ser difícil alcanzar una decisión o una interpretación correcta porque el derecho –entendido de manera estricta como sistema normativo– no prevé una solución o una respuesta clara para el caso planteado al juez. Esta indeterminación puede darse ya sea porque se presenta lo que tradicionalmente la doctrina ha denominado lagunas o vacíos del derecho, ya sea porque existe un conflicto normativo o antinomia jurídica⁸⁶. En segundo lugar, y ubicado en el otro extremo del espectro de dificultades que limitan al juez en el desarrollo de una interpretación que dé lugar a una decisión correcta, una excesiva determinación jurídica del caso a resolver puede ser contraria al logro de tal objetivo, en la medida en que una sobredeterminación jurídica respecto de una solución que contraría los postulados de moralidad social vigentes o los de moralidad crítica propios del juez, o cualquiera otros criterios o valores supra-jurídicos, no permitiría que éste alcanzara una decisión correcta. No se trata, pues, de una especie de vacío que impide la correspondencia de la interpretación con el ordenamiento, dado que en este caso se supone cumplido el primer requisito de la adecuación jurídica, al haber precisamente una sobredeterminación del derecho. De lo que se trata, por el contrario, es de la frustración de la pretensión de corrección supra-jurídica, porque las normas del ordenamiento determinan,

⁸⁵ Dworkin, Ronald, «¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?», trad. de Maribel Narváez Mora, en Casanovas, Pompeu y Moreso, Juan José (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona: Crítica, 1994, p. 508.

⁸⁶ Sobre las lagunas y las antinomias en el derecho véase la tercera unidad, *infra p. [...]*.

de manera difícilmente excusable, una solución contraria a ciertos postulados de justicia, de moralidad, de política, etc., lo que hace realmente espinoso armonizar esta pretensión con la de adecuación al derecho, es decir, lograr una decisión que sea justa y, al mismo tiempo, conforme al ordenamiento jurídico.

Todo lo anterior permite constatar que las dificultades tanto de orden práctico como de orden «teleológico-correctivo» (si podemos denominarlas de esta forma), hacen de la interpretación judicial una actividad que está lejos de ser considerada como sencilla. Esta constatación, aunque pareciera un ejercicio superfluo sobre algo que es de por sí evidente (ya lo indicábamos al inicio de esta sección), tiene la virtud de que no permite que las explicaciones sobre los problemas de la interpretación judicial sean simples peticiones de principio, sino reflexiones que posibilitan advertir el tipo de dificultades que hay que enfrentar y que permiten tomar conciencia sobre su peso y efectos en el análisis de la administración de justicia en la sociedades actuales.

IV. AUTO-EVALUACIÓN

1. En el ensayo que acaba de ser presentado han sido resaltados tres aspectos diferenciadores de este tipo de interpretación frente a la interpretación jurídica no judicial (llamada también «doctrinal»). ¿Considera usted que, a partir de su experiencia interpretativa, sea posible identificar otro elemento diferenciador importante distinto de los señalados?
2. A lo largo del ensayo sobre el ámbito de la interpretación judicial se hizo una reflexión concreta sobre los elementos diferenciadores de la interpretación judicial frente a otros tipos de interpretación jurídica y no jurídica. Establezca de manera puntual, a partir de este mismo texto, cuáles son las principales dificultades a las que tiene que enfrentarse el juez durante su actividad interpretativa.

UNIDAD 2

LAS GRANDES TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Qg

- Presentar y analizar las que pueden ser consideradas como las más importantes teorías sobre la interpretación jurídica en general, teorías que, en su gran mayoría, se ocupan del problema particular de la interpretación judicial del derecho.

Qe

- Realizar un análisis comparativo de los más conocidos autores y escuelas filosófico-jurídicas que han examinado las características esenciales y diferenciadoras de la interpretación jurídica.
- A partir del anterior examen, valorar críticamente los aportes de estos autores y escuelas a la actividad judicial de interpretación del derecho.
- Determinar en qué medida estas teorías sobre la interpretación jurídica pueden ofrecer instrumentos que faciliten la solución de los problemas interpretativos a los que el juez se ve continuamente enfrentado.
- Hacer que el funcionario judicial tenga mayor conciencia sobre los presupuestos teóricos de su actividad.

I. INSTRUCCIONES METODOLÓGICAS

Antes de dar paso a las actividades pedagógicas conviene recordar algunas pautas metodológicas que sirven para el logro de los objetivos formativos planteados para este módulo sobre interpretación judicial. Como se explicó en la introducción general, lo que se busca al utilizar el módulo como material de autoaprendizaje es que se realicen las actividades pedagógicas antes de leer el ensayo de cada unidad, pues de esta manera dichas actividades rinden mejores frutos. Asimismo, sería de

gran provecho reexaminar esos mismos ejercicios luego de haber leído el ensayo, para poder también tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea.

Igualmente, es necesario recordar que este modulo puede tener una lectura básica, que ofrece los elementos mínimos de análisis del tema del que se ocupa cada unidad, y una lectura integral, que pretende una mayor profundización en el conocimiento de los elementos conceptuales que se enuncian en la lectura básica y que está destinada a aquellos funcionarios judiciales que estén más interesados en el problema de la interpretación judicial. El lector que quiera adelantar la lectura básica debe realizar únicamente las actividades pedagógicas marcadas con «LB» (lectura básica) y que son la 1 («Tendencias radicales y grandes tensiones de la interpretación jurídica») y la 2 («Respuestas moderadas a las tendencias radicales de la interpretación jurídica»). Igualmente deberá leer las partes del ensayo correspondientes a la lectura básica, esto es, aquellas que están en un mayor tamaño del formato del texto (sin incluir las notas de pie de página). Por su parte, el lector que adelante la lectura integral deberá realizar todas las actividades pedagógicas, incluyendo las marcadas con «LI» (lectura integral), que en esta unidad son la 3 («Debate contemporáneo sobre la interpretación jurídica»), la 4 («Teorías de la interpretación ante un problema práctico») y la 5 («Teorías de la interpretación jurídica y experiencia judicial»), y leer totalmente el ensayo.

II. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

El jactancioso hombre de leyes asume frente a la teoría una actitud de desprecio. «A mi no me vengan con especulaciones metafísicas» parece decir mientras hoja ceremoniosamente su código. En eso comparte la posición de algunos científicos modernos que pretenden, por ejemplo, no hablar de la sustancia del tiempo o del espacio, «simplemente» se contentan con medirlos gracias a sus aparatos de precisión. O igualmente se asemeja a aquellos hombres «prácticos y realistas» que se burlan de todo aquel que no se atenga estrictamente a los hechos. Como si hubiera algo menos fantasmagórico y metafísico que la noción de «hecho»⁸⁷.

⁸⁷ Así, por ejemplo, H. Marcuse criticando la noción positivista de hecho señala que «los hechos son hechos sólo si se relacionan con lo que todavía no es un hecho y, sin embargo, se manifiestan así mismo en los hechos dados como una posibilidad real. Es decir, los hechos son lo que son únicamente como momentos de un proceso que conduce más allá de ellos, hacia lo que no está todavía realizado como hecho». Marcuse, Herbert, *Razón y revolución*, trad. de Julieta Fombona de Sucre, Madrid: Alianza Editorial, 1979: 152.

Lo que no comprenden todos estos enemigos de la teoría y de la filosofía es que, como bien lo señala E. Sábato «hablar mal de la filosofía es, inevitablemente, hacer también filosofía, pero mala»⁸⁸.

En toda actitud humana, por prosaica que parezca, subyace una concepción del mundo, consciente o inconsciente, sistemática o disgregada. Así por ejemplo, el científico que evita hablar del tiempo y prefiere medirlo objetivamente con un reloj, tácitamente está aceptando el carácter lineal del decurso temporal, dejando de lado las concepciones cílicas y discontinuas sobre el tiempo. De la misma manera, el jurista que remite toda discusión a la existencia o no de una norma vigente, adhiere a una valoración positivista y normativista sobre la realidad jurídico-estatal. Preguntémosle a alguno de ellos la razón por la que no estudian filosofía o teoría del derecho. Su respuesta muy probablemente será del tenor siguiente: «a mí esas cosas no me interesan; son tesis demasiado abstractas e irreales; el derecho en cambio es el código». De lo que tal vez no son conscientes es de que ésta es una contestación eminentemente filosófica, digna de un normativista, pero defectuosa por su exceso de abstracción. O tal vez ese jurista nos diga: «lo único que a mí me preocupa es la decisión judicial frente a determinado caso», sin saber que de esta manera refrenda varias de las tesis acerca del derecho de la escuela norteamericana del «realismo jurídico». Ser filósofo o teórico no es entonces un privilegio profesional reservado únicamente a ciertos individuos. Es más bien una fatalidad de la condición humana. Por eso, de la misma manera que se suele decir que detrás de todo hombre de negocios exitoso hay siempre un gran economista, puesto que la práctica mercantil explícita o implícitamente adhiere a los lineamientos teóricos de algún pensador económico, podemos decir que detrás de todo abogado práctico, de todo jurista, y de todo juez se esconde un filósofo y teórico del derecho.

Precisado este punto, según el cual todos somos de alguna manera filósofos, «se pasa al segundo momento, al momento de la crítica y de la conciencia, es decir de la cuestión de si es preferible “pensar” sin tener conciencia crítica de ello, de modo disgregado y ocasional, esto es, “participar” en una concepción de lo “impuesto” mecánicamente por el ambiente exterior [...] o si es preferible elaborar la propia concepción del mundo consciente y críticamente»⁸⁹.

⁸⁸ Sábato, Ernesto, *Hombres y engranajes / Heterodoxia*, Madrid: Alianza Editorial, Buenos Aires: Emecé Editores, 1973, p. 104.

⁸⁹ Gramsci, Antonio, *Introducción a la filosofía de la praxis*, trad. de J. Solé-Tura, Barcelona: Península, 1972, p. 11.

Siendo evidente la riqueza y superioridad de la segunda alternativa, queremos así justificar esta reflexión sobre las teorías de la interpretación jurídica en un módulo «práctico» sobre interpretación judicial, reflexión con la cual se busca precisar los presupuestos ontológicos e históricos de la interpretación jurídica, así como sus fundamentos teóricos; en otras palabras, el propósito es quebrar la certeza ingenua y arriesgada que el jurista práctico suele mantener con respecto a la interpretación jurídica y mostrar la complejidad de la misma. A fin de cuentas esta es la función de cualquier reflexión teórico-filosófica: «A la conciencia ingenua la filosofía se le presenta como el mundo al revés, y tiene razón: la filosofía invierte ciertamente su mundo. En efecto, la pregunta filosófica quebranta la certeza del mundo común y de la realidad fetichizada de cada día en cuanto que cuestiona su racionalidad»⁹⁰.

1. TENDENCIAS RADICALES Y GRANDES TENSIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA [LB]

Para tener conciencia de la variedad de autores y escuelas en interpretación judicial, y constatar las diferencias entre ellos, comenzaremos con la presentación de algunos extractos de textos desarrollados desde las perspectivas que pueden ser consideradas como «radicales» en la reflexión sobre la interpretación del derecho: en primer lugar, algunos apartes la obra de clásica de C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, con la que se pretende exponer una teoría «deductivista» o formalista de la interpretación; en segundo lugar, las ideas sobre la interpretación de G. Kantorowicz contenidas en su texto titulado *La lucha por la ciencia del derecho*, que es considerado el manifiesto de la “escuela del derecho libre” y del activismo judicial.

1.1. EL DEDUCTIVISMO FRENTE AL LIBRE ACTIVISMO JUDICIAL

1.1.1. INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES⁹¹

[...] Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores. Los

⁹⁰ Kosik, Karen, *La Dialéctica de lo concreto: Estudio sobre los problemas del hombre y el mundo*, trad. de Adolfo Sánchez Vázquez, México: Grijalbo, 1976, p. 235.

⁹¹ El siguiente es el texto completo del capítulo cuarto de la celebre obra de Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Usamos la siguiente versión: Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bogotá: Temis, 1990, pp. 6 a 9. Las notas de pie de página cuya referencia es un asterisco son del propio autor.

jueces no han recibido las leyes de nuestros remotos antepasados como una tradición de familia o como un testamento que no dejase a los sucesores más que el cuidado de obedecer; sino que las reciben de la sociedad viviente, o del soberano representante de ella, como legítimo depositario del resultado actual de la voluntad de todos: las reciben, no como obligaciones de un antiguo juramento*, nulo porque ligaba voluntades inexistentes, inicuo porque reducía los hombres del estado de sociedad al estado de rebaño; sino como efectos de un juramento tácito o expreso que las voluntades agrupadas de los súbditos han hecho ante el soberano, como vínculos necesarios para refrenar y dirigir el fermento intestino de los intereses particulares. Esta es la autoridad física y real de las leyes. ¿Quién será, pues, el legítimo intérprete de la ley? ¿El soberano, es decir, el depositario de las voluntades actuales de todos, o el juez, cuyo oficio es sólo el de examinar si este o el otro hombre ha cometido o no una acción contraria a las leyes?

En todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la puerta de la incertidumbre.

No hay nada más peligroso que el axioma común de que es necesario consultar al espíritu de la ley. Esto es un dique roto ante el torrente de las opiniones. Esta verdad, que parece una paradoja a las mentes vulgares, más impresionadas por un pequeño desorden actual que por las funestas pero remotas consecuencias que nacen de un falso principio arraigado en una nación, me parece demostrada. Nuestros conocimientos y todas nuestras ideas tienen una conexión recíproca; cuanto más complicados son, tanto más numerosos son los caminos que a

* Si cada miembro particular está ligado a la sociedad, también la sociedad está ligada igualmente con todo miembro particular por un contrato que por su naturaleza obliga a las dos partes. Esta obligación, que desciende del trono hasta la aldea, que vincula por igual al más elevado y al más miserable de los hombres, no significa otra cosa sino que es en interés de todos que se observen los pactos provechosos para la mayoría.

La voz obligación es una de las, mucho más frecuentes en moral que en cualquier otra ciencia, que son un signo abreviado de un raciocinio, y no expresión de una idea. Buscadle una idea a la palabra obligación y no la encontraréis; haced un raciocinio, y entenderéis vosotros mismos y os haréis entender de los demás.

ellos conducen y de ellos parten. Cada hombre tiene su punto de vista, y cada uno, en diferentes épocas, tiene uno distinto. El espíritu de la ley sería, pues, el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad de quien sufre de sus relaciones con el ofendido, y de todas aquellas minúsculas fuerzas que transforman las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre. Veríamos, por consiguiente, la suerte de un ciudadano cambiar muchas veces según fuera pasando por diversos tribunales, y las vidas de los desdichados ser víctima de los falsos raciocinios o del ocasional fermento de los humores de un juez, que tomaría por interpretación legítima el vago resultado de toda aquella confusa serie de nociones que le agitaban la mente. Veríamos, pues, los mismos delitos castigados en diversa forma por un mismo tribunal en diversas oportunidades, por haber consultado, no a la voz constante y fija de la ley, sino a la errabunda inestabilidad de las interpretaciones.

Un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de una ley penal, no es comparable con los desórdenes que nacen de la interpretación. Tal momentáneo inconveniente induce a hacer la fácil y necesaria corrección de las palabras de la ley que son la ocasión de la incertidumbre; pero impide, en cambio, la fatal licencia de razonar, que es de donde nacen las arbitrariedades y venales controversias. Cuando un código fijo de leyes, que deben observarse a la letra, no deja al juez otra incumbencia que la de examinar las acciones de los ciudadanos y juzgarlas conformes o disconformes a la ley escrita; cuando la norma de lo justo o de lo injusto, que debe dirigir las acciones tanto del ciudadano ignorante como del filósofo, no es asunto de controversia, sino de hecho, entonces los súbditos no están sujetos a las pequeñas tiranías de muchos, tanto más crueles cuanto menor es la distancia entre quien sufre y quien hace sufrir; más fatales que las de uno solo, porque el despotismo de muchos solo puede subsanarse por el despotismo de uno solo; y la crueldad de un déspota es proporcionada, no a la fuerza, sino a los obstáculos. Así adquieren los ciudadanos la seguridad de sí mismos, que es la justa, porque es el fin para el cual los hombres se hallan en sociedad; que es la útil, porque los pone en el trance de calcular exactamente los inconvenientes de un delito. Es verdad también que adquirirán un espíritu de independencia, pero no ya discutidor de las leyes ni recalcitrante contra los magistrados supremos, sino contra aquellos que osaron denominar con el sagrado nombre de virtud la debilidad de ceder a sus interesadas o caprichosas opiniones. Estos principios desagradarán a

quienes se atribuyan el derecho de trasmitir a sus descendientes los golpes de la tiranía que recibieron ellos de sus antepasados. Habría que temerlo todo si el espíritu de tiranía fuese compatible con el espíritu de lectura.

1.1.2. DE LA JURISPRUDENCIA⁹²

[...] Si la ciencia del Derecho reconoce el Derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre el Derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede ya exigir, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la jurisprudencia ya no puede ser científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá desoír los afectos. En resumidas cuentas: Los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento. Afortunadamente se puede demostrar que los postulados enumerados en parte no se realizan, en parte no merecen que se realicen.

¡Todos los fallos deben basarse en la ley! Pero ya hoy nos sometemos en medida creciente alegremente a tribunales arbitrales en los cuales se excluye expresamente el Derecho estatal. Y los mismos tribunales del Estado utilizan progresivamente conceptos como buena fe, buenas costumbres, las concepciones del comercio, el prudente arbitrio y otros sucedáneos de la ley. La objeción que se suele hacer a nuestro argumento pone de relieve que todos los mencionados fenómenos «se realizan en obediencia a las órdenes estatales». Con ello se concibe como voluntad del Estado lo que es precisamente su propia negación. ¡Como si alguien se atreviera a afirmar que el juez juzgaba según la ley, si ésta no contuviera más que la siguiente disposición: «El juez debe juzgar conforme a su prudente arbitrio»!

¡El juez debe ser el servidor de la ley! Y no obstante, celebramos la práctica de la recepción que hizo triunfar al Derecho superior sobre el venerable Derecho

⁹² Los siguientes son algunos extractos de la tercera parte del texto de Hermann Kantorowicz titulado, «La lucha por la ciencia del derecho», trad. de Werner Goldschmidt, en Savigny, Friedrich Karl von et al., *La ciencia del derecho*, Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, pp. 361-367.

antiguo, así como la práctica de los tribunales franceses que por medio de un trabajo de cien años conserva la vida al «Code civil»; y esperamos, finalmente, que los tribunales alemanes del porvenir sabrán adaptar el Código civil alemán a las necesidades siempre nuevas.

¡Cualquier caso imaginable ha de resolverse con el exclusivo auxilio de la ley! Tal es al menos el pensamiento del famoso artículo 4º del Code Civil. Pero por el otro lado nos encontramos con el Anteproyecto del Código civil suizo de 1900, calificado por peritos como el producto más importante de la ciencia jurídica moderna, el que en su artículo 1º dispone que si las demás fuentes resultasen insuficientes, el juez debía juzgar en virtud de la regla que establecería si fuese legislador. En ambas disposiciones se contiene todo lo que debemos rehuir, todo lo que debemos alcanzar. No es posible, en cambio, indicar de manera exacta o general hasta qué punto debe llevarse «la emancipación del juez de la ley», particularidad de todos los problemas cuantitativos en ciencias cuantitativas. Por esta razón se explica que los pareceres de los diferentes partidarios del nuevo movimiento discrepan considerablemente acerca de esa cuestión, según que con arreglo a sus naturalezas diversas, antepongan o el valor de la individualidad y de lo particular o el valor del Estado y de lo general. Nosotros estimamos que también el sentimiento ajeno merece respeto. Por consiguiente, no nos ocurre proponer una solución determinada (la que se adaptaría al sentimiento nuestro) como la acertada y como obligatoria para todos los demás. No obstante comunicamos nuestra solución en la esperanza de que otros autores encuentren en ella la suya. Partimos del principio de que la jurisdicción es principalmente, y debe seguir siéndolo, misión del Estado. Por ello exigimos que el juez, obligado por su juramento, resuelva el caso con arreglo al textoívoco de la ley. El juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. En ambos casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual Poder del Estado habría decretado, si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción, se inspirará en el Derecho libre. Finalmente, en casos desesperadamente complicados o dudosos sólo en aspecto cuantitativo (por ejemplo: indemnización de daños inmateriales), el juez resolverá y debe resolver arbitrariamente. Las partes tendrán la facultad en todo proceso civil

de liberar al juez mediante su mutuo acuerdo de la observancia de cualquier norma jurídica estatal.

No se objete que la convicción judicial resultaría incontrolable y que, por tanto, nuestras proposiciones dan al arbitrio judicial carta abierta. Si no podemos fiarnos del juramento del juez, que en efecto requiere una convicción seria, no existe garantía alguna. También hoy día dependen de la convicción libre e incontrolable del juez lo que estima mediante su interpretación como Derecho vigente y lo que reputa por medio de las pruebas como verdad. Contra los excesos de la subjetividad nos protege suficientemente la multiplicidad niveladora de los magistrados en los tribunales y los recursos contra las resoluciones judiciales.

Opinamos que no damos al juez más de lo que ya él mismo y necesariamente reivindica para sí y mucho menos de lo que nosotros alemanes en tiempos anteriores y los ingleses aún hoy día conceden, para no hablar ni siquiera del pretor romano. En efecto, vimos que toda técnica jurídica está dominada por la voluntad y que toda sentencia que en ella se base, constituye, por ende, legislación: «lex specialis».

¿Para qué entonces tanto escándalo? Desde luego es mejor unir a una práctica acertada la certera teoría justificativa en lugar de una teoría contradictoria y errónea; vale más acercarse a la meta justa por el camino recto que por senderos torcidos, dificultosos y peligrosos, caminos de contrabandistas; finalmente, no se debe echar en olvido que sólo la orgullosa conciencia de la propia responsabilidad puede crear a grandes magistrados conforme los ingleses los poseen en sus «judges» que nadie en la Isla Británica supera en popularidad.

¡Hay que razonar todo fallo! No desconocemos de ninguna manera el gran valor de este postulado. Sin embargo, existieron largos períodos de la jurisprudencia que lo ignoraban. Dicho postulado implica, por un lado, falta de confianza; por el otro, falta de autoridad. El creyente no exige del Juicio Final sentencias provistas de resultados y considerandos. Además, todos nosotros confiamos nuestros bienes más altos a tribunales que no están obligados a justificar sus fallos: a los jurados. ¿Qué valor poseen, por lo demás, las justificaciones actuales? Nadie las exige respecto a «ius clarum in thesi». Si la cuestión jurídica fuese dudosa, no se trata, como sabemos, de justificaciones objetivas sino de meras falacias. La justificación es subjetiva, psicológicamente suficiente

para la parte victoriosa, que, no obstante, también estaría contenta si el fallo careciese de considerandos. En cuanto a la parte vencida, no se da cuenta sino de la desestimación de sus pretensiones. Huelga decir lo que los magistrados vencidos opinan de la fundabilidad del fallo, magistrados que en caso de recursos pueden constituir la mayoría.

¡La sentencia debe ser previsible! Por cierto, un bello ideal pero desgraciadamente y en toda eternidad, irrealizable. Si la sentencia fuera previsible, no existirían procesos y, por tanto, no existirían sentencias. ¿Quién comenzaría un proceso, en el que, según se puede prever, perderá? ¿O se cree que los abogados de las partes vencidas son ignorantes o estafadores? (Nos proporcionaría una estadística de incomparable valor para la Justicia, si algunos de los más destacados abogados quisieran calcular el tanto por ciento de los casos en los cuales la sentencia fue completamente contraria a sus previsiones).

¡La sentencia debe ser objetiva y no debe ser subjetiva! Pero el hombre no puede evitar que imprima a cuanto emprenda el sello de su personalidad. Y cada uno que en el palacio de la diosa Themis no sea un ingenuo forastero sabe qué influencia decisiva ejerce también hoy día la persona del juez sobre la redacción del fallo. Así se explica que las resoluciones de un tribunal cambian al compás de cambiar las personalidades de sus presidentes.

¡La sentencia ha de constituir una obra rigurosamente científica! Pero si así fuese, ¿cómo se explica la oposición fuera de toda duda entre juristas teóricos y prácticos; el hecho de que apreciamos superlativamente el tacto jurídico; y que alabamos el arte de la jurisprudencia de la cual confiamos en grande e importante parte a profanos? ¡La jurisprudencia debe ser libre de afectos! En efecto, así debe ser y así será, puesto que la voluntad no se hace ciega a no ser que tropiece con obstáculos, lo que no hemos de temer dada la omnipotencia y la imparcialidad de los Jueces actuales. Tal vez queden afectos y quizás inclusive se acentúen; pero tal hecho es inevitable en estas situaciones y, además, no es de temer, ya que la naturaleza humana afortunadamente nunca se resuelve conscientemente a favor de un asunto malo si no tiene en él el más mínimo interés. Aún el mayor pesimista concederá esta tesis. [...].

1.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. Los textos que acaban de ser presentados muestran dos diferentes tendencias teóricas sobre el alcance de la interpretación que el juez hace de las normas jurídicas. ¿Cómo resolvería usted el segundo caso planteado en el apartado cuarto de las actividades pedagógicas de la unidad anterior, siguiendo los postulados y las propuestas de cada uno de los autores de los textos?
2. ¿Cuáles son las diferencias más radicales que se encuentran en las ideas de Beccaria, y Kantorowicz respecto al papel determinante de las normas jurídicas en la decisión judicial?
3. ¿Es posible explicar estas diferencias entre los autores a partir de una identificación de sus diferentes concepciones sobre la relación entre el derecho positivo, la política y la justicia?

Conviene señalar que para alcanzar los objetivos pedagógicos de esta unidad es necesario responder las preguntas anteriores antes de dar lectura a los párrafos que siguen.

1.3. LAS TENSIONES ENTRE LAS ESCUELAS RADICALES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Es claro que Beccaria y Kantorowicz tienen posiciones radicalmente opuestas respecto al alcance e importancia de la interpretación judicial en el proceso de aplicación del derecho. A partir de la lectura de los textos presentados es posible, al menos de manera preliminar, destacar algunos puntos donde las diferencias entre los autores son más evidentes. Para ello conviene presentarlos y cotejarlos gráficamente a través del siguiente cuadro.

Autores Criterios de diferenciación	Beccaria	Kantorowicz
Naturaleza del derecho	El derecho está constituido por mandatos contenidos en normas y respaldados por una sanción.	El derecho no está constituido exclusivamente por normas que contienen mandatos. Existen otros elementos como los principios, las «concepciones», el «prudente arbitrio», etc.
Pertinencia de la interpretación	Los jueces deben evitar interpretar las normas que aplican.	En el proceso de aplicación del derecho la voluntad del juez está siempre presente a través de la interpretación.
Fuentes jurídicas que el juez debe aplicar	Exclusivamente las leyes como producto de la voluntad de «la sociedad viviente, o del soberano representante de ella, como legítimo depositario del resultado actual de la voluntad de todos».	En principio el juez debe aplicar la ley de origen estatal, salvo en dos casos: 1º) si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; 2º) si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. El juez debe tomar en cuenta el derecho libre o espontáneamente creado por la sociedad.
Modelo de aplicación del derecho	Modelo silogístico: premisa mayor: la ley; premisa menor: el hecho; conclusión: la sentencia.	Propone un modelo que supera los límites del silogismo judicial pues, por una parte, el derecho aplicable no se limita a la ley y, por la otra, la decisión no es el producto exclusivo de una deducción sino de otro tipo de factores no estrictamente lógicos, como pueden ser consideraciones éticas o sociológicas.
Medios para llegar a una decisión justa	La aplicación rígida de la ley (como «resultado de la actual voluntad de todos») por parte del juez como criterio esencial de lo justo o lo injusto en una sociedad.	La conciencia de la propia responsabilidad del juez al momento de aplicar el derecho.
Lagunas del derecho	El modelo silogístico de aplicación de la ley supone la plenitud del ordenamiento jurídico, pues ello evita que el arbitrio del juez intervenga bajo el pretexto de llenar una laguna legislativa.	Apoya la regla de interpretación que dispone que si las demás fuentes resultasen insuficientes, el juez debe juzgar en virtud de la regla que establecería si fuese legislador, lo cual supone en alguna medida la posibilidad de lagunas en el derecho.
Razón y decisión judicial.	La decisión judicial está basada en un razonamiento constituido por un silogismo que excluye cualquier factor subjetivo o arbitrario.	El hecho de estar basada en razones no es una característica intrínseca de la decisión judicial. En ella tienen una influencia importante la subjetividad y los afectos del juez. La decisión judicial no es necesariamente una obra rigurosamente científica.
El carácter previsible de la decisión	La decisión judicial es previsible en la medida en que consulte «a la voz constante y fija de la ley», y no «a la errabunda inestabilidad de las interpretaciones».	«Por cierto, un bello ideal pero desgraciadamente y en toda eternidad, irrealizable. Si la sentencia fuera previsible, no existirían procesos y, por tanto, no existirían sentencias».

2. RESPUESTAS MODERADAS A LAS TENDENCIAS RADICALES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA [LB]

Después de haber leído los textos, respondido las preguntas y analizado el cuadro que acaba de ser presentado, seguramente podría pensarse que la experiencia de los jueces u otros funcionarios judiciales en lo que concierne a la interpretación jurídica es mucho más rica y más compleja que lo que los modelos propuestos por Beccaria y Kantorowicz podrían dejar percibir. El juez hace mucho más que un simple silogismo al aplicar el derecho, pero, en la mayoría de los casos, no llega al límite de aplicar su propia voluntad dejando de lado los contenidos de las normas jurídicas. En este sentido, la actividad interpretativa del juez se ubicaría no tanto en uno de tales extremos sino en medio de ellos. Es a esta conclusión a la que llegaron varios autores provenientes de diversas tendencias filosófico-jurídicas que encontraron en los modelos radicales profundas insuficiencias en la explicación que ofrecían de la manera como se desarrolla la interpretación del derecho en general y, particularmente, la interpretación judicial. Dos escuelas que cuestionan las tendencias radicales sobre la interpretación surgen y se consolidan durante el siglo XX e influyen de manera profunda en la comprensión que actualmente se tiene sobre este tema. Se trata, por un lado, del positivismo normativista, cuyos más importantes representantes son H. Kelsen y H. L. A. Hart, y, por el otro, de las tendencias tópicas y argumentativas, a las que pertenecen una importante cantidad de autores, como tendremos ocasión de verlo. Para estudiar sus propuestas presentamos, por el lado del positivismo normativista, un extracto de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, en el que este autor se ocupa del problema de la interpretación, y como ejemplo de las teorías argumentativas algunos apartes de un texto de A. Aarnio que ayudarán a comprender sus ideas al respecto.

2.1. LAS PROPUESTAS INTERMEDIAS DEL SIGLO XX

2.1.1. EL DERECHO APLICABLE COMO UN MARCO DENTRO DEL CUAL HAY VARIAS POSIBILIDADES DE APLICACIÓN⁹³

En todos estos casos de indeterminación intencional o no de la grada normativa inferior, se ofrecen a la aplicación del derecho varias posibilidades.

⁹³ El siguiente texto es extraído del capítulo octavo de la *Teoría Pura del Derecho*: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo de la edición alemana de 1960, México: Porrúa, 1995, pp.351-355.

El acto jurídico que haya de cumplirse puede configurarse de tal suerte que corresponda a unos u otros de los diferentes significados lingüísticos de la norma jurídica; que corresponde a la voluntad establecida de alguna forma del legislador o bien a la expresión que éste escogiera; que corresponda a una u otra de las normas que recíprocamente se contradicen, o bien, que se efectúe de tal suerte como si ambas normas contradictorias se hubieran recíprocamente eliminado. En todos estos casos el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible.

Si por «interpretación» se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales –en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse– tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal. Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es una de las normas individuales –y no la norma individual– que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general.

Con todo, cree la jurisprudencia tradicional que la interpretación no debe limitarse a determinar el marco del acto jurídico que haya de cumplirse, sino que puede esperarse de ella el satisfacer otra función más, inclusive se inclina a ver en ello su función principal. La interpretación debería desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco establecido. La teoría usual de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar sólo una decisión correcta, y que la «corrección» jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. Plantea el proceso de interpretación como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación de derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento

pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo.

Los llamados métodos de interpretación

Sólo que, desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable. No existe genéricamente ningún método —caracterizable jurídico-positivamente— según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el «correcto»; suponiendo, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. Pese a todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver a favor de uno u otro, en manera objetivamente válida el conflicto entre voluntad y expresión. Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto. Inclinarse a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad —por lo general, problemática— del legislador, es, desde el punto de vista del derecho positivo, equivalente por entero. Si se presentara el caso de que dos normas de la misma ley se contradijeran, las posibilidades lógicas, antes recordadas, de aplicación del derecho se encontrarían, desde el punto de vista del derecho positivo, en un pie de igualdad. Es un esfuerzo inútil pretender fundar «jurídicamente» una de esas posibilidades con exclusión de las otras. Que el recurso interpretativo usual del argumento a contrario y a la analogía son enteramente carentes de valor ya surge suficientemente de la circunstancia de que ambos conducen a resultados contrapuestos, no existiendo criterio alguno para resolver cuándo deba recurrirse al uno o al otro. También el principio de la estimación de los intereses sólo es una fórmula, pero no una solución del problema que aquí se presenta. No da un patrón objetivo que permita cotejar entre sí los intereses contrapuestos, y según el cual puedan resolverle los conflictos de intereses. En especial, ese patrón no puede extraerse de la norma interpretada, o de la ley que la contiene, o de la totalidad del orden jurídico, como afirma la doctrina del cotejo de intereses. Puesto que la necesidad de una «interpretación» resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abierta varias posibilidades, lo que significa, por lo tanto, que no contiene ninguna decisión sobre cuál

de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial.

La interpretación como acto de conocimiento o de voluntad

La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber, que la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, pueda obtenerse mediante alguna especie de conocimiento del derecho ya existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación. La pregunta de cuál sea la posibilidad «correcta», en marco del derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta. Por cierto, que se da una diferencia entre estos dos casos, pero la diferencia es de cantidad, no de calidad, consistiendo exclusivamente en que la limitación impuesta al legislador en lo tocante a los contenidos de la ley, es mucho menor que la limitación impuesta al juez; el legislador es relativamente mucho más libre en el acto de creación de derecho que el juez; pero este también es creador de derecho y también es relativamente libre respecto de esta función. Por ello el alcanzar una norma individual a través del proceso de aplicación de la ley, es, en tanto se cumple dentro del marco de la norma general, una función volitiva. En tanto en la aplicación de la ley, por añadidura de la determinación necesaria del marco dentro del cual debe cumplirse el acto que se efectuará, puede tener lugar una actividad cognoscitiva del órgano de aplicación, no se trataría de un conocimiento del derecho positivo, sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho: normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suele denominar con rótulos tales como: «bien común», «interés del Estado», «progreso», etcétera. Desde el punto de vista del derecho positivo nada cabe decir sobre su validez y verificabilidad. Desde ese punto de vista, tales

especies de determinación sólo pueden ser caracterizadas negativamente: son determinaciones que no provienen del derecho positivo mismo. En relación con ellas, la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas. Si hubiera que caracterizar no sólo la interpretación de la ley por parte de los tribunales u órganos administrativos, sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación del derecho, habría que decir: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra. Con ese acto o bien se produce una norma jurídica de nivel inferior o se lleva a cabo el acto coactivo estatuido por la norma jurídica aplicable. [...].

2.2.2. ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DE JUSTIFICAR LAS DECISIONES⁹⁴

[...] Como se ha mencionado, el decidor ya no puede apoyarse en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad.

La justificación de las decisiones tiene especial importancia en, por lo menos, dos dimensiones. Como en el caso de las decisiones discretionales es posible

⁹⁴ Los siguientes son algunos extractos de la primera parte del capítulo introductorio del libro de Aulis Aarnio titulado *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica* (tr. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 29-30.

más de una interpretación, la justificación es importante desde el punto de vista de la apelación. [...]

Por otra parte, es específicamente a través de la justificación como el decidor —sin que importe que se trate de un juez o de una autoridad administrativa— crea la credibilidad en la que descansa la confianza que los ciudadanos tienen en él. Difícilmente sería equivocado afirmar que, por ejemplo, el pueblo finlandés no ha puesto en duda a las leyes mismas. Pero, por otra parte, la confianza que los ciudadanos tienen en quienes aplican la ley ha disminuido. Esto se debe, en parte, al hecho de que no siempre ha sido posible conocer por qué el asunto fue decidido en la forma como lo fue. Parece correcto afirmar que la decisión puede ser totalmente comprensible sólo sobre la base de razones justificatorias y —lo que es más importante— también la parte perdedora aceptará el resultado si la decisión está basada en razones adecuadas. Teniendo en cuenta este trasfondo, no es sorprendente que uno de los tópicos centrales de la teoría del pensamiento jurídico sea la teoría de la decisión jurídica interpretativa. La cuestión no puede ser examinada únicamente desde el punto de vista de la exigencia individual de certeza jurídica. En un sentido más amplio, la actitud frente a la justificación de la decisión refleja, en general, creencias acerca del derecho y de la administración de justicia. [...]

Sobre la base de estas condiciones [...], podemos derivar el siguiente principio regulativo⁹⁵:

R: La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente. La aceptabilidad racional, en tanto principio regulativo de la dogmática jurídica, juega el mismo papel que la verdad en las ciencias empíricas. Así como las investigaciones empíricas tratan de aproximarse a la verdad, el objetivo de la dogmática jurídica es maximizar la aceptabilidad racional. Por otra parte, la aceptabilidad racional confiere sentido a la evaluación de las posiciones normativas desde el punto de vista de la certeza jurídica. [...]

⁹⁵ Este principio regulativo es extraído del capítulo cuarto de la misma obra (*idem*, p. 286).

2.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. Cuáles cree usted que son las diferencias básicas entre el modelo de Kelsen, según el cual el derecho aplicable es un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación, y el modelo silogístico de la aplicación del derecho de Beccaria.
2. ¿Considera usted que las propuestas de Kelsen sobre la interpretación del derecho pueden dar lugar a un libre activismo judicial tal como lo plantea Kantorowicz?
3. ¿La idea de Aarnio de que el juez tiene la responsabilidad de justificar sus decisiones se contrapone, por un lado, a la negación de la interpretación judicial hecha por Beccaria y, por el otro, a la propuesta de Kantorowicz de que la jurisprudencia no sea la servidora de la ley y se fundamente en el Derecho libre?
4. Hemos visto que mientras Beccaria defiende el carácter silogístico de la aplicación del derecho, Aarnio propone la aceptabilidad racional de la interpretación jurídica. ¿Son opuestas estas ideas o podrían tener elementos comunes?
5. ¿El hecho de que para Kantorowicz es imposible que los afectos del juez no influyan en la decisión impediría alcanzar una aceptabilidad racional de la misma tal como lo propone Aarnio?
6. ¿Cómo resolvería usted los casos de la unidad anterior (actividades pedagógicas, apartado 4.1.), siguiendo los planteamientos de Aarnio?

2.3. EL ABANDONO DE LOS MODELOS RADICALES Y LA CONTINUACIÓN DEL DEBATE SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Los textos de Kelsen y Aarnio, y en general el positivismo normativista y las tendencias argumentativas y tópicas, coinciden en afirmar que la visión de la interpretación jurídica que hasta ese momento había sido defendida por la escuela deductivista y la escuela del derecho libre era demasiado drástica y no ofrecía, por ende, una descripción satisfactoria de la compleja actividad interpretativa realizada por el juez o por otro tipo de intérpretes. Ambos autores concuerdan en que el derecho objeto de interpretación ofrece un marco de referencia que interactúa

con las operaciones intelectuales que el intérprete (particularmente el juez) realiza para llegar a una decisión de un caso concreto. En ninguno de los dos casos, ni en Kelsen ni en Aarnio, se niega que las normas jurídicas jueguen un papel en la interpretación, pero no se llega a propuestas totalmente deterministas, por lo cual estos autores reconocen una influencia importante de la voluntad del intérprete. Esto último no significa, sin embargo, que sea solamente tal voluntad el elemento determinante de la interpretación, lo que permite prescindir de las soluciones del libre activismo judicial. En este sentido, el texto de Kelsen es paradigmático: por una parte, para este autor «el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación», esto es, que el derecho en mayor o menor grado determina la decisión, pues, si no fuera así, simplemente se dejaría todo a la voluntad del juez. ¿En qué etapa entonces ésta se haría presente? La respuesta de Kelsen es que al momento de elegir una entre las varias opciones interpretativas que ofrece la ley, el arbitrio del juez es determinante: «el alcanzar una norma individual a través del proceso de aplicación de la ley, es, en tanto se cumple dentro del marco de la norma general, una función volitiva». Aarnio, en los extractos presentados, es menos explícito al respecto. Sin embargo, cuando afirma que «en una sociedad moderna la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones» deja entrever que no se trata de dos requisitos concurrentes, sino más bien de dos elementos complementarios de la decisión judicial. Así, es posible pensar que uno de los aspectos importantes de la «aceptabilidad racional» de las decisiones judiciales es su correspondencia dentro de unos mínimos a lo establecido por el derecho, aunque tal correspondencia dependa fundamentalmente de la manera como el juez la desarrolle al momento de justificar su decisión.

A pesar de las contribuciones de las que hemos denominado propuestas intermedias del siglo XX, el debate ha estado lejos de terminar. Por el contrario, aquellas han dado lugar, junto con algunas ideas del deductivismo y del activismo judicial que aún son objeto de análisis, a una interesante continuación de la reflexión sobre la interpretación jurídica de la que nos ocuparemos enseguida.

3. DEBATE CONTEMPORÁNEO SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA [LI]

El debate sobre la interpretación jurídica y judicial ocupa un lugar central en el desarrollo del pensamiento jurídico contemporáneo, a tal punto que ha captado profundamente el interés de los autores. Pareciera como si el centro de atención

abandonara progresivamente el ámbito del legislador y de la administración y se ubicara en los problemas que plantea la decisión judicial. «Como todas las comunicaciones jurídicas remiten a pretensiones susceptibles de accionarse judicialmente, el proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis del sistema jurídico»⁹⁶. La interpretación jurídica, por un lado, y la actividad judicial, por el otro, terminan reuniéndose en una de las interesantes cuestiones a las que debe enfrentarse la teoría del derecho actual: la interpretación judicial del derecho. Dentro de los diversos desarrollos de este tema realizados durante los últimos años es posible destacar, por razones que serán expuestas más adelante, tres tendencias que pueden ser identificadas, la primera como «el uso alternativo del derecho», la segunda como «el pragmatismo jurídico» y la tercera como «las tendencias de la decisión judicial correcta». A continuación se presenta un texto de L. Ferrajoli, otro de R. Posner y finalmente otro R. Dworkin que son, respectivamente, tres de los autores más representativos de cada una de las tendencias señaladas. De esta forma será posible ponernos al día en el debate contemporáneo sobre la interpretación jurídica.

3.1. LOS RETOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

3.1.1. UN EJEMPLO DE PERSPECTIVA CRÍTICA RADICAL: LUIGI FERRAJOLI Y EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO⁹⁷.

Según la dirección dominante, la actividad del juez, en cuanto a actividad de un órgano autónomo e independiente, institucionalmente encargado de la fiel aplicación de la ley, constituye una actividad técnica que, por definición, no debe tener nada político. La apolitidad se ha asumido como sinónimo y condición de imparcialidad e independencia del juez, y por consiguiente como principio fundamental de su deontología profesional. [...]

Para una orientación opuesta y diversa, propia de los sectores más avanzados de la magistratura, la actividad judicial presenta, por el contrario, una ineliminable dimensión política en virtud de las inevitables opciones valorativas que necesariamente intervienen en toda decisión jurisdiccional. [...]

⁹⁶ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Trotta, 1998, p. 266.

⁹⁷ Tomado de Ferrajoli, Luigi, «“Magistratura Democrática” y el ejercicio alternativo de la función judicial», en Andrés Ibañez, Perfecto (ed.), *Política y justicia en el Estado capitalista*, Barcelona: Fontanella, 1978, pp. 197-216.

Debe tenerse en cuenta que el enfrentamiento no se da entre quienes sostienen que la función judicial debe ser politizada y quien piensa que la misma haya de ser apolítica, sino entre quien entiende que la función judicial es, porque no puede evitarlo, política y quien postula que debe ser apolítica. Esta claro que para nosotros, miembros de magistratura democrática, que afirmamos la insuprimible presencia de un momento político en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, también aquellos jueces que sostienen que la función judicial «debe» ser apolítica hacen política, consciente o inconscientemente, en el ejercicio de sus funciones; y que por tanto el postulado deontológico de la apoliticidad del juez es en realidad «<ideológico» y encubre una determinada política de la justicia. [...]

En el plano teórico no son ya muchos los estudiosos dispuestos a sostener aún que el juez es simplemente voz de la ley. Es tesis comúnmente aceptada entre los estudiosos de teoría de la interpretación y de la argumentación jurídica que en cualquier ordenamiento, incluso en el más perfecto y riguroso, el juez debe elegir siempre entre las diversas interpretaciones técnicas que admite la mayor parte de las normas que están llamados a aplicar; y puesto que tales opciones no pueden hacerse con criterios jurídicos –dado que, en hipótesis, las varias interpretaciones entre las que cabe elegir son todas jurídicamente imposibles, es decir, todas las técnicamente correctas- habrán de darse necesariamente sobre la base de criterios que no son tecnico-jurídicos, sino metajurídicos, de valor ético o ideológico o mas genéricamente político. Estas opciones son aún más inevitables y políticamente caracterizadas en un ordenamiento como el nuestro, en el que conviven, en inevitable contradicción entre sí, de una parte la Constitución republicana y de otra los códigos fascistas. [...]

Ser apolíticos o declararse tales no significa en efecto estar fuera

o por encima de la política, sino aceptar pasivamente los valores políticos e ideológicos dominantes, por cuya virtud el poder es siempre «apolítico», mientras «políticas» son sólo las oposiciones. Por el contrario, el reconocimiento de un ineliminable momento político en el ejercicio de la función judicial implica una actitud constantemente crítica frente al contradictorio derecho vigente, una continua tensión respecto a la norma a aplicar, siempre sospechosa de inconstitucionalidad. Y supone, sobre todo, una clara asunción de responsabilidad: la responsabilidad de las opciones, que pueden ser no conformistas, en pugna con el poder, y que son en todo caso

opciones susceptibles de critica y de censura. La razón mas profunda de la existente profesión de apoliticidad por parte de los sectores conservadores de la magistratura es por consiguiente el rechazo de la responsabilización del juez frente al pueblo. [...]

La jurisprudencia alternativa se ha desarrollado en estos años —en la experiencia profesional de los magistrados democráticos, bastante más que a través de una completa elaboración teórica- caracterizándose por dos distintos aspectos: desde el punto de vista de los contenidos, es decir de las opciones judiciales realizadas, y desde el punto de vista del método de interpretación y de aplicación de la ley.

En el primer aspecto —de los contenidos- la jurisprudencia alternativa se ha dirigido a la promoción de opciones judiciales en las que se afirme la prevalencia de los intereses funcionales a la emancipación de las clases oprimidas, a las que por lo demás la Constitución confiere una especial protección, sobre los intereses que se oponen virtualmente a éstos y no están cubiertos por análoga garantía constitucional: primacía del derecho de huelga sobre las exigencias del «bien común» o del «interés general», de los derechos de libertad sobre razones de orden público o de prestigio de las instituciones, de los derechos sindicales de los obreros sobre los intereses de la propiedad privada o de la producción. [...]

En el segundo aspecto —del método- la jurisprudencia alternativa postula el tendencial rechazo de los procedimientos abstrayentes que caracterizan el modelo tradicional de aplicación de la ley representado por la «subsuncion» este modelo —que produce en el plano de aplicación de la ley la mas típica connotación de clase de derecho moderno, la de la igualdad formal normativamente realizada entre sujetos materialmente desiguales- es funcionalmente por naturaleza a los intereses de conservación dominantes [...] La jurisprudencia alternativa resulta de una inversión de la relación entre norma y hecho instituida por vía de subsunción. [...]

En virtud de esta inversión, el juicio ya no consistirá en extraer del hecho los elementos «jurídicamente relevantes» en relación con las normas de aplicación dogmáticamente asumidas como esquema rigurosos y coherentes de interpretación del mundo, sino, al contrario, en obtener de las normas, mediante un procedimiento dirigido a reconocer y resolver cada vez sobre la

base del caso concreto las innumerables ambigüedades y contradicciones, los criterios de valoración y de juicio «fácticamente relevantes», es decir los mas adecuados al hecho considerado en cada momento tomado en su integridad concreta: de tal manera que no sea el hecho el que haya de plegarse a la norma sino la norma al hecho. [...]

Esta revolución copernicana en el procedimiento de aplicación de la ley viene por lo demás actualmente impuesta, mas que consentida por el artículo 3 de la Constitución, el cual, al denunciar la insuficiencia de igualdad formal y de cualquier reglamentación jurídica que prescinda de las concretas connotaciones socio-económicas de la realidad, apunta, en una integral recuperación de la efectividad de tales connotaciones, el camino a seguir para sustraerse a la lógica de formadora del formalismo y del abstraccionismo jurídico. [...]

Sólo será posible el ejercicio alternativo de la función judicial en cuanto se funde sobre unos usos y una práctica a su vez alternativos respecto a los modelos tradicionales de conducta del juez burgués: es decir, en la medida que el juez se abra al exterior, y superando la clausura corporativa y castal del propio rol rompa el falso aislamiento en que le quiere la cultura dominante y se instale dentro de las dinámicas sociales por la vía de un compromiso político vivido, no idealista y moralmente como empeño puramente moral y subjetivo, sino como participación directa en el conflicto político y vinculación orgánica al movimiento de clase. [...]

Desde esta perspectiva adquiere un nuevo y mas auténtico significado el principio de independencia de la función judicial: independencia no de la sociedad sino frente al Estado, no de las clases populares y subalternas sino de las dominantes. En una radical inversión de la concepción de la independencia propia de los sectores conservadores de la magistratura. Si es cierto que sólo el poder puede amenazar la real independencia del juez, la única independencia de que tiene sentido hablar es la independencia frente al poder; la otra «independencia» la que se expresa en la clausura del juez dentro de su función y en la defensa corporativa de su incensurabilidad por la opinión pública, no es más que irresponsabilidad, y se resuelve de hecho en la pasiva sujeción de la función judicial a las fuerzas dominantes. [...] La toma del partido de la magistratura democrática en favor de las clases oprimidas, adquiere así en cuanto opción por el no-poder, un ulterior fundamento. Esta elección madurada a través de la consciente politización del juez en contacto con las

masas populares, viene a fundar, con su responsabilidad frente al pueblo, su real independencia. Y cuanto mas sujeto se sienta el juez al continuo y penetrante control de la opinión pública popular, cuanto mas advierta en torno a su función una activa y vigilante presencia crítica de las fuerzas democráticas, tanto mas fácil le resultará liberarse de su sustancial dependencia de las clases dominantes, resistir a las sugerencias del poder, invertir la finalidad de que él es mas o menos inconsciente instrumento.

3.1.2. UNA VISIÓN PRAGMÁTICA⁹⁸

Incapaces de basar sus decisiones en los casos difíciles ya sea en la lógica o ya sea en la ciencia, los jueces se ven obligados a caer en el uso de métodos informales de razonamiento que llamó “razón práctica” (usando este término en un sentido poco ortodoxo). [...]

En realidad, el poder de las herramientas investigativas disponibles a las cortes es tan limitado, que la aspiración realista de un juez confrontado con un caso difícil es alcanzar una decisión “razonable” (práctica, sensata), por oposición a una decisión que pudiera ser demostrada como correcta, la cual está fuera del alcance. [...]

Los jueces crean el derecho en vez de encontrarlo, y para ello utilizan como insumos tanto las reglas establecidas por los legisladores y las cortes anteriores (“derecho positivo”) como sus propias preferencias éticas y políticas. [...]

Ni la teoría interpretativa en general ni la rica literatura sobre interpretación jurídica (cuya riqueza llega a ser molesta) va a asegurar una interpretación objetiva de los precedentes, la ley o la constitución. Obviamente se puede llegar demasiado lejos en el escepticismo interpretativo. La comunicación funciona en forma verificable, y las leyes y las disposiciones constitucionales son esfuerzos comunicativos. Pero a menudo, al tratar con leyes o la constitución, los canales de comunicación se ven obstruidos, y cuando eso ocurre, el concepto de interpretación es muy vago e indeterminado para disciplinar la investigación jurídica. Vemos eso cuando preguntamos cuál es la finalidad de la interpretación y descubrimos que no hay una respuesta compartida a esa

⁹⁸ Los siguientes son algunos extractos de Posner, Richard, «A pragmatist manifesto», en *The problems of jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1990, pp. 454-469.

pregunta, ni ninguna forma de forzar un acuerdo, ya que todo depende de la teoría política del intérprete. Haríamos mejor en abandonar el término interpretación para concentrarnos directamente en las consecuencias de las aplicaciones que son propuestas de las disposiciones legales y constitucionales a conflictos específicos. [...]

La esencia de la toma de decisiones interpretativas es la evaluación de las consecuencias de decisiones alternativas. No existe “lógicamente” una interpretación correcta; la interpretación no es un proceso lógico. [...]

(La actitud de los juristas) hacia el derecho es piadosa y reverente, en vez de ser investigativa y desafiante. La ley no es empero un texto sagrado sino que es una práctica social ordinaria y monótona, vagamente limitada por consideraciones éticas y políticas. Por consiguiente, la fuerza de una interpretación legal y de otras proposiciones jurídicas puede ser mejor evaluada por un examen de sus consecuencias en el mundo fáctico. [...] Pero existe una tendencia en el derecho a mirar hacia atrás más que hacia delante, a buscar esencias en vez de seguir la experiencia. Las consecuencias del derecho es lo que menos sabemos del derecho. Al enfrentar un problema que ha sido planteado como uno de interpretación legal, un pragmatista se pregunta cuál de las posibles decisiones va a tener mejores consecuencias, tomando en cuenta todas las consideraciones en que los abogados están o deberían estar interesados, lo cual incluye la necesidad de preservar el lenguaje como un medio de comunicación efectiva y de preservar la separación de poderes, aceptando en general las escogencias públicas del Legislador⁹⁹.

3.1.3. LOS CASOS DIFÍCILES¹⁰⁰

En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez –de acuerdo con esa teoría– tiene «discreción» para decidir el caso en uno o en otro sentido. [...]

⁹⁹ Este último párrafo fue tomado del capítulo 19 del libro de Richard Posner, *Overcoming Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 400.

¹⁰⁰ Han sido seleccionados algunos apartes del capítulo cuarto (que lleva este mismo título) de una de las obras más célebres de Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta Gustavino, Barcelona: Ariel, 1995, pp. 146-179.

Mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuales son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuales son los derechos de las partes en los casos difíciles. Por el contrario, mi argumentación supone que, con frecuencia, abogados y jueces razonables estarán en desacuerdo sobre los derechos, así como ciudadanos y estadistas discrepan en cuanto a los derechos políticos. Este capítulo se refiere a las cuestiones que deben plantearse jueces y abogados, pero no garantiza que todos ellos den la misma respuesta a dichas cuestiones. [...]

Los jueces no son ni deben ser legisladores, y el conocido supuesto según el cual cuando van mas allá de las disposiciones jurídicas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso.

Lo es en cuanto pasa por alto la importancia de una distinción, fundamental dentro de la teoría política, que introduciré ahora en forma más bien tosca. Es la distinción entre argumentos de principio, por un lado, y argumentos políticos por el otro.

Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. El argumento a favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo. [...]

Haríamos bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos. Nos encontraremos con que diseñaría tales teorías de la misma manera que un árbitro filósofo delinea el carácter de un juego. Para este propósito he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules. Supongo que Hércules es juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos. Supongo que acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción. Es decir que acepta que las

leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos, y que los jueces tienen el deber general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o tribunales superiores cuyas bases lógicas, como dicen los juristas, abarquen el caso que tienen entre manos.

Supongamos que en la jurisdicción de Hércules hay una constitución escrita que estipula que ninguna ley será válida si establece una religión. La legislatura promulga una ley que concede transporte escolar gratuito a los niños de las escuelas parroquiales. La concesión, ¿establece una religión? Las palabras de la estipulación constitucional podrían servir de apoyo a ambos puntos de vista pero Hércules tiene que decidir si la niña que está ante él tiene derecho a su transporte escolar.

[...] Pero Hércules debe preguntarse después cual es, exactamente, el esquema de los principios fijados; esto es, debe construir una teoría constitucional. Como se trata de Hércules, podemos suponer que es capaz de presentar una teoría política cabal que justifique la constitución en su totalidad. Debe ser un esquema que dé cabida a las normas particulares de esta constitución, naturalmente. No puede incluir un firme derecho básico a [tener] una iglesia establecida. Pero no hay una sola teoría cabalmente especificada que dé cabida adecuada a la previsión específica referente a la religión, sino más. [...] En este caso, Hércules debe dirigirse a las normas constitucionales restantes, y a las prácticas tenidas por firmes según esas normas, para ver cual de las dos teorías llega a adecuarse con menos tropiezos a la totalidad del esquema constitucional. [...] En algún punto de su racionamiento, por ende, Hércules debe considerar la cuestión no como un mero problema de adecuación entre una teoría y las normas de la institución, sino además como un problema de filosofía política. Debe decidir que concepción es una elaboración más satisfactoria de la idea general de libertad religiosa. Y debe decidir esta cuestión porque, de no hacerlo así, no puede llevar mas adelante el proyecto comenzado. No puede responder por el detalle suficiente a la cuestión de qué esquema político establece la Constitución.

3.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. ¿Cuáles son las diferencias más importantes que pueden encontrarse en las propuestas de Ferrajoli, Posner y Dworkin respecto a la forma como se desarrolla la interpretación judicial en el ámbito del derecho? ¿Cuáles son las coincidencias que se pueden destacar?

2. ¿Cuáles son las principales críticas que Ferrajoli hace a la idea de apoliticidad en la decisión judicial?
3. ¿Cuáles son las herramientas con las que cuenta el juez para poder llegar a lo que Posner llama una «decisión razonable»?
4. ¿De que manera Dworkin defiende la posibilidad de una decisión correcta en un caso concreto? ¿Se trata de una posición distinta a la sostenida por Posner en el texto presentado?

Conviene indicar que luego de responder estas preguntas, pueden encontrarse posibles respuestas a las mismas en punto 3 («El debate contemporáneo») del ensayo de esta unidad.

4. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN ANTE UN PROBLEMA PRÁCTICO [LI]

A continuación se propone lo que puede ser considerado como un caso verdaderamente difícil e incluso dramático. Una vez leído el propósito es el de intentar ofrecer varias soluciones a partir de diferentes «actitudes» interpretativas que son planteadas en las preguntas después de presentado el caso. Es preciso tener en cuenta que el caso se desarrolla en el contexto del derecho de un país anglosajón, bajo los parámetros del sistema denominado *common law*¹⁰¹, lo cual puede dar lugar a ciertas dificultades, sobre todo de orden normativo, como por ejemplo la aplicación de la pena de muerte, el juicio por jurados, etc. Sin embargo, el planteamiento del caso ha tratado de no dejar por fuera ningún elemento necesario para su resolución.

4.1. EL CASO DE LOS EXPLORADORES DE CAVERNAS¹⁰²

Suprema Corte de Newgarth - Año 4300

Los acusados fueron procesados por homicidio. El tribunal del Condado de Stowfield los declaró culpables y fueron condenados a la horca. Los aludidos apelan ante esta Corte. Los hechos aparecen con suficiente detalle en la relación del señor presidente.

¹⁰¹ Sobre el sistema de *common law* véase el ensayo de la primera unidad, sección 2.1.

¹⁰² El siguiente es un extracto del texto de Lon L. Fuller, *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. de Genaro R. Carrió y Leopoldo J. Nilus, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

Presidente Truepenny. Los cuatro acusados son miembros de la Sociedad Espeleológica, que es una organización de aficionados a la exploración de cavernas. A principios de mayo de 4299, en compañía de Roger Whetmore, en aquel entonces miembro también de la Sociedad, penetraron en el interior de una caverna de piedra caliza, del tipo que se encuentra en la Plataforma Central de este Commonwealth. Cuando se hallaban ya lejos de la entrada de la caverna, tuvo lugar una avalancha. La única abertura conocida de la caverna fue completamente bloqueada por pesados cantos. Al descubrir su situación, los exploradores se ubicaron en las cercanías de la entrada obstruida para aguardar que alguna partida de rescate removiera los escombros que les impedían salir de su prisión subterránea. Al no volver Whetmore y los acusados a sus casas, el secretario de la Sociedad fue notificado por las familias de aquéllos. Los exploradores habían dejado indicaciones en la sede central de la Sociedad acerca de la ubicación de la caverna que se proponían visitar. Una partida de rescate fue enviada de inmediatamente al lugar indicado.

La tarea del rescate, empero, resultó de extraordinaria dificultad. Se hizo menester engrosar las fuerzas de la partida originaria con repetidos envíos de hombres y máquinas, cuyo transporte a la lejana y aislada región en la que se hallaba la caverna fue realizado a elevado costo. Se instaló un enorme campamento de obreros, ingenieros, geólogos y otros expertos. Las tareas de remoción fueron varias veces frustradas por nuevas avalanchas. En una de ellas perecieron diez obreros ocupados en despejar la entrada. Los fondos de la Sociedad Espeleológica se agotaron rápidamente con los trabajos de rescate y se gastó la suma de ochocientos mil frelares —en parte obtenidos mediante suscripciones populares, en parte votados por resolución legislativa— antes de poder rescatar a los atrapados. El éxito fue finalmente alcanzado el trigésimo segundo día a contar de la entrada de los exploradores en la caverna.

Como se sabía que los exploradores habían llevado consigo sólo escasas provisiones, y como también era sabido que la caverna no contenía sustancia animal ni vegetal que permitiera subsistir, desde un principio se previó la angustiosa posibilidad de que los prisioneros perecieran por inanición antes de que se hiciera viable un acceso a ellos. Recién el vigésimo primer día se supo que aquéllos habían llevado consigo a la caverna un equipo inalámbrico portátil con el que se podía tanto transmitir como recibir mensajes. De inmediato se instaló en el campamento de rescate un equipo similar y se estableció comunicación oral con los infortunados exploradores. Estos pidieron que se

les informara qué tiempo insumiría su liberación. Los ingenieros a cargo del proyecto contestaron que harían falta por lo menos diez días, y siempre que no ocurrieran nuevas avalanchas. Los exploradores preguntaron, entonces, si había algún médico presente y se les puso en comunicación con una comisión de ellos, a quienes describieron su condición y dieron cuenta de las raciones que habían llevado consigo. Por último les solicitaron opinión médica acerca de la probabilidad de seguir subsistiendo sin alimentos durante diez días más. El jefe de la comisión de médicos les informó que había muy poca.

El equipo inalámbrico del interior de la caverna se mantuvo silencioso durante las siguientes ocho horas. Al restablecerse la comunicación, los exploradores pidieron hablar nuevamente con los médicos. El jefe de la comisión se acercó al aparato, y Whetmore, hablando por sí y en representación de los otros, preguntó si comiéndose a uno de ellos los restantes podrían sobrevivir diez días más. Ninguno de los médicos se mostró dispuesto a responder. Whetmore preguntó entonces si había algún juez u otro funcionario público en el campamento que quisiera contestar aquella pregunta. Nadie se mostró dispuesto a hacerlo. Whetmore inquirió si había algún ministro religioso o sacerdote que quisiera contestar a su pregunta, y no pudo encontrarse ninguno. Después de ello no se recibieron ulteriores mensajes desde la caverna y se presumió (erróneamente, según pudo comprobarse más tarde) que las pilas del equipo inalámbrico de los exploradores se habían agotado. Cuando los prisioneros fueron finalmente rescatados, se supo que el día vigésimo tercero a contar de su entrada a la caverna, Whetmore había sido asesinado y comido por sus compañeros.

De las declaraciones de los acusados, aceptadas por el jurado, surge que fue Whetmore el primero en proponer que alguno de los exploradores sirviera de alimento a los demás. También fue Whetmore el primero en proponer que se echaran suertes, a cuyo fin exhibió a los acusados un par de dados que casualmente llevaba consigo. Los acusados se resistieron en un principio a adoptar un procedimiento tan desesperado, pero después de las conversaciones por el aparato inalámbrico, arriba relatadas, terminaron por aceptar el plan propuesto por Whetmore. Después de discutir largamente los problemas matemáticos involucrados, se arribó, por fin, a un acuerdo sobre el método para resolver la cuestión mediante el uso de los dados.

Sin embargo, antes de que se arrojaran los dados, Whetmore declaró que se retiraba del acuerdo, pues reflexionando mejor había decidido esperar otra

semana más antes de recurrir a tan terrible y odioso temperamento. Los otros lo acusaron de violación de lo convenido y procedieron a arrojar los dados. Cuando le tocó a Whetmore, uno de los acusados echó los dados por él, pidiéndosele a Whetmore hiciera las objeciones que tuviera en cuanto a la corrección de la tirada. Declaró no tener ninguna objeción. El tiro le resultó adverso, siendo luego privado de la vida y comida por sus compañeros. Luego del rescate de los acusados y después que éstos pasaron una temporada en un hospital donde fueron objeto de un tratamiento por desnutrición y shock, se los sometió a proceso por homicidio en la persona de Roger Whetmore. En el juicio oral, una vez concluida la prueba testimonial, el portavoz del jurado, de profesión abogado, preguntó al juez si el jurado no podía emitir un «veredicto especial», dejando al juez la determinación de la culpabilidad de los reos con base en los hechos que resultaren probados. Luego de alguna discusión, tanto el fiscal como el abogado defensor dieron su conformidad a tal procedimiento que fue adoptado por el Tribunal. En un extenso «veredicto especial» el jurado decidió que los hechos ocurrieron tal como los acabó de relatar, y decidió, además, que si con base en estos hechos los acusados eran culpables del crimen que se les imputaba, entonces debía condenárselos. Con base en tal veredicto el juez decidió que los acusados eran culpables de homicidio en la persona de Roger Whetmore. En consecuencia, los sentenció a ser ahorcados, pues la ley de nuestro Commonwelth no permite discreción alguna con respecto a la pena a imponerse a aquel delito. Disuelto el jurado, sus miembros suscribieron una comunicación al jefe del Poder Ejecutivo, peticionándole que conmutara la pena de muerte por la de seis meses de prisión. El juez dirigió una comunicación similar al Poder Ejecutivo. Aún no se ha adoptado resolución alguna con respecto a estas peticiones, y parece que el Poder Ejecutivo está aguardando nuestra decisión en el presente recurso. [...]

4.2. PREGUNTAS RESPECTO AL CASO

1. ¿Cómo resolvería usted el anterior caso a partir de lo que en general puede ser considerado como una interpretación «estricta» del tenor literal de la ley?
2. A pesar de que al respecto puede haber alguna discusión, es muy posible que el propósito de la ley criminal del Commonwelth que sanciona el homicidio con la horca sea el de proteger la vida de los ciudadanos y prevenir que se produzcan otros homicidios en el futuro. ¿Cómo resolvería usted el caso a partir del

«espíritu» o del propósito de la ley, diferenciándolo, en principio, de su tenor literal?

3. ¿Cómo resolvería usted el caso si recurriera a una interpretación de la ley del Commonwealth desarrollada a través de sus propios y particulares criterios de justicia?

5. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y EXPERIENCIA JUDICIAL [LI]

El análisis realizado gracias a las anteriores actividades pedagógicas seguramente ha permitido comenzar a tener una visión general de las más importantes teorías de la interpretación jurídica. De lo que se trata ahora es de enlazar las propuestas planteadas por los autores de los diversos textos presentados con la experiencia interpretativa que usted como juez o funcionario judicial tiene. Para ello se plantean las siguientes actividades investigativas:

1. ¿Dentro de su experiencia como intérprete jurídico, cuál considera usted que es la teoría que de hecho sigue para solucionar los casos a los cuales se enfrenta?
2. Escoja uno de sus colegas cuyo trabajo como intérprete conozca y responda la pregunta anterior.
3. Analice una sentencia de algún tribunal de mayor jerarquía o de una de las altas cortes y establezca en qué tendencia de la interpretación se ubicaría.

III. ENSAYO. ENTRE DEDUCTIVISMO Y ACTIVISMO: HACÍA UN INTENTO DE RECAPITULACIÓN DE LOS GRANDES MODELOS TEÓRICOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA¹⁰³

ESQUEMA DEL ENSAYO

Criterio de clasificación = relación entre objeto de interpretación y sujeto que interpreta:		
Deductivismo: interpretación como actividad cognoscitiva	Activismo: interpretación como actividad volitiva	
La respuestas extremas del siglo XIX		
La jurisprudencia deductiva	El libre activismo judicial	
1) El Modelo Exegético (además de otras formas de jurisprudencia conceptual y deductiva): Beccaria, Montesquieu. 2) La Jurisprudencia de Conceptos: Ihering	1) La Escuela del Derecho Libre: Kantorowicz 2) El Realismo Jurídico Norteamericano: Holmes, Llewellyn, Frank.	
Los modelos intermedios del siglo XX		
El positivismo normativista		
1) Determinación del marco que expone el derecho por interpretar: Kelsen. 2) La textura abierta del lenguaje jurídico y las zonas de penumbra: Hart.		
Los modelos tópicos, hermenéuticos y argumentativos		
1) La argumentación jurídica y la retórica: Vichweg, Recaséns Siches, Perelman. 2) La teoría de la argumentación jurídica: Aarnio, Peczenick, Alexy, MacCormick.		
El debate contemporáneo: principios, consecuencias y protagonismo judicial		
Constructivismo y única respuesta correcta	El escepticismo crítico y el juez como actor político	Las visiones pragmáticas
1) El derecho como integridad: Dworkin.	1) El movimiento del Uso Alternativo del Derecho en Europa. 2) El movimiento del Uso Alternativo del Derecho en América Latina. 3) El movimiento de los Estudio Críticos Legales.	1) Pragmatismo jurídico. 2) Visiones consecuencialistas.

¹⁰³ Esta parte es una actualización del artículo de Rodrigo Uprimny «Estado social de derecho y respuesta judicial correcta», en VV.AA. *Hermenéutica jurídica*, Bogotá: Universidad del Rosario, 1997.

INTRODUCCIÓN

La particular relevancia doctrinaria y práctica que en los últimos años han tenido los problemas de interpretación jurídica en general y de interpretación judicial en particular (a la cual se ha hecho referencia con anterioridad), ha dado lugar a un interesante debate entre quienes consideran que, gracias al trabajo innovador de ciertos jueces y tribunales, se está en presencia de un nuevo derecho, más dinámico y acorde con la realidad social que aquel que estuvo vigente durante buena parte del siglo XX, frente a otros que, siendo críticos de esta nueva visión sobre la labor del juez, creen que estas tentativas de renovación de la práctica judicial no sólo son extranjeras, dado que provienen de tradiciones jurídicas extrañas a nuestro contexto, sino que además afectan profundamente la seguridad jurídica, por lo cual es necesario retornar a las sabias reglamentaciones hermenéuticas del Código Civil y de la Ley 153 de 1887, según las cuales el juez debe siempre atenerse al estricto tenor de la ley.

Como decíamos, esta controversia es interesante e importante, y podría enriquecer enormemente la reflexión sobre el derecho, pues toca un aspecto esencial de la teoría jurídica y de la práctica judicial, a saber, cómo deben interpretar los jueces las normas con el fin de resolver correctamente los casos que llegan a su conocimiento¹⁰⁴. Sin embargo, es posible constatar que en general el debate ha sido mal planteado, pues ha tendido cada vez más a polarizarse. Así, algunos defensores del denominado «nuevo derecho» parecen sugerir que la seguridad jurídica es un valor poco importante en los sistemas jurídicos contemporáneos (en especial tratándose de democracias constitucionales), pues los jueces deben buscar primariamente la realización de la justicia material en sus decisiones. De esta manera, se tiende a descalificar como conservadores a todos aquellos juristas que se preocupan por el control de la arbitrariedad judicial. Por su parte, los detractores de las nuevas tendencias interpretativas consideran que sólo el retorno a la exégesis implícita en

¹⁰⁴ Como señala C. Gaviria, «el problema de la interpretación es un problema realmente axial dentro de la teoría del derecho», dado que «la actitud que se asuma frente al problema de la interpretación, condiciona la actitud que se asuma frente a cualquier otro problema jurídico, pero viceversa, cualquier actitud iusnaturalista o positivista, especulativa o analítica que yo asuma frente al derecho, va a incidir necesariamente en el concepto que yo tenga de la interpretación». Gaviria Díaz, Carlos, «La interpretación constitucional» en Cifuentes Muñoz, Eduardo *et al.*, *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política, 1994, p. 121.

las reglas del Código Civil permite lograr la seguridad jurídica que debe existir en la labor judicial y que caracteriza el Estado de derecho.

Estaríamos así en una especie de reedición de las recurrentes polémicas entre los antiguos y los innovadores que se suelen dar en las distintas disciplinas del saber humano, si bien en este caso la polarización es no solamente perjudicial, pues evita un diálogo fecundo que permita llegar a resultados teóricos y prácticos que enriquezcan el trabajo judicial, sino que además es muy equívoca, ya que ambas posiciones además de ser unilaterales son, paradójicamente y en cierto sentido, complementarias. De esta forma, no es cierto que la seguridad jurídica y el respeto del juez a la ley sean valores conservadores o de poca importancia en una democracia, ya que no puede existir justicia material allí donde no exista un control a la arbitrariedad judicial. Por ejemplo, en materia penal, es claro que autores democráticos y progresistas, desde Beccaria hasta nuestros días, han defendido la estricta sujeción del juez a la ley¹⁰⁵, mientras que algunas tendencias autoritarias han abogado por una mayor creatividad judicial. Pero, por otra parte, las reglas del Código Civil no permiten lograr buenas decisiones judiciales en todos los casos, pues sus insuficiencias son evidentes, por ejemplo cuando se trata de la interpretación de las reglas y principios constitucionales. Por lo demás, como se mostrará más adelante, no sólo el «nuevo derecho» dista de ser nuevo, ya que es una recepción tardía de diversas tendencias que hace varias décadas se dieron en otros países¹⁰⁶, sino que muchas éstas surgieron precisamente para lograr una mayor seguridad jurídica en las decisiones judiciales.

En este contexto, la finalidad de esta unidad es situar en una esfera conceptual más amplia y en un examen más reposado el debate entre esas dos tendencias

¹⁰⁵ Acabamos de ver esta tendencia precisamente con los extractos de la obra de Beccaria *De los delitos y de las penas*, en donde se defiende el modelo silogístico de aplicación de la ley penal, a fin de que la labor judicial no sea más que afirmación o negación de hechos, pues la arbitrariedad se instala cuando el castigo no depende de la «voz constante y fija de la ley» sino de la «errabunda inestabilidad de las interpretaciones». En el mismo sentido, L. Ferrajoli sostiene que el modelo garantista en materia penal supone una labor estrictamente verificadora del juez penal, mientras que los modelos autoritarios y de derecho penal máximo han pretendido liberar al juez del principio de estricta legalidad. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, trad. de Andrés Ibañez et al., Madrid:Trotta, 1998, pp. 33-40.

¹⁰⁶ Sobre la evolución de la manera como algunas corrientes y autores de la «teoría trasnacional del derecho» han influido y penetrado estructuralmente en la formación de la conciencia jurídica regional y nacional en América Latina, véase: López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Legis, 2004, pp. 116-127.

radicales sobre la interpretación, para lo cual se intentará hacer una recapitulación de los distintos modelos de interpretación jurídica, con fin de despejar ciertos equívocos y de permitir al funcionario judicial situar el debate teórico sobre el tema. Para ello la reflexión debe partir de un estudio de las respuestas tradicionales extremas que se han dado al interrogante sobre cómo llegar a una decisión judicial satisfactoria, a saber, la jurisprudencia mecánica o deductiva, por un lado, y el libre activismo judicial, por el otro. Frente a los riesgos e insuficiencias de esas perspectivas, es posible constatar que desde hace varias décadas se abre un terreno intermedio cuya presentación se aborda en los siguientes términos: por un lado, las perspectivas del positivismo normativista del siglo XX y, por otro lado, los ensayos para construir una lógica de lo razonable desde el punto de vista jurídico o una hermenéutica argumentativa jurídica. Finalmente, el texto termina presentando algunas de las propuestas que han dominado el debate en las últimas dos décadas: el Constructivismo ligado a la tesis única respuesta correcta; el escepticismo crítico que considera que el juez es eminentemente un actor político, y las visiones pragmáticas y consecuencialistas¹⁰⁷.

Como se observa en este panorama de las teorías sobre el carácter de la interpretación jurídica, el criterio de clasificación que se ha propuesto de las mismas se centra fundamentalmente en la relación entre objeto de interpretación y sujeto que interpreta. En este orden de ideas se encuentran, en un extremo, aquellas teorías que conciben la interpretación como una actividad exclusiva o esencialmente cognoscitiva, en la que la voluntad del interprete se somete al contenido del derecho; en el otro extremo están aquellas teorías que, por el contrario, consideran que la interpretación jurídica es una actividad volitiva que depende de los intereses, creencias y consideraciones del intérprete, quedando el derecho y las normas que lo constituyen en un lugar secundario. Entre estas dos tendencias extremas se encuentran varias teorías que consideran que en la interpretación del derecho se

¹⁰⁷ La literatura sobre la evolución de las teorías de la interpretación jurídica es enorme. Para algunas síntesis contemporáneas pedagógicas y sugestivas véase: Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de Luís Villar Borda, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 35 y ss.; Calvo García, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid: Tecnos, 1994; Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luís Diez-Picazo, Madrid: Civitas, 1979, pp. 35-128; Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos, 1987, capítulos I y II.

realizan tanto actividades cognoscitivas como volitivas, destacando así su carácter complejo y compositivo¹⁰⁸.

1. LAS RESPUESTAS EXTREMAS DEL SIGLO XIX: ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEDUCTIVA Y EL LIBRE ACTIVISMO JUDICIAL

En forma esquemática, el debate sobre el carácter de la interpretación jurídica a lo largo del siglo XIX puede ser descrito como el progresivo paso de un modelo extremo, la llamada jurisprudencia deductiva y formalista, a otro modelo extremo, el libre activismo judicial orientado a la realización de valores materiales.

1.1. LA JURISPRUDENCIA DEDUCTIVA: EL EJEMPLO DE LA EXÉGESIS

La primera posibilidad de respuesta al problema de los alcances de la interpretación jurídica hunde sus raíces en el modelo exegético o de la jurisprudencia mecánica, que se diseñó en el siglo XIX, en Europa continental, como la fórmula adecuada para enfrentar el problema de la interpretación y aplicación del derecho por los jueces.

Esta concepción parte de la estricta subordinación del juez a la ley –cuya legitimidad está garantizada al considerarse que es la expresión de la voluntad general–, de suerte que la actividad judicial es pensada como la subsunción del caso concreto en la norma general. Es el célebre modelo del silogismo judicial popularizado por Beccaria en el campo penal. Según este autor, como lo acabamos de ver en los extractos presentados más arriba, «en todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la

¹⁰⁸ En este mismo sentido, J. Wróblewski considera que es posible hacer una clasificación de la interpretación jurídica según las facultades que son usadas en el proceso intrepretativo, lo que da lugar a la distinción entre interpretación como función del conocimiento e interpretación como función de la voluntad. Wróblewski, Jerzy, «Interpretation juridique», en Arnaud, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. París: LGDJ, Bruselas: Story Scientia, 1988, p. 199. Igualmente, H. Kelsen distingue entre la interpretación que consiste en determinar todos los sentidos posibles de la norma (interpretación doctrinal) y aquella en la que una autoridad investida de la competencia de interpretar efectúa una elección entre los diversos sentidos que plantea la norma (interpretación auténtica), razón por la cual solamente la segunda tiene carácter creativo. Kelsen, Hans, *ob. cit.*, pp. 353-355.

puerta de la incertidumbre». En el campo del derecho privado se considera que el silogismo judicial también puede llevarse a cabo, gracias al postulado, característico del Estado liberal, según el cual lo que no está prohibido está por definición permitido, postulado que, además, permite afirmar la plenitud del ordenamiento legal.

En tal contexto, la exégesis, y todas las diversas formas de jurisprudencia conceptual y deductiva que le están asociadas, distinguen entre la creación del derecho (la ley) y la aplicación deductiva y racional del mismo (la sentencia), pues así se logra, en primer término, seguridad jurídica, pues la decisión judicial ya está contenida en la norma general que es conocida por todos. En segundo término se alcanzaría el respeto al principio democrático pues el juez no sería más que –según la conocida caracterización de Montesquieu– «la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquélla»¹⁰⁹. Y, finalmente, estas decisiones serían justas materialmente, pues la ley se presume recta, según la concepción rousseauiana de la voluntad general¹¹⁰. Por lo tanto, la aplicación deductiva de la ley también es justa, porque el juez simplemente traslada al caso concreto la voluntad democrática y racional del legislador.

La escuela exegética propugnó entonces por una serie de instrumentos que garantizaran una estricta subordinación del juez a la ley, entre los que se encontraban, de un lado, mecanismos institucionales como el llamado «référendum legislatif», que tuvo una corta y contradictoria historia¹¹¹, y, en particular, el más perdurable tribunal de casación, inicialmente radicado en el parlamento y cuya finalidad es la de controlar la estricta legalidad

¹⁰⁹ Montesquieu, Charles Louis de Secondat, barón de la Brede y, *Del espíritu de las leyes*, Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6 (en la traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona: Ediciones Orbis, 1984, t. I, p. 149).

¹¹⁰ Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Libro II, Capítulo II y VI (en la traducción de Enrique López Castellón, Madrid: Edimat Libros, 1998, pp. 68-70 y 77-79).

¹¹¹ Según esta institución, si un juez en un caso concreto tenía dudas sobre el alcance de una ley, debía recurrir al poder legislativo para que éste le aclarara cuál era su voluntad en la materia y para que no usurpara, por medio de la labor interpretativa, las competencias de aquél. Se pensaba de esta forma garantizar una estricta separación entre los poderes. Sin embargo, el mecanismo fue finalmente abandonado porque era claramente contradictorio, dado que terminaba por implicar una confusión de poderes, pues el legislador, por la vía del *référendum legislatif*, terminaba decidiendo un caso concreto, en vez de limitarse a establecer las leyes generales, con lo cual invadía los fueros de los jueces. Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid: Alianza Editorial, 1994, pp. 229-238.

de las sentencias. De otro lado, esta escuela desarrolló una metodología jurídica destinada a garantizar el carácter puramente cognoscitivo –y no creativo o volitivo– de la actividad judicial, pues el juez debía limitarse a aplicar al caso concreto los mandatos del legislador expresados en la ley. Se trata, entonces, de una concepción formalista y deductivista de la interpretación, que no permite al intérprete el ejercicio de la voluntad sino una simple verificación del derecho aplicable y de los hechos del caso.

Las reglas hermenéuticas del Código Civil (capítulo IV) y de la Ley 153 de 1887 recogen, con algunas variaciones, las enseñanzas de la hermenéutica conceptual y formalista propia de la exégesis. Así, según estos cánones, el juez debe dejar de lado sus particulares inclinaciones, ya que lo favorable u odioso de una disposición no se debe tomar en cuenta para ampliar o restringir su alcance, el cual se debe determinar «por su genuino sentido» y según las reglas de interpretación fijadas por la propia ley¹¹². Además, se establece una primacía del método literal, pues en principio el juez debe atenerse al tenor de las normas. Si ello no es posible, la solución del juez debe fundarse en un método histórico, esto es, el intérprete debe tratar de reconstruir la voluntad subjetiva del Legislador «recorriendo a su intención, claramente manifestada en [la ley] o en la historia fidedigna de su establecimiento»¹¹³. En esta labor no se desecha el elemento sistemático, pues se defiende la llamada autointegración de la ley, esto es, que en caso de lagunas legales, el juez puede encontrar racionalmente la solución, sin tener que ejercer un poder discrecional, gracias a las leyes que regulan asuntos semejantes

¹¹² Código Civil, artículo 26 [*Interpretación por vía doctrinal*]: «Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por *vía de doctrina*, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares». «Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por *vía de doctrina*». Código Civil, artículo 31 [*Interpretación de la ley por extensión*]: «Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes».

¹¹³ Código Civil, artículo 27 [*Interpretación gramatical de la ley*]: «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu». «Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento».

(analogía legis) o a los principios generales que se pueden inducir del propio ordenamiento legal (*analogía juris*)¹¹⁴.

En otro contexto, la Jurisprudencia de Conceptos desarrollada en Alemania durante el siglo XIX tuvo similares pretensiones, pues también quería eliminar la discreción judicial y la voluntad en la aplicación del derecho. Según este enfoque, el derecho es un sistema coherente, por lo cual era posible resolver racionalmente todos los problemas jurídicos a través de una combinación de aquellos conceptos que habían sido construidos y jerarquizados en forma estrictamente formal a partir del material jurídico¹¹⁵.

No obstante, existen entre ambas escuelas diferencias importantes, pues la exégesis se desarrolló en Francia en el marco de un proceso de codificación y como consecuencia de una revolución liberal, lo cual explica el culto a la ley, que tenía para esta doctrina un doble encanto: era expresión de una voluntad política democrática y consecuencia de un proceso de racionalización y sistematización del derecho. Por eso la exégesis tiene una visión eminentemente estatista del derecho, al punto de que podría ser definida como un positivismo legalista¹¹⁶. En

¹¹⁴ Código Civil, artículo 30 [*Interpretación sistemática de la ley*]: «El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía». «Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto». Código Civil, artículo 32 [*Interpretación por equidad*]: «En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural». Ley 153 de 1887, artículo 5: «Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes». Ley 153 de 1887, artículo 8: «Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho».

¹¹⁵ R. von Ihering, el más célebre de los representantes de la Jurisprudencia de Conceptos, caracteriza la técnica jurídica de la siguiente forma: «La realización del derecho es más una cuestión formal que material. Por muy diverso que sea el contenido material de los distintos derechos, la realización de éstos puede y debe ser siempre la misma. Existe en esta relación un ideal, al que debe tratar de aproximarse cada derecho, y que definiría mediante dos requisitos: por una parte, la realización debe ser ineluctable, por ende, regular y eficaz. Por otra parte, debe ser sencilla y rápida». Ihering, Rudolf von, «Teoría de la técnica jurídica», trad. de Sergio Sanjosé, en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El Ámbito de lo Jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica, 1994, p. 61.

cambio, la jurisprudencia de conceptos se desarrolló en Alemania, que no había conocido revoluciones liberales de los alcances de la Revolución Francesa de 1789, ni una codificación que pretendiera sistematizar las herencias del derecho romano y germánico. Esta escuela no rinde entonces culto a la ley sino a la racionalidad del derecho en sí, por lo cual tiende a asumir una cierta visión iusnaturalista¹¹⁷. Con todo, ambas escuelas expresan la pretensión de la ciencia jurídica dominante en Europa continental en el siglo XIX, a saber, la pretensión de excluir, por medio de una racionalidad rigurosamente formal, toda voluntad en los procesos de aplicación del derecho.

Como vemos, la jurisprudencia deductiva y formalista tiene encantos indudables porque busca realizar aspiraciones muy importantes en relación con la seguridad jurídica y el control a la arbitrariedad judicial. Además, en el caso de la exégesis, su inspiración democrática es evidente, ya que se pretende proteger la voluntad de las mayorías encarnada en los cuerpos políticos representativos, por lo cual puede afirmarse que si pudiera cumplir sus promesas, el enigma del método de la interpretación jurídica hace mucho tiempo estaría solucionado: todos seríamos exégetas o defensores de alguna forma de jurisprudencia conceptual. El problema es que, en muchos casos y ámbitos, las reglas metodológicas de estas escuelas no funcionan, lo cual ya era evidente en la segunda mitad del siglo XIX, gracias a la obra de R. von Ihering, quien después de haber llevado a su máximo desarrollo la jurisprudencia de conceptos, procedió en sus últimos trabajos a demolerla de manera inmisericorde¹¹⁸. Por eso hoy en la teoría jurídica contemporánea casi ningún autor defiende hasta sus últimas consecuencias estos modelos deductivos. Es más,

¹¹⁶ A propósito del «legicentrismo», es decir, del papel central reservado a la ley que caracteriza la construcción político-jurídica de la revolución francesa, véase: Rials, Stephen, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, París: Hachette, 1988, pp. 364 y ss.; García de Enterría, Eduardo, *La Lengua de los Derecho: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid: Alianza Editorial, 1999, pp. 70-71.

¹¹⁷ En este sentido véase: Fasso, Guido, Historia de la filosofía del derecho: siglos XIX y XX, trad. de José F. Lorca Navarrete, Madrid: Pirámide, 1996, pp. 162-165. Con todo, para R. Hernández Marín no cabe atribuirle a Ihering una concepción iusnaturalista del derecho, si bien reconoce la poca claridad de este autor al respecto. Hernández Marín, Rafael, Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea, Madrid: Tecnos, 1989, p. 95.

¹¹⁸ Por eso se suele hablar de los dos Ihering: el joven Ihering, el de la jurisprudencia conceptual y formalista, y el segundo, el crítico de esa tendencia que defiende una visión finalista del derecho. Al respecto, véase, entre otros: Calvo García, *ob. cit.*, pp. 93 y ss; Fasso, Guido, *ob. cit.*, pp. 164-165; Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 2001, pp. 65-70.

se considera que la crítica a sus limitaciones es un asunto que no ofrece mayores dificultades y sobre el cual no vale la pena detenerse¹¹⁹. Sin embargo, en nuestro país, para algunos sectores, este método jurídico formalista sigue siendo considerado el único capaz de asegurar interpretaciones adecuadas, por lo cual conviene que nos detengamos brevemente en mostrar sus insuficiencias, a pesar de que la mayor parte de estas objeciones sean ampliamente conocidas y hayan sido desarrolladas en forma prolífica por otros autores.

1.2. LAS INSUFICIENCIAS Y LA CRISIS DE LOS MODELOS DEDUCTIVOS

La exégesis reposa en dos principios esenciales: por una parte, la defensa de la coherencia y plenitud del ordenamiento legal, pues según esta visión, para todos los casos el derecho ha previsto una única solución; de otra parte, la pretendida neutralidad del proceso de interpretación del derecho, que permitiría al juez encontrar siempre esa solución, si aplica con pericia las reglas hermenéuticas. Las distintas críticas están destinadas a mostrar el carácter mítico de esos dos postulados, los cuales parten de una concepción equivocada, o por lo menos bastante ingenua, del ordenamiento normativo, del lenguaje del derecho y de la propia actividad judicial.

De un lado, estas concepciones minimizan las inevitables lagunas y contradicciones del sistema legal, con lo cual legitiman una inocente visión de un legislador omnisciente, que sería capaz de prever y regular de antemano todas las situaciones relevantes para el derecho. Es el mito del legislador racional. Sin embargo, la experiencia política ha mostrado que ese legislador no existe, dado que los parlamentos están integrados por seres humanos y miembros de partidos políticos, con obvias limitaciones y con intereses encontrados, por lo cual el ordenamiento legal tiene inevitablemente muchas lagunas y contradicciones.

¹¹⁹ Por ejemplo, según R. Alexy refutar el modelo deductivo «es demasiado fácil» ya que «bastan referencias a la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos de normas y colisiones de normas, el hecho de que ninguna norma pueda estar a disposición para la decisión de un caso y la posibilidad, no por completo excluida en la mayor parte de los sistemas legales, de la ampliación del derecho frente al texto de una norma». Concluye entonces que este modelo «desde hace mucho no es ya sustentado por nadie como modelo completo de aplicación del derecho» (*ob. cit.*, pp. 37-38).

En segundo término, la exégesis presupone una concepción del lenguaje que es inadmisible después de los desarrollos de la filosofía analítica y de la lingüística en el siglo XX. En efecto, el presupuesto del carácter deductivo de la actividad judicial es que los conceptos jurídicos, tal y como se encuentran expresados en la ley, son unívocos, pues si por el contrario ellos son ambiguos o indeterminados, entonces la actividad judicial no puede ser siempre deductiva. Ahora bien, autores como H. L. A. Hart han mostrado con lucidez el carácter indeterminado de los conceptos jurídicos, esto es, su textura abierta. Según Hart, frente a cualquier norma o regla es posible distinguir casos en los cuales el mandato evidentemente se aplica, otros en donde indudablemente no se aplica, pero siempre existen situaciones en las cuales hay tantas razones para afirmar que la regla se aplica como para negar esa posibilidad. Por ello Hart distingue entre el núcleo de certeza de un concepto y su zona de penumbra¹²⁰.

Así, si bien en los casos fáciles, es decir aquellos que se sitúan en el núcleo de la regla, el modelo deductivo puede ser pertinente, en los casos difíciles, que se ubican en la zona de penumbra, el juez es inevitablemente creativo, puesto que la textura abierta del lenguaje no puede nunca ser eliminada, para lo cual conviene diferenciarla de la simple ambigüedad o vaguedad de una expresión. La ambigüedad es la atribución de diversos significados a una misma palabra, lo cual puede ser evitado con un buen uso del lenguaje. Por ejemplo, el enunciado «una mesa redonda» puede significar un objeto o una discusión, pero esa ambivalencia puede ser fácilmente eliminada en el discurso. Igualmente un concepto vago puede ser precisado si es necesario, para lo cual se pueden indicar cuáles son los elementos que lo definen. En cambio la textura abierta es el hecho de que en el lenguaje natural, y a diferencia de los lenguajes formales de la lógica o las matemáticas, las fronteras del significado de las palabras no son nunca totalmente nítidas, por lo cual, frente a determinados casos, siempre surgirán dudas sobre la aplicabilidad o no de un determinado concepto general. Todo esto permite a Hart concluir que «la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales»¹²¹.

¹²⁰ Estas observaciones de Hart sobre la naturaleza del lenguaje jurídico ya han sido analizadas en el ensayo de la unidad anterior (sección 2.2.).

¹²¹ Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 160.

Con todo, podría sostenerse que las anteriores objeciones no son suficientes, pues los mejores representantes de la exégesis o de la jurisprudencia conceptual no ignoraban los problemas relativos a los vacíos y a las contradicciones legales, ni desconocían la eventual vaguedad del lenguaje legal. Simplemente, ellos sostenían que el método exegético permitía enfrentar esas insuficiencias, de manera puramente lógica y sin que interviniere la voluntad del intérprete. Sin embargo, esa neutralidad valorativa y volitiva de las reglas de interpretación a través de las cuales se enfrentaban las insuficiencias del método deductivo también es ingenua. Así, este recurso a reglas interpretativas no soluciona estos problemas sino que simplemente los desplaza porque, como bien lo señala Hart, estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje y emplean términos generales que requieren interpretación, sin que sea posible que esas reglas interpretativas regulen su propia interpretación. Por ejemplo, el artículo 27 del Código Civil señala que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. Sin embargo ¿cómo sabemos si el sentido de una norma es claro? Así, habrá casos en que todo el mundo estará de acuerdo en que el sentido de una disposición aparece nítido, pero en otros eventos, puede existir desacuerdo entre los intérpretes sobre la claridad misma de otro texto normativo. La conclusión es obvia: las reglas interpretativas tienen su propia zona de penumbra, por lo cual la discrecionalidad judicial subsiste.

Un ejemplo del propio Hart¹²² muestra con claridad lo anterior. Supongamos que una norma prohíbe la entrada de vehículos a un parque. Así, si alguien intenta entrar un automóvil, sin lugar a dudas el guardia debe impedírselo. Pero qué sucede si llega un niño con un triciclo? El caso se sitúa en la zona de penumbra, pues no es claro que el triciclo sea un vehículo... pero tampoco que no lo sea. No podemos entonces aplicar la regla hermenéutica de que si el sentido de la norma es claro, hay que atenerse al tenor literal, porque no sabemos si frente a ese caso la disposición es o no clara, por lo cual la decisión depende del buen juicio del guardia, quien no podrá dejar de tomar en cuenta cuál fue la finalidad o el interés que pretendía proteger la disposición. Así, si la norma buscaba garantizar la seguridad de los niños para que puedan jugar en el parque, entonces parece lo más razonable que el guardia permita la entrada del triciclo. Pero si es un parque especialmente pensado para personas de la tercera edad, a fin de que puedan desplazarse en el mismo con tranquilidad, tal vez la prohibición se aplica también a los triciclos de los niños.

¹²² Hart, *ob. cit.*, pp. 157-158.

Igualmente, las reglas metodológicas para solucionar las antinomias legales, tales como «la norma superior deroga la norma inferior», «la norma posterior deroga la norma anterior» y «la norma especial deroga la norma general», no son en si mismas suficientes: en algunos eventos, esas reglas pueden entrar en conflicto, sin que sea posible establecer una jerarquía entre ellas en todos los casos, o a veces tales criterios son simplemente inaplicables pues puede darse un conflicto entre dos artículos de un mismo código, de suerte que serían normas coetáneas, del mismo nivel y que podrían ser ambas generales.

Por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución colombiana señala que toda persona tiene derecho a la intimidad, y no establece ninguna restricción expresa a ese derecho. A su vez el artículo 20 garantiza la libertad de expresión, y no sólo no establece ninguna restricción expresa a ese derecho sino que declara que en Colombia no habrá censura. Ahora bien, supongamos que un periodista publica un libro en donde revela detalles sobre la vida de una persona llamada Juan que vive en un pueblo, quien interpone una acción de tutela o amparo porque considera violado su derecho a la intimidad. Por su parte el escritor alega que la publicación es legítima, pues es expresión de la libertad de expresión. No parece posible solucionar la tensión entre esas normas constitucionales con las reglas clásicas para la eliminación de las antinomias, por lo cual el juez deberá recurrir a otras consideraciones para resolver el caso¹²³.

Finalmente, los supuestos criterios lógicos de auto-integración del ordenamiento –como la analogía– no excluyen las consideraciones valorativas por el juez sino que las presuponen, pues no sólo es el funcionario judicial quien decide si existen semejanzas relevantes entre los casos, sino que siempre puede escoger entre invocar la analogía y aplicar la norma que regula un caso similar, o por el contrario utilizar un argumento «a contrario senso» y excluir tal aplicación, dado que la estructura formal de ambos razonamientos es la misma. Por ello, como explica Kelsen «las reglas corrientes que prescriben recurrir a la analogía y al argumento a contrario están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra»¹²⁴.

¹²³ Como se sabe, no se trata de un caso hipotético sino bastante usual en la jurisprudencia constitucional. En Colombia, véase al respecto las sentencias de la Corte Constitucional T-293 de 1994 y SU-056 de 1995.

¹²⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 353.

Otro ejemplo conocido muestra lo anterior. Supongamos que en un vagón existe un letrero que prohíbe la entrada de gatos. ¿Qué sucedería si alguien intenta ingresar al vehículo con un perro? El guardia puede tanto efectuar una interpretación analógica como un argumento *a contrario senso*. Así, podría decirse que si bien un gato no es un perro, lo cierto es que para efectos de la norma, podemos asimilarlos, con lo cual se concluiría que está prohibida también la entrada del perro. Pero también es legítimo optar por el argumento *a contrario senso*, según el cual como el legislador no incluyó a los perros en la prohibición, debe entenderse que la prohibición no se les aplica sino que ésta es exclusiva para los gatos. Nótese que el argumento parte en ambos casos de las mismas premisas y sin embargo llega a resultados opuestos. Así, la premisa mayor es la norma «si es A (si algo es un gato) entonces debe ser B (debe ser prohibida su entrada al tren)». La premisa menor es el hecho A1 (esto es un perro y no un gato). Desde un punto de vista estrictamente lógico, esas premisas no conducen a ninguna deducción concluyente, por lo cual son otras consideraciones —que pueden ser razonables pero no lógicamente necesarias— las que permiten al portero tomar una decisión¹²⁵. Son estas nuevas razones las que llevan a que el guardián opte por una de las argumentaciones —analógica o a contrario senso—, por lo cual esas formas de razonamiento no son, en sí mismas, contundentes. Así, si el objetivo de la prohibición era evitar la incomodidad que los gatos causan a los pasajeros, entonces parece razonable aplicar analógicamente la interdicción a los perros, puesto que estos animales pueden ser más molestos. Pero en cambio, si se trataba de evitar el contagio de una enfermedad propia de los gatos, el argumento a contrario senso muestra tal vez mayor fuerza.

Las anteriores críticas permiten concluir que al pretender las normas que conforman el derecho regular la conducta humana para lograr ciertas finalidades,

¹²⁵ En efecto, en términos de análisis proposicional, de la existencia de las premisas «1- p implica q» y «2-tengo no p», no puedo deducir lógicamente nada. No opera el *modus ponens*, pues para ello sería necesario que la premisa 2 fuera: «tengo p», de lo cual podría deducir «q». Y no opera el *modus tollens*, pues sería necesario que la premisa 2 fuera tengo «no q», de lo cual podría deducir «no p». Este caso simplemente no puede decidirse a nivel lógico, porque las premisas no me permiten llegar a la conclusión «q» o a la conclusión «no q», por lo cual son necesarias otras razones extra-lógicas para solucionar el problema jurídico planteado.

proteger determinados intereses y realizar ciertos valores, su aplicación deductiva y formal es muy discutible, ya que no puede el juez dejar de tomar en consideración estas finalidades, intereses y valores que les subyacen. Por ello no es «fiel» a ninguna ley aquel juez que aplica las supuestas consecuencias lógicas derivadas del tenor literal de la misma o de la invocación de un principio, a pesar de que esa deducción produzca resultados contrarios a la finalidad de la norma¹²⁶.

Todas estas dificultades muestran que en muchos casos las reglas de la exégesis no sólo no generan seguridad jurídica sino que producen resultados sociales insatisfactorios, pues las decisiones judiciales no son congruentes con las expectativas o el sentimiento de justicia de los asociados. Con todo, durante el auge del capitalismo liberal en el siglo XIX, el modelo exegético tenía algunas posibilidades de funcionar, al menos en los casos rutinarios. En ese momento, había una separación relativamente nítida entre Estado y sociedad, al no existir intervención estatal en la economía, y el derecho regulaba esencialmente las contradicciones individuales entre los miembros de la clase burguesa. El ordenamiento se estructuraba entonces en torno a los principios del individualismo liberal, confiriendo una centralidad a la autonomía de la voluntad y al contrato, nociones que se extendían a la regulación del conjunto de la vida social. Por ejemplo, no existía un derecho laboral con principios específicos; las relaciones de trabajo eran enfocadas como un simple contrato de arrendamiento de servicios, en donde operaba la autonomía de la voluntad entre las partes. Además era una época de creciente codificación, en donde se buscaba racionalizar

¹²⁶ Por ello señala, en forma irónica, H. Kantorowicz, uno de los más agudos críticos de la jurisprudencia conceptualista: «De este modo flota la deducción jurídica, por un lado, en el aire: por el otro, descansa el pivote en arena movediza. En efecto, en las ciencias naturales el afán de deducir las proposiciones como consecuencias de otras superiores, de desenvolver los conceptos como contenidos parciales de otros conceptos de más extensión, es realmente justificado. Al contrario, en la jurisprudencia los principios se hacen tanto más inservibles y pierden tanto más valor cuanto más abstracción poseen, puesto que en medida creciente se hace inverosímil y finalmente es realmente imposible, que el autor de la proposición se haya imaginado todos los casos subsumibles y, en el supuesto de que se los hubiese representado, que los hubiere resuelto con arreglo al principio. Por consiguiente, no habrá detrás de aquellos principios generales absolutamente nada, y por más generales menos aun: ningún legislador, ningún poder, ninguna voluntad, ni siquiera la mística “voluntad de la ley”, en general ninguna realidad, salvo el huero sonido de las palabras y la negrura del papel impreso». Kantorowicz, Hermann, ob. cit., pp. 351-352.

los ordenamientos legales. De esa manera se produjo una cierta homogeneidad de valores y principios a nivel jurídico, con lo cual se redujeron las tensiones y contradicciones normativas.

El sistema tenía también principios de cierre relativamente simples, que posibilitan soluciones mecánicas en los casos de laguna o en las zonas de penumbra de los conceptos. Así, en el derecho privado, el postulado de la autonomía de la voluntad cerraba el sistema; igualmente, en materia penal, el principio de legalidad y el de *in dubio pro reo* también operaban como cláusulas de cierre; finalmente, en el ámbito administrativo y constitucional, se entendía que las autoridades administrativas y judiciales sólo tenían las facultades que expresamente les habían sido conferidas, y que el legislador era soberano, con lo cual también se tenía una solución fácil para los problemas de competencias de los órganos estatales. Por lo tanto, era posible pensar en ese entonces en una labor deductiva de los jueces, que se limitaban a aplicar la ley, cuando su tenor era claro, y a aplicar esos principios de cierre en los casos difíciles. Pero incluso en tal contexto del capitalismo liberal, esa metodología ya enfrentaba dificultades crecientes que se profundizaron con la consolidación del Estado social de derecho y con la interpretación directa de la constitución, pues no sólo las normas constitucionales tienen una textura particularmente abierta sino que, además, las posibilidades de antinomias y conflictos normativos son mayores. En efecto, mientras que las distintas áreas del derecho se estructuran en torno a unos pocos principios, en general congruentes entre sí, es propio de las constituciones contemporáneas, en sociedades pluralistas, incorporar valores, principios y derechos que permanentemente colisionan unos con otros. Y esto es importante, pues en el mundo contemporáneo, la interpretación constitucional se ha vuelto el eje de la interpretación jurídica en general, así como en el pasado ese papel nuclear correspondió al derecho civil¹²⁷.

¹²⁷ Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, trad. de María Gracia Rubio y Sonsoles Valcárcel, Madrid: Civitas, 1991, pp. 15-31. Véase también, dentro de la misma colección a la que pertenece este módulo: López Medina, Diego Eduardo, *Interpretación constitucional*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Nacional de Colombia, 2002, pp. 43-47. Conviene indicar aquí que los problemas específicos de la interpretación constitucional son tratados de manera puntual en el modulo que se ocupa de este tema, mientras que en el presente módulo sólo se harán algunas referencias sucintas al respecto.

1.3. EL ACTIVISMO JUDICIAL: LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE Y EL REALISMO JURÍDICO

Las anteriores dificultades explican el progresivo abandono de los modelos deductivos durante la segunda mitad del siglo XIX, proceso que se inicia con el ataque del segundo Ihering al formalismo conceptual. Según este autor, el elemento esencial del derecho es la finalidad, pues todos los preceptos jurídicos tienen su origen en un objetivo práctico. Por ello para Ihering, la perspectiva finalista, y no el formalismo conceptual, debe guiar la interpretación jurídica, pues no se puede comprender el sentido de una norma o de una institución si no se desentraña el fin social al que pretenden servir.

La llamada «jurisprudencia de intereses» de autores como P. Heck profundiza esta visión, pues considera que la finalidad del derecho es resolver conflictos de intereses, por medio de la protección especial que la ley confiere a algunos de ellos. Por ende, el juez, si quiere lograr una obediencia pensante y no mecánica a la ley, debe «conocer, con exactitud histórica, los intereses reales que han ocasionado la ley, y tener en cuenta los intereses conocidos para la resolución del caso»¹²⁸. A su vez, son opciones valorativas las que explican por qué el ordenamiento normativo privilegia determinados intereses, con lo cual la jurisprudencia de intereses conduce cada vez más a una jurisprudencia de valores, que confiere enorme importancia a la capacidad que debe tener el juez para comprender el sistema axiológico que subyace al sistema jurídico, a fin de que pueda resolver en forma justa los distintos casos. Como vemos, la jurisprudencia se vuelve cada vez más sociológica y centrada en valores materiales, con lo cual abandona las perspectivas formalistas y conceptuales. Además, cada vez más se reconoce un mayor rol a los jueces, que dejan entonces de ser simples instrumentos pasivos de la ley. El verdadero derecho deja de ser la ley y ese papel protagónico lo toma la sentencia judicial. En palabras de Ihering: «el derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas generales, sino el que se vive de modo real por la gente y el que se aplica en las sentencias y en las resoluciones¹²⁹».

¹²⁸ Heck, Philipp, «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», en *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 112, 1914, p. 60.

¹²⁹ Citado por Recasens Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México: Porrúa, 1986, p. 74.

Este giro hacia una reivindicación del activismo judicial, de corte sociológico y centrado en la búsqueda informal de valores materiales, culmina a finales del siglo XIX, en Europa continental, con una tendencia opuesta casi punto por punto a la exégesis. Es el otro modelo extremo: la escuela del derecho libre cuyo más célebre representante es Hermann Kantorowicz, quien defiende la idea de que el juez, tomando en consideración la dinámica social y el sentimiento de justicia ciudadana, debe preocuparse por buscar la justicia concreta y específica del caso, en vez de pretender aplicar deductivamente un orden legal que se presume completo y justo. El juez debe buscar entonces el derecho libremente creado por la sociedad, en vez de sentirse atado por las exigencias del ordenamiento legal.

En Estados Unidos, en las primeras décadas del siglo XX, el llamado «realismo jurídico» de autores como O. W. Holmes, K. N. Llewellyn o J. Frank, comparte el escepticismo frente a los modelos silogísticos de aplicación del derecho, por lo que se llega también a la conclusión de que el derecho no son las normas generales sino las decisiones concretas de los jueces. Con la contundencia que suele caracterizar a los autores de esta escuela, Llewellyn asegura que «debería empezar por distinguir las “reglas” y derechos auténticos [*real “rules” and rights*] de las reglas y derechos sobre el papel [*paper rules and rights*]. [...] Por “auténticas reglas”, pues, si acierto con las palabras, *los científicos del derecho [legal scientists]* entenderían las prácticas de los tribunales y en absoluto las “reglas”. Y para tales científicos los enunciados de “derechos” serían enunciados de la probabilidad de que en una situación determinada un cierto tipo de acción judicial apareciera por ahí. Términos factuales. Nada más. [...] Las “auténticas reglas” y derechos –“lo que los tribunales van a hacer en un caso determinado, y nada más”¹³⁰– son, pues, predicciones»¹³¹.

Estas tendencias y escuelas han tenido la virtud de poner en evidencia las insuficiencias del modelo exegético y de la jurisprudencia deductiva. Igualmente han tenido la bondad de mostrar que la actividad judicial tiene, en muchos casos, un componente parcialmente creativo, por lo cual el juez no puede ni debe eludir la responsabilidad social que tiene al tomar sus decisiones. En ese sentido, la lectura del manifiesto clásico de este movimiento, esto es, el texto de Kantorowicz sobre

¹³⁰ El autor hace referencia a la célebre definición de Holmes que reza: «[...] *the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law*». Holmes, Oliver Wendell, «The path of the law» (1887), en *Collected Papers*, Nueva York: Peter Smith, 1952, p. 173.

¹³¹ Llewellyn, Karl N., «Una teoría del derecho realista: el siguiente paso», en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El Ámbito de lo Jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica, 1994, pp. 161-163.

la lucha por la ciencia del derecho, sigue siendo útil como una de las críticas más irónicas y demoledoras a los modelos puramente formalistas y deductivos de ciencia jurídica. Sin embargo, la alternativa que ofrecen, en especial la escuela del derecho libre, no es satisfactoria, porque puede ser muy riesgosa para una sociedad democrática. En efecto, los ciudadanos quedan totalmente sometidos al cambiante y particular sentimiento de justicia de los jueces. Las posibilidades de arbitrariedad judicial y de irracionalismo jurídico son entonces enormes, sobre todo en sociedades heterogéneas y pluralistas en donde se enfrentan diversas concepciones sobre lo justo. Un gobierno dictatorial puede de esta forma obligar a sus jueces a interpretar las normas sin seguir su significado literal sino conforme al sentido de justicia del líder, con lo cual se elimina todo el contenido garantista que subyace al respeto de la ley en un Estado de derecho. El triste destino de la escuela del derecho libre en Alemania así lo demuestra.

En efecto, sus postulados fueron asimilados por el régimen nazi, que entendió que la idea de un juez fallando de acuerdo al pretendido derecho libre del pueblo –obviamente tal y como éste era entendido por los jerarcas de dicho régimen– era la mejor manera de deshacerse de las incómodas ataduras jurídicas provenientes de la Constitución de Weimar¹³². A pesar de compartir sus dificultades y riesgos, el destino del realismo jurídico es mucho menos dramático, pues no sólo se convierte en gran medida en el modelo dominante teóricamente en la práctica jurídica en Estados Unidos sino que se asocia a movimientos progresistas y democráticos de los funcionarios judiciales en el campo social, ya que los jueces vinculados a esta tendencia –como Holmes– fueron defensores de las posibilidades de intervención social del Estado. Esta diferencia de destinos entre el derecho libre y el realismo jurídico puede ser explicada por múltiples factores. Así, por los desarrollos políticos diversos de Alemania –que cae en el nazismo– y de Estados Unidos –que preserva la democracia a pesar de la crisis de 1929–. Asimismo, la consolidación del realismo jurídico en Estados Unidos es concomitante a la instauración del Estado social y del New Deal de la época de del presidente Roosevelt. Igualmente por el hecho de que una perspectiva de activismo judicial parece encajar mejor en una tradición de derecho elaborado judicialmente –como el sistema anglosajón de *common law*– que en ordenamientos jurídicos de derecho continental,

¹³² Sobre este desarrollo véase: Prieto Sanchís, 1987.

centrados en la ley escrita establecida como órdenes y mandatos de los órganos soberanos.

Ahora bien, hay un aspecto propiamente metodológico sobre el cual conviene insistir en el contexto de este ensayo: se trata de la diversidad de perspectivas filosóficas y teóricas que subyacen al realismo jurídico y al movimiento de derecho libre. En efecto, los movimientos europeos tienden a inscribirse en una suerte de reivindicación de una especie de intuicionismo en materia ética y jurídica, pues parecen sostener que los jueces tendrían una extraña capacidad para captar la solución justa de los casos. Por ello sus propuestas sobre cómo debería ser la actividad judicial dentro del marco del nuevo derecho no sólo no son muy elaboradas sino que tienen, en algunos casos, sesgos de un romanticismo irracionalista, que puede ser vivificante en la vida privada, pero que es desastroso en el ámbito jurídico y político. En cambio, el realismo jurídico es una expresión en el derecho del pragmatismo, que se convierte en el pensamiento filosófico dominante en Estados Unidos, desde finales del siglo XIX, gracias a la labor de filósofos como Pierce, James o Dewey. Esta filosofía no tiene en manera alguna una orientación irracionalista o romántica sino que pretende llevar la razón a la solución de los problemas prácticos, por lo cual el pragmatismo es a veces conocido como instrumentalismo, pues para esta tendencia filosófica, la verdad de una proposición corresponde a su utilidad para obtener resultados benéficos para las personas. De esa manera, las orientaciones pragmáticas del realismo jurídico le permitieron estructurar no sólo una crítica a la jurisprudencia conceptual sino también instrumentos para el desarrollo de una práctica judicial orientada a la reforma social en la democracia. Con todo, el realismo comparte algunas de las debilidades teóricas y prácticas de las tendencias del derecho libre, por lo cual será objeto de críticas por las escuelas ulteriores.

2. LOS MODELOS INTERMEDIOS DEL SIGLO XX

En el siglo XX se desarrollaron dos tendencias que buscan enfrentar la insuficiencia de los modelos extremos que acabamos de describir. Brevemente podríamos decir que la primera –el positivismo normativista de Kelsen y Hart– se acerca a los problemas de la interpretación a partir de una teoría general del derecho, por lo cual estos autores elaboran un análisis de la decisión judicial a partir de una concepción del ordenamiento jurídico. En cambio la segunda –las tendencias tópicas y argumentativas– proponen, en cierta medida, una explicación contraria, pues son reflexiones que reconstruyen la idea del derecho a partir de un estudio

de la interpretación jurídica y de los procesos de decisión judicial. Sin embargo, ambas coinciden en abandonar el modelo puramente deductivo pero sin caer en la defensa del libre activismo judicial. Por ello, es posible denominarlas tendencias intermedias.

2.1. EL POSITIVISMO NORMATIVISTA: LA BÚSQUEDA DE UNA CIERTA SEGURIDAD JURÍDICA A PARTIR DE LA TEORÍA DEL ORDENAMIENTO

En general, en nuestro país se tiende a asociar al positivismo del siglo XX con una visión exegética y deductivista de la interpretación y la actividad judicial. Sin embargo, nada más alejado de la realidad, pues la mejor tradición positivista de este período, representada por las obras de Kelsen y Hart, no sólo dista de confundir el derecho con la ley –como lo hace la exégesis– sino que tampoco admite un modelo deductivo de la interpretación judicial. Así, como ya lo vimos, según Hart la decisión judicial es, en ciertos aspectos, discrecional, ya que en los casos difíciles, esto es, en las zonas de penumbra de los conceptos jurídicos, el juez está obligado a decidir de manera autónoma, por lo cual no está rígidamente vinculado a la regla que en principio pretende aplicar. Más sorprendente para muchos lectores colombianos es que un autor como Kelsen, que algunos consideran como el gran defensor de la seguridad jurídica, asuma también que la interpretación es una actividad discrecional del juez quien, por medio de una opción valorativa, crea una norma singular dentro del marco de posibilidades que inevitablemente le brinda la norma superior. El acto judicial es entonces para Kelsen una decisión, y no una actividad puramente cognitiva, pues una norma inferior –como la sentencia– no puede ser lógicamente deducida de otra superior –como la ley–; es necesaria siempre la mediación de una voluntad humana, y por ende la presencia de una conducta que puede ser profundamente política en sentido estricto, por lo cual, según este autor, no hay una diferencia sustancial sino simplemente de grado entre la actividad del legislador y la del juez, pues ambos toman opciones dentro del marco de competencia que ha estructurado la correspondiente norma superior. Toda interpretación es entonces, hasta cierto punto, política, por lo cual la seguridad jurídica pretendida por la exégesis, según la cual toda norma sólo admite una interpretación correcta, no es más que una ilusión que debe ser desechada por una teoría científica del derecho.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, Kelsen y Hart no asumen un modelo de libre activismo judicial o una perspectiva realista sobre el derecho. Para ellos el derecho no está formado únicamente por las sentencias judiciales –como lo postulan

las tendencias radicales del realismo jurídico— por cuanto una decisión de un juez, para ser válida, debe integrarse dentro de un ordenamiento normativo dinámico que le sirve de sustento. Así, a partir de la noción de validez y de orden jurídico, Kelsen y Hart desestiman las perspectivas puramente realistas y logran articular una visión intermedia sobre el alcance de la decisión judicial y de la interpretación jurídica. La interpretación en los casos difíciles (Hart) o dentro del marco de posibilidades abierto por la norma superior (Kelsen) es libre, pero no por ello deja de estar parcialmente reglada, y ello en un triple sentido. De un lado, por cuanto no hay jueces si no admitimos que son expresión de un ordenamiento reglado que les confiere competencia para decidir los casos. Por ello, como dice Hart, «la existencia de las cortes implica la existencia de normas secundarias que confieren jurisdicción a una cambiante sucesión de individuos, y de esa manera confiere autoridad a sus decisiones»¹³³. De otro lado, porque si bien el juez crea una norma singular (Kelsen), también aplica parcialmente la norma superior que le confiere competencia para decidir, pues tiene que moverse en el marco creado por ésta. Igualmente, según Hart, si bien en las zonas de penumbra el juez actúa libremente, en los casos claros su decisión es casi deductiva. Por ende, ambos teóricos confieren a la interpretación judicial un componente creativo pero también una dimensión cognoscitiva y aplicativa de reglas superiores. Finalmente, por cuanto la decisión judicial, según ambos autores, es a su vez una nueva regla que se integra al sistema jurídico.

Nótese que Kelsen y Hart defienden el carácter parcialmente reglado de la actividad judicial, esto es, que los jueces aplican y hacen reglas, no a partir del debate interpretativo mismo, sino por medio de una teoría del derecho y del ordenamiento. Este punto merece ser destacado pues podría significar que Kelsen y Hart no son autores que desestiman la seguridad jurídica sino que, en cierta medida, pretenden reconstruir una especie de certeza jurídica no exegética, la cual se funda en el problema de la validez de la decisión judicial, más que en su corrección interpretativa¹³⁴. Esto significa que el derecho puede ganar certeza sólo mediante una teoría del ordenamiento, más que a partir de un perfeccionamiento de los métodos de interpretación, pues estos últimos siempre conducen a callejones sin salida.

El ejemplo de Kelsen es en este punto claro. Según este autor, el derecho es un sistema de normas coactivas, que debe ser consistente y completo. La esencia de lo jurídico, según su criterio, no puede ser

¹³³ Hart, *ob. cit.*, p. 120.

¹³⁴ Para una interesante visión sobre este punto véase: Calvo García, *ob. cit.*, pp. 118 y ss.

captada si se analizan normas aisladas; para tal efecto es necesario referirse al conjunto ordenado de disposiciones, al orden jurídico, siendo entonces el cometido de la jurisprudencia, como ciencia normativa que es, describir, mediante proposiciones jurídicas, el mencionado ordenamiento¹³⁵. De esta manera, y tomando en cuenta las investigaciones hechas por el tratadista de Derecho Administrativo A. Merkl, Kelsen desarrolla su teoría sobre el carácter gradual del ordenamiento que le ha dado celebridad universal. Es la tesis sobre la pirámide jurídica, según la cual, las normas del derecho se ordenan jerárquicamente dentro de un sistema cerrado. La validez de cada norma depende entonces de la posibilidad de ser imputada a otra norma válida, jerárquicamente superior, imputación que es posible por haber sido creada la disposición de rango inferior conforme lo establece la superior. Es el carácter auto-dinámico del derecho, dado que regula su propia creación. Estos son puntos esenciales de la concepción kelseniana puesto que, además de establecer el método propio de las ciencias normativas (imputativo), precisa que una norma sólo puede ser deducida de otra norma, su validez no puede depender jamás de un hecho, porque de ser así se derrumbaría la pureza metodológica y la autonomía de la ciencia jurídica, en la cual se fundamenta el proyecto normativista. Sintetizando lo anterior afirma este autor que «el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción»¹³⁶.

¹³⁵ Una precisión semántica resulta indispensable. Kelsen, influido por muchos pensadores decimonónicos, asimila jurisprudencia con Ciencia del Derecho, a diferencia del sentido más restringido que se le da a tal término en nuestro país. Por otra parte, Kelsen distingue las normas jurídicas que conforman el ordenamiento, de las proposiciones jurídicas por medio de las cuales la jurisprudencia, como ciencia normativa, estudia al derecho. Para este pensador, se trata de una disciplina que tiene como finalidad la descripción de normas, es decir, se trata de una teoría descriptiva y no prescriptiva, como podría pensarse según la acepción moderna del concepto de ciencia normativa.

¹³⁶ Kelsen, ob. cit., p. 232.

Ahora bien, se preguntará el lector ¿en qué medida esa concepción del ordenamiento permite reconquistar una cierta seguridad jurídica? La respuesta de Kelsen puede ser formulada así: si bien una norma admite en teoría múltiples interpretaciones, por lo cual en abstracto no hay una sola respuesta correcta, en la práctica, debido a que el juez toma una determinada decisión, entonces sólo habrá una decisión válida, a saber, la tomada por el funcionario competente para resolver el caso. Por ello dice Kelsen que si bien toda norma ofrece una pluralidad de opciones, «el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. El tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto»¹³⁷. Así, los distintos casos sólo admiten una respuesta judicial válida, aun cuando las normas a ser aplicadas ofrezcan una pluralidad de soluciones. Esta respuesta de Kelsen, a pesar de que pueda parecer artificiosa, es sugestiva, pues muestra que es posible reconstruir una cierta seguridad jurídica, dentro de la inevitable discrecionalidad judicial que, según este autor, existe, si el ordenamiento es capaz de establecer mecanismos adecuados relativos a la validez jurídica de la decisión judicial.

Todo lo anterior muestra entonces la importancia de pensar los problemas de interpretación jurídica a partir de la dinámica del ordenamiento, como lo sugiere el enfoque positivista. Con todo, en estos modelos de discreción judicial relativa –como el de Kelsen y Hart– la actividad interpretativa misma sigue siendo una especie de caja negra, pues estos autores –particularmente Kelsen¹³⁸– consideran imposible fundamentar racionalmente cómo un juez debe optar entre diversas interpretaciones que le ofrece una disposición en un caso concreto. Es este punto el que precisamente pretenden abordar los enfoques tópicos, hermenéuticos y argumentativos.

¹³⁷ *Idem*, pp. 353-354.

¹³⁸ En lo que a Hart concierne, este autor no niega el carácter racional que puede tener la interpretación y aplicación de una norma de contenido indeterminado a un caso: «el ámbito discrecional que le deja el lenguaje [jurídico al intérprete] puede ser muy amplio; de modo que si la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas». Hart, *ob. cit.*, p. 159. Lo anterior permitiría afirmar que para Hart es posible fundamentar racionalmente las decisiones respecto a la «zona marginal» de las normas, si bien no explica concretamente en qué consiste esta fundamentación, pues sólo ofrece algunas consideraciones generales a través del análisis de ciertas técnicas de los sistemas jurídicos para enfrentar la indeterminación del lenguaje del derecho.

2.2. LOS MODELOS TÓPICOS, HERMENÉUTICOS Y ARGUMENTATIVOS: LA FUNDAMENTACIÓN ARGUMENTATIVA DE LAS DECISIONES

Desde mediados de los años cincuenta, en especial a partir de las obras de C. Perelman sobre la argumentación y la retórica¹³⁹, de T. Viehweg sobre la tópica¹⁴⁰, de L. Recasens Siches sobre la lógica de lo razonable¹⁴¹, y de todo el movimiento hermenéutico (derivado de los trabajos de E. Betti¹⁴² y H. G. Gadamer¹⁴³), se han desarrollado tentativas por construir una actividad judicial razonable y responsable en una sociedad democrática, tentativas que desembocan en lo que en general se conoce como la teoría de la argumentación jurídica que es desarrollada, entre otros, por N. MacCormick¹⁴⁴ y R. Alexy¹⁴⁵.

Obviamente resulta imposible sintetizar todas estas tendencias en estos pocos párrafos. Además no sería necesario para los efectos de esta unidad. Lo importante es entonces presentar la línea común de estos planteamientos, ya que ellos, a pesar de sus profundas diferencias, coinciden en algunos puntos básicos. Para ello serán tenidas en cuenta dos obras que son consideradas como los trabajos paradigmáticos en este campo: la de Perelman y la de MacCormick.

¹³⁹ Perelman, Chaïm, *ob. cit.*; Perelman, Chaïm y Obrecht-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muños, Madrid: Gredos, 1994.

¹⁴⁰ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Ponce de León y Luis Diez-Picazo, Madrid: Taurus, 1964.

¹⁴¹ Recasens Siches, Luis, *ob. cit.*

¹⁴² Betti, Emilio, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milán: Giuffrè, 1955, 2 vols.; *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de José Luis de los Mozos, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.

¹⁴³ Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método I*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2003; *Verdad y método II*, trad. de Manuel Olasagasti, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2004; *El giro hermenéutico*, trad. de Arturo Parada, Madrid: Cátedra, 2001.

¹⁴⁴ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, New York: Oxford University Press, 1978.

¹⁴⁵ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Una muy buena síntesis de algunas de estas tendencias y de estos autores es efectuada por Manuel Atienza, *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Véase también: Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada: Editorial Comares, 2005.

2.2.1. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA RETÓRICA EN PERELMAN

Perelman y los demás autores señalados reconocen que en el derecho no se puede aplicar la lógica de la misma manera que en las matemáticas o en las llamadas ciencias exactas. Pero eso no quiere decir que debamos dejar de lado la discusión racional en el campo de la ética y del derecho, pues ello significaría abandonar «a la emoción, a los intereses, y, a fin de cuentas, a la violencia, el arreglo de los problemas relativos a la acción humana, y especialmente a la acción colectiva»¹⁴⁶. Así, a partir de un extenso análisis de los razonamientos judiciales, este autor concluye que no existe una lógica de los juicios de valor similar a la lógica hipotético-deductiva de las matemáticas y de las ciencias físico-naturales¹⁴⁷. Pero ello no implica que las decisiones valorativas sean simplemente una cuestión de puro arbitrio personal del juez, sino que existe un razonamiento jurídico —y por extensión ético— específico. Éste no busca una deducción conclusiva a partir de principios incontestables sino que pretende persuadir, intenta que el interlocutor se adhiera a una posición a través de un discurso retórico, es decir un discurso argumentativo y no demostrativo. «A falta de técnicas unánimemente admitidas, se impone el recurso a los razonamientos dialécticos y retóricos, como razonamientos que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores y su aplicación, cuando estos son objeto de controversia»¹⁴⁸.

El derecho no es entonces una axiomática que procede deductivamente y formula soluciones y teoremas a partir de un conjunto de principios, sino que es

¹⁴⁶ Perelman, Chaïm, *ob. cit.*, § 94, p. 135.

¹⁴⁷ Sin embargo, conviene matizar esta afirmación de Perelman pues este autor, quien escribe sus principales obras en los años cincuenta y sesenta, identifica la lógica en general con la lógica formal clásica. Sin embargo, en los últimos treinta años ha habido una explosión de lógicas diversas a la lógica clásica. Por ello, como hoy no hay una sola lógica sino múltiples lógicas —corno la polivalente, la intuicionista, la modal o la paraconsistente— entonces las relaciones entre lógica y derecho adquieren una nueva dimensión, si se tiene en cuenta que sería posible intentar adaptar elementos de estas nuevas lógicas al razonamiento jurídico. La relación no tiene ya por qué ser de simple oposición. Por ejemplo, la llamada lógica difusa, nebulosa o borrosa —que en realidad no es tanto una lógica estructurada y formalizada como una teoría informal de los conjuntos difusos— constituye una línea de reflexión muy útil en el campo del derecho. En efecto, esta «lógica difusa» busca ser un fundamento del raciocinio inexacto o aproximado, particularmente aplicable al razonamiento de lenguaje natural, por su vaguedad intrínseca. Puede ser entonces un instrumento apto para un análisis lógico del razonamiento jurídico, basado en conceptos de textura abierta.

¹⁴⁸ Perelman (*ob. cit.*, p. 137) recoge así la tradición aristotélica que define la retórica no en un sentido peyorativo, sino como el razonamiento en torno a proposiciones que no son apodícticas —es decir ciertas y lógicamente necesarias— sino simplemente verosímiles.

una tópica, una técnica del pensamiento problemático que para resolver problemas específicos parte, no de principios lógicos inmutables, sino de una serie de directrices que son lugares comunes, proposiciones de valor relativo y circunscrito. No es entonces el sistema el que determina cuáles son los problemas significativos; por el contrario, es el problema el que determina la técnica de pensamiento.

Además, esta forma de argumentación jurídica es similar a la que opera en las decisiones morales, razón por la cual considera Perelman que el modelo jurídico parece más adecuado que el modelo formal para guiar las reflexiones filosóficas sobre la ética. En efecto, según este autor, «la discusión en materia moral difiere de cabo a rabo de la demostración formal, porque ella es una constante puesta en relación de experiencias particulares y de conceptos a contenidos parcialmente indeterminados, en constante interacción [...]. Y el rol decisivo corresponde a la experiencia moral de cada uno, ayudada por la regla de justicia que exige un trato igual a situaciones esencialmente semejantes [...]. La filosofía moral no se desarrolla por medio de axiomas y deducciones, sino por medio de un continuo ajuste de las reglas que pueden guiar nuestra acción»¹⁴⁹.

Existe, por ende, una razón práctica que, por medio de argumentos basados en la actualización a un caso concreto de principios y valores comunes compartidos, busca que un auditorio acepte una solución razonable. Así, el estudio de esa retórica, de esas técnicas de argumentación, permite salir de la disyuntiva planteada entre el absolutismo racionalista y el escepticismo, a fin de construir instrumentos de razón práctica. Entre la razón incontrovertible de las matemáticas y las ciencias físicas –que de todas formas dista de ser incontrovertible¹⁵⁰– y el decisionismo ético de la escuela del derecho libre, existe un terreno intermedio muy amplio, que es precisamente el campo de la razón práctica, a saber, el terreno de lo razonable. Puede haber –como decía Kant– un uso práctico de la razón.

A partir de esta caracterización del derecho y de la práctica judicial, la motivación de las sentencias adquiere una importancia trascendental. En efecto, el juez, al motivar la sentencia, no está simplemente señalando su criterio personal sobre

¹⁴⁹ Perelman, Chaïm, «Scepticisme moral et philosophie morale», en *Droit, Morale et Philosophie*, París: LGDJ, 1976, pp. 85-86.

¹⁵⁰ Uprimny, Rodrigo, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 1992, pp. 172 y ss.

lo justo, o mostrando que se atuvo a la ley, sino que está suministrando las razones de su decisión y refutando (o intentando refutar) las objeciones que le hayan sido o le puedan ser opuestas. «Motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa»¹⁵¹. El juez busca entonces hacer aceptable su decisión, hacerla convincente, y eso a un triple nivel, o frente a tres auditórios, como lo ha señalado Perelman¹⁵². De un lado, frente a los usuarios del derecho, mostrando que esa decisión es la mejor para las pretensiones de las partes, esto es, que se trata de una sentencia justa y razonable. De otro lado, frente a la comunidad jurídica, a fin de mostrar que esa decisión es compatible con los criterios jurídicos aceptados por esa comunidad, a fin de salvaguardar una cierta coherencia del sistema jurídico. Y, finalmente, frente a la sociedad, que espera de sus jueces ante todo decisiones razonables, en vez de purismos jurídicos.

Sin embargo, y esto es igualmente importante, estas concepciones argumentativas no liberan al juez de la responsabilidad social y política de sus decisiones. Según estos autores, la sentencia no es una conclusión necesaria que deriva de unas determinadas premisas legales, sino que implica una opción del juez por una determinada solución, que a éste le parece la más adecuada, justa y razonable. Como dice Perelman, «el juicio, que es una decisión y no una conclusión impersonal hecha a partir de unas premisas indiscutidas, supone la intervención de una voluntad»¹⁵³. Esto significa que el juez no puede escudarse en el modelo mecánico de la jurisprudencia deductiva, puesto que el funcionario es, al menos en parte, responsable por el contenido de sus decisiones.

2.2.2. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE MACCORMICK

Los trabajos sobre tópica y hermenéutica desarrollados durante los años cincuenta y sesenta del siglo XX, que hemos resumido a través del modelo de la teoría de Perelman, pueden ser considerados como la primera fase hacia el desarrollo de una teoría estructurada de la argumentación jurídica¹⁵⁴. Por ende, son los trabajos de otros autores, que escribieron sus obras entre 1970 y 1990, a los que es posible

¹⁵¹ Perelman, Chaïm, *La Lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 214.

¹⁵² Perelman, Chaïm, *ídem*, p. 228.

¹⁵³ Perelman, Chaïm, *ídem*, p. 213.

¹⁵⁴ El papel fundamental de las teorías de la argumentación de estos años «consiste sobre todo en haber abierto un nuevo (o relativamente nuevo) campo de investigación, en haber servido como precursoras de las actuales teorías de la argumentación jurídica». Atienza, Manuel, *ob. cit.*, p. 131.

otorgar el calificativo de teoría de la argumentación jurídica. Entre tales obras pueden destacarse la de A. Aarnio¹⁵⁵, A. Peczenick¹⁵⁶, N. MacCormick y R. Alexy. En lo que sigue tomaremos como modelo de teoría de la argumentación jurídica desarrollada por este último autor, principalmente en su texto *Legal Reasoning and Legal Theory*, elección que se fundamenta ante todo en la claridad y sencillez mediante la cual expone su concepción sobre la argumentación en el derecho y por pretender avanzar en una teoría que se ubique entre un ultrarracionalismo jurídico (que se expresa fundamentalmente en la pretensión de una sola respuesta correcta que debe ser buscada por la interpretación judicial) y un irracionalismo jurídico (que considera toda decisión jurídica, incluidas las de los jueces, como decisiones arbitrarias)¹⁵⁷.

Para MacCormick la función de la argumentación jurídica es la de justificar una decisión, más específicamente, una decisión judicial, mostrando que ella corresponde a los hechos establecidos en el caso y a las normas jurídicas vigentes. Frente a esto último es que MacCormick propone su distinción entre casos fáciles y casos difíciles. Estamos ante un caso fácil si la justificación que debe realizarse es de «primer orden», esto es, una justificación de carácter estrictamente deductivo en donde la argumentación se refiere a los vínculos lógicos entre la decisión y las premisas normativas (en el silogismo judicial tradicional, la premisa mayor) y las premisas fácticas (la premisa menor). Estamos, por el contrario, ante un caso difícil si la justificación es de «segundo orden», lo que significa que no basta con la justificación deductiva, puesto que hay dudas y obstáculos para establecer cuáles son las premisas fácticas o normativas. No se trata pues de una argumentación respecto a los vínculos entre decisión y premisas, sino sobre el carácter mismo de las premisas, tanto las fácticas como las normativas¹⁵⁸. Para justificar una decisión en un caso

¹⁵⁵ Aarnio, Aulis, ob. cit.

¹⁵⁶ Peczenick, Aleksander, *On Law and Reason*, Dordrecht, Boston, Londres: Kluwer Academia Publishers, 1989.

¹⁵⁷ MacCormick, Neil, ob. cit., p. 265.

¹⁵⁸ MacCormick desarrolla una clasificación de los casos difíciles. Por un lado (y afectando la premisa normativa), están los problemas de interpretación y los de relevancia: en los primeros no hay duda sobre las normas a aplicar, pero si en cuanto al alcance de éstas, en la medida en que admitan más de una lectura o interpretación; en los segundos, la duda es precisamente sobre la existencia de la norma que se aplicaría al caso. Por otro lado (y afectando a la premisa fáctica), están los problemas de prueba y los de calificación: en los primeros se discute si los hechos probados se ajustan en el sentido de constituir una unidad coherente (MacCormick habla aquí de un «test de coherencia»); en los segundos las dudas recaen en saber si tanto los hechos primarios como los secundarios se integran en el sentido de poder ser subsumidos en el supuesto de hecho de la norma a aplicar. MacCormick, Neil, *ídem.*, pp. 144 y ss.

difícil, MacCormick considera que es preciso tener en cuenta tres requisitos: el de la universalidad, el de que la decisión sea coherente con el sistema jurídico (requisitos de la consistencia y de la coherencia) y el de que sea coherente con las consecuencias que supone (requisito consecuencialista).

En cuanto al requisito de universalidad, este consiste en que la decisión esté justificada en un principio o una norma general que normalmente estaría contenida en la premisa mayor o premisa normativa del silogismo judicial. Ello significa que se rechaza toda decisión judicial *ad hoc* tomada tan sólo a partir de razones particulares —por ello lo denomina también «exigencia de justicia formal»—, sin tener en cuenta un enunciado universal que prescriba que siempre que se den ciertas circunstancias particulares debe tomarse una decisión en un sentido concreto. Se trata entonces de construir en la *ratio decidendi* de la sentencia un vínculo entre una norma general y la «sub-regla» contenida en la decisión, respecto al caso concreto.

Por otra parte, conviene destacar que para MacCormick una cosa es la universalidad de una norma o principio y otra diferente es su generalidad. Esto último se refiere a la cantidad de casos que caen dentro del supuesto de hecho de la norma, mientras que el carácter universal hace referencia a una propiedad lógica de la norma que permite formularla a través de un enunciado universal, como por ejemplo el de «si es A, entonces debe ser B».

Además del requisito de universalidad, MacCormick señala que las decisiones jurídicas, y por ende las judiciales, deben tener sentido respecto al sistema jurídico y respecto a las consecuencias que impliquen. Tener sentido frente al sistema significa dos cosas: por una parte, que la decisión satisfaga el requisito de consistencia, esto es, que la «sub-regla» que constituye la decisión no vulnere (abiertamente, por lo menos) ninguna norma o principio válido del sistema jurídico. Se trata de un requisito negativo, en el sentido de que hay que hacer consistente la decisión con las normas que aparentemente ésta podría desconocer. Por otra parte, que la decisión tenga sentido frente al sistema significa también que satisfaga el requisito de la coherencia, lo cual puede tener varios significados: esencialmente que la decisión debe estar conectada positivamente —no ya de manera negativa— con los principios y valores básicos del ordenamiento; en otras palabras, que una decisión sea coherente significa que puede subsumirse bajo los principios y valores que son aceptados en tanto que constituyen una «forma de vida satisfactoria» que posibilita la vida en común de los

seres humanos¹⁵⁹. Todo lo anterior no excluye cierto carácter formal del requisito de coherencia, puesto que en un mismo caso sería posible establecer dos decisiones que fueran coherentes con el sistema y, al mismo tiempo, contradictorias entre sí.

Además de corresponder con el sistema, de acuerdo con MacCormick la decisión debe tener relación con el mundo, lo cual significa, más concretamente, que hay que considerar, a la hora de decidir un caso, que la decisión tenga las mejores consecuencias desde una perspectiva social y política general¹⁶⁰. MacCormick llega incluso a afirmar que lo que resulta decisivo en la decisión jurídica son los argumentos consecuencialistas y considera que la argumentación jurídica es esencialmente una argumentación consecuencialista. Así, si hay varias alternativas de solución que cumplen con los tres criterios anteriormente señalados, entonces hay que escoger aquella cuyas mejores consecuencias correspondan con los principios y valores morales y políticos que fundamentan el sistema jurídico. Para entender lo que MacCormick quiere decir con consecuencia y consecuencialismo conviene diferenciar las consecuencias de una decisión de los resultados de la misma. El resultado principal y más relevante de una decisión judicial es producir una norma jurídica válida, mientras que las consecuencias son estados de cosas generales que están relacionados y son posteriores al resultado de la decisión. Como establecer las consecuencias de una decisión judicial es algo muy complejo, hay que observar las consecuencias como implicaciones lógicas de la decisión. No se trata aquí de saber que conductas serán estimuladas o desestimuladas por la decisión, sino que conductas estarán autorizadas o prohibidas. A partir de esto, MacCormick propone la denominación «consecuencias jurídicas» para aquellas que se siguen causalmente de la decisión y que se evalúan teniendo en cuenta, como ya se ha indicado, un conjunto de valores y principios sociales, tales como la justicia, la convivencia, la paz social, etc.

¹⁵⁹ MacCormick, *ídem.*, p. 42. El requisito de coherencia puede ser entendido más claramente mediante un ejemplo que el propio autor ofrece (*ídem.*, pp. 106 y ss.): existe una correspondencia entre el valor de la seguridad en el tráfico automotor y el principio de que la vida humana no puede ser puesta en peligro por el hecho de que los automóviles circulen en las calles. Así, una norma que prohibiera a los carros de color amarillo transitar a más de 80 kilómetros por hora, mientras que permite a los demás carros hacerlo hasta el límite de 100 kilómetros por hora, sería una norma incoherente puesto que el color de los automóviles no tiene nada que ver con el valor o con el principio a los que se acaba de hacer referencia.

¹⁶⁰ Para MacCormick (*ídem*, p. 194), en la decisión judicial juegan un papel importante tanto los argumentos a partir de principios (siguiendo los requisitos de universalidad, consistencia y coherencia) como los argumentos consecuencialistas.

Para finalizar, y antes de continuar con el análisis del debate contemporáneo sobre interpretación jurídica, que, como veremos, se ocupa particularmente de la actividad judicial, conviene presentar en un cuadro comparativo las principales tesis de los modelos intermedios del siglo XX:

Criterio de comparación	Positivismo normativista (H. Kelsen y H. L. A. Hart)	Los modelos hermenéuticos y argumentativos (Ch. Perelman y N. MacCormick).
Concepto de interpretación	<p>La interpretación jurídica es una actividad cognitiva y volitiva que desarrolla la estructura normativa del sistema jurídico.</p> <p>Para Kelsen «el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco». Para Hart, el lenguaje del derecho deja un ámbito discrecional que puede ser muy amplio «de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección».</p>	<p>Para Perelman la interpretación no busca una deducción conclusiva a partir de principios incontestables sino que pretende persuadir, intenta que el interlocutor se adhiera a una posición a través de un discurso retórico.</p> <p>Para MacCormick la función de la argumentación jurídica en la interpretación es la de justificar una decisión, más específicamente, una decisión judicial, mostrando que ella corresponde a los hechos establecidos en el caso y a las normas jurídicas vigentes.</p>
Alcance de las consecuencias	<p>Para Kelsen y para Hart las consecuencias son uno de los factores que determina el aspecto volitivo de la interpretación jurídica, al indicar al interprete cuál es la opción interpretativa que debe seguir.</p>	<p>Mientras que para Perelman la principal consecuencia de la interpretación es que el interlocutor (auditorio) se adhiera a la solución por ella planteada, para MacCormick lo que resulta decisivo en la decisión jurídica son los argumentos consecuencialistas y considera que la argumentación jurídica es esencialmente una argumentación consecuencialista.</p>
La influencia del razonamiento lógico en la decisión judicial	<p>Para Kelsen es imposible fundamentar racionalmente la manera como un juez debe optar entre diversas interpretaciones que le ofrece una norma en un caso concreto: la interpretación entendida como «la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librada a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto». Para Hart es posible fundamentar</p>	<p>Para Perelman en la interpretación del derecho no se puede aplicar la lógica de la misma manera que en las matemáticas o en las llamadas ciencias exactas, lo cual no significa que se deba dejar de lado la discusión racional en el campo de la aplicación del derecho, pues ello significaría abandonar «a la emoción, a los intereses, y, a fin de cuentas, a la violencia, el arreglo de los problemas relativos a la acción</p>

	<p>racionalmente las decisiones respecto a la «zona marginal» de las normas, si bien no explica concretamente en qué consiste esta fundamentación, pues sólo ofrece algunas consideraciones generales a través del análisis de ciertas técnicas de los sistemas jurídicos para enfrentar la indeterminación del lenguaje del derecho.</p>	<p>humana, y especialmente a la acción colectiva». Para MacCormick sería posible aplicar algunos postulados de la lógica formal si se trata de solucionar un caso fácil mediante una justificación de carácter estrictamente deductivo; por el contrario, en un caso difícil no basta con la justificación deductiva, puesto que hay dudas y obstáculos para establecer cuáles son las premisas fácticas o normativas.</p>
<p>El sistema jurídico frente a la interpretación</p>	<p>Kelsen y Hart defienden el carácter parcialmente reglado de la actividad judicial, esto es, que los jueces aplican y crean reglas, no a partir del debate interpretativo mismo, sino por medio de una teoría del derecho y del ordenamiento. Por lo tanto, no son autores que desestimen la seguridad jurídica sino que, en cierta medida, pretenden reconstruir una especie de certeza jurídica no exegética, la cual se funda en el problema de la validez de la decisión judicial, más que en su corrección interpretativa. Esto significa que el derecho puede ganar certeza sólo mediante una teoría del ordenamiento, más que a partir de un perfeccionamiento de los métodos de interpretación, pues estos últimos siempre conducen a callejones sin salida.</p>	<p>Para Perelman en la interpretación del derecho no se procede deductivamente en la medida en que se trata de una tópica, de una técnica del pensamiento problemático que para resolver problemas específicos parte de una serie de directrices que son lugares comunes, proposiciones de valor relativo y circunscrito. No es entonces el sistema el que determina cuáles son los problemas significativos; por el contrario, es el problema el que determina la técnica de pensamiento.</p> <p>Para que una decisión interpretativa de un caso difícil pueda considerarse justificada frente al ordenamiento, MacCormick considera que es preciso tener en cuenta tres requisitos: el de la universalidad, el de que la decisión sea coherente con el sistema jurídico (requisitos de la consistencia y de la coherencia) y el de que sea coherente con las consecuencias que supone (requisito consecuencialista).</p>

3. EL DEBATE CONTEMPORÁNEO: PRINCIPIOS, CONSECUENCIAS Y PROTAGONISMO JUDICIAL.

El debate contemporáneo sobre la interpretación judicial se encuentra vinculado, en gran medida, a algunas transformaciones importantes de la práctica y de la teoría jurídica. De un lado, el descubrimiento, o mejor redescubrimiento, del papel de los principios en el derecho y especialmente en la práctica judicial.

De otro lado, el creciente protagonismo social y político de los jueces. Y esos dos fenómenos parecen, a su vez, estar muy ligados a la creciente constitucionalización del derecho en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, debido al reconocimiento del carácter normativo de la constitución y a la introducción de distintas formas de justicia constitucional. Estas evoluciones han tenido claras consecuencias en la discusión sobre la interpretación y el razonamiento judiciales.

En primer término, el impacto cada vez mayor de las decisiones judiciales lleva a que no sólo la teoría jurídica sino también la sociedad en general se preocupen mucho más por sus efectos y en cierta medida exijan de los funcionarios judiciales una mayor sensibilidad por los resultados prácticos de sus determinaciones. No resulta entonces sorprendente que en las últimas décadas hayan surgido propuestas teóricas «consecuencialistas», como el llamado análisis económico del derecho o el renacimiento de visiones pragmáticas en este campo, que consideran que la corrección de una decisión judicial no depende tanto de su adhesión a una premisa normativa previa sino de la bondad futura de sus efectos sociales.

De otro lado, en gran medida a partir de la publicación de los trabajos de R. Dworkin, tiende a aceptarse que el sistema jurídico no sólo está formado por reglas jurídicas del estilo clásico “si es A entonces debe ser B”, sino que también contiene otros estándares normativos: los principios, que se caracterizan por orientar la decisión judicial de determinada manera, pero sin imponerla en forma concluyente. En este orden de ideas, mientras que las reglas son mandatos definitivos, que se aplican según un modelo de todo o nada, los principios son mandatos de optimización, que tienen una dimensión de peso que conlleva a la ponderación o balanceo en caso de tensión entre ellos. Aunque existe controversia sobre si la diferencia entre los principios y reglas es o no cualitativa¹⁶¹, pocos teóricos niegan hoy que los principios juegan un papel mucho más importante en el derecho de lo que suponían los teóricos positivistas, como Kelsen, Hart o Bobbio, que centraron su análisis en la estructura de las reglas y del sistema jurídico.

Esta nueva centralidad de los principios en el sistema jurídico se encuentra muy ligada a la creciente constitucionalización del derecho y ha implicado una mayor vinculación entre el sistema jurídico, la moral y la política. Esta situación, a su vez, ha

¹⁶¹ Respecto al debate sobre la naturaleza de los principios y su distinción frente a las reglas, véase dentro de la misma colección a la que pertenece este módulo: Bonorino, Pablo Raúl y Peña Ayazo, Jairo Iván, *Filosofía del derecho*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Nacional de Colombia, 2002, capítulo 3, pp. 87 y ss.

tendido a provocar dos posiciones opuestas: para algunos teóricos, y en especial para Dworkin, los principios son vinculantes, y gracias a ellos y a la teoría moral y política, es posible superar la indeterminación del derecho, de suerte que la discreción judicial queda eliminada: incluso en los casos más difíciles, existe una sola respuesta correcta. Por el contrario, otras perspectivas críticas, como la *Critical Legal Studies* en Estados Unidos, o el Uso Alternativo del Derecho en Europa y en América Latina, llegan a la conclusión contraria: los principios aumentan la indeterminación en el derecho y por ello la interpretación no es un asunto teórico sino de voluntad. La lucha política por la apropiación del sentido de las disposiciones jurídicas, y no la sofisticación de las elaboraciones teóricas, es lo que explica la evolución y transformación de las interpretaciones judiciales.

Las consideraciones precedentes explican la presencia de al menos tres corrientes interpretativas, que tienen contemporáneamente una gran importancia, y ameritan al menos una corta explicación. En primer lugar, la tesis dworkiniana sobre la única respuesta correcta, según la cual la presencia de los principios y el vínculo de la interpretación con teorías morales y políticas elimina la discreción judicial; es en cierta medida el juez filósofo, que busca tomar en serio los derechos y los principios morales del ordenamiento¹⁶². En segundo lugar, las perspectivas críticas radicales, que renuevan las concepciones realistas sobre la insalvable indeterminación del derecho y la inevitable dimensión política de la interpretación judicial; es la concepción del juez como un actor que es inevitablemente político e ideológico, por lo que la teoría de la interpretación debe tomar en serio la ideología¹⁶³. Y, finalmente, las visiones pragmáticas, que se centran en el estudio de las consecuencias prácticas de los fallos judiciales.

Brevemente presentaremos las características, las fortalezas y las debilidades de estas tres visiones, que representan el marco de referencia del debate hermenéutico contemporáneo.

¹⁶² Así, Dworkin denomina uno de sus libros más influyentes «Los derechos en serio» y recientemente tituló una ponencia suya con las siguientes preguntas: «¿deben nuestros jueces ser filósofos? ¿pueden ser filósofos?», siendo su respuesta afirmativa. Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta Gustavino, Barcelona: Ariel, 1995; *Must Our Judges be Philosophers? Can They Be Philosophers?*, New York Council for the Humanities, Scholar of the Year Lecture, 2000 .

¹⁶³ Así, D. Kennedy, uno de los más importantes representantes de la *Critical Legal Studies* en Estados Unidos, opone a la pretensión de Dworkin de tomar en serio los principios y los derechos, la importancia de tomar en serio la ideología. Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication: fin de siècle*, Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 69-70.

3.1. EL OPTIMISMO CONSTRUCTIVISTA DE DWORKIN, EL JUEZ FILÓSOFO Y LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

Las propuestas teórico-jurídicas de Dworkin han causado todo tipo de reacciones, desde las más optimistas de las adhesiones hasta las más punzantes críticas y cuestionamientos. Uno de los temas tratados por este autor que más controversia ha generado es el de la interpretación judicial del derecho, lo cual se entiende por lo tajante de sus aserciones: ya veíamos que para Dworkin «aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuales son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos»¹⁶⁴, todo lo cual ha sido sintetizado en la tesis de que para todo caso que un juez deba resolver existe una única respuesta correcta.

No obstante, para comprender las propuestas de Dworkin sobre la interpretación judicial es preciso no limitarse a esta última tesis, sino tratar de tener una visión íntegra de todas sus ideas al respecto. Para ello proponemos una estructura en donde se destacan dos metáforas, tres conceptos y un método, con el objetivo de lograr una mayor claridad en las a veces complejas y oscuras ideas de este autor.

3.1.1. Dos METÁFORAS

Ya hemos tenido la oportunidad de examinar las dos metáforas centrales de la teoría interpretativa de Dworkin en los textos que hasta ahora hemos presentado de este autor. La primera, que se expuso en una de las actividades pedagógicas de la primera unidad¹⁶⁵, podemos llamarla la metáfora de la «cadena interpretativa» (Dworkin la llama de manera más general la «cadena legislativa») que daría lugar a una visión del derecho como integridad. Para este autor cuando el juez decide casos difíciles desarrolla una actividad semejante a la que realizan varios autores a los que sucesivamente se les ha encomendado escribir una misma novela, parecido que resulta mucho más evidente cuando el juez se encuentra en el contexto de un sistema de precedentes. El juez debe repasar y leer lo que otros jueces han dictaminado en el pasado no sólo para saber qué han dicho, sino para llegar a establecer su parecer sobre lo que los otros jueces, en conjunto, han decidido.

Concluye entonces Dworkin que «cada juez debe verse a si mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en

¹⁶⁴ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, cit., p. 146.

¹⁶⁵ Véase *supra* p. [...].

la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy. “Debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral»¹⁶⁶.

La otra metáfora acaba de ser presentada en las actividades pedagógicas de esta unidad (sección 3.1.3.) y es la que ha sido objeto de mayores comentarios e incluso de algunos sarcasmos. Se trata de la figura del juez Hércules «dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas»¹⁶⁷. Estas cualidades del juez Hércules le permitirían llegar en todos los caso, así se trate de un caso difícil, a una decisión correcta, con tal que se proponga construir, como fundamento de su decisión, una teoría jurídico-política que la justifique dentro de la totalidad del esquema planteado por el derecho vigente.

3.1.2. TRES CONCEPTOS

El primero de los conceptos que conviene resaltar de la teoría interpretativa de Dworkin es precisamente el de interpretación. Interpretar no es encontrar la intención (entendida como un estado mental) del autor de las normas –el legislador– que el juez aplica en un caso concreto, lo cual constituye en buena parte una visión «conversacional» de la interpretación¹⁶⁸. Para superar esta noción, Dworkin propone un modelo «constructivo» en el que cualquier interpretación procura presentar su objeto –en este caso el derecho como integridad– como el mejor ejemplo posible del género al cual se considera que pertenece, teniendo siempre como fin los valores en los que éste está fundamentado. Se trata entonces de recrear la práctica judicial de acuerdo con sus valores constitutivos, lo cual permitirá que la decisión la muestre

¹⁶⁶ Dworkin, Ronald, «Cómo el Derecho se parece a la literatura», trad. de Juan Manuel Pombo, en Rodríguez, Cesar (ed.), *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 167.

¹⁶⁷ Los Derechos en Serio, cit., p 177.

¹⁶⁸ Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge: Belknap Press, 1986, pp. 31 y ss. (v. e.: *El Imperio de la Justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona: Gedisa, 1992, pp. 35 y ss).

en su mejor forma. Dworkin no niega entonces que la interpretación jurídica y, en especial, la interpretación judicial tengan algún carácter creativo; sin embargo, este elemento creativo de la interpretación no impide al juez llegar a la mejor respuesta al caso concreto.

Esto nos permite pasar al segundo concepto, el de decisión correcta, de acuerdo con el cual es posible para el juez elegir, entre las distintas teorías desarrolladas en las primeras etapas de la interpretación, aquella que ofrece la mejor interpretación de los materiales jurídicos. Esto significa que la decisión que el juez tome no sólo debe ajustarse a la práctica jurídica existente, sino que además debe basarse en una visión teórica y moral que muestre en su mejor ángulo esa práctica judicial y, en últimas, el derecho como integridad.

Este es precisamente el tercer concepto que conviene destacar. Para Dworkin el que el derecho se caracterice por su integridad significa dos cosas. Por una parte, el derecho es entendido como una reconstrucción coherente de los materiales que, en principio, son considerados como jurídicos, reconstrucción que tiene como propósito la solución de un caso concreto. Se trata de una noción de integridad situada en el nivel metodológico basada en cierta visión de la coherencia interna del derecho. Por otra parte, Dworkin considera que la integridad es un componente del concepto de justicia, más concretamente de la moralidad política, en tanto que elemento valorativo que permitiría alcanzar una coherencia más allá del ordenamiento jurídico.

3.1.3. UN MÉTODO

Dworkin propone un método para analizar el fenómeno jurídico en general, y la interpretación del derecho en particular, que puede plantearse exclusivamente respecto de aquellas sociedades en las que se haya desarrollado una actitud interpretativa frente a la práctica del derecho, lo cual explica que la de Dworkin no sea una teoría general del derecho¹⁶⁹. Consiste en el paso por tres etapas interpretativas: en la primera, la etapa preinterpretativa, el propósito esencial es solucionar el problema de la identificación del derecho; en la segunda, la etapa interpretativa, el sujeto de la interpretación su ocupa de la búsqueda de un significado para el derecho identificado; en la tercera, la que es denominada etapa postinterpretativa, se realiza toda una reformulación del derecho con el propósito de arribar a la mejor

¹⁶⁹ Sobre esta limitación del alcance de la teoría de Dworkin véase: Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 189 y ss.

interpretación de los materiales jurídicos, es decir, en un caso concreto, para lograr la respuesta correcta al mismo. Estas etapas interpretativas serán analizadas con mayor detenimiento en la tercera unidad¹⁷⁰.

3.2. EL ESCEPTICISMO CRÍTICO, EL JUEZ COMO ACTOR POLÍTICO Y EL EJEMPLO DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Desde finales de los años sesenta, tanto en Europa como en América Latina y Estados Unidos, se desarrollan enfoques críticos frente a la metodología dominante en el campo de la interpretación judicial. Los movimientos más importantes son tal vez el Uso Alternativo del Derecho en Europa, y en especial en Italia, sus manifestaciones y desarrollos en América Latina, en particular en Brasil, bajo la forma de la búsqueda de un derecho alternativo, y la corriente de Estudios Críticos Legales o CLS (*Critical Legal Studies*) en Estados Unidos.

Estas tres perspectivas tienen importantes diferencias entre sí, tanto teóricas como prácticas¹⁷¹: así, el Uso Alternativo del Derecho en Italia fue un movimiento dinamizado esencialmente por los jueces agrupados en la asociación sindical «Magistratura Democrática», quienes, muy influidos por las tesis neomarxistas, buscaron que los jueces promovieran y participaran del cambio social, al lado de los grupos sociales oprimidos. Esta experiencia tuvo su apogeo a comienzos de los años setenta, pero a finales de esta misma década comenzó a ser cuestionada y abandonada por sus propios protagonistas, como L. Ferrajoli¹⁷². Por su parte, la manifestación

¹⁷⁰ Véase *infra* p. [...].

¹⁷¹ Para una presentación sistemática de estos enfoques críticos, véase: para el caso del Uso Alternativo del Derecho y el Derecho Alternativo en Europa y Estados Unidos, Sousa, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho: Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Bogotá: Universidad Nacional, ILSA, 2001; para la evolución de la CLS, Rodríguez, César, «Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial» en Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1999.

¹⁷² El punto de partida de este movimiento fue un congreso celebrado en Catania en mayo de 1972, cuyas ponencias fueron reunidas en la siguiente obra: Barcellona, P. (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari: Laterza, 1973 (2 vols.). Véase también: López Calera, Nicolás M^a, Saavedra López, Modesto, Andrés Ibáñez, Perfecto, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia: Fernando Torres, 1978.

latinoamericana de esa corriente alternativa, aunque mantiene la influencia marxista y conserva las tesis esenciales de la experiencia europea, presenta sin embargo diferencias importantes, dado que en países como Brasil, el uso alternativo, que adquiere vigor a partir de los años ochenta, es más la expresión de las actividades de abogados y grupos de apoyo jurídico muy vinculados a movimientos populares, y menos la de jueces reunidos gremialmente. En esos países, esos activistas tienden entonces a reconocer también el potencial emancipador del derecho producido directamente por las comunidades y por ello prefieren caracterizar su propuesta recurriendo crecientemente a la expresión «Derecho Alternativo» en vez de hablar de “uso alternativo del derecho”¹⁷³. Finalmente, la CLS se ha desarrollado esencialmente a partir de una labor de crítica al derecho dominante, planteada en el ámbito académico por profesores y doctrinantes, muchos de ellos de las universidades de élite como Harvard. Estos académicos comparten algunas sensibilidades de izquierda y una percepción de que la aplicación del derecho es una actividad eminentemente ideológica y política. Sin embargo, no sólo las fuentes ideológicas que animan ese trabajo crítico son muy diversas (marxismo, feminismo, crítica post-moderna, desconstrucción tipo Derrida, etc.) sino que, además, las propuestas que plantean son disímiles entre sí: algunos defienden un uso progresista del derecho, mientras que otros son escépticos frente a tal posibilidad¹⁷⁴.

Sin embargo, a pesar de esas importantes diferencias, estas corrientes comparten algunas ideas básicas frente a la interpretación judicial, por lo que es posible reagruparlas en una misma perspectiva crítica. En efecto, las tres visiones adhieren al menos a tres tesis sobre lo que es la práctica judicial, que a su vez representan una actualización de las críticas antiformalistas del realismo jurídico y de la escuela del derecho libre, de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

De un lado, todas ellas resaltan la radical indeterminación del ordenamiento positivo, que estaría lleno de tensiones y lagunas y no sería coherente y pleno. Por ejemplo, los jueces de Magistratura Democrática en Italia pusieron siempre de presente las profundas contradicciones que presentaba el ordenamiento jurídico italiano al menos en dos aspectos: de un lado, la Constitución, que había sido expresión de la euforia antifascista de la post-guerra, es republicana y democrática, pero muchas leyes fascistas fueron mantenidas. Y de otro lado, la propia Constitución tiene también tensiones ideológicas irresolubles, puesto que reconoce la propiedad y

¹⁷³ Sousa, María de Lourdes, *ob. cit.* pp. 249 y ss.

¹⁷⁴ Rodríguez, César, *ob. cit.*, pp. 46 y ss.

la economía de mercado, con lo cual legitima el *status quo*, pero proclama también, en su célebre artículo 3, que es deber de las autoridades remover las desigualdades y lograr la igualdad real y efectiva entre las personas, con lo cual plantea un programa revolucionario incompatible con la preservación del orden burgués existente. Por su parte, Kennedy ha concluido que el derecho privado estadounidense también está atravesado por una tensión irreductible entre principios individualistas, que resaltan la autonomía de la persona, y principios solidaristas, que enfatizan los deberes sociales.

En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, estas perspectivas plantean que la labor judicial es eminentemente ideológica y política. Según su parecer, si el ordenamiento es indeterminado y contradictorio, es forzoso que el juez, al decidir los casos, deba realizar opciones valorativas, que a su vez se fundan en visiones ideológicas y políticas. Por lo tanto, el juez es inevitablemente un actor político e ideológico. De acuerdo con Ferrajoli, la actividad judicial presenta «una ineliminable dimensión política en virtud de las inevitables opciones valorativas que necesariamente intervienen en toda decisión jurisdiccional», y por ello considera que «el enfrentamiento no se da entre quienes sostienen que la función judicial debe ser politizada y quien piensa que la misma haya de ser apolítica, sino entre quien entiende que la función judicial es, porque no puede evitarlo, política y quien postula que debe ser apolítica»; es más, quienes «sostienen que la función judicial “debe” ser apolítica hacen política, consciente o inconscientemente, en el ejercicio de sus funciones»¹⁷⁵. Por su parte, Kennedy llega a las mismas conclusiones: la decisión judicial es eminentemente ideológica pues las indeterminaciones del ordenamiento sólo pueden ser eliminadas optando por alguno de los valores en conflicto. La política no es entonces externa a las decisiones interpretativas sino que está en el núcleo de las mismas, por lo que la interpretación judicial debe ser vista como un campo de lucha entre ideologías e intereses contrapuestos.

Finalmente, estas perspectivas críticas resaltan que la cultura judicial dominante, que suele defender la coherencia del ordenamiento jurídico y la neutralidad y apoliticidad de la función judicial, tiende a favorecer los intereses de los grupos sociales poderosos, en contra de los intereses de los sectores y clases sociales dominadas. Las razones de esos resultados son múltiples: así, por su propio origen social, muchos jueces son más sensibles a las preocupaciones de las clases medias y

¹⁷⁵ Ferrajoli, Luigi, «“Magistratura Democrática” y el ejercicio alternativo de la función judicial», cit., p. 198.

los grupos sociales poderosos, mientras que tienen dificultades para comprender y aceptar las reivindicaciones populares; igualmente, los grupos dominantes cuentan con mejores recursos para triunfar en las luchas ideológicas que se dan en el campo de la interpretación judicial; etc. Con todo, para estas visiones críticas el resultado práctico es claro: la supuesta neutralidad o apoliticidad del juez es en realidad una opción a favor del *satus quo* y de los intereses sociales dominantes.

En palabras de Ferrajoli, «ser apolíticos o declararse tales no significa en efecto estar fuera o por encima de la política, sino aceptar pasivamente los valores políticos e ideológicos dominantes, por cuya virtud el poder es siempre «apolítico», mientras «políticas» son sólo las oposiciones»¹⁷⁶. Por su parte, estas tesis sobre la práctica de la interpretación judicial, que son comunes a la mayor parte de los autores que comparten una visión crítica, son resumidas por Duncan Kennedy, al examinar lo que él llama el lado oscuro de la ideología del Estado de derecho, en los siguientes términos: «en todos los sistemas occidentales, el discurso que los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos utilizan para legitimar la aplicación del poder estatal niegan (suprimen, mistifican, distorsionan, ocultan, evaden) dos fenómenos claves: a) el grado en que las normas establecidas (ya sea que estén contenidas en códigos o en precedentes) estructuran la vida pública y privada de tal manera que confieren poder a unos grupos a expensas de otros, y en general reproducen el sistema de jerarquías que caracteriza la sociedad en cuestión; b) el grado en que el sistema de normas jurídicas tiene vacíos, conflictos y ambigüedades, que son resueltos por jueces que persiguen proyectos ideológicos conscientes, inconscientes o semiconscientes, relacionados con puntos relativos a la jerarquía social»¹⁷⁷.

A partir de estas constataciones, esas perspectivas plantean distintas alternativas y propuestas, y es en este aspecto que las diferencias entre el uso alternativo europeo, el derecho alternativo latinoamericano y la CLS son más significativas. Por ello, tal vez convenga centrar la atención en alguna de estas visiones. Y creemos que, por tener vínculos más estrechos con la problemática de la interpretación judicial, la propuesta del Uso Alternativo del Derecho planteada por la “magistratura democrática” en Italia es la que resulta más relevante. La tesis básica de este movimiento es la de intentar una reorientación de la actividad judicial, a fin de que sea más favorable a los sectores excluidos y oprimidos, para lograr lo cual hay que aprovechar las contradicciones e indeterminaciones del orden normativo y hacer triunfar progresivamente

¹⁷⁶ Ídem, p. 201.

¹⁷⁷ Kennedy, Duncan, ob. cit., p. 14.

interpretaciones y decisiones judiciales que benefician a los grupos sociales dominados, al progreso de una democracia radical e incluso al inicio de la revolución.

Para ello, siguiendo la propuesta sintetizada por Ferrajoli, tres elementos son esenciales: de un lado, desde el punto de vista del contenido de las decisiones judiciales, es necesario optar por aquellas doctrinas «en las que se afirme la prevalencia de los intereses funcionales a la emancipación de las clases oprimidas»¹⁷⁸. De otro lado, desde el punto de vista del método, hay que abandonar los procedimientos formalistas, ya que éstos tienden a fundarse en la igualdad formal entre sujetos y grupos con poderes y recursos muy desiguales, con lo cual se legitima el *status quo*. En vez de tratar de subsumir el caso en la norma, hay entonces que centrarse en las particularidades del caso, de tal manera que «no sea el hecho el que haya de plegarse a la norma sino la norma al hecho», pues sólo teniendo en cuenta las «concretas connotaciones socio-económicas de la realidad» es posible «sustraerse a la lógica deformadora del formalismo y del abstraccionismo jurídico»¹⁷⁹. Finalmente, un uso alternativo del derecho implica una reformulación del principio de independencia judicial, pues el juez no puede aspirar a vivir enclaustrado corporativamente y separado de la sociedad, ya que esa supuesta independencia de las dinámicas sociales lo que hace es ponerlo al servicio de los poderes dominantes. Según Ferrajoli «desde esta perspectiva adquiere un nuevo y mas auténtico significado el principio de independencia de la función judicial: independencia no de la sociedad sino frente al Estado, no de las clases populares y subalternas sino de las dominantes. En una radical inversión de la concepción de la independencia propia de los sectores conservadores de la magistratura. Si es cierto que sólo el poder puede amenazar la real independencia del juez, la única independencia de que tiene sentido hablar es la independencia frente al poder; la otra “independencia” la que se expresa en la clausura del juez dentro de su función y en la defensa corporativa de su incensurabilidad por la opinión pública, no es más que irresponsabilidad, y se resuelve de hecho en la pasiva sujeción de la función judicial a las fuerzas dominantes»¹⁸⁰.

Las anteriores perspectivas críticas y las propuestas del Uso Alternativo del Derecho tienen la virtud de resaltar no sólo la responsabilidad política y moral de los jueces al decidir sobre los derechos y la vida de las personas, sino también de enfatizar los vínculos que existen entre las dinámicas sociales y la actividad judicial.

¹⁷⁸ Ferrajoli, *ídem*, p. 208.

¹⁷⁹ *Ídem*, p. 211.

¹⁸⁰ *Ídem*, pp. 214-215.

Sin embargo, estas tendencias han recibido también importantes críticas, que no dejan de ser semejantes a aquellas que Hart formulara en su momento al realismo jurídico. De un lado, no es tan claro que el ordenamiento jurídico sea tan indeterminado, como lo sugieren estos planteamientos, pues aunque admitan diversas interpretaciones, no es posible hacerle decir a un texto, o conjunto de textos, cualquier cosa. La actividad interpretativa conserva una dimensión cognitiva relativamente racional, al menos en la delimitación de los campos semántica y jurídicamente posibles de un texto jurídico¹⁸¹. De otro lado, la crítica radical al formalismo jurídico y el énfasis excesivo en la dimensión política de la actividad judicial corre el riesgo de erosionar ciertos valores formales del derecho, como el principio de legalidad o las garantías constitucionales, que juegan un papel esencial en la preservación de una práctica democrática. Y es que la propuesta del Uso Alternativo del Derecho parece conducir a una difícil paradoja: si uno admite que el sentido de las normas jurídicas puede ser deformado por los jueces para beneficiar a los sectores populares, entonces ¿cómo oponerse a las vulneraciones de la legalidad para favorecer reestructuraciones autoritarias del Estado a favor de los sectores poderosos? Finalmente, desde una perspectiva radical, algunos critican la idea del Uso Alternativo del Derecho al considerar que es iluso pensar que el derecho y los jueces puedan tener algún contenido emancipador. Según su parecer, esas propuestas crean falsas expectativas e ilusiones, y por ello deben ser desechadas.

Las objeciones precedentes podrían explicar la forma como evolucionaron las perspectivas críticas sobre la interpretación judicial. Algunos, como Ferrajoli, reconociendo los peligros antidemocráticos del Uso Alternativo del Derecho, tenderán a reformular sus visiones desde una perspectiva garantista, a partir de una radicalización del principio de legalidad y una defensa del valor normativo de la constitución, buscando así potenciar la protección judicial de los derechos constitucionales¹⁸². Otros, sobre todo en el ámbito latinoamericano, parecen concluir que la salida es radicalizar aún más las propuestas del Uso Alternativo del Derecho, con el fin de encaminarse a la construcción de verdaderos derechos alternativos. Finalmente, los más escépticos mantienen la labor de deconstrucción de las visiones dominantes, pero sin atreverse a formular propuestas alternativas.

¹⁸¹ Así, por utilizar un ejemplo de Comanducci, el enunciado «el derecho de huelga debe ser ejercido en el marco de las leyes que lo regulan» es susceptible de diversos entendimientos. Pero entre dichas interpretaciones semánticamente válidas no se encuentra aquella que dice que «cualquiera que lo desee puede recoger margaritas amarillas». Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México: Fontanamara, 1999, p 96.

¹⁸² Sousa, María de Lourdes, *ob. cit.* pp. 171 y ss.

3.3. LAS VISIONES PRAGMÁTICAS, EL JUEZ COMO FORMULADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y EL DEBATE SOBRE EL CONSECUENCIALISMO EN LAS DECISIONES JUDICIALES.

Los enfoques pragmáticos a nivel de la interpretación jurídica no son homogéneos ni representan una escuela o movimiento jurídico cuyos contornos estén completamente determinados; es más, es posible encontrar autores que se proclaman pragmáticos y tienen visiones muy diversas. Por ejemplo, R. Posner tiende a respaldar posiciones políticamente conservadoras, mientras que M. Minow se sitúa en la izquierda del espectro político y defiende algunas causas de los grupos sociales marginados¹⁸³. A pesar de estas profundas diferencias, es posible encontrar ciertos rasgos comunes en estos enfoques pragmáticos, que configuran lo que algunos autores denominan un “pragmatismo metodológico”¹⁸⁴, que retoma muchos elementos del programa constructivista del realismo jurídico estadounidense y muchas de las tesis del pragmatismo filosófico clásico. A continuación resumimos sus postulados básicos.

En primer término, los enfoques pragmáticos son en principio muy críticos del formalismo, debido a su escepticismo frente al poder de la lógica para encontrar respuestas claras a los problemas jurídicos complejos. Dos razones explican esta posición: por un lado, el sistema jurídico está atravesado de tensiones y contradicciones que no pueden ser resueltas por medio de un razonamiento puramente formal; de otro lado, el derecho, más que un sistema de conceptos abstractos, es un conjunto de prácticas que busca realizar ciertos objetivos sociales, como la promoción del bienestar social, y por ello lo importante no es tanto la consistencia formal de las teorías y de los conceptos jurídicos sino que éstos sean capaces de promover dichos objetivos. La mayor parte de los pragmáticos suscribiría abiertamente la celebre frase del juez O. W. Holmes, para quien la «vida del derecho no ha sido lógica sino experiencia»¹⁸⁵, razón por la cual estas visiones tienen una concepción instrumental tanto del derecho como de la interpretación, lo que

¹⁸³ Posner, Richard, *Overcoming Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1995, introducción y capítulos 12 y 19.

¹⁸⁴ Fallon, Richard H., «How to Choose a Constitutional Theory», en *California Law Review*, No. 87, 1999, p. 572.

¹⁸⁵ Holmes, Oliver Wendell, «Common Law» (1881), en Menand, Louis (ed.), *Pragmatism: a reader*, New York: Vintage Books, 1997, p 137.

significa que tanto las normas jurídicas como las decisiones judiciales son instrumentos o mecanismos para promover el bienestar o el desarrollo social, y no son más que eso.

En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, los pragmáticos son también bastante escépticos frente al poder de las grandes teorías jurídicas, de corte filosófico o moral, para resolver los casos judiciales concretos. La diferencia en este punto frente a Dworkin es entonces evidente: los pragmáticos desconfían de las abstracciones y de las discusiones puramente teóricas, pues consideran que si una diferencia conceptual no tiene implicaciones prácticas, en realidad no existe. Esta tesis ha sido denominada el «principio de Pierce», pues fue este filósofo quien primero la formuló, e implica que una distinción conceptual es aceptada y tiene real significado si supone un efecto práctico en nuestra experiencia futura. Por ello, las distinciones innecesarias, esto es, que no tienen significado práctico, son irrelevantes. Esta suerte de «cuchilla pragmática», que no deja de evocar célebre la navaja del escolástico Guillermo de Occam, según la cual no hay que multiplicar innecesariamente los conceptos, lleva a los pragmáticos a concluir que las grandes teorías no suelen ser útiles para resolver los casos complejos, pues se basan en abstracciones que no son suficientes para comprender la especificidad de cada asunto. Nuevamente aquí la mayor parte de los pragmáticos suscribirían otro célebre aforismo del juez Holmes: «los principios generales no resuelven los casos concretos»¹⁸⁶.

Esta desconfianza hacia la gran teoría se ve incrementada por el enorme pluralismo ideológico y cultural que caracteriza a las sociedades contemporáneas, que impide que las personas en general, y los jueces en particular, lleguen a acuerdos sobre los principios últimos de la ética o de la organización social. Sin embargo, esos mismos jueces, que no logran llegar a un consenso sobre las grandes teorías filosóficas y éticas, deben ponerse de acuerdo sobre cómo decidir un caso específico. Y no sólo deben hacerlo sino que además en la práctica lo logran. Pero para alcanzar esos acuerdos prácticos sobre la decisión de un litigio concreto, los jueces tienen que rehuir los grandes debates filosóficos, ya que en esas discusiones abstractas no pueden alcanzar consensos. Por consiguiente, concluyen algunos pragmáticos, las decisiones judiciales

¹⁸⁶ Voto disidente del juez Holmes en el caso *Lochner* de 1905 en la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

deben basarse en preceptos concretos y abandonar las controversias derivadas de la gran teoría, las cuales corresponden a los académicos y filósofos. El razonamiento jurídico debe basarse, como lo dice C. Sunstein, en «argumentos y acuerdos teóricamente incompletos», que permiten que personas que tienen visiones morales y políticas disímiles y que, por ende, son incapaces de ponerse de acuerdo en los grandes principios, logren sin embargo estar de acuerdo en una decisión concreta¹⁸⁷.

Las anteriores consideraciones llevan a los pragmáticos a reconocer en la evaluación de las eventuales consecuencias uno de los elementos esenciales que debe orientar las decisiones judiciales. El razonamiento jurídico ha ser entonces esencialmente consecuencialista, y ello implica que las ciencias sociales, que son las que permiten determinar los efectos de una sentencia judicial, deben jugar un papel cada vez más importante en el derecho y en las decisiones de los jueces¹⁸⁸. Ahora bien, los pragmáticos precisan con claridad que los efectos a ser tenidos en cuenta no son sólo aquellos de corto plazo y ligados al caso concreto, sino que el juez también debe evaluar las posibles consecuencias sistémicas y a largo plazo de la decisión que está tomando. Es así como es posible que un juez esté convencido de que una decisión en particular es la mejor para las partes involucradas en el caso, pero se abstenga de tomarla por considerar que tendría efectos globales perjudiciales. Por esta razón afirma Posner que «al enfrentar un problema que ha sido planteado como uno de interpretación legal, un pragmatista se pregunta cuál de la posibles decisiones va a tener mejores consecuencias, tomando en cuenta todas las consideraciones en que los abogados están o deberían estar interesados, lo cual incluye la necesidad de preservar el lenguaje como un medio de comunicación efectiva y de preservar la separación de poderes, aceptando en general las escogencias públicas del Legislador»¹⁸⁹.

Estas perspectivas pragmático-consecuencialistas han sido objeto de múltiples críticas. En general, la objeción básica es que si los jueces decidieran exclusivamente tomando en cuenta las consecuencias

¹⁸⁷ Sunstein, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York: Oxford University Press, 1996, p. 35.

¹⁸⁸ Sunstein, Cass R., *ídem*, p. 49.

¹⁸⁹ Posner, Richard, *ob. cit.*, p. 400.

eventuales de su fallo, entonces dejarían de ser jueces independientes para convertirse en órganos políticos, y el derecho perdería todo su sentido como instancia normativa de cohesión social. Una perspectiva puramente consecuencialista conduce, según los críticos, a una politización extrema de la administración de justicia, con graves efectos sobre la seguridad jurídica y sobre los derechos individuales, por las siguientes tres razones: de un lado, conocer con precisión los efectos sociales de una decisión judicial es, en muchos casos, no sólo una labor muy ardua, sino que conduce a conclusiones encontradas entre los propios investigadores; por ende, si las ciencias sociales empíricas no logran ponerse de acuerdo sobre qué podría suceder si un funcionario judicial falla de determinada manera, entonces ¿qué puede hacer un juez que quiera decidir a partir de las consecuencias distinto a basarse en una evaluación subjetiva de lo que puede acontecer?

De otro lado, incluso si lográramos determinar con precisión las consecuencias de la decisión, de todos modos el grado de subjetividad judicial sería muy alto, ya que toda sentencia favorece unos intereses, mientras que afecta negativamente a otros. En tales condiciones, ¿cuál es la decisión óptima? No es posible determinarlo, sin que exista un juicio de valor, explícito o implícito, sobre cuáles de esos intereses ameritan mayor protección judicial, en el balance global de pérdidas y ganancias.

Finalmente, una actitud consecuencialista de los jueces plantea el riesgo de que el sistema jurídico se oriente con criterios puramente utilitarios. Ahora bien, la concepción utilitaria es, para determinadas disputas, una perspectiva interesante de análisis y evaluación, pero en materia de derechos individuales es peligrosa, pues puede conducir a una disolución de los mismos, a fin de favorecer la consecución de objetivos colectivos que incrementen el bienestar general. Así, con criterios utilitarios, habría que eventualmente considerar correcta la decisión de un juez que decide aceptar la tortura de un detenido, por cuanto de esa manera la policía logró desarticular una peligrosa banda de secuestradores, pues el sufrimiento que hubieran podido ocasionar estos delincuentes compensa el dolor ocasionado por el Estado al detenido. Es obvio que esa conclusión resulta inaceptable en una democracia constitucional fundada en la dignidad humana.

Una visión puramente consecuencialista implica entonces que la administración de justicia no esté centrada en la protección de derechos

y en la aplicación de normas, convirtiéndose así en una instancia de decisión eminentemente política que para decidir evalúa y clasifica intereses, conforme a valoraciones subjetivas. Precisamente para evitar esta disolución del sistema jurídico, la democracia postula que los jueces deben decidir con base en las pautas normativas del sistema, pues sólo así se logra un nivel mínimo de seguridad jurídica. En tales condiciones, para que el derecho pueda normativamente regular la vida en sociedad, es necesario que existan órganos judiciales dispuestos a aplicar sus previsiones, razón por la cual, el mismo sistema establece en cabeza de los jueces la obligación de decidir primariamente conforme al derecho vigente y no de acuerdo a un cálculo consecuencial sobre los efectos de su decisión.

Los juristas pragmáticos han opuesto a estas objeciones dos tipos de argumentos: uno metodológico y otro contextual. Así, en primer término, han realizado propuestas para refinar la metodología de la decisión de casos a fin de que la evaluación de las consecuencias no dependa del capricho judicial. Esto significa que una de las salidas a las críticas consiste en hacer más riguroso el análisis pragmático en la decisión judicial. Esto explica, por ejemplo, que Posner, fuera de proclamar su adhesión al pragmatismo, sea también uno de los representantes más conspicuos del llamado Análisis Económico del Derecho. En efecto, para este autor, el recurso a la economía, o más exactamente a los postulados de la microeconomía clásica, permite razonablemente predecir y evaluar muchos comportamientos humanos. Por consiguiente, es posible determinar cuáles son los incentivos que provoca una determinada decisión y en esa medida predecir sus posibles consecuencias. El análisis económico sería entonces la herramienta básica para decidir muchos casos judiciales difíciles.

De otra parte, en otras oportunidades, algunos pragmáticos, tal vez aceptando la pertinencia de las anteriores críticas, parecen admitir que es posible que, desde el propio punto de vista pragmático, tal vez no sea lo mejor que los jueces recurran a una metodología pragmática de evaluación de las consecuencias. Por ejemplo, Sunstein ha sostenido que el formalismo puede ser defendido con un enfoque

¹⁹⁰ Sunstein, Cass R., «Must formalism be defended empirically?», en *Chicago Working Paper in Law and Economics*, No. 70, 1999.

pragmático¹⁹⁰. Su argumento central es que unos jueces formalistas reducen considerablemente los costos de la decisión y de los errores judiciales: el formalismo puede ser más adecuado porque estimula la responsabilidad de los legisladores, que saben que los jueces aplicarán los textos que aprueben en forma literal y por ello serán mucho más cuidadosos en su redacción, mientras que una judicatura no formalista incentiva a los parlamentos a legislar torpemente y a transferir poder a los jueces. Además, una perspectiva no formalista aumenta las posibilidades de error y genera mayor inseguridad jurídica. Sin embargo, Sunstein no sólo matiza su argumento, pues considera que una estrategia antiformalista parece tener más sentido en donde existe una buena judicatura y una legislatura poco cuidadosa y atenta, sino que además reconoce que las anteriores conclusiones sólo pueden comprobarse con trabajos empíricos que permitan hacer avanzar los debates teóricos sobre la interpretación. Esto muestra entonces que los enfoques pragmáticos están abiertos a estudios empíricos y a debates teóricos que muestren pragmáticamente la superioridad de enfoques no pragmáticos de la decisión judicial, dado que, como asegura Posner, «debemos cuidadosamente distinguir la filosofía pragmática de la decisión judicial pragmática y no exagerar las posibilidades de usar la primera para asegurar la segunda». Por lo tanto, según este autor, no hay nada contradictorio en que un juez pragmático concluya que lo más pragmático que podría hacer es ser formalista¹⁹¹.

Tal como se hizo en el análisis de los modelos intermedios del siglo XX, para finalizar conviene presentar un cuadro comparativo que resuma las tesis de algunos autores que han intervenido en el debate contemporáneo sobre la interpretación jurídica, específicamente las de aquellos que tuvimos la oportunidad de leer en las actividades pedagógicas (sección 3.1.):

¹⁹¹ Posner, Richard, ob. cit., p. 401.

Criterio de comparación	L. Ferrajoli	R. Posner	R. Dworkin
Importancia de los principios	<p>Los principios tienen un carácter central respecto a las normas, puesto que se caracterizan por su naturaleza dinámica si se les compara con éstos.</p> <p>Los principios pueden ofrecer mejores soluciones judiciales que las reglas. Además, pueden llegar a tener, en ciertos casos, un carácter «supra-jurídico».</p> <p><i>Función de los principios:</i> poner en evidencia la indeterminación propia del sistema jurídico.</p>	<p>Los principios carecen de importancia en el proceso de la interpretación judicial.</p> <p>Los principios no pueden ser utilizados en un razonamiento formal, por lo menos como lo son las reglas. Más allá de cualquier razonamiento formal (con o sin principios) importa tener en cuenta las experiencias alrededor del caso y las consecuencias del mismo.</p> <p><i>Función de los principios:</i> los principios no tienen la capacidad de resolver casos.</p>	<p>Ante las ambigüedades de las normas jurídicas, es necesario recurrir a los principios. Los principios son el elemento de integración del ordenamiento jurídico, pues suplen sus ambigüedades, indeterminaciones y vicios.</p> <p><i>Función de los principios:</i> servir como elementos del ordenamiento jurídico que permiten superar la indeterminación y que permitan controlar la discreción judicial.</p>
Alcance de las consecuencias	<p>No hay un análisis concreto sobre el tema en el texto presentado en las actividades pedagógicas. Sin embargo, es posible encontrar algunas conclusiones frente a la idea del juez como agente protector de los intereses de las clases menos favorecidas y frente a la idea de la independencia del juez frente a las clases dominantes, los dos aspectos entendidos como las consecuencias centrales que debe lograr la decisión judicial.</p> <p>Por consiguiente, para Ferrajoli el juez debe encontrar la solución del caso por la vía social del compromiso político.</p>	<p>Las consecuencias juegan un papel central en la decisión judicial. El juez debe mirar hacia delante dirigiendo su interés en las consecuencias de sus fallos.</p> <p>El razonamiento mediante consecuencias hace del juez un sujeto de creación de derecho.</p>	<p>La decisión judicial debe estar dirigida a asegurar la protección de los derechos individuales, sin que importen los efectos sociales que se puedan generar. Se podría inclusive afirmar que para este autor la consideración de las consecuencias es algo secundario, teniendo en cuenta que lo central en la decisión sería el propósito de la protección de los derechos, entendidos éstos, a su vez, como cartas de triunfo sobre las mayorías políticas.</p> <p>La sentencia judicial debe tener como consecuencia alcanzar una decisión correcta respecto de las normas jurídicas y de los principios. Este sería el carácter de los efectos de las decisiones judiciales; en otras palabras, la actividad judicial debe perseguir la corrección de las decisiones.</p>

La influencia del razonamiento lógico-formal en la decisión judicial¹⁹²	<p>Las argumentaciones basadas en la lógica son importantes en la medida en que logren la consecuencia del predominio de los intereses de los sectores más oprimidos. Sin embargo, podría pensarse también en un rechazo del proceso de subsunción de los hechos a las normas, puesto que el juez, por el contrario, debe hacer prevalecer los hechos en la aplicación de las normas. Para superar esta aparente contradicción en este autor es preciso determinar que se quiere decir con el término «lógica»: si se entendiera por «lógica» los propósitos que persigue cierta actividad social hecha por alguien, puede defendarse la primera tesis; si se entiende por lógica la aplicación de argumentaciones formales, entonces se puede defender la segunda tesis. A todo esto se suma el hecho de que para este autor los razonamientos lógicos pueden encubrir valoraciones políticas.</p>	<p>Los métodos formales de razonamiento no son importantes en la decisión judicial, pues ésta se realiza mediante procesos informales. Por lo tanto, en la formación jurídica el análisis mediante razonamientos es remplazado por la centralidad de las ciencias sociales. El peso de la lógica en la formación jurídica debería ser mucho menor al que tendría el estudio de las ciencias sociales.</p>	<p>En principio (Dworkin no lo ha hecho explícitamente) hay un rechazo del modelo silogístico de interpretación judicial, esencialmente por la ausencia de los principios en la supuesta premisa mayor del silogismo. Por ende, la lógica formal tiene un papel menor en la decisión judicial.</p> <p>La interpretación no se realizaría mediante procedimientos mecánicos, sino siguiendo la idea de integridad mediante principios.</p>
	<p><i>Conclusión de los tres autores:</i> escepticismo frente a la aplicación de la lógica formal e incluso frente a la aplicación de otro tipo de lógicas en las decisiones de los jueces.</p>		
El peso de la visión política que tiene el juez frente al caso	<p>El juez no puede ser apolítico, tiene que adoptar una postura política frente al caso y cuando el juez se declara apolítico esta asumiendo una postura política implícita (y peligrosa).</p> <p>La visión política que debe defender el juez es la del favorecimiento de los sectores oprimidos.</p>	<p>Es central la visión política en la medida en que el juez debe centrarse en las consecuencias.</p> <p>Siendo el juez un sujeto de creación jurídica, en las decisiones judiciales no sólo interviene la ley, sino también su visión política. Posner insiste en la importancia de las ciencias sociales en la medida en que pueden ofrecer elementos más rigurosos para que el juez construya su visión política hacia las</p>	<p>La visión política del juez es fundamental para encontrar el significado de la totalidad del esquema constitucional. En los casos difíciles el juez debe recurrir a una teoría moral y política para poder establecer la ordenación de los principios aplicables. ¿Dónde encontrar tal teoría moral y política?: en la práctica jurídica que refleja la teoría moral y política vigente en una sociedad, teoría que muestra «en su mejor forma» al derecho.</p>

¹⁹² Es importante indicar aquí que el hecho de que un argumento no esté sustentado en la lógica formal no significa que no esté sustentado o carezca de fundamentación.

	<p>consecuencias de la decisión. Sin embargo, es posible hacer una reinterpretación pragmática de la importancia de la política en la actividad judicial, para orientar la decisión hacia otras tendencias dentro de la misma política o respecto a otras áreas de las ciencias sociales.</p>	<p>El problema de la interpretación judicial es un problema de filosofía política en la medida en que la decisión correcta debe consultar el bien general, entendido esto en su relación con la idea de derecho como integridad y sin olvidar el carácter contra-mayoritario de los derechos según este autor.</p>
Otros criterios	<p>La visión consecuencialista de Posner supone que la interpretación judicial debe tener en cuenta los mejores efectos de una decisión frente a otras opciones de decisión. Esto conduce a un análisis de cálculo consecuencial que incluso puede llegar a poner en duda la literalidad y la claridad de la legislación. Se trata, si se puede decir así, de jugar con el texto de la ley mirando sus consecuencias. Con todo, la literalidad de la ley es un elemento importante en la dinámica social y, por ende, podría convenir en ciertos casos —respecto a las consecuencias— mantenerse en la literalidad de la ley (o lo que la mayoría entiende que es la literalidad de la ley).</p>	

IV. AUTO-EVALUACIÓN

At

1. Tome un caso que haya tenido que decidir y que considere particularmente difícil. Establezca brevemente como lo resolvería un representante de cada uno de los siete modelos de interpretación jurídica desarrollados en esta unidad.
2. Después de haber realizado el ejercicio anterior, determine cuál de las alternativas le parece la más satisfactoria, señalando las razones de su elección.

UNIDAD 3

LA PRÁCTICA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

PROPÓSITO DE LA UNIDAD



- Esta parte del módulo busca hacer un examen de las dificultades prácticas de la interpretación que del derecho hace el juez, para lo cual se presentará un «inventario» de las principales herramientas metodológicas que han sido propuestas para superar tales dificultades y lograr una decisión judicial que no sólo sea conforme a derecho, sino también conveniente desde el punto de vista de los intereses generales de la sociedad y, además, compatible en mayor o menor medida con los criterios de justicia vigentes.
- Determinar y analizar los que tradicionalmente han sido considerados como los criterios o métodos de la interpretación jurídica y establecer cuáles son sus características específicas en el ámbito concreto de la interpretación judicial.
- En caso de conflicto entre los criterios o métodos de la interpretación, precisar cuáles son las opciones metodológicas a las que puede acudir el juez para superarlo y explicar de qué manera estas opciones pueden ser concebidas como máximas o postulados generales de la interpretación.
- Realizar un análisis de la interpretación como una actividad compuesta de varios pasos que se realizan sucesivamente y de esta forma delinear las etapas o fases de la interpretación judicial.
- Presentar los primeros elementos de una estructuración teórica que sirva de soporte a las herramientas prácticas anteriormente descritas, con el propósito de vincular las soluciones metodológicas que ellas ofrecen y evitar el riesgo de dispersión o incongruencia.

I. INSTRUCCIONES METODOLÓGICAS

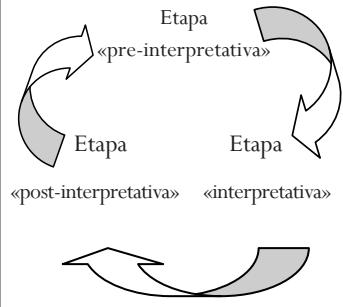
Antes de dar paso a las actividades pedagógicas conviene recordar algunas pautas metodológicas que sirven para el logro de los objetivos formativos planteados para este módulo sobre interpretación judicial. Como se explicó en la introducción general, lo que se busca al utilizar el módulo como material de autoaprendizaje es que se realicen las actividades pedagógicas antes de leer el ensayo de cada unidad, pues de esta manera dichas actividades rinden mejores frutos. Asimismo, sería de gran provecho reexaminar esos mismos ejercicios luego de haber leído el ensayo, para poder también tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea.

Igualmente, es necesario recordar que este modulo puede tener una lectura básica, que ofrece los elementos mínimos de análisis del tema del que se ocupa cada unidad, y una lectura integral, que pretende una mayor profundización en el conocimiento de los elementos conceptuales que se enuncian en la lectura básica y que está destinada a aquellos funcionarios judiciales que estén más interesados en el problema de la interpretación judicial. El lector que quiera adelantar la lectura básica debe realizar únicamente las actividades pedagógicas marcadas con «LB» (lectura básica) y que son la 1 («En busca de un método para la interpretación del derecho») y la 5 («La idea de integridad y coherencia en la interpretación judicial»). Igualmente deberá leer las partes del ensayo correspondientes a la lectura básica, esto es, aquellas que están en un mayor tamaño del formato del texto (sin incluir las notas de pie de página). Por su parte, el lector que adelante la lectura integral deberá realizar todas las actividades pedagógicas, incluyendo las marcadas con «LI» (lectura integral), que en esta unidad son la 2 («La aplicación práctica de los criterios de la interpretación judicial»), la 3 («El marco de la interpretación jurídica: los postulados») y la 4 («Los pasos a seguir durante la interpretación»), y leer totalmente el ensayo.

II. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Antes de la presentación de las actividades pedagógicas conviene anunciar de manera esquemática las categorías mediante las cuales esta unidad propone el estudio de las diferentes herramientas de la interpretación judicial del derecho dentro del marco de una teoría general de la interpretación jurídica. De esta forma el lector tendrá una estructura conceptual que le permitirá comprender cuál es el sentido de los ejercicios que se proponen a continuación y que le ofrecerá algunos elementos preliminares al ensayo que se presentará más adelante. Tal estructura parte de un primer nivel de análisis constituido por lo que denominaremos los «criterios» de

la interpretación jurídica que, en el contexto de esta unidad, son concebidos como una especie de moléculas metodológicas o elementos esenciales sin los cuales no sería posible llevar a cabo una interpretación del derecho que pretenda ser racional; en otras palabras, los criterios son como las «reglas gramaticales» que permiten la comunicación interpretativa que lleva a cabo el juez en la decisión (aunque, como veremos más adelante, no tienen el carácter concluyente que poseerían en cuanto «reglas»). En un segundo nivel, los criterios de la interpretación son objeto de una articulación dinámica que permitiría enfrentar las eventuales contradicciones entre las soluciones interpretativas ofrecidas por ellos, además de que ofrecería elementos para avanzar en el carácter racional de la interpretación como práctica social. Se trata del nivel de lo que en este módulo llamaremos los «postulados» de la interpretación, que tienen como propósito lograr un uso coherente e integral de los criterios e interactuar con ellos en orden a fortalecer las argumentaciones que sustentan la interpretación. Estos dos niveles de instrumentos interpretativos se desarrollan dentro de una disposición progresiva a la manera de fases o etapas de la interpretación. Este tercer nivel de la estructura de herramientas afianzaría la coherencia y la integración de los criterios y los postulados. Al final se plantea algunos elementos teórico-conceptuales que sirven como fundamento a la propuesta metodológica estructurada a través de las categorías de criterios, postulados y etapas de la interpretación jurídica. Para entender mejor esta estructura proponemos el siguiente cuadro:

Los postulados de la interpretación:	Los criterios de la interpretación:	 <p>Las etapas de la interpretación:</p> <ul style="list-style-type: none"> Etapa «pre-interpretativa» Etapa «interpretativa» Etapa «post-interpretativa»
<p>Fundamento teórico: el equilibrio reflexivo</p>		

1. EN BUSCA DE UN MÉTODO PARA LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO [LB]

Desde tiempos inmemoriales la interpretación del derecho ha tratado de realizarse a través de una serie de pautas que permitirían, si efectivamente se siguen, alcanzar una decisión «justa», «correcta», «conforme a derecho», en fin, una decisión que podía ser valorada positivamente desde muchas perspectivas. A lo largo de la historia del pensamiento jurídico estas pautas que guían la actividad jurídico-interpretativa han recibido los más variados nombres: criterios, métodos, reglas, máximas, modelos, etc., y, además, han sido objeto de profunda y larga controversia entre los autores que se han aventurado a plantear sus tesis al respecto. Con todo, hay un autor que en el punto de la interpretación jurídica marcó la pauta del debate posterior. Se trata de F. K. von Savigny, quien es considerado como uno de los primeros que organizó sistemáticamente toda una serie de pautas para la interpretación jurídica. Por tal motivo, presentaremos a continuación algunos extractos de uno de su escrito *Los fundamentos de ciencia jurídica*, donde se ocupa puntualmente de este asunto.

Por otra parte, no sólo la doctrina se ha ocupado de las pautas a seguir en la interpretación del derecho, sino también buena parte de las legislaciones de los sistemas jurídicos actuales, al establecerlas como el contenido de algunas de sus normas. Con todo, lo que es más importante es que lo han hecho con la idea de determinar la actividad interpretativa de los jueces a la hora de aplicar las normas a los casos concretos. El derecho colombiano no es la excepción, por lo cual serán presentados también algunos artículos del Código Civil y de la Ley 153 de 1887 que son erigidos, por la doctrina colombiana, como las reglas básicas de la interpretación.

1.1. LAS PROPUESTAS DOCTRINALES Y LAS REGULACIONES JURÍDICAS DE LA INTERPRETACIÓN

1.1.1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA INTERPRETACIÓN¹⁹³

Toda ley tiene la función de comprobar la naturaleza de una relación jurídica, de enunciar cualquier pensamiento (simple o compuesto) que asegure la existencia

¹⁹³ Los siguientes son algunos apartes del texto de Savigny titulado «Los fundamentos de la ciencia jurídica» publicado en Savigny, Friedrich Karl von *et al.*, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, pp. 82-85.

de aquellas relaciones jurídicas contra error y arbitrariedad. Para lograr este fin, hace falta que los que tomen contacto con la relación jurídica, conciban pura y completamente aquel pensamiento. A este efecto se colocan mentalmente en el punto de vista del legislador y repiten artificialmente su actividad, engendran, por consiguiente, la ley de nuevo en su pensamiento. He aquí la actividad de la interpretación, la cual, por consiguiente, puede ser determinada como la reconstrucción del pensamiento ínsito en la ley. Sólo de esta manera podemos obtener una inteligencia segura y completa del contenido de la ley; y sólo así podemos lograr el fin de la misma.

Hasta aquí no se diferencia la interpretación de las leyes de la de cualquier otro pensamiento expresado (como por ejemplo se practica en la filología). Lo específico resalta, si la descomponemos en sus elementos. Hemos de distinguir en ella cuatro elementos: un elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático.

El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto la palabra, que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comunique con el nuestro. Consiste, por consiguiente, en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador.

El elemento lógico tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea hacia la relación lógica en la que se hallan sus diversas partes.

El elemento histórico tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley. Ésta debía intervenir en aquella de determinada manera; y el mencionado elemento ha de evidenciar el modo de aquella intervención: lo que por aquella ley se ha introducido de nuevo en el Derecho.

El elemento sistemático, por último, se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unida. Este plexo se hallaba lo mismo que el contexto histórico en la mente del legislador; y por consiguiente no conoceremos por completo su pensamiento, si no esclarecemos la relación en la cual la ley se encuentra con todo el sistema jurídico y el modo en que ella debía intervenir eficazmente en el mismo.

Con estos cuatro elementos se agota la comprensión del contenido de la ley. No se trata, por consiguiente, de cuatro clases de interpretación, entre las cuales se puede escoger según el gusto y el arbitrio personal, sino de diferentes actividades que deben cooperar para que la interpretación pueda dar éxito. Bien es verdad que algunas veces será más importante y visible un elemento, y otras otro, de modo que será suficiente que la atención se dirija ininterrumpidamente hacia todas estas direcciones, si bien en muchos casos singulares se podrá pasar en silencio la

expresa mención de cada uno de los elementos como inútil o pesada, sin que exista un peligro para una interpretación concienzuda. El éxito de toda interpretación depende de dos condiciones, en las cuales podemos condensar brevemente aquellos cuatro elementos: en primer lugar, es menester que recapitulemos plásticamente la actividad mental de la cual dimana la expresión particular problemática de pensamientos; en segundo lugar, es preciso que dominemos el conjunto histórico-dogmático que sólo arroja luz sobre la disposición particular para darnos cuenta enseguida de las relaciones entre aquel conjunto y el texto presente. Si contemplamos estas condiciones, disminuye lo extraño de algún fenómeno, que fácilmente podría hacernos dudar sobre lo acertado de nuestro juicio. En efecto, hallamos algunas veces en escritos de eruditos y célebres autores interpretaciones de casi incomprensible absurdidez, mientras que alumnos de talento, a los cuales presentamos el mismo texto, tal vez acierten. Tales experiencias se pueden hacer sobre todo respecto a los numerosos casos jurídicos, de los cuales se compone una parte grande y aleccionadora de los digestos.

El fin de la interpretación de cada ley consiste en obtener precisamente de ella tantos conocimientos jurídicos reales como sea posible. La interpretación debe ser, por consiguiente, por un lado individual, por el otro rica en resultados. Se puede alcanzar este éxito en diferentes grados; y esta diferencia depende, en parte, del arte del intérprete, pero en parte también del arte del legislador de depositar en la ley mucho conocimiento jurídico seguro, o sea de dominar el Derecho desde este punto de vista dentro de lo posible. Por tanto existe una reciprocidad entre una buena legislación y una buena hermenéutica, dependiendo el éxito de cada una de ellas por el de la otra.

1.1.2. CÓDIGO CIVIL, CAPITULO IV: INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Artículo 25. *[Interpretación con autoridad]*. La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador

Artículo 26. *[Interpretación por vía doctrinal]*. Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

Artículo 27. *[Interpretación grammatical de la ley]*. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento

Artículo 28. [*Sentido de las palabras de la ley*]. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.

Artículo 29. [*Sentido técnico*]. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Artículo 30. [*Interpretación sistemática de la ley*]. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Artículo 31. [*Interpretación de la ley por extensión*]. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.

Artículo 32. [*Interpretación por equidad*]. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

1.1.3. LEY 153 DE 1887, PARTE PRIMERA: REGLAS GENERALES SOBRE VALIDEZ Y APLICACIÓN DE LAS LEYES

Artículo 1. Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a nuevo, las autoridades de la república, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.

Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

Artículo 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

Artículo 4. Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.

Artículo 5. Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.

Artículo 6. [Derogado. Acto Legislativo 3 de 1910, Artículo 40].

Artículo 7. El título III de la Constitución sobre “derechos civiles y garantías sociales” tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil.

Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Artículo 9. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu se desechará como insubsistente.

Artículo 10. Modificado. Ley 169 de 1989, Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

Artículo 11. Los decretos de carácter legislativo expedidos por el gobierno a virtud de autorización constitucional, tienen completa fuerza de leyes.

Artículo 12. Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes, ni a la doctrina legal más probable [Nota: la expresión “doctrina legal más probable” ya no existe]

Artículo 13. La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva.

Artículo 14. Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.

Artículo 15. Todas las leyes españolas están abolidas

Artículo 16. La legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solememente respetada por las autoridades de la república.

Artículo 17. Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene.

Artículo 18. Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato.

Si la ley determinare expropiaciones, su cumplimiento requiere previa indemnización, que se hará con arreglo a las leyes preexistentes.

Si la ley estableciere nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala, el de seis meses.

1.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. Tanto el texto de Savigny como las normas del Código Civil y de la Ley 153 de 1887 presentan varias pautas que permiten la realización de la actividad interpretativa del juez. Relacione cada una de las normas con algunos de los «elementos» (gramatical, lógico, histórico y sistemático) de la interpretación propuestos por Savigny.
2. ¿Además de las pautas propuestas por Savigny en cada uno de los «elementos» de la interpretación, sería posible establecer otro tipo de pautas que no hayan sido tenidas en cuenta por este autor?
3. ¿Considera usted que las pautas establecidas por el Código Civil y por la Ley 153 de 1887 son suficientes para desarrollar una interpretación que usted, según sus propios criterios, pueda considerar como «la correcta»?

4. ¿Establece Savigny una jerarquía de los elementos o criterios de la interpretación que propone? ¿Lo hace el Código Civil y la Ley 153 de 1887? ¿Qué haría usted ante un conflicto entre los criterios de la interpretación presentados hasta ahora?

1.3. LA COMPLEJIDAD DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Las propuestas de Savigny y las normas del Código Civil y la Ley 153 de 1887 son importantes desde dos puntos de vista. Desde una perspectiva histórico-práctica, no es posible negar que bajo estas pautas generaciones enteras de jueces y juristas han interpretado las normas jurídicas, no sólo en Colombia, sino en buena parte de los países que han adoptado el sistema de derecho continental europeo (el sistema de statutory law en contraposición al sistema de common law anglosajón). Por otra parte, desde una perspectiva más analítico-conceptual, tales pautas no se fundamentan en intuiciones que la práctica de la interpretación puede ofrecer, sino en profundas y elaboradas reflexiones sobre cómo el intérprete debe asumir su actividad (propuestas «normativas») y sobre cómo el intérprete, en realidad, realiza su actividad (propuestas «descriptivas»). No obstante, tanto la teoría como la práctica han demostrado que en ocasiones aquellas pautas no son suficientes para llevar a buen término la tarea interpretativa, esencialmente porque pueden dar lugar a soluciones diversas y contradictorias entre sí. Esto explica, en parte, el hecho de que en los últimos años hayan surgido novedosas propuestas para la realización de la interpretación jurídica que ofrecen nuevas herramientas y, por ende, plantean nuevos problemas, como veremos más adelante.

2. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS CRITERIOS DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL [LI]

La importancia de los criterios de la interpretación jurídica –tanto aquellos que han sido planteados por la doctrina como los que han sido establecidos en la legislación– y los difíciles problemas que suponen para el intérprete judicial se constatan con toda claridad cuando se observa como son en efecto utilizados en la práctica interpretativa. Es por esto que se propone la lectura de la sentencia de la Corte Constitucional C-093 de 1994, que se ocupa de manera explícita de algunas dificultades que supone la interpretación judicial del derecho, siendo uno de sus puntos interesantes la diversidad de opiniones contenidas en la decisión como tal y en el salvamento de voto.

2.1. SENTENCIA N°. C-093 DE 1994¹⁹⁴

[...]

I. TEXTO

La norma acusada dice textualmente:

«Ley 5^a de 1992 (Junio 17). Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.

El Congreso de Colombia,

DECRETA: [...]

ARTICULO 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas: [...]

8. Quienes sean elegidos para más de una Corporación o cargo público, o para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5º».

II. LAS DEMANDAS

1. El ciudadano Israel Morales Portela estima que ha sido violado directamente el numeral 8º del artículo 179 de la Constitución, mediante el cual se establecen las inhabilidades para ser elegido Congresista. A su juicio, han sido violados en forma indirecta los artículos 2º, 3º, 4º, 6º y 13 de la Carta.

Dice el demandante que la frase «quienes sean elegidos», que reemplazó en el texto legal la expresión constitucional «nadie podrá ser elegido», implica violación flagrante del artículo 179 de la Carta. En forma abierta se contrapone al texto constitucional, pues mientras éste prohíbe, aquél tácitamente permite que los ciudadanos sean elegidos para más de una corporación o cargo público.

Señala que con la adición de categoría legal que consagra una salvedad, se pretende dejar sin ningún efecto aquella parte de la norma constitucional que dice: «si los respectivos

¹⁹⁴ Esta sentencia fue proferida el 4 de marzo de 1994. Magistrados Ponentes: José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara.

períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente». El legislador no tuvo en cuenta que la norma que trató de adicionar era de categoría constitucional y, por lo tanto, no se podía modificar por medio de una ley orgánica.

Agrega el accionante que el artículo 179 de la Constitución faculta al legislativo, en forma precisa y expresa, únicamente para que reglamente los demás casos de inhabilidades por parentesco. Entonces, el Congreso de la República no podía, por medio de una ley orgánica modificar ni adicionar el texto de la prohibición constitucional que aparece en el numeral 8º del mencionado artículo. Si así lo deseaba el Legislativo, ha debido acudir a un Acto Reformatorio de la Constitución.

Manifiesta el actor que las inhabilidades y prohibiciones consagradas en los ocho (8) numerales del artículo 179 de la Constitución son de orden taxativo y por lo tanto las consecuencias y sanciones previstas serán aplicables por los jueces cuando se presenten los hechos y circunstancias de modo, tiempo y lugar allí establecidos, sin tener en cuenta la norma legal que, en abierta contradicción con el precepto constitucional, pretende desconocerlo.

2. El ciudadano William Ramírez Moyano considera infringido el numeral 8º del artículo 179 de la Carta. Éste, en su concepto, es una norma clara y terminante que no establece ni admite interpretaciones ni excepciones. Siempre, cualquiera sea la circunstancia en que una persona haya sido elegida para una corporación o un cargo, queda inhabilitada para que, durante el tiempo correspondiente al período de la corporación o cargo para el que fue elegida, lo sea para otra corporación o cargo.

Bien se sabe —añade— que donde la Constitución no excepciona no puede la ley excepcionar; donde la Constitución no distingue no es lícito al legislador distinguir; donde no condiciona, no puede la ley condicionar.

A su juicio, la Constitución de 1991 introdujo una inhabilidad terminante: Persona elegida para una corporación o un cargo, no puede ser elegida para otra corporación o cargo si los períodos de una y otra coinciden, así sea parcialmente. Basta que el último día del período de la primera corporación o cargo sea el primero de la segunda, para generar la inhabilidad. La expresión «salvo que», agregada por la Ley 5ª de 1992, ya de por sí indica que pretende crear una excepción en donde la Carta no la crea ni la permite.

Adiciona el actor los siguientes argumentos:

«No hay duda que con la excepción que introdujo la Ley 5ª de 1992, artículo 280-8, a la norma constitucional, desvirtuó la inhabilidad que con tajante y explícita redacción la Carta había consagrado. La hizo menos severa, prácticamente nugatoria. Porque lo que era en la Constitución un tiempo determinado (el período de la corporación o cargo), que se inicia en la elección y sólo termina al finalizar el período establecido por la Constitución para la Corporación o el cargo respectivo, por lo tanto sin posibilidad para el elegido de finalizarlo por sí mismo, la ley lo deja prácticamente

al arbitrio de la persona afectada, pues le basta con renunciar en el momento posterior antes de la nueva elección para que por este único hecho la inhabilidad se extinga.

(...) Contrastaba de manera evidente el tratamiento que la Constitución (art. 179) dio a los servidores públicos inhabilitados por razón de cargos distintos a los de elección popular y a los representantes legales de entidades privadas que manejen tributos fiscales o parafiscales, con el que dio a quienes hubieren sido elegidos para una corporación o cargo. En el primer caso, la limitación la genera el ejercicio del empleo o de la representación legal, en el segundo la elección. Por lo tanto, para los primeros el impedimento termina con el ejercicio del cargo, siempre que esto suceda con la antelación que la norma constitucional exige; en cambio, para los segundos sólo finaliza cuando expire el período de la corporación o cargo para el que fueron elegidos. La Ley 5^a de 1992, al resolver que la renuncia habilita, modifica substancialmente la causa en donde radica la inhabilidad, pues en donde la Constitución reza elección, en la ley queda convertido en ejercicio de la investidura o cargo, lo que contradice de manera flagrante la Carta.

*(...) Por otra parte, es también evidente que la estipulación del artículo 179-8 no requiere reglamentación por la claridad y precisión de su texto. Pero aún si no hubiese sido tan explícito y exacto, el legislador no tiene facultad para reglamentarlo puesto que la Constitución misma señaló las inhabilidades que podrían ser reglamentadas por la ley. En el penúltimo inciso de la Ley 179, remitió expresamente al legislador la reglamentación de “**los casos de inhabilidad por parentesco con las autoridades**” no contempladas en la misma norma y no incluyó en tal facultad reglamentaria las restantes inhabilidades. Luego, cuando el legislador decide reglamentarlas, lo hace sin facultad y, por tanto, viola la Ley Suprema. Pero, además ni en la más amplia de las interpretaciones puede decirse que la ley reglamentó la inhabilidad, puesto que lo que hizo fue crear una excepción. Como dije antes, la misma expresión utilizada, “**salvo que...**” es suficiente prueba de la voluntad de excluir y no de reglamentar.*

*No hay duda, además, de que la voluntad del Constituyente en este punto fue la que (sic) referir la inhabilidad al período constitucional nacido de la elección y no al ejercicio del cargo: en la ponencia que sobre el tema fue presentada al debate de plenaria, la propuesta antecedente de la finalmente aprobada decía: “**dentro del mismo período constitucional, nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo de elección popular. La infracción de este precepto vicia de nulidad ambas elecciones**”, redacción que contiene el mismo precepto del artículo 179-8 o sea que el término de inhabilidad se refiere no al tiempo durante el cual una persona desempeña un cargo o pertenece a una corporación de elección popular, sino al período que la Constitución señala para la corporación o el cargo respectivos. El texto “**dentro del mismo período constitucional**” es de claridad meridiana, y si bien la norma aprobada y vigente no utilizó igual redacción, su sentido es idéntico». [...]*

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Este proceso correspondió en reparto al Magistrado ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, quien elaboró la ponencia respectiva. No obstante, en la sesión de Sala Plena de la fecha, el proyecto de sentencia fue negado, razón por la cual se dispuso en

la misma Sala, que los Magistrados JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO y HERNANDO HERRERA VERGARA, elaboraran la nueva ponencia que es la que aquí se consigna.

Competencia

Esta Corte es competente para conocer acerca de la constitucionalidad del precepto acusado, toda vez que éste hace parte de una ley de la República (artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política).

Constitucionalidad de la norma acusada

A juicio de la Corte, la norma acusada no es inconstitucional como lo afirman los actores, por cuanto lejos de contrariar, desarrolla el precepto de la Carta.

En materia de inhabilidades y para el caso en estudio sometido a la decisión de esta Corporación, el artículo 179, numeral 8º de la Carta Política establece lo siguiente:

«No podrán ser congresistas: [...] 8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente».

La prohibición constitucional admite dos hipótesis:

a) La de una persona que es elegida en forma simultánea, para ser miembro de dos corporaciones, desempeñar dos cargos, o ser miembro de una corporación y a la vez desempeñar un cargo público;

En este caso, es claro que, si se da la condición prevista por la Carta, es decir, que los períodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente, habrá nulidad de la elección para el cargo y pérdida de la investidura del Congresista elegido (artículo 183, numeral 1º C.P.).

b) La de una persona que es elegida para desempeñar un cargo o para ser miembro de una corporación pública y, estando en ejercicio del mismo, aspira a ser elegida para otra corporación o cargo cuyo período coincide, siquiera parcialmente, con el que venía ejerciendo.

En este segundo supuesto, del cual parte el numeral acusado, cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, por las razones que más adelante se precisarán.

En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública. Pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de éstas.

Una persona puede haber sido elegida y no haberse posesionado en el empleo, es decir, puede no haber ejercido durante el período que le correspondía, o puede haber iniciado su período y haberlo interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada.

En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión.

Ahora bien, en la Constitución Política de 1991 se consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades con respecto a los congresistas. Mediante el primero se configuran los casos en los cuales una persona que pretende ostentar esta calidad de servidor público de la rama legislativa, no puede ser elegido cuando ocurra alguna de las circunstancias de que trata el artículo 179 de la Constitución Política. En lo concerniente a las incompatibilidades establecidas en el artículo 180 de la misma Carta Fundamental, estas hacen relación a los impedimentos por parte de los miembros del Congreso (Senadores y Representantes), durante el tiempo en que ostenten dicha calidad. Estas y la inhabilidad por las causales constitucionales en razón del ejercicio del cargo público, gestión de negocios ante entidades o vinculación por parentesco, por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha, generan la pérdida de la investidura de Congresista (artículo 183, numeral 1º de la C.P.).

De conformidad con el numeral 8º, del artículo 179 de la Constitución, le está prohibido a cualquier ciudadano ser elegido simultáneamente para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. De ahí que la norma en referencia utiliza la expresión «nadie podrá», para cobijar en la mencionada prohibición a todos los ciudadanos.

Lo anterior implica, no solamente la imposibilidad de ejercer simultáneamente dos cargos, para más de una corporación o empleo público, sino también, la prohibición previa de la elección como congresista en las circunstancias anotadas, lo que equivale a entender que quien aspire a esta dignidad, no podrá encontrarse como Concejal o Diputado, ni tampoco tener la calidad de servidor público, en el momento de la inscripción como candidato al Congreso, salvo la de Senador o Representante a esa corporación. En dicho

caso, se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Concejal o Diputado o Servidor Público candidato a Congresista pudiese estar dentro de la prohibición de que trata el numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Política.

Ya esta Corporación ha admitido que la renuncia aceptada constituye vacancia absoluta y por consiguiente, es aplicable lo dispuesto en el artículo 261 de la Carta Política según el cual «ningún cargo de elección popular tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción», sucesivo y descendente. (Sentencia D-236. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Lo anterior indica que si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8º, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal, de manera que este solamente rige hasta su culminación para la persona que lo haya reemplazado como candidato no elegido en la misma lista en orden sucesivo y descendente, sin que sea posible pretender que se siga considerando al dimitente como servidor público que en virtud de lo anterior ya no ostenta dicha calidad y por consiguiente no se encuentra inhabilitado en los términos indicados, para ser elegido congresista.

Además, debe agregarse que, si los Concejales y Diputados cuyo período constitucional se encontraba vigente para la fecha de la inscripción de su candidatura al Congreso de la República, renunciaron expresamente a sus respectivos cargos y su dimisión fue aceptada formalmente, habiéndose configurado de esta manera la falta absoluta para el resto del período, rige el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, la cual se presume en las gestiones que adelantaron ante las autoridades electorales.

Por consiguiente, el precepto acusado no vulnera las disposiciones constitucionales y por tanto será declarado exequible.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

Declarárase EXEQUIBLE el numeral 8, del artículo 280 de la Ley 5a. de 1992.

[...]

SALVAMENTO DEVOTO A LA SENTENCIA C-093/94¹⁹⁵

[...] Consideramos que la norma declarada constitucional por la mayoría viola el claro mandato del artículo 179 ordinal 8 de la Constitución, según el cual «nadie podrá ser

¹⁹⁵ Este salvamento de voto fue presentado por los magistrados Eduardo Cifuentes, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa.

elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente (subrayado nuestro)»

Por el contrario, según la opinión mayoritaria, el artículo acusado no viola la Constitución por cuanto el período se refiere al ejercicio del cargo por la persona, razón por la cual la renuncia al cargo o a la dignidad antes de la inscripción de la candidatura permitiría eliminar la inhabilidad. Señala expresamente la sentencia:

«... si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8º, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal, de manera que este solamente rige hasta su culminación para la persona que lo haya reemplazado como candidato no elegido en la misma lista en orden sucesivo y descendente, sin que sea posible pretender que se siga considerando al dimitente como servidor público que en virtud de lo anterior ya no ostenta dicha calidad y por consiguiente no se encuentra inhabilitado en los términos indicados, para ser elegido congresista».

Quienes salvamos nuestro voto no podemos compartir la anterior argumentación por las razones de tipo literal, sistemático y finalístico que a continuación exponemos:

1- El argumento literal.

Desde el punto de vista gramatical para nosotros es claro que los “períodos” de que habla el artículo 179 se refieren a los cargos o corporaciones y no al tiempo de ejercicio de las personas que los ocupan, ya que el adjetivo “respectivos” está referido a la corporación o el cargo y no a la persona eventualmente elegida. Conforme a este análisis gramatical, la norma constitucional estudiada podría ser reescrita de la siguiente forma sin alterar su sentido:

Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los períodos de la corporación o del cargo coinciden en el tiempo, así sea parcialmente

Esta redacción muestra de manera clara que el período es objetivo y es independiente del tiempo durante el cual la persona elegida ocupa el cargo o el puesto en la Corporación.

En segundo término, el examen de las otras normas que se refieren a los períodos constitucionales permite determinar con mayor precisión el sentido de esta palabra en el ordinal 8 del artículo 179 superior. En efecto, conforme a la regla de hermenéutica constitucional, según la cual siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la Constitución, para nosotros es claro que si en general la Constitución atribuye a la palabra período un sentido objetivo,

esa misma palabra debería recibir la misma interpretación al ser empleada por la norma constitucional analizada, a menos que resultase evidente que en este caso específico el Constituyente quiso atribuirle un sentido diverso.

Ahora bien, es claro que los artículos 132, 138, 142 y 375 de la Constitución, cuando se refieren al período de las Cámaras, confieren un sentido objetivo a tal término. Igual sucede con los artículos 190, 199, 202 y 205 que regulan el período constitucional del Presidente y el Vicepresidente; o con los artículos 299 inciso 2, 303, 312 y 314 de la Carta que regulan los períodos de los funcionarios electos a nivel departamental y municipal. En todos estos casos, no hay duda que la Constitución se refiere al período constitucional objetivo de las Cámaras, la Presidencia, las Asambleas, los Gobernadores, los Concejos o los Alcaldes, y no al tiempo durante el cual los funcionarios electos ocupan su cargo o su puesto en la Corporación.

Este carácter objetivo de la noción constitucional de período es tan claro que en algunos artículos la Constitución distingue con nitidez el ejercicio del cargo por la persona elegida y el período constitucional respectivo. Así, el artículo 202 establece que “en caso de falta absoluta del Presidente de la República, el Vicepresidente asumirá el cargo hasta el final del período” (Subrayado nuestro). Igualmente, el artículo 205 superior consagra que “en caso de falta absoluta del Vicepresidente, el Congreso se reunirá por derecho propio, o por convocatoria del Presidente de la República, a fin de elegir a quien haya de reemplazarlo para el resto del período” (subrayado nuestro). En ambos casos la Constitución distingue entonces nítidamente entre el tiempo durante el cual una persona ocupa un cargo y el período constitucional que corresponde al cargo como tal; así, en la primera hipótesis se consagra que si la persona que era titular de la Presidencia deja de ocuparla, otra persona –el Vicepresidente– pasará a asumir el cargo “hasta el final del período”. En la segunda norma se señala que si la persona que era Vicepresidente deja de ocupar de manera absoluta su cargo, el Congreso elegirá a otra persona para el resto del período.

En síntesis, la noción objetiva del término período, que surge claramente de la lectura del tenor literal del artículo 179 ordinal 8 superior, corresponde además al sentido general que la Constitución atribuye a la misma palabra en otras disposiciones constitucionales. Conforme a lo anterior, creemos entonces que tiene razón la Procuraduría General cuando señaló que la noción de período constitucional es objetiva, porque “sólo las corporaciones y los cargos, pero no las personas, tienen períodos.” Y esta objetividad del concepto de período tiene su razón de ser en una constitución basada en la soberanía popular, por cuanto ella permite un control popular y una renovación democrática, cada cierto tiempo, del ejercicio de las funciones públicas, como consecuencia del derecho de participación ciudadana en el ejercicio y control del poder, como lo dispone el artículo 40 superior.

2- El argumento sistemático: el alcance de esta inhabilidad dentro del marco general de las inhabilidades e incompatibilidades.

Sin embargo, la sentencia argumenta que el artículo 179 ordinal 8 superior únicamente quiso evitar la acumulación de investiduras, es decir que una misma persona resultara elegida al mismo tiempo para más de una corporación o un cargo o para una corporación y cargo, por lo cual la renuncia subsana la inhabilidad. Además aduce la sentencia que la Constitución no sólo no prohíbe las renuncias a los períodos sino que las autoriza, como ya lo había establecido la Corte en la sentencia C-532 del 11 de noviembre de 1993, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

Sin embargo, consideramos que esa tesis no es de recibo por las siguientes razones.

De un lado, incluso las normas constitucionales que hablan de la posibilidad de renuncia mantienen la noción objetiva de período. Así, el artículo 181 que autoriza a los Congresistas a renunciar, mantiene el criterio objetivo de la noción de período y lo distingue rigurosamente del ejercicio del cargo, puesto que establece que si la persona renuncia (debe entenderse al cargo en la Corporación) las incompatibilidades se mantendrán “durante el año siguiente a su aceptación, si **el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior**” (subrayado nuestro). Es claro entonces que el artículo autoriza la renuncia al cargo pero en ningún caso una eventual renuncia al período, el cual es objetivo y no subjetivo.

De otro lado, la jurisprudencia señalada como antecedente por la decisión mayoritaria no nos parece pertinente, por cuanto ella únicamente señaló que la renuncia aceptada del Congresista constituye falta absoluta del Congresista y produce la vacancia del cargo, pero en manera alguna estableció que la renuncia interrumpía el período. Por el contrario, la citada sentencia reconoce el sentido objetivo de la noción de período, ya que expresamente señala que una vez ocurrida la vacancia, el Congresista, «como así lo prevé el ordenamiento jurídico, debe ser sustituido de manera definitiva por quien le sigue en la correspondiente lista, **hasta la terminación del período legislativo**» (Corte Constitucional. Sentencia C-532/93 del 11 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara).

Vemos entonces que la decisión mayoritaria desconoce el tenor literal del ordinal 9 del artículo 179 superior y la acepción literal-sistématica de la palabra período en la Constitución, así como el sentido de previas decisiones de esta Corporación. Pero además creemos que la decisión no es consistente con el régimen general de inhabilidades e incompatibilidades establecido por el ordenamiento, como lo veremos a continuación.

En efecto, hacer renunciables los períodos convertiría prácticamente la inhabilidad del 179 ordinal 8 en una incompatibilidad. Lo anterior es tan cierto que la Sección Quinta del Consejo de Estado —que sostiene la tesis de la posibilidad de la renuncia como mecanismo para subsanar la inhabilidad— ha concluido que «más que una inhabilidad el numeral 8 del art. 179 estatuye una incompatibilidad» (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Procesos acumulados Nos. 0634 y 0644. Consejero

Ponente Amado Gutiérrez Velásquez). Es cierto que podría eventualmente considerarse que por errores de técnica, el Constituyente estableció una incompatibilidad en el artículo relativo a las inhabilidades; sin embargo, en el caso del ordinal 8 del artículo 179 esa tesis es inaceptable. Sin embargo, tal interpretación no sólo contradice el tenor literal de la norma sino que prácticamente ella hace inoperante la incompatibilidad misma. En efecto, al aceptarse la tesis de la renuncia, el impedimento consagrado en el ordinal 8 del artículo 179 sería poco más o menos igual al establecido por el artículo 180 ordinal 1 superior. Esta ultima norma consagra una incompatibilidad según la cual los congresistas no podrán desempeñar cargo o empleo público o privado, incompatibilidad que en caso de renuncia aceptada, se mantiene durante un año más, si el lapso que faltare para el vencimiento del período constitucional fuere superior (CP Art 181). Con la interpretación sostenida por la mayoría, la incompatibilidad establecida por el artículo 179 ordinal 8 superior pierde gran parte de su sentido por cuanto -al menos en lo relativo a Congresistas y Diputados (CP Art 299)- ella quedaría prácticamente subsumida en la incompatibilidad regulada por el artículo 180-1 superior. Una tal interpretación contradice entonces el principio hermenéutico del efecto útil de las normas constitucionales, según el cual siempre debe preferirse aquella interpretación que confiere pleno efecto a las cláusulas de la Carta puesto que no debe suponerse que las disposiciones constitucionales son superfluas o no obedecen a un designio del Constituyente.

Además, no es lógico suponer que la Constitución colombiana -basada en la soberanía popular y en la responsabilidad de los elegidos con los electores- sea más rigurosa en materia de inhabilidades con los cargos no electivos que con aquellos que derivan de la voluntad popular. En efecto, al aceptarse la tesis de la posibilidad de la renuncia al período, llegamos a la paradoja de que la Constitución exige un lapso de doce meses para que la incompatibilidad no opere en cargos que pueden ser de nombramiento y no de elección (CP Art 179 ordinal 2), mientras que para los cargos de elección popular los requisitos parecieran ser menos severos, puesto que -conforme a la norma acusada y declarada constitucional- basta que la persona renunciara con anterioridad a la elección.

Conforme a lo anterior, consideramos que la interpretación conforme a la Carta es la siguiente: el régimen de inhabilidades establecido por el artículo 179 diferencia con nitidez los cargos de elección popular (ordinal 8) y aquellos que no lo son (ordinal 2), admitiendo la posibilidad de la renuncia para los segundos para subsanar la incompatibilidad (pero con anterioridad de un año para la elección) mientras que no la admite para los primeros. Y esta diferencia de trato constitucional entre unos y otros cargos no es fortuita sino que deriva de las relaciones entre los electores y los elegidos establecidas por el ordenamiento constitucional. En efecto, para comprender plenamente el alcance de la incompatibilidad del ordinal 8 del artículo 179, ella debe ser analizada en consonancia con otras normas de la Carta Política que regulan la relación entre los electores y los elegidos dentro del marco de una democracia integral.

3- El argumento finalístico: un análisis sistemático de la inhabilidad dentro del contexto de las relaciones elector-elegido.

La Constitución colombiana ha incorporado el principio de la soberanía popular dentro del marco de una democracia integral en donde se mantiene la democracia representativa pero se adiciona la participativa (CP arts 1, 2 y 3). Con ello la Constitución ha querido, entre otras cosas, establecer una relación más estrecha entre el elector y los elegidos, a fin de que quienes resulten elegidos no utilicen su cargo en beneficio propio sino en función de la sociedad en su conjunto a fin de realizar los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución.

Conforme a lo anterior, la Constitución expresamente consagró que quienes ocupen cargos en el Estado -incluidos los miembros de las corporaciones públicas- son servidores públicos. Así, el artículo 123 superior establece:

«Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad» (subrayado nuestro).

Por consiguiente, dentro del régimen constitucional colombiano, las aspiraciones personales de quienes resulten elegidos están en principio subordinadas al cumplimiento de su vocación de servicio. Esto no significa que un aspirante a un cargo público no pueda tener intereses y aspiraciones individuales; es obvio que los tiene y es legítimo que así sea; pero en un Estado social de derecho estos intereses sólo son protegidos por la Constitución en tanto el elegido cumpla con su servicio a la comunidad y al Estado.

Igualmente, el artículo 133 superior -norma que a pesar de estar incluida en el título relativo al Congreso, tiene un ámbito de aplicación más general- consagró un marco regulador de la conducta de quienes resulten elegidos. Según esta disposición “el elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura (Subrayado nuestro)”.

Este marco normativo señala que el elegido –dentro del marco de la búsqueda de la justicia y el bien común (CP art. 133)– debe cumplir ciertas obligaciones puesto que ha asumido un compromiso frente a sus electores y frente a la sociedad, del cual debe responder políticamente. Esto no significa en manera alguna que el elegido sea un simple mandatario de los electores en todos los aspectos -como en la teoría de Rousseau sobre la democracia popular en la cual no existían representantes sino simples comisarios sometidos a instrucciones permanentes del pueblo- puesto que la propia Constitución autoriza a los representantes a distanciarse de los grupos que los han elegido para actuar “consultando la justicia y el bien común” (CP art. 133). Pero –a diferencia de la Constitución de 1886 en

la cual los elegidos no adquirían ningún compromiso—actualmente ellos deben responder políticamente ante la sociedad y sus electores por unas obligaciones básicas adquiridas. Y dentro de ellas, es indudable que el compromiso mínimo que ha asumido quien accede a un cargo de elección popular es el de cumplir el período para el cual resultó elegido, puesto que ha sido voluntad de los electores que esa persona (y no otra) ejerza durante un determinado período (y no otro) un determinado cargo (y no otro). Si la persona renuncia al cargo antes del vencimiento del período a fin de aspirar a otro cargo de elección popular es indudable que no sólo ha incumplido con las obligaciones propias de su investidura sino que ha antepuesto sus intereses personales al servicio que debe prestar al Estado y a la comunidad, hechos por los cuales debe responder políticamente (CP arts. 123 y 133). En efecto, no es admisible suponer que la Constitución colombiana—fundada en la soberanía popular—haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para reemplazar, sin consecuencias, la voluntad de sus electores por la suya propia e incumplir así el compromiso adquirido con ellos de permanecer en el cargo durante todo el período electoral para el cual había sido elegido.

Es lógico entonces que la Constitución haya establecidos mecanismos severos para asegurar el cumplimiento de los principios de la representación popular y de la responsabilidad con el electorado a fin de evitar que el elegido anteponga sus intereses individuales sobre los de los electores y los la sociedad. Y dentro de esos mecanismos se sitúa, según nuestro criterio, la inhabilidad establecida en el artículo 179 ordinal 8 puesto que ella—al prohibir la elección de una persona a cargos o corporaciones cuando los períodos coincidan, aun cuando sea parcialmente—obliga a la persona elegida a cumplir con la totalidad de su período constitucional antes de poder acceder a un nuevo cargo de elección popular. O le obliga al menos a esperar a que transcurra el tiempo correspondiente al período constitucional para el cual resultó elegida antes de poder aspirar a ser elegida para un nuevo cargo o corporación.

Como bien lo señala el concepto de la Procuraduría, la Constitución, con inhabilidades de este tipo, ha querido “poner fin, entre otras cosas, a la antidemocracia que se alimenta a través de la política personalista de quienes dan la espalda a su electorado y a la sociedad en general, para convertir los cargos de representación popular en simples trampolines de ascenso en una carrera puramente individual y egoísta por la acumulación de poder”.

Todo lo anterior explica por qué nosotros consideramos que la prohibición del artículo 179 ordinal 8 configura una inhabilidad que no se puede subsanar mediante la renuncia del elegido, puesto que ella deriva del compromiso adquirido por la persona elegida con sus electores y la sociedad, y de la función de servicio que deben cumplir los representantes del pueblo.

El equívoco de la interpretación del Consejo de Estado y de la decisión mayoritaria de la Corporación deriva entonces de considerar que con tal inhabilidad simplemente la

Constitución quiso evitar la elección simultánea de una misma persona a varios cargos públicos, esto es que el artículo 179 ordinal 8 únicamente pretendía evitar la acumulación subjetiva de funciones públicas de origen electoral. Conforme a tal interpretación, este ordinal sería una simple generalización del impedimento que existía en el inciso final del artículo 108 de la Constitución de 1886, según el cual “dentro del mismo período constitucional, nadie podrá ser elegido senador y representante, ni elegido tampoco por más de una circunscripción electoral para los mismos cargos”. Esta interpretación tiene fundamento pues es indudable que el Constituyente quiso ampliar el impedimento establecido por la Constitución anterior por cuanto ésta lo limitaba a algunos casos, permitiendo entonces que, por ejemplo, alguien pudiera ser elegido al mismo tiempo como concejal y senador en una misma circunscripción electoral.

Sin embargo, el sentido de la inhabilidad estudiada es más amplio y riguroso debido a que las relaciones electorales elegido son diversas en la Constitución de 1991 a lo que ellas eran en la Constitución derogada. En la Constitución de 1886, fundada en la idea de soberanía nacional, el voto se ejercía no como derecho sino como una función constitucional, de suerte que quien sufragaba no imponía obligaciones al elegido (Art. 179 de la Constitución de 1886). Por eso el régimen de inhabilidades no podía incluir como impedimento para acceder a un cargo de elección popular el incumplimiento por parte de los elegidos de sus compromisos con la sociedad o con sus electores, puesto que tales obligaciones estaban excluidas del régimen constitucional precedente. En cambio, la Constitución de 1991 expresamente establece el principio de la responsabilidad del elegido con sus electores y la sociedad. Esto explica entonces que la inhabilidad consagrada en el artículo 179 ordinal 8 de la Carta política tenga una doble finalidad: de un lado, pretende impedir la acumulación de dignidades y poderes a fin de «evitar que se utilicen los factores de poder del Estado con fines electorales» (Gaceta Constitucional. Informe Ponencia. Estatuto del Congresista. No 51, 16 de abril de 1991, p 28). Pero, y eso es una innovación de la Constitución de 1991, esa inhabilidad busca asegurar que el elegido cumpla con las obligaciones propias de su investidura puesto que él es responsable políticamente ante la sociedad y ante sus electores. Esto explica el sentido objetivo de la noción de período establecido por el citado ordinal, de suerte que basta la coincidencia objetiva de los períodos para que la inhabilidad opere inexorablemente, sin que sea posible la renuncia para subsanarla.

4- Consideraciones finales: el sentido del ordinal 8 del artículo 179 y la Asamblea Constituyente.

Finalmente, consideramos que la severidad de la inhabilidad establecida en la norma estudiada es perfectamente concordante con el sentido histórico de la Asamblea Constituyente. En efecto, los debates en la Asamblea muestran claramente que la finalidad del establecimiento de severas inhabilidades e incompatibilidades tanto a Congresistas como a todos los servidores públicos tenía una clara función de renovación

de las costumbres políticas, debido al gran desprestigio y corrupción que -según los Constituyentes- caracterizaba a instituciones como el Congreso y otras corporaciones de elección popular. Así, en la ponencia conjunta para primer debate en Plenaria sobre la rama Legislativa efectuada por los miembros de la Comisión Tercera se señaló que una de las finalidades esenciales de la Asamblea Constituyente fue precisamente la de rescatar el prestigio del Congreso. Se dijo entonces:

«El desprestigio del órgano legislativo, producto de sus vicios y abusos arraigados de tiempo atrás –auxilios, viajes al exterior, ausentismo, clientelismo, tráfico de influencias, etc.– había terminado por convertirse en consustancial al régimen político colombiano... Situaciones bien conocidas, hicieron soltar la dura costra del conformismo, de suerte que el movimiento de la “séptima papeleta” promovida por las juventudes y las reservas democráticas del país propició la insurgencia de un proceso de renovación cuyo punto culminante es sin lugar a dudas esta Asamblea Constituyente. Pero no es tan sólo la degradación en la que cayó el Congreso de la República la que justifica la introducción de profundos y eficaces correctivos a su institucionalidad. Es también la urgencia de su modernización que permita colocarlo nuevamente como instrumento productivo de la voluntad popular, como espacio privilegiado a la solución de las necesidades ciudadanas a fin de propiciar una nueva era de paz y progreso social para todos los colombianos» (Informe ponencia para Primer Debate en Plenaria. Rama Legislativa del Poder Público. Gaceta Constitucional, 22 de mayo de 1991, No 79. p 2).

En esta misma ponencia, al hablar del estatuto del congresista, los ponentes explicaron que para la redacción de las normas se tuvo como criterio general:

«La necesidad de recuperar el prestigio del Congreso, seriamente afectado por la infecia demostrada en los últimos tiempos, la inmoralidad que se apoderó de buena parte de sus miembros y sus funcionarios, las prácticas clientelistas que se volvieron de uso corriente para las elecciones y el desmedido afán que algunos exhibieron por acaparar honores o poderes o por aprovechar su posición para obtener ventajas personales» (Ibid, p 16).

Es pues dentro de este contexto histórico de búsqueda de renovación de las costumbres políticas y de estrechamiento de las relaciones entre elector y elegido que adquiere pleno sentido una severa inhabilidad como la establecida por el ordinal 8 del artículo 179, puesto que ella busca no sólo impedir la acumulación subjetiva de funciones públicas sino también que los elegidos asuman con seriedad sus compromisos electorales, condición imprescindible para la profundización de la democracia colombiana. No es de extrañar entonces que la norma hubiera sido aprobada, en primer debate, en forma unánime puesto que en la Plenaria del 6 de junio recibió 60 votos afirmativos, ninguno en contra y no hubo ninguna abstención (Ver Acta de la Sesión Plenaria del jueves 6 de junio de 1991 en Gaceta Constitucional. No 129. Jueves 17 de octubre de 1991. p 17).

Por todo lo anterior, creemos que con esta decisión de la Corporación se inicia un marchitamiento de todas aquellas normas que impedían unas prácticas políticas que el proceso constituyente quiso eliminar, para crear una clase política comprometida con los nuevos valores constitucionales, según los cuales los servidores públicos deben estar al servicio de los intereses generales.

2.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. Una vez haya leído el texto de la sentencia y del salvamento de voto realice un inventario de los diversos criterios de interpretación utilizados y establezca las concordancias y los conflictos entre ellos.
2. A partir del anterior inventario determine para cada criterio la manera como fue usado y su incidencia en la decisión (tanto aquella tomada por la mayoría de la Corte como aquella defendida en el salvamento).
3. ¿Cuál de las dos posiciones –la de la decisión mayoritaria o la del salvamento– considera usted que está respaldada por la mejor utilización y desarrollo de los criterios de interpretación?

3. EL MARCO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: LOS POSTULADOS [LI]

Como vimos en la anterior unidad, los debates sobre la interpretación jurídica en general y, ante todo, las discusiones en cuanto a los problemas que plantea la interpretación judicial del derecho han tomado un nuevo aire durante los últimos años. Ello se manifiesta en dos ámbitos específicos: por una parte, en la actividad judicial, que cada vez tiene mayor conciencia de las dificultades que debe enfrentar y de las herramientas de las que dispone para hacerlo, herramientas que superan el marco de las pautas tradicionales de la interpretación que vimos en los apartados anteriores; por otra parte, el interés que genera la interpretación jurídica se concreta en la aparición de una serie de tendencias que tienen como finalidad analizar los elementos centrales de la actividad jurídico-interpretativa –en especial la realizada por los jueces– en orden a plantear, por esta vía, propuestas para la comprensión de las características centrales del derecho entendido como fenómeno normativo y social. En este orden de ideas son presentados algunos extractos de dos obras contemporáneas sobre la interpretación y la argumentación jurídica. Se trata de la Teoría de la Argumentación Jurídica escrita por el teórico del derecho alemán R. Alexy y el texto del polaco J. Wróblewski titulado Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.

3.1. LA TEORÍA DEL DERECHO FRENTE A LA INTERPRETACIÓN

3.1.1. LA JUSTIFICACIÓN INTERNA¹⁹⁶

Los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo de «silogismo jurídico». Ahora existe una serie de publicaciones en las que se trata este círculo de problemas aplicando los métodos de la lógica moderna.

La forma más simple de justificación interna tiene la siguiente estructura:

(J.1.1.) · (1) (x) (x → ORx)

· (2) Ta

(3) ORa (1), (2)

«x» es una variable de individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas. «a» una constante de individuo, por ejemplo un nombre propio, «T» un predicado tan complejo como se quiera que represente el supuesto de hecho de la norma (1) en cuanto propiedad de personas, y «R» un predicado, igualmente tan complejo como se quiera, que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.

Hay cuestiones jurídicas en las que es suficiente una justificación de la forma (J.1.1.). Un ejemplo de ello sería:

- (1) El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio (§ 13, ap. 1 de la Ley del soldado).
- (2) El señor M es un soldado.

(3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio. (1) (2).

(J.1.1.) satisface la justificación mediante reglas universales requerida por el principio de universalidad. El principio de universalidad sirve de base al principio de justicia formal. El principio de justicia formal exige «observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría». Para observar una regla en una fundamentación jurídica se exige que, como en (J.1.1.), la decisión jurídica se siga lógicamente de esta regla. En otro caso, si bien se podría ciertamente aducir una regla en el curso de la fundamentación, se podría sin embargo afirmar cualquier conclusión. Por ello, pueden formularse, como concreción del principio de universalidad, las siguientes reglas de la justificación interna:

(J.2.1.) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

¹⁹⁶ Texto tomado del libro de Robert Alexy titulado Teoría de la Argumentación Jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 214-216.

(J.2.2.) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

(J.2.1.) y (J.2.2.), justamente como el principio de universalidad, no deben ser sobrevaloradas. No establecen cómo deba ser la norma universal y tampoco excluyen que la norma universal sea cambiada, por ejemplo, mediante la introducción de una cláusula de excepción. Sin embargo, esta cláusula de excepción tiene de nuevo que valer universalmente.

Es de gran importancia que (J.2.1.) y (J.2.2.) valgan tanto en los casos en los que puede utilizarse para la fundamentación de una norma de Derecho positivo, como también en los casos en que no haya una tal norma de Derecho positivo. Si no se puede extraer ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla.

El esquema de fundamentación (J.1.1.) es insuficiente en todos los casos complicados. Tales casos complicados se presentan, por ejemplo: (1) cuando una norma, como por ejemplo el § 823 ap del BGB, contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho, (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas, (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.

3.1.2. UN MODELO DE INTERPRETACIÓN OPERATIVA¹⁹⁷

Interpretación operativa es la interpretación que se realiza en la aplicación del derecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión (situación de interpretación). [...]

La decisión interpretativa se justifica por referencia a las directivas interpretativas que han sido concebidas como reglas para determinar el significado del texto interpretado. La elección de las directivas en cuestión, y frecuentemente su uso, dependen de valoraciones y, por tanto, la justificación de la decisión en cuestión tendría que explicar las valoraciones (o valores) aceptados por quien toma una decisión. [...]

Existe, no obstante, una variedad de decisiones interpretativas y su aplicación conduce, a veces, a resultados diferentes. Distingo, por consiguiente, dos niveles en las directivas en cuestión: las directivas del primer nivel DI1 determinan el modo en que el intérprete debería atribuir significado a una regla legal teniendo en cuenta los contextos relevantes de la regla, a saber, contextos lingüístico, sistémico y funcional. [...]

¹⁹⁷ Este es el título del apartado 4 del libro de Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (trad. de Arantxa Azurza, Madrid: Civitas, 1988, pp. 35-48), apartado del cual se extraen los siguientes pasajes.

Hay muchas directivas lingüísticas de interpretación legal de primer nivel que dependen de los caracteres del lenguaje legal y de la técnica legislativa asumida. Como ejemplo de estas directivas, casi comúnmente aceptadas por las ideologías de la interpretación e el actual statutory law, ofrezco las siguientes D1:

(DI1-1): Sin razones suficientes no se debería atribuir a los términos interpretados ningún significado especial distinto al significado que estos términos tienen en el lenguaje natural común. [...]

(DI1-2): Sin razones suficientes, a términos idénticos que se utilizan en las reglas legales, no se les debería atribuir significados diferentes. [...]

(DI1-3): Sin razones suficientes, a términos diferentes no se les debería atribuir el mismo significado. [...]

(DI1-4): No se debería determinar el significado de una regla de manera tal que algunas partes de dicha regla sean redundantes. [...]

(DI1-5): El significado de los signos lingüísticos complejos del lenguaje legal deberá ser determinado según las reglas sintácticas del lenguaje natural común. [...]

3.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. Compare las reglas de la justificación interna propuestas por Alexy con las directivas lingüísticas de interpretación legal de primer nivel propuestas por Wróblewski. Compare las propuestas de estos dos autores con las pautas establecidas en el Código Civil y la Ley 153 de 1887.
2. Establezca a partir de su experiencia como intérprete del derecho si la forma simple de justificación interna planteada por Alexy es en efecto suficiente en la resolución de cierta clase de casos. ¿Cuáles serían esos casos que pueden ser resueltos mediante esta forma? Realice el mismo ejercicio respecto a la propuesta de Wróblewski (directivas lingüísticas de interpretación legal de primer nivel).
3. ¿Considera usted que el caso de la sentencia C-093 de 1994 (sección 2.1.1.) podría resolverse a través de la forma simple de justificación interna propuesta por Alexy? ¿Podría resolverse a través de las directivas lingüísticas de interpretación legal de primer nivel propuestas por Wróblewski?

3.3. LOS DIVERSOS NIVELES DE LAS PAUTAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Las lecturas que han sido presentadas hasta ahora dejan ver que las pautas de la interpretación (es decir, los criterios, modelos, máximas, argumentos, métodos,

etc.) constituyen un conjunto complejo que pereciera difícil de emplear, pues ante tal diversidad los resultados que ellas ofrecen pueden ser, y de hecho son, disímiles e incluso contradictorios. Sin embargo, la manera como están planteados los argumentos de la sentencia C-093 de 1994 y las tesis de Alexy sobre unas reglas de la justificación interna y de Wróblewski sobre unas directivas lingüísticas de interpretación legal de primer nivel permiten pensar que las pautas básicas de la interpretación (que Savigny estructuró a través de lo que él llamó elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático de la interpretación) podrían ser objeto, a su turno, de pautas de naturaleza más general que se encargarían de armonizar tales pautas básicas. Se trata de una estructuración preliminar sobre la que nos detendremos más adelante y que, además, puede ser complementada con un intento de determinación de los pasos a seguir en el desarrollo de la actividad interpretativa.

4. LOS PASOS A SEGUIR DURANTE LA INTERPRETACIÓN [LI]

No es difícil imaginar la actividad interpretativa estructurada en una serie de pasos o fases. De hecho, si a manera de ejemplo se miran las normas de los códigos de procedimiento de las distintas ramas del derecho, es posible constatar el establecimiento de etapas sucesivas desde el inicio del proceso hasta la sentencia de última instancia. Sin embargo, el propósito aquí no es hacer un análisis sobre los procedimientos, tal y como se hace, por ejemplo, en un curso de derecho procesal, sino el de determinar hasta qué punto la interpretación que los jueces realizan del derecho puede concebirse a la manera de una evolución que se desarrolla mediante una serie de pasos específicos. Es en esta línea que pueden leerse las propuestas de R. Dworkin sobre lo que él mismo llama «etapas de la interpretación», presentadas en su libro *Law's Empire*.

4.1. ETAPAS INTERPRETATIVAS¹⁹⁸

Debemos comenzar a pulir la interpretación constructiva para adecuarla al estudio del derecho como una práctica social. Necesitaremos una distinción analítica entre las siguientes tres etapas de la interpretación, señalando como se necesitan distintos grados de consenso dentro de una comunidad para cada etapa si allí debe florecer una actitud interpretativa. En primer lugar debe haber una etapa «preinterpretativa» donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica.

¹⁹⁸ Extractos del capítulo 2 del libro de Ronald Dworkin titulado *El Imperio de la Justicia* (*Law's Empire*), trad. de Claudia Ferrari, Barcelona: Gedisa, 1992, pp. 57-58.

(La etapa equivalente en la interpretación literaria es aquella donde se identifican en forma textual novelas discretas, obras de teatro, etcétera: es decir, la etapa donde se identifica y distingue el texto *Moby Dick* del texto de otras novelas). Coloco la palabra «preinterpretativa» entre comillas porque hasta esta etapa es necesaria alguna forma de interpretación. Las reglas sociales no llevan etiquetas de identificación. Sin embargo, se necesita un gran grado de consenso (tal vez una comunidad interpretativa está únicamente definida con el requerimiento de un consenso en esta etapa) si la actitud interpretativa será fructífera y por lo tanto, podemos abstraernos de esta etapa de nuestro análisis presuponiendo que las clasificaciones que produce son tratadas como una reflexión y una discusión diarias.

Segundo, debe haber una etapa interpretativa donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Esto consistiría en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. La justificación no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características de la práctica permanente, pero sí los suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando otra nueva. Por último debe haber una etapa postinterpretativa o reformadora donde ajusta su sentido sobre qué necesita «en realidad» la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa. [...]

La siguiente interpretación en mi sociedad imaginaria¹⁹⁹ sería mucho menos deliberativa y estructurada de lo que sugiere esta estructura analítica. Los juicios interpretativos de las personas serían más una cuestión de «ver» en forma inmediata las dimensiones de su práctica, un propósito y objetivo en dicha práctica y la consecuencia postinterpretativa de dicho propósito. Y este hecho de «ver» no sería más perspicaz que acceder a una interpretación entonces popular en algún grupo donde el intérprete adopte su punto de vista en forma más o menos automática. Sin embargo, se plantean inevitables controversias, aun entre los contemporáneos, sobre las dimensiones exactas de la práctica que todos ellos interpretan, y éstas serán aun mayores en lo que se refiere a la mejor justificación de dicha práctica. En nuestra descripción preliminar sobre qué es la interpretación ya hemos definido varias maneras de estar en desacuerdo.

4.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. ¿Considera usted, a partir de su experiencia como intérprete del derecho, que los jueces siguen en alguna forma las etapas de la interpretación propuestas por Dworkin?

¹⁹⁹ Dworkin se refiere a un ejemplo sobre el que trabaja durante todo el capítulo (*n. de los a.*).

2. Escoja una decisión judicial concreta (puede ser una que usted haya realizado) y establezca hasta qué punto fueron seguidas las etapas interpretativas propuestas por Dworkin

4.3. ¿CÓMO LLEGAR A UNA DECISIÓN CORRECTA?

Este texto de Dworkin sobre las etapas de la interpretación ha sido objeto de análisis y críticas por parte de los no pocos comentaristas de la obra de este autor estadounidense. Con todo, más que detenernos en las flaquezas que pueda presentar el modelo –teniendo en cuenta, además, que su planteamiento de carácter genérico no permite aclarar ciertas dudas que en efecto aparecen–, lo que puede ser destacado de manera preliminar es que cada una de las etapas (sobre todo en lo que respecta a la etapa preinterpretativa y a la interpretativa) pueden ser en mayor o menor medida adecuadas a la realidad de lo que hacen los jueces a la hora de interpretar las normas que deben aplicar al caso concreto; en otras palabras, no es difícil constatar, de manera muy general, que los jueces al interpretar, primero determinan el «material jurídico» y después tratan de asignarle un «sentido» o «significado» a tal material jurídico. Los problemas comienzan cuando se plantean los obstáculos específicos que ofrecen cada una de las etapas, de lo cual nos ocuparemos más adelante.

5. LA IDEA DE INTEGRIDAD Y COHERENCIA EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL [LB]

Teniendo en cuenta todo lo avanzado hasta ahora, no sería aventurado comenzar a plantear un modelo general de la interpretación concebido como la articulación de diversas herramientas que los jueces –como intérpretes por excelencia de las normas jurídicas– utilizan para desarrollar la actividad interpretativa durante el proceso de aplicación del derecho. No quisiéramos avanzar más en los elementos teóricos que supone tal modelo sin antes tratar de ver en la práctica cómo una articulación tal de las distintas herramientas interpretativas puede dar resultados interesantes y aclarar muchas dudas e incertidumbres. Para ello presentaremos algunos apartes de la sentencia C-1260 de 2001, en la cual de manera explícita se trata de realizar un ejercicio de armonización de diversas pautas de interpretación que, en principio, parecieran dar lugar a resultados contradictorios.

5.1. SENTENCIA C-1260 DE 2001²⁰⁰

[...]

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Alfredo Vásquez Villarreal demandó las expresiones «y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa», «o participaciones sociales», y «lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de la empresa», contenidas todas en el artículo primero de la Ley 226 de 1995. Cumplidos los trámites procesales y legales propios del proceso de constitucionalidad, la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, procede a decidir acerca de la demanda de referencia.

II. TEXTO OBJETO DE REVISIÓN

Se transcribe a continuación el texto de la disposición pertinente, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 42.159, de 21 de diciembre de 1995, y se subrayan las expresiones demandadas.

«LEY 226 DE 1995. Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones».

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

DECRETA:

«Artículo 1. Campo de aplicación. La presente Ley se aplicará a la enajenación, total o parcial, a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa.

«La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público.

«Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa».

III. LA DEMANDA

El impugnante sostiene que los apartes acusados del artículo primero de la Ley 226 de 1995 violan de manera principal el artículo 60 Constitucional, y adicionalmente los artículos 34, 38, 58 y 153 de la Carta Política.

²⁰⁰ Sentencia proferida el 29 de noviembre de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.

El impugnante aduce que por virtud del artículo 60 del Estatuto Superior, el Estado puede enajenar su participación en una empresa tomando las medidas tendientes a democratizarla mediante su ofrecimiento a los trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, pero sólo cuando dicha participación esté representada en acciones.

Luego de hacer un extenso análisis doctrinario acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad accionaria como manifestación de un tipo específico de sociedad comercial, el actor concluye que las normas acusadas contrarían la restricción impuesta por el artículo 60 de la Constitución, en la medida en que permiten la enajenación democrática de la participación estatal de activos no representados en acciones, como cuotas o partes de interés.

Para el impugnante, las expresiones «y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa», «o participaciones sociales», y «lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de la empresa» contenidas en la norma acusada, aluden a tipos de participaciones societarias cuya enajenación no está permitida, en los términos del artículo 60.

Agrega que cumplir con la restricción impuesta por la Constitución, en relación con la enajenación de la participación accionaria del Estado, es fundamental en la medida en que las consecuencias jurídicas derivadas del tipo de participación estatal en una sociedad mercantil, determinan tanto el régimen de responsabilidad solidaria en materia tributaria como el régimen de responsabilidad laboral y de inhabilidades de los socios. Al respecto afirmó:

«Es entonces absolutamente evidente que cuando una norma en nuestro sistema jurídico se refiere a acciones, está haciendo referencia específica y exclusiva a los títulos representativos de partes alicuotas que conforman el capital social de una sociedad anónima o de una sociedad en comandita por acciones. No puede pretenderse ampliar el significado del término para sostener que deben quedar comprendidas en el alcance de dicho vocablo otras formas de participación en el capital de una sociedad, pues tales otras formas no se pueden identificar con la denominación “acciones” sino que corresponderán a la expresión “partes de interés social” o a la expresión “cuotas de interés social”, según sea el caso».

En apoyo de lo anterior, aduce que la interpretación del texto constitucional debe hacerse consultando su sentido natural y obvio, lo cual obliga a considerar el término “acciones” como referido únicamente a la participación del Estado en las sociedades de capital o intuito rei. Sostiene que donde el legislador no distingue no le es dado al intérprete hacerlo, de forma tal que es deber del intérprete acoger la distinción realizada en el artículo 60 para no vulnerar el principio de competencia del legislador.

En el mismo sentido, el impugnante advierte que la intención del constituyente consistía en someter sólo a las sociedades de capital con participación estatal representado en acciones, al régimen de venta con favorecimiento del sector solidario, habida cuenta de

las consecuencias que traería la enajenación, en similares condiciones, de otro tipo de participaciones en sociedades de cuotas o partes de interés.

Con el fin de ilustrar lo anterior, el demandante resalta que en una sociedad limitada, en donde prima la condición intuitu personae, el ingreso de nuevos socios es efectuado tras una previa aceptación de la mayoría y a través de la reforma de los estatutos. En este tipo de sociedades, en las que las calidades de los socios priman sobre su aporte económico, es fundamental reconocer el derecho que tienen los asociados para determinar quiénes serán sus consocios. Afirma que dicha garantía «rueda por el suelo» como consecuencia de la imposición de la norma acusada. Igualmente sostiene que «*Si estos derechos son conculcados por un mecanismo que le permita a un socio, en su condición de Estado, violar los pactos de acuerdos sociales de respeto al elemento intuitu personae y enajenar su participación desconociendo tales limitaciones para forzar a los consocios a compartir la vida social con personas que puedan considerar incompatibles, inconvenientes, o representantes de intereses y prioridades opuestas, se producirá necesariamente una violación de los derechos de los restantes socios a escoger las condiciones personales de sus compañeros en la aventura social.*

La demanda advierte además que la norma acusada infringe el artículo 34 de la Constitución Política, porque establece una especie de extinción de dominio respecto de la propiedad de los socios de la sociedad en la que el Estado tiene participación no accionaria. Adicionalmente, quebranta el artículo 38 superior porque limita la libertad de asociación de los socios al obligarlos a asociarse con individuos con quienes no tienen ánimo societario. También viola el artículo 58 de la Carta en la medida en que desconoce los derechos adquiridos de los socios, reflejados en los estatutos de la sociedad que prevén las modificaciones al capital social y los mecanismos de ingreso de nuevos asociados.

Por último, el impugnante sostiene que al disponer medidas que afectan los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la regulación de la materia contenida en la norma acusada debió ser objeto de Ley Estatutaria, con lo cual se infringió también el artículo 153 de la Carta Política. [...]

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

[...]

Principios generales, reglas especiales de obligación y el sentido del artículo 60 de la Carta

6. Incluso si suponemos que el inciso segundo del artículo 60 de la Carta se refiere exclusivamente a la democratización de las acciones, el argumento del actor no estaría llamado a prosperar, por cuanto se funda en una inadecuada comprensión del tipo de regla contenida en esa disposición constitucional. En efecto, el actor supone que ese inciso establece la única posibilidad en que el Estado puede ofrecer un derecho de preferencia

a los trabajadores y organizaciones solidarias. Sin embargo, la realidad es otra: ese inciso establece que si se cumple la hipótesis prevista (enajenación de la participación estatal en una empresa) entonces opera el derecho de preferencia; pero ese inciso no prohíbe que el Legislador establezca esas condiciones especiales en otras hipótesis distintas, pues esa ampliación legislativa del derecho de preferencia de los trabajadores y organizaciones solidarias en los procesos de privatización sería un desarrollo de claros principios constitucionales, como la promoción del acceso a la propiedad (CP art. 60), el fomento de formas asociativas y solidarias de propiedad (CP art. 58) y el estímulo a la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas (CP art. 57).

7. Conforme a lo anterior, la regla constitucional contenida en el inciso segundo del artículo 60 tiene un carácter especial o específico y no una naturaleza exceptiva o excluyente. La norma determina claramente que dado un especial estado de cosas en el mundo jurídico, debe seguirse una consecuencia frente a él, y no que únicamente de ciertos hechos deban generarse algunas consecuencias, tal y como sucede con las excepciones o las restricciones. Por decirlo en un lenguaje más formalizado, la estructura de una regla especial es la siguiente: si ocurre A entonces es obligatorio B. La estructura de una regla exceptiva es diversa pues asume esta forma: si ocurre A, y sólo si ocurre A, entonces es obligatorio B.

Por ello, las reglas constitucionales de carácter específico no restringen la actividad legislativa ordinaria sino que consagran una obligación constitucional directa. Nada impide entonces que el Legislador pueda establecer discrecionalmente otros supuestos fácticos a los cuales vincule idénticas consecuencias. Una regla constitucional específica regula positivamente un grupo de hechos y les adscribe una consecuencia, pero no impide que otros hechos, de acuerdo a la discrecionalidad del legislador, puedan ser circunscritos para asignarles los mismos efectos. Y eso sucede porque la regla constitucional específica es un desarrollo de principios constitucionales más genéricos. En cambio, una regla constitucional exceptiva o excluyente establece, para una situación determinada, una excepción a ciertos principios constitucionales, que de no existir la excepción, gobernarían entonces esa situación. Ese tipo de reglas restringe entonces las consecuencias únicamente para los supuestos allí contenidos, y prohíbe entonces que el legislador promulgue normas ordinarias ampliando esas consecuencias a otros estados de cosas.

8. El accionante, al no tomar en cuenta esta diferenciación en la estructura de la regla del inciso segundo del artículo 60, incurre en un error lógico de interpretación. La regla del inciso segundo tiene como objetivo desarrollar de manera específica los principios de democratización de la propiedad, promoción de la participación de los trabajadores en las empresas y estímulo a las formas asociativas y solidarias de propiedad (CP arts 57, 58 y 60), y para ello la disposición eleva a rango constitucional una obligación estatal específica. Pero esa regla no excluye que la ley, en desarrollo de esos principios constitucionales, reconozca derechos de preferencia para los trabajadores y organizaciones solidarias en hipótesis distintas a las previstas en ese inciso segundo.

9. Si aceptáramos entonces la tesis del actor, según la cual la norma constitucional utiliza la locución “acciones” en el sentido técnico del Código de Comercio, este solo hecho no puede hacernos concluir que la ley parcialmente acusada es inconstitucional. Como ha venido insistiéndose, una norma específica no impide que a supuestos de hecho distintos puedan serles asignadas las mismas consecuencias, cosa que sí sucedería si la regla fuera de carácter exceptivo. Nada impide entonces que el legislador, de acuerdo a sus criterios, crea conveniente que otro tipo de hechos tengan los mismos efectos.

Bajo estas consideraciones, aún si fuera el caso que la norma utiliza una palabra en su sentido técnico, no quiere esto decir que al legislador le está vedado extender la regla hasta abarcar otros supuestos que están por fuera de ese carácter técnico utilizado. Bastaría entender que una de ellas tiene rango constitucional, mientras que la otra tiene tan sólo jerarquía legal. Y como puede observarse, el mismo artículo 60 dispone que será por medio de la ley como deberá desarrollarse el principio de democratización de la propiedad, con lo cual faculta expresamente al legislador para que sea él quien determine razonablemente, los mejores mecanismos con los cuales cumplir el mandato de democratizar la propiedad.

10. Las reglas especiales son comunes dentro de nuestro ordenamiento, y su interpretación debe pasar por un cuidadoso análisis de su naturaleza, para evitar conclusiones irrazonables. Sería un absurdo por ejemplo, sostener que el artículo 81 de la Carta, al establecer que el *“Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional”*, en realidad está prohibiendo que el Estado regule el ingreso o la salida de otro tipo de recursos naturales. En este punto, el Constituyente tampoco creó una regla exceptiva sino un mandato especial, que desarrolla principios constitucionales, como la protección de la biodiversidad. El artículo 81 elevó a rango constitucional la obligación del Estado de regular el ingreso y salida de recursos genéticos, pero ella no excluye que el Legislador, para proteger el medio ambiente y la biodiversidad, pueda establecer otras reglas similares para otros recursos naturales distintos a los recursos genéticos.

Algo similar sucede con la regla constitucional prevista por el inciso segundo del artículo 60 y que desarrolla el principio de democratización de la propiedad. Así, el hecho de que la obligación del Estado de ofrecer sus acciones a los trabajadores, a las organizaciones de trabajadores y a las organizaciones solidarias, tenga jerarquía constitucional, no lleva a concluir que el Legislador no puede establecer esa preferencia para otro tipo de sociedades. Si la argumentación realizara una inferencia en sentido contrario, incurría en un error al creer que con la negación del antecedente del predicado de un enunciado normativo de obligación –una sociedad no constituida por acciones- deba deducirse necesariamente la negación de su consecuente– la imposibilidad para enajenar su participación a los trabajadores y organizaciones solidarias o de trabajadores-. Esta posibilidad lógica cabe cuando las disposiciones son expresa y literalmente construidas con una estructura exceptiva, como ocurriría si la regla estipulara que sólo puede ofrecerse preferencialmente la participación en acciones que tenga el Estado en una empresa, a los trabajadores y a las

organizaciones solidarias y de trabajadores. Sin embargo, es claro que éste no es el caso, y por tanto bien podía el legislador extender la esfera de acción del derecho de preferencia previsto por el artículo 60 constitucional.

En una ocasión anterior, esta Corte ya había expresamente señalado la legitimidad de una medida legislativa de esa naturaleza. En efecto, la sentencia C-392 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero, tuvo que estudiar una demanda contra el artículo 20 de la Ley 226 de 1995, que establece que la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos se sujeta a las reglas generales de contratación, y no debe el Estado ofrecer condiciones especiales de compra a los trabajadores y organizaciones solidarias. La Corte concluyó que esa disposición era exequible, pues el artículo 60 de la Carta no preveía un derecho de preferencia para toda venta de un bien estatal sino únicamente para la enajenación de participaciones estatales en el capital social. Sin embargo, la sentencia precisó que esa limitación del derecho de preferencia establecido directamente por la Constitución, no excluía que la ley pudiera consagrar un mecanismo semejante para la venta de otros activos estatales. Dijo entonces la Corte en esa sentencia:

«La exequibilidad del artículo acusado no significa que la ley no pueda establecer, en esos otros eventos de venta de activos estatales, mecanismos especiales para favorecer el acceso a la propiedad de parte de grupos sociales débiles o marginados, pues tales desarrollos legales tienen claro sustento constitucional en el carácter social del Estado colombiano (CP art. 1º), en la búsqueda de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) y en el propio principio contenido en el inciso primero del artículo 60, según el cual el Estado debe promover el acceso a la propiedad. Simplemente la Corte está afirmando que en tales situaciones no se aplica el derecho especial de preferencia consagrado por el inciso segundo en beneficio de trabajadores y organizaciones solidarias y por ende no está obligado el Legislador a establecer condiciones especiales en favor de estos grupos sociales, aun cuando el Legislador puede desarrollar mecanismos de esa naturaleza, si lo considera conveniente para el fomento del acceso a la propiedad» (subrayas no originales).

¿Interpretación restrictiva o genérica del término “acciones” del artículo 60 superior?

11. El análisis precedente ha mostrado que incluso si la interpretación restrictiva del actor del término “acciones” del artículo 60 de la Carta es correcta, no por ello las expresiones acusadas son inconstitucionales. Pero además, y como se verá a continuación, la tesis del demandante sobre el significado de ese término no es constitucionalmente adecuada, pues no sólo no se ajusta claramente al tenor literal de la Carta sino que, sobre todo, desconoce la finalidad misma del mandato constitucional, que es democratizar la propiedad y promover las formas asociativas y solidarias de propiedad, en los procesos de privatización. Entra pues la Corte a delimitar el sentido del término “acciones” en esa disposición constitucional.

[1.] El argumento literal y gramatical.

12. El actor funda gran parte de su acusación en un análisis literal, pues argumenta que la referencia del inciso segundo del artículo 60 a la palabra “acciones” no es gratuita, y por ello debe ser entendida en el sentido técnico previsto por la legislación comercial. Y a primera vista, su argumento es fuerte, pues la norma constitucional expresamente habla de la democratización de la titularidad de las “acciones” y de la oferta de condiciones especiales para el acceso a “dicha propiedad accionaria.” Esto indicaría entonces que el derecho de preferencia previsto directamente por la Carta sólo recaería sobre las acciones vendidas por el Estado.

Sin embargo, el uso que hace el actor de este argumento literal no es el único posible. Y para mostrar otras posibilidades hermenéuticas, conviene transcribir el mencionado inciso segundo del artículo 60, que establece expresamente:

«Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia (subrayas no originales)».

Nótese que la primera parte de la norma no habla de “acciones” sino de la enajenación de la “participación” del Estado en una empresa, que es un término más genérico pues se entiende que hace referencia a cualquier tipo de aporte al capital social empresarial, sin que interese su naturaleza (acciones, cuotas o partes de interés) ni el tipo de sociedad de que se trate; sólo la segunda parte de la regla constitucional se refiere a las acciones y a la propiedad accionaria. Por consiguiente, un análisis puramente lógico y literal muestra la siguiente paradoja: el supuesto de hecho de esta regla es genérico y parece aludir a la venta de cualquier participación del Estado en el capital social de cualquier empresa, lo cual incluye las cuotas o partes de interés, pues la norma literalmente habla de aquellos eventos en que “el Estado enajene su participación en una empresa”. Por su parte, la consecuencia normativa que establece esa disposición parece recaer únicamente sobre la propiedad accionaria, pues ordena al Estado la toma de “medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones”. Una lectura literal permite entonces detectar una cierta incongruencia en la regla del inciso segundo del artículo 60 superior, pues no tiene mucho sentido que esa disposición sea aplicable a la venta de cualquier participación estatal (incluidas entonces las cuotas o partes de interés), pero ordene que el Estado procure la democratización únicamente de la propiedad accionaria, y no de las otras formas de participación en el capital social.

13. El argumento literal no es entonces claro, pues conduce a una tensión normativa entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de esa regla constitucional. Bien podría entonces hablarse de una contradicción normativa interna en la redacción de esa disposición constitucional.

Desde el punto de vista lógico, la superación de las tensiones normativas derivadas de una lectura literal de esa disposición constitucional puede ser lograda de dos formas: de un

lado, restringiendo el alcance del supuesto de hecho, de tal manera que por enajenación de la participación del Estado en una empresa se entienda únicamente la venta de “acciones” o “propiedad accionaria”. Tal es la tesis del demandante, quien concluye entonces que esa regla constitucional sólo opera para aquellas sociedades que reparten su capital social en los títulos negociables llamados acciones. Sin embargo, existe otra opción para superar las tensiones literales, y es ampliar el alcance de la consecuencia jurídica de la regla constitucional, de suerte que las expresiones “acciones” y “propiedad accionaria” incluyan las otras formas de participación del Estado en el capital social de las empresas, como son las cuotas o partes de interés.

14. Los argumentos puramente literal y lógico no nos permiten escoger entre las dos anteriores opciones hermenéuticas, pues desde esa perspectiva, ambas soluciones son aceptables. En efecto, tanto la restricción del supuesto de hecho como la ampliación de la consecuencia normativa se apoyan en el tenor literal de la norma y ambas eliminan la tensión entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Es pues necesario acudir a otro tipo de argumentos hermenéuticos para poder razonablemente optar una de esas dos interpretaciones. Ahora bien, como procederá a mostrarse, el uso de estos otros criterios (histórico, sistemático, teleológico, lógico y de precedentes) no aporta razones convincentes para restringir el alcance de la expresión “participación en una empresa” del supuesto de hecho para asimilarlo a la expresión “acciones”, en el sentido restringido del estatuto comercial. Por el contrario, estos otros argumentos hermenéuticos apuntan a la solución contraria pues indican que es constitucionalmente más adecuado interpretar la expresión acciones en un sentido amplio, que incluya otras formas de participación social en el capital de una empresa. Entra pues la Corte a analizar el alcance de la regla prevista por el artículo 60 superior, a partir de esos otros criterios interpretativos.

[2.] El argumento histórico y la voluntad de democratizar los procesos de privatización

15. Contrariamente a lo sostenido por el actor, el análisis de la formación del actual artículo 60 de la Carta no conduce a la conclusión unívoca de que la Asamblea Constituyente deseaba restringir la obligación de consagrar el derecho de preferencia únicamente a la venta de acciones. Así puede constatarse que en el proceso constituyente, la comisión de codificación efectuó una propuesta para suprimir la expresión “acciones” en la redacción del artículo 6 (Ver Gaceta Constitucional. No 113 del 5 de julio de 1991, p 5). Tal sugerencia no fue aceptada en el debate sobre la norma, con lo cual siguió conservándose en el enunciado normativo. Pero esta constatación está lejos de poder determinar el sentido o el significado original que el Constituyente quiso imprimir a la palabra, pues el vocablo “acciones” conservado en el texto, puede interpretarse no sólo como la referencia a las “empresas con un capital representado en acciones” sino también, en un sentido más amplio, como “cualquier forma o tipo de participación del Estado en las empresas”, por la sencilla razón de que la primera parte del inciso se refiere literalmente a la enajenación por el Estado de su “participación” en una empresa.

16. De otro lado, la utilización de la exposición de motivos refuerza la interpretación que afirma que la hipótesis fáctica de la regla debe buscarse en la literalidad de la expresión “Cuando el Estado enajene su participación en una empresa” En efecto, los argumentos de esa exposición muestran que la finalidad de la regla constitucional tenía un sentido amplio, pues debía aplicarse a todo proceso de privatización, sin que interesaría la naturaleza jurídica de la empresa específica, ni la forma como estaba constituido su capital social. Así, decía al respecto el respectivo informe ponencia:

«Con el fin de que los eventuales procesos de privatización que puedan ocurrir en el futuro, no favorezcan en forma injusta e inequitativa a particulares que puedan obtener privilegios en las transacciones correspondientes a costa del interés colectivo, el proyecto propone un sistema de competencia comercial para estas operaciones, el cual coloca en condición de privilegio a las organizaciones solidarias que de por sí tienen un interés social, y no abrigan ánimo de lucro. No puede olvidarse que en estos casos se enajenan bienes que le pertenecen a toda la sociedad. (Subrayado fuera de texto)».

Esta referencia histórica sugiere entonces que la expresión “acciones” no tenía para el Constituyente el carácter técnico que tiene en el derecho comercial. El significado amplio de la expresión está en armonía con lo desarrollado en el debate en el seno de la Asamblea, que se refería a cualquier proceso de privatización. Efectivamente puede observarse que el Constituyente quiso establecer una distinción, pero no cabe pensar que ésta consista, como lo entiende el actor, en marcar una diferencia entre las empresas que representan su capital a través de acciones y las que no lo hacen de esta manera. Es más razonable suponer que esa distinción tiene como objeto realizar una precisión entre la enajenación de la participación del Estado en el capital social de las empresas y otros posibles tipos de enajenación, como sucede por ejemplo con la liquidación de activos. Con este criterio el Constituyente estableció un imperativo para que el Estado confiera un trato preferencial a los trabajadores y a las organizaciones solidarias cuando vaya a enajenar su participación en el capital social de cualquier empresa en la cual tenga parte. Pero con la precisión terminológica no quería extender esa obligación de brindar un trato preferencial a otros casos de enajenación de bienes estatales, a menos que tuviera alguna conexión con el primer imperativo. Al respecto puede consultarse la sentencia C 074 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón.

[3.] El argumento sistemático: la finalidad del derecho de preferencia y su conexión sistémica con los principios constitucionales.

17. La Constitución de 1991, al consagrarse un Estado social de derecho (CP art. 1º), reafirma la función social de la propiedad (CP art. 58). El principio que obliga a facilitar su democratización, busca promocionar que ciertos grupos tengan acceso a ésta utilizando mecanismos como la consagración de un derecho preferencial, en favor de los trabajadores y organizaciones solidarias de sus empresas. En este sentido, puede constatarse que el

artículo 57 la Carta estipula que “*la ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas*”. Por su parte el artículo 58 superior ordena al Estado proteger y promover “las formas asociativas y solidarias de propiedad” mientras que el inciso primero del artículo 60 ordena la promoción del “acceso a la propiedad”.

La regla prevista por el inciso segundo del artículo 60 es entonces claramente una expresión de esos principios constitucionales. En efecto, el Constituyente consideró conveniente asegurar condiciones económicas y jurídicas especiales en favor de ciertas los trabajadores y organizaciones solidarias, con el objeto de igualar sus condiciones a través de una regla promocional específica, frente a otros sectores económicos, que por sus especiales características, pudieran tener un más fácil acceso para adquirir esa propiedad. El propósito con esta norma consiste entonces en dar fuerza a varios de los fines específicos del Estado Social de Derecho: la función social de la propiedad, el impulso de la propiedad asociativa, la promoción del acceso a la propiedad y el estímulo de los trabajadores para que participen en las empresas (CP arts 1º, 57, 58 y 60)

18. Una interpretación sistemática del derecho de preferencia otorgado por el inciso segundo del artículo 60 de la Carta fortalece la idea de que el término acciones debe ser interpretado en forma amplia, y no de manera limitada, como lo sugiere el actor. En efecto, si esa regla es expresión de claros principios constitucionales, no se entiende por qué debe limitarse su aplicación a la enajenación de acciones, y no a la venta de otras formas de participación estatal en el capital social de una empresa, como las cuotas o partes de interés. Y es que ese tipo de propiedad no accionaria debe también ser democratizado y promovido su acceso a los trabajadores. Además, la Constitución fomenta la participación de los trabajadores en todas las empresas, sin restringirla a aquellas que estén organizadas como sociedades anónimas. Finalmente, las formas de propiedad solidaria, que la Carta promueve (CP art. 58), no tienen por qué asumir la forma de sociedades anónimas, por lo que no se entiende cuál sería la razón para que la Carta hubiera limitado el derecho de preferencia, previsto por el inciso segundo del artículo 60, exclusivamente a la venta de acciones, y no a la enajenación de otras formas de participación estatal en el capital social empresarial.

[4.] El argumento lógico y teleológico: las consecuencias negativas del entendimiento restrictivo del término acciones.

19. Directamente ligado a lo anterior, la Corte también considera que un entendimiento restrictivo y puramente técnico de la noción de acciones en el artículo 60 superior comporta resultados irrazonables, desde el punto de vista de la finalidad misma perseguida por el Constituyente. Esa interpretación podría conducir, en la práctica, a que algunas empresas en donde el Estado tiene participación en el capital social, evitan asumir la forma de sociedad de acciones, a fin eludir el derecho de preferencia previsto por el mencionado inciso segundo del artículo 60 de la Carta. En tal contexto, no es lógico

suponer que la Carta estableció un mandato de democratización, pero al mismo tiempo abrió la compuerta para que éste sea esquivado, incluso con consecuencias perjudiciales para la propia estructura organizacional de aquellas empresas con participación del sector público. En efecto, esa interpretación restrictiva del término de acciones genera un incentivo desafortunado, y es el siguiente: el Estado y los particulares podrían dejar de constituir empresas con capital representado por medio de acciones y podrían recurrir a otras formas societales, no tanto porque consideren que esas otras estructuras organizaciones sean las más adecuadas para el cumplimiento de los fines constitucionales, sino exclusivamente para evadir el derecho de preferencia en beneficio de los trabajadores y organizaciones solidarias, cuando esas empresas tengan participación estatal.

20. Como vemos, la interpretación restrictiva del término acciones comporta resultados indeseables, pues no sólo permite que la finalidad democratizadora del derecho de preferencia pueda ser eludida en la práctica, sino que podría estimular que las empresas con participación estatal asuman ciertas formas jurídicas, que no sean las más adecuadas. Por el contrario, una interpretación amplia del término acciones evita esos inconvenientes, pues fortalece la voluntad democratizadora del Constituyente y no genera incentivos inadecuados en el diseño de las empresas con participación estatal. Ahora bien, es sensato asumir como principio hermenéutico que el funcionario judicial siempre debe preferir aquella interpretación que vigoriza el cumplimiento de los fines de la norma y que evita consecuencias indeseables en su aplicación. Una conclusión se impone: el término acciones debe ser entendido en forma amplia, de tal manera que cubra a todas las formas de participación estatal en el capital social empresarial.

[5.] Los argumentos fundados en precedentes: el respeto a la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

21. Por último, es necesario resaltar que, contrario a lo que sugiere la demanda, la anterior interpretación no cambia los precedentes que sobre la materia ha elaborado la Corte. En efecto, un estudio detallado de las sentencias anteriores sobre el tema, muestra que esta Corporación, para delimitar el alcance del artículo 60 superior, estableció una importante diferencia entre la enajenación de la participación del Estado en el capital social de las empresas y cualquier otro tipo de enajenación de propiedad estatal. Pero en manera alguna, la Corte señaló que la enajenación de cuotas o partes de interés estaba excluida del ámbito de aplicación del derecho de preferencia del inciso 2º del artículo 60 superior.

Así, la sentencia C-474 de 1994, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, tuvo que estudiar si la venta de todos los activos de Colpuertos debía respetar el derecho de preferencia del artículo 60 superior, tal y como lo planteaba del actor, quien había demandado varios artículos que regulaban la liquidación de esa empresa. La Corte consideró que el actor partía de un supuesto equivocado, y era que toda venta de un bien estatal, cualquiera que fuera su naturaleza, daba lugar a un previo ofrecimiento especial a las organizaciones

solidarias y a los trabajadores. La sentencia negó esa interpretación del artículo 60, pues concluyó que el derecho de preferencia de los trabajadores y organizaciones solidarias operaba exclusivamente para las ventas de participaciones del Estado en las empresas. Dijo entonces la sentencia:

«La idea extrema que propugna el demandante, no se compadece con la finalidad de la susodicha oferta especial, la que sólo adquiere sentido en el contexto de la empresa en la que se funde en un sola unidad el capital y el trabajo, con miras a generar riqueza y valor. De ahí que la oferta especial se enderece hacia las organizaciones solidarias y hacia los trabajadores. Se desea suscitar y profundizar, en el seno de los instrumentos de producción, el pluralismo de formas de organización del trabajo - privada y solidaria - y de distribución de la riqueza - accionariado privado y trabajador -, así como el avance de la democracia participativa, valores a cuyo servicio se debe destinar una parte importante del esfuerzo de promoción del acceso a la propiedad. Se desvirtúa el sentido del segundo inciso del artículo 60 de la CP, si se pretende que cada vez que el Estado se dispone a vender una cosa o bien de su propiedad, deba previamente ofrecerlo a los trabajadores y a las organizaciones solidarias. La oferta especial se justifica y se muestra como factor dinámico de cambio del actual statu quo económico, propósito del Constituyente, únicamente cuando ella recae sobre las participaciones del Estado en las empresas (subrayas no originales)».

Posteriormente, la ya mencionada sentencia C-392 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero, tuvo que estudiar una demanda contra el artículo 20 de la Ley 226 de 1995, que establece que en caso de enajenación accionaria entre órganos estatales, o de venta de activos estatales distintos de acciones o bonos, el Estado no está obligado a ofrecer condiciones especiales de compra a los trabajadores y organizaciones solidarias. El actor consideraba que esa restricción desconocía el derecho de preferencia ordenado por el artículo 60 superior, ya que éste cubría la venta de toda clase de bienes estatales. La Corte, retomando los criterios de la sentencia C-474 de 1994, negó el cargo, y reiteró que el artículo 60 superior no establecía un derecho de preferencia para toda venta de bienes estatales sino exclusivamente para la enajenación de participaciones estatales en el capital. Igualmente la Corte consideró que la exclusión del derecho de preferencia en la venta de acciones entre entidades públicas también respetaba el mandato del inciso segundo del artículo 60 superior, pues éste se aplica a los procesos de privatización de las empresas estatales, y por ello “no es imperativo en aquellos casos en los cuales no se está efectuando una transferencia de propiedad del sector público a los particulares sino que se está realizando una venta entre entidades públicas.”

Finalmente, la sentencia C-632 de 1996, MP Hernando Herrera Vergara, estudió una demanda contra el artículo 5o. del Decreto No. 1297 de 1994. Según el actor, esa norma desconocía el derecho de preferencia del artículo 60 superior, al no prever condiciones especiales a los trabajadores y a las organizaciones solidarias para acceder a las acciones del Banco Central Hipotecario. La Corte negó el cargo, pues concluyó que la norma no regulaba una hipótesis de privatización de la participación estatal en una empresa, que

es el ámbito de aplicación del inciso segundo del artículo 60 superior, sino que disponía la transferencia al Instituto de Seguros Sociales de ciertas acciones del Banco Central Hipotecario, para pagar la deuda generada en la inversión y manejo de las reservas de ese Instituto. La sentencia concluyó que la norma acusada establecía una dación en pago entre entidades públicas, y no una privatización de la participación estatal en una empresa, y por ello no vulneraba el artículo 60 superior. Dijo entonces la sentencia:

«La situación jurídica regulada en la norma censurada no se subsume en la hipótesis del inciso segundo del artículo 60 de la Carta, reglamentado por la Ley 226 de 1995, por cuanto no versa acerca de la transmisión de la propiedad accionaria del Estado con destino a los particulares, dentro de un proceso de privatización que deba seguir las reglas constitucionales asignadas para ese fin. De ahí, que no tenga fundamento alguno la obligación de diseñar las medidas necesarias para que el Estado garantice la democratización en la enajenación de la titularidad de su propiedad accionaria, ni la de preparar un programa previo de enajenación del bien estatal, con miras hacia la privatización del mismo, ni la de ofrecer en “condiciones especiales” la propiedad accionaria en venta, respetando el derecho de preferencia, de los trabajadores y las organizaciones solidarias».

22. El anterior recuento jurisprudencial muestra que la Corte, al precisar el ámbito de aplicación del derecho de preferencia establecido por el inciso segundo del artículo 60 superior, ha indicado que éste no cubre toda venta de activos ni la enajenación de acciones entre entidades públicas. Y estas limitaciones son perfectamente razonables. En efecto, si la finalidad de esa norma es favorecer la democratización de la propiedad en los procesos de privatización, entonces no es sensato aplicarla a las transferencias entre entidades públicas, que no implican ningún traslado de propiedad estatal a los particulares. Y la exclusión de la venta de los activos estatales del mandato de ese inciso segundo del artículo 60 también es razonable pues, como ya lo señaló esta Corte, *«la obligada oferta de venta de todos los activos estatales, en condiciones especiales, a los trabajadores u organizaciones solidarias, entre otras consecuencias perniciosas, paralizaría la actividad estatal, desbordaría la capacidad y el interés de compra de este sector y no atendería a la finalidad de la situación de favor contenida en el citado artículo de la Constitución* (Subrayado fuera de texto). Sentencia C-392 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 3.4., criterio reiterado en las sentencias C-392 de 1996 y C-632 de 1996».

Por consiguiente, la doctrina desarrollada en la presente sentencia armoniza con esos precedentes, pues la Corte está simplemente reiterando que el derecho de preferencia previsto por el artículo 60 superior se aplica a la enajenación de la participación estatal en el capital social de las empresas, y no a la venta de cualquier bien estatal.

23. Algunos podrían objetar a la anterior conclusión, que ésta desconoce la argumentación explícita de la Corte en esos precedentes. Y es cierto que algunos pasajes de esas sentencias podrían sugerir que en ellas la Corte limitó estrictamente el ámbito de aplicación del derecho de preferencia del artículo 60 a la venta de acciones, de suerte que ese mandato

no se aplicaría a la enajenación de ningún otro bien estatal, lo cual parecería incluir las cuotas o partes de interés. Por ejemplo, la sentencia C-632 de 1996 argumenta que ese texto constitucional “*se refiere, solamente, a la venta de la propiedad accionaria del Estado, dentro de un proceso de privatización de las empresas estatales, es decir, cuando el Estado decide transferir su participación accionaria en una empresa con destino a los particulares*”. Sin embargo, un examen más atento muestra que esa interpretación de esos precedentes es equivocada, por la sencilla razón de que en esos casos, la Corte no realizó una distinción sistemática entre las acciones y otras formas de participación en el capital social de las empresas, como cuotas o partes de interés, sino que su análisis se centró en diferenciar la enajenación de las participaciones en el capital social y la venta de otros tipos de bienes estatales, puesto que los cargos de las demandas estaban encaminados a extender el derecho de preferencia a la venta de cualquier activo estatal. Por ello, cuando esta Corporación aclaró que el alcance del artículo 60 era limitado, tenía como referencia los distintos tipos de enajenación posibles, no las distintas clases de participación que el Estado podría tener en el capital social de las empresas. Y las sentencias no tenían por qué hacer esa diferenciación por cuanto ella no era relevante para el debate constitucional planteado en esas oportunidades. El equívoco parte entonces de asumir que esas sentencias, al utilizar la expresión “acciones”, estaban también estableciendo una restricción frente a las otras formas de participación en el capital social. Tal cosa no es cierta, y en ese momento la Corte no realizó esa precisión, porque la materia sobre la cual fueron elaborados esos precedentes era de naturaleza distinta a la que actualmente estudia, y que en este momento le obliga a realizar estas aclaraciones. Es pues claro que la ratio decidendi de esas sentencias es idéntica a la que sustenta la presente decisión, esto es, que el derecho de preferencia previsto por el inciso segundo del artículo 60 de la Carta se aplica a la enajenación de la participación estatal en el capital social, pero no cubre toda venta de activos o de bienes estatales. La única innovación conceptual que introduce la presente sentencia es simplemente precisar por qué la expresión “acciones” de esa norma constitucional debe ser entendida en forma amplia, e incluye toda participación estatal en el capital social.

Coherencia dinámica entre criterios hermenéuticos y sentido de la regla del artículo 60 de la Carta.

24. La argumentación realizada en los fundamentos anteriores de esta sentencia muestra que un entendimiento amplio de la noción de “acciones” del artículo 60 superior, de tal manera que esa expresión cubra cualquier forma de participación estatal en el capital social de una empresa, tiene indudables virtudes. En efecto, esta comprensión más amplia del término acciones logra un equilibrio y una coherencia dinámicos entre los distintos criterios hermenéuticos avanzados en este examen; así, supera la contradicción literal de esa regla constitucional, pues a la hipótesis de la enajenación de cualquier participación estatal en una empresa corresponderá ahora una consecuencia jurídica congruente, que es el derecho de preferencia de los trabajadores y organizaciones solidarias para acceder a esa

participación en el capital social. Esa interpretación amplia no desconoce los precedentes constitucionales en la materia y recoge mejor lo que pudo ser la voluntad de la Asamblea Constituyente. Finalmente, esa hermenéutica desarrolla en forma vigorosa los principios constitucionales sobre acceso y democratización de la propiedad, en la medida en que permite una aplicación más eficaz del derecho de preferencia.

Por su parte, la interpretación propuesta por el actor, que consiste en restringir el supuesto de hecho de la regla del artículo 60, de suerte que por enajenación de la participación estatal en una empresa deba entenderse exclusivamente la venta de acciones, no logra ese mismo equilibrio dinámico entre los distintos criterios interpretativos. Así, esa hermenéutica restrictiva soluciona también la tensión literal del texto de ese inciso segundo del artículo 60 y no parece incompatible con los precedentes de esta Corte sobre el tema. Eso quiere decir que esa interpretación podría satisfacer los criterios literal y de precedentes. Sin embargo, ese entendimiento del artículo 60 es cuestionable desde los otros criterios interpretativos. Así, esa visión, si bien no es totalmente incompatible con un análisis de los antecedentes del artículo 60 superior, no parece expresar adecuadamente la posible voluntad histórica de la Asamblea Constituyente en este punto, pues las ponencias indican que la pretensión fue que cualquier privatización tuviera efectos democráticos en términos de acceso a la propiedad, sin que exista ningún elemento en los debates constituyentes que sugiera que ese mecanismo sólo debía operar en aquellas empresas cuyo capital estuviese organizado por acciones. Pero más grave aún, esta interpretación restrictiva es muy discutible desde el punto de vista sistemático, pues no desarrolla los principios constitucionales en forma vigorosa, ya que restringe la fuerza de los mandatos constitucionales sobre promoción del acceso a la propiedad y estímulo a la propiedad asociativa y a la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas (CP art. 57, 58 y 60). Desde el punto de vista teleológico, esa hermenéutica es también problemática, pues abre compuertas innecesarias para que las empresas con participación estatal intenten eludir el derecho de preferencia. Además, desde el punto de vista de sus efectos sociales, esa situación podría llevar a esas empresas a asumir formas organizativas, que tal vez no sean las más adecuadas para el cumplimiento de sus cometidos.

5.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. ¿Cuáles considera usted que son las ventajas de un modelo de interpretación judicial que pretenda armonizar las diferentes pautas que han sido planteadas para la decisión de un caso concreto?
2. ¿Cuáles son los principales obstáculos que debe enfrentar este modelo de armonización de pautas de la interpretación?
3. Imagine un caso difícil, o tome uno que conozca o que usted deba resolver y utilice las herramientas planteadas en la sentencia en orden a lograr una coherencia entre ellas.

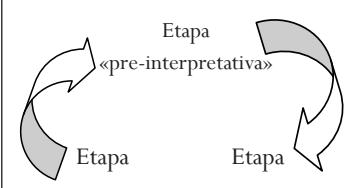
5.3. HACIA UN MODELO INTEGRAL DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Tanto la sentencia que acaba de ser presentada como los textos mediante los cuales se han trabajado las categorías de criterios, postulados y etapas de la interpretación permiten plantear algunas ideas sobre la importancia de la integridad y la coherencia en la actividad interpretativa realizada por los jueces. En este sentido, como lo señala explícitamente la sentencia, es razonable suponer que en general es preferible aquella interpretación que logra satisfacer, en la medida de lo posible, todos los criterios hermenéuticos suscitados en un debate jurídico, de tal manera que esos distintos puntos de vista se refuercen mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su validez. Por el contrario, las argumentaciones jurídicas que mantienen las tensiones y contradicciones entre esos criterios hermenéuticos son más cuestionables.

III. ENSAYO. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y SUS HERRAMIENTAS

Esquema del ensayo

Como esquema del ensayo de la tercera unidad conviene presentar de nuevo el cuadro que ya había sido planteado al comienzo de las actividades pedagógicas:

Los postulados de la interpretación:	Los criterios de la interpretación:	Las etapas de la interpretación:
<ul style="list-style-type: none"> ■ La limitación jurídico-nORMATIVA o postulado de la universalidad. ■ Postulado de la armonía sistémica o de la lealtad al ordenamiento. ■ Postulado de la adecuación social o de la búsqueda de la justicia material. ■ Postulado de la transparencia en el proceso interpretativo o del deber de responsabilidad judicial. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Criterio gramatical. ■ Criterio lógico. ■ Criterio histórico. ■ Criterio sistemático. ■ Criterio teleológico. ■ Criterio pragmático-consecuencialista. ■ Criterio valorativo y de ponderación de intereses. ■ Criterio de precedente. 	 <p>Etapa <pre-interpretativa></p> <p>Etapa <interpretativa></p> <p>Etapa <post-interpretativa></p>
<p>Fundamento teórico: el equilibrio reflexivo</p>		

En la primera unidad, al ser destacada la centralidad de la interpretación en el proceso de aplicación del derecho, se llegó a plantear la pregunta sobre la necesidad de que las normas jurídicas fueran interpretadas como una de sus características propias desde un punto de vista ontológico. Conviene detenernos en esta cuestión, antes de pasar al estudio de toda una serie de herramientas que permitirían lograr una interpretación del derecho con alguna pretensión de ser correcta.

Ya veíamos que a primera vista —sobre todo si se tiene en cuenta las grandes estructuras jurídico-institucionales sobre las cuales se fundamenta la actividad judicial— no sería posible negar la importancia de la interpretación que del derecho hacen los jueces, lo cual se constituiría en un paso previo para llegar a la conclusión de su carácter necesario, o si se quiere inevitable, más aún si se parte de la operatividad (su propósito de hacerse efectivos) con la que se conciben los sistemas jurídicos actuales. También veíamos que, pese a lo anterior, se han hecho varios intentos teóricos y prácticos en el sentido de limitar la exigencia de realizar una interpretación judicial del derecho, para que de una u otra forma fueran las normas jurídicas las que (lo más directamente posible) ofrecieran una solución al caso concreto que debía resolverse. Esta última posición que niega la interpretación judicial tiene varios matices, pues hay desde quienes desconfían categóricamente en los jueces como órganos de aplicación del derecho, hasta los que aceptan la interpretación judicial solamente en caso de oscuridad de la norma a ser aplicada.

Ejemplo de la primera tendencia es la disposición contenida en el acta de promulgación del Digesto de Justiniano del año 533, en la que se prohibía a los jueces hacer cualquier interpretación de la ley, ordenándoles dirigirse al creador de las normas (el emperador) en caso de duda²⁰¹. En este mismo sentido en Francia se creó la célebre institución del *référé législatif*, instaurada en 1790 con el propósito de que el Tribunal de Casación enviara al legislador, para su solución, todos aquellos casos en los que fuera evidente la inexistencia de una ley aplicable²⁰². Se inició así un proceso de decaimiento de la actividad

²⁰¹ «Los libros, y sobre todo los comentarios sobre las leyes, están prohibidos. Cuando haya duda sobre el sentido de una ley, los jueces deben someterla a la decisión del emperador, que es el solo legislador y el solo intérprete legítimo». Savigny, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, trad. de Jacinto Mesia y Manuel Poley, Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1940, pp. 239-240.

²⁰² Esta disposición fue recogida por el artículo 21 del capítulo V, título III de la Constitución francesa de 1791: «Cuando después de dos casaciones la sentencia de un tercer tribunal sea impugnada por los mismos medios que los dos primeros, la cuestión ya no podrá ser vista por el tribunal de casación sin haber sido sometida al Cuerpo Legislativo, el cual acordará un decreto declaratorio de la ley, al que tendrá obligación de someterse el tribunal de casación».

judicial en ese país que se extendió prácticamente durante todo el siglo XIX, y el cual giró implícitamente alrededor de las ideas de Robespierre al respecto: «Esa palabra de jurisprudencia de los Tribunales, en la acepción que tenía en el antiguo régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma»²⁰³. La negación radical de la interpretación judicial a sido llamada por algunos como «sistema de interpretación retenida»²⁰⁴, en cuanto se considera que la autoridad que ha dictado la norma retiene para sí la interpretación de la misma –y excluye, por ende, a cualquier otra autoridad, en especial a los jueces–; también ha sido denominada por otros, denominación que es más común, interpretación «auténtica», «legislativa» o «con autoridad». Así, para el Código Civil colombiano (artículo 25) «la interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador»²⁰⁵.

Sea como fuere, lo que hay que destacar de esta forma de concebir la actividad de los jueces es que parte de dos presupuestos que tienen una clara naturaleza ideológico-política, bastante alejada de la visión neutra y a-valorativa de la aplicación del derecho sobre la cual pretende fundarse. En primer lugar, se considera que la interpretación de las normas jurídicas hechas por el mismo legislador garantiza el principio de seguridad jurídica. Sin embargo, si se entiende por seguridad jurídica la posibilidad de predecir las decisiones en la medida en que sean adoptadas sobre la base exclusiva del derecho, poca diferencia hay, en caso de ausencia de norma aplicable (o incluso de oscuridad de la misma), entre que el vacío sea llenado por el mismo legislador o por el juez, puesto que en ambas situaciones el grado de predecibilidad tiene

²⁰³ Citado en Geny, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, trad. de Raimundo Saleilles, Madrid: Editorial Reus, 1925, pp. 87-88.

²⁰⁴ Patras, Luc P., *L'interprétation en droit public interne*, Atenas: Imprimerie Theod. & Athan, 1962, pp. 318 y ss; Gómez Mejía, Fernando, *La Interpretación del Derecho*, Bogotá: Ediciones Ananké, 1979, pp. 131-133.

²⁰⁵ Valencia Zea y Ortiz Monzalve asignan dos características a la interpretación legislativa o con autoridad: en primer lugar, solamente puede hacerse en forma abstracta, nunca en forma singular respecto a un caso concreto; en segundo lugar, dicha interpretación se equipara a cualquier ley, en cuanto tiene la misma fuerza obligatoria que el resto de la legislación y, por ende, debe ser obedecida (nosotros agregaríamos e interpretada) por los jueces. Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monzalve, Álvaro, *Derecho Civil: Parte General y Personas (tomo I)*, Bogotá: Temis, 1994, p. 98.

igual alcance. En segundo lugar, aceptar como única interpretación «auténtica» o «con autoridad» la que hace el mismo creador de las normas, es decir, el legislador, supone una particular idea de la concentración o distribución de las distintas competencias de ejercicio del poder político. Así, la posición de los jueces al interior de una estructura de los poderes públicos en donde el lugar central lo ocupa el legislador, en cuanto que él crea e interpreta las normas, no puede ser sino una posición secundaria de subordinación a lo ya establecido en la ley. Por ende, el que esta interpretación sea la «auténtica» no depende tanto de características propias de la naturaleza normativa del derecho, sino de una decisión política en donde no basta con la separación de los poderes, sino se necesita además de la subordinación de ellos al órgano legislativo.

Por otro lado, como se indicaba, hay quienes no niegan tan categóricamente la interpretación judicial, pero la conciben como una actividad excepcional que depende de la ambigüedad de la norma jurídica a ser aplicada al caso concreto. Sólo se acepta la interpretación por parte de los jueces cuando tienen ante sí una norma «oscura», lo cual supone, si se mira desde el otro extremo del problema, que si se trata de la aplicación de una norma clara no hay lugar a su interpretación (*in claris non fit interpretatio*). Esta concepción de la interpretación judicial como actividad alternativa ante la falta de claridad de las normas, si bien pareciera estar respaldada por alguna forma de sentido común (aunque aquí el «sentido común» es más bien la consecuencia de una decisión política en cuanto a la centralidad de la actividad legislativa frente a la actividad interpretativa del juez), plantea el problema del concepto de claridad y oscuridad de la ley. Si se entiende que la interpretación es la acción y el resultado de captar y esclarecer el sentido de una norma, entonces decir de ella que es «clara» para de esta forma evitar su interpretación, supone que ha sido, en mayor o menor medida, objeto de la actividad interpretativa de quien así la ha calificado²⁰⁶. Es

²⁰⁶ En este sentido explica Vernengo que «las leyes claras tienen que ser comunicadas y entendidas. Por ende, son traducidas al lenguaje que el receptor del mensaje considera adecuado. Los jueces hacen lo propio al aplicar las supuestas leyes claras: las interpretan otorgándoles el sentido que les parece adecuado al lenguaje en que se expresan y a otras circunstancias socialmente dadas» Vernengo, Roberto J., «Interpretación del Derecho», en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid:Trotta, 1996, p. 244.

así como se puede llegar a constatar la necesidad de la interpretación y decir, como lo hace Savigny (1949: 78) que «no depende, como muchos opinan de la casual circunstancia de la oscuridad de una ley. Es cierto que la interpretación en caso de oscuridad de la ley puede resultar más importante y eficaz. Pero aquella cualidad de la ley constituye una imperfección; y es preciso partir de la consideración del estado normal para poder encauzar con seguridad el estado patológico». La situación entonces se invierte y la necesidad de la interpretación en el proceso de aplicación del derecho hará que ella deje de ser una excepción ante la oscuridad de la ley y pase a ser el «estado normal»²⁰⁷.

Que la interpretación sea una condición en el proceso de aplicación de las normas jurídicas no sólo se fundamenta en el carácter problemático del concepto de claridad u oscuridad (dependiendo desde donde se lo mire) de la ley, sino en razones que están profundamente vinculadas con las características de las normas jurídicas y, en general, del derecho como sistema normativo, razones a las que ya se ha hecho referencia²⁰⁸ pero que conviene resaltar ahora, así sea someramente. En primer lugar, si se parte de la concepción normativista del derecho —que es la teoría que, por lo menos en nuestro contexto, ha recibido mayor aceptación— y se entiende que está constituido por normas, y que éstas, a su turno, se manifiestan a través del lenguaje que usualmente utilizan los individuos para comunicarse, entonces no es posible eludir el problema de la vaguedad o textura abierta que afecta a los «lenguajes naturales» y, por consiguiente, al lenguaje normativo²⁰⁹. Para resolver este problema no habría mejor opción que la de dejar al juez, como órgano por excelencia de la aplicación del derecho, la labor de superar la ambigüedad irremediablemente presente en las normas, a través de su interpretación. En segundo lugar, si se considera que las

²⁰⁷ Hay quienes llegan a afirmar que «la claridad de los preceptos jurídicos es inversamente proporcional a la inteligencia o preparación científica del intérprete, mientras que la necesidad de la interpretación es directamente proporcional». Martínez, Luis y Fernández Jesús, *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 281.

²⁰⁸ En el ensayo de la primera unidad, cuando se hizo referencia a las razones ontológico-jurídicas de la centralidad de la interpretación judicial (*supra* p. [...]).

²⁰⁹ Además de H. L. A. Hart (*El Concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 159) se ocupan de la cuestión de la textura abierta que afecta al lenguaje normativo: Carrión, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, pp. 35-36. Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1974, pp. 61 y ss.) y Lloyd, Dennis, *Introduction to Jurisprudence*, Londres: Stevens & Sons, 1959, p. 398.

normas son una especie de «conceptualización» de la realidad²¹⁰ y que, por ende, no contienen más que líneas generales para la regulación del comportamiento²¹¹, no es posible pretender que ellas prevean completamente todos los casos concretos. Esto hace que sea necesaria una ponderación entre el caso y la norma a aplicar, ponderación que se realiza a través de la interpretación. En tercer lugar, en caso de que el sentido literal del texto sea claro (si es que a esta conclusión fuera posible llegar), éste puede plantear algunas dificultades respecto a otros aspectos que de hecho influyen en la aplicación judicial del derecho y, en este sentido, no ser compatible, por ejemplo, con la finalidad de la «institución» o de todo el sistema al que pertenece la norma, o ser contrario a la equidad, la justicia u otros criterios valorativos, o sus consecuencias ser socialmente inadmisibles; la interpretación sería entonces el instrumento para lograr superar estas contradicciones y hacer más depurada la aplicación del derecho.

Ante esta constatación de la necesidad de la interpretación en el proceso de aplicación de las normas jurídicas, conviene detenernos entonces en las herramientas que permitirían superar las dificultades y los problemas que plantea la interpretación de las normas, más aún cuando esta interpretación es realizada por los jueces. Tales herramientas constituyen una interminable serie de reglas, métodos, modelos, máximas, criterios, etc. que no pacificarían sino más bien hacer más enrevesada la actividad interpretativa. Por consiguiente, el propósito es el de examinar a continuación de manera sucinta las más importantes herramientas de la interpretación mediante una estructura que las reúna en tres categorías: en primer lugar, la de los criterios de la interpretación, en segundo lugar, la de los postulados o máximas de la interpretación y, en último término, la de las etapas o momentos de la interpretación jurídica. Al final serán propuestos algunos elementos para la construcción de una teoría que explique la interpretación judicial como una actividad desarrollada siguiendo ciertas pautas metodológicas.

1. LOS CRITERIOS DE LA INTERPRETACIÓN

Ya se hacía referencia al hecho de que las herramientas concretas que son utilizadas por los jueces y por otros intérpretes del derecho reciben los más variados

²¹⁰ M. Djuvara (citado por García Márquez, Eduardo, *La definición del derecho: ensayo de perspectivismo jurídico*, Xalapa [Méjico]: Universidad Veracruzana, 1960, pp. 137-138) concibe a las normas jurídicas como el resultado de inducciones realizadas respecto a juicios concretos en los cuales se afirma la justicia de una determinada conducta.

²¹¹ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1995, p. 281.

nombres. Es por ello que conviene precisar lo que en el contexto de este módulo se va a entender por «criterio» de interpretación. En este sentido, y siguiendo la propuesta de L. Martínez y J. Fernández²¹², se entenderá que los criterios marcan la pauta a seguir por el operador jurídico –en nuestro caso el juez– en orden a lograr la interpretación más racional y alcanzar así la solución que más se adapte a los postulados de justicia vigentes en la sociedad respectiva (lo que Alexy denomina «la pretensión de corrección»)²¹³.

Otra cuestión que también ha preocupado a varios autores que se han ocupado de este asunto es la de la existencia de diversos «criterios» o «métodos» de interpretación y las dificultades que plantea optar por uno de ellos²¹⁴. La pregunta sobre cuál es el criterio correcto o efectivo de interpretación aparece constantemente en los estudios sobre el tema. Sin embargo, pareciera que, después de mucho debatir, el hecho de intentar hacer tal elección supondría desconocer la complejidad de la realidad del derecho y de la interpretación del mismo, puesto que, de manera general, se entiende que cada uno de los criterios establece una serie de reglas fijas que permitirían, al final, llegar a una interpretación correcta. Más allá de ofrecer regulaciones específicas para la interpretación, los criterios pueden ser entendidos, tal como lo propone A. Ross, como el fundamento de un «estilo de interpretación»²¹⁵. Para este autor los criterios de interpretación «no son reglas efectivas, sino implementos de una técnica que –dentro de ciertos límites– habilita al juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en las circunstancias»²¹⁶,

²¹² *Ob. cit.*, p. 288.

²¹³ En cuanto al primer punto, el del logro de la interpretación más racional, Alexy destaca, dentro de su análisis del discurso jurídico como «caso especial» del discurso práctico general, «la pretensión de las partes de argumentar racionalmente. Así, por ejemplo en el proceso civil, las partes no quieren por lo general convencerse unas a otras [...], sino que pretenden, por así decirlo, que toda persona racional deba estar de acuerdo con ellas. Pretenden al menos que sus argumentos sean de tal naturaleza que encontrarían acuerdo bajo condiciones ideales». Alexy, Robert, *ob. cit.*, p. 212. En lo que concierne a la «pretensión de corrección», este autor la entiende de una manera mucho más específica de lo que pudiera dar a entender la adaptación de la interpretación a los postulados de justicia vigentes, en la medida en que la pretensión de corrección del discurso jurídico, «a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas». *Ídem*, p. 213.

²¹⁴ Sobre esta cuestión véase la presentación y el análisis de Luis Recasens Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1995, pp. 629-631.

²¹⁵ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrión, Buenos Aires: Eudeba, 1963, p. 106.

²¹⁶ *Ídem*, p. 148.

lo cual no debe entenderse peyorativamente a la manera de una limitación de la racionabilidad de la interpretación jurídica, sino como una de las características particulares de los criterios de interpretación en el ámbito jurídico²¹⁷.

A continuación se hará referencia somera a los más conocidos y utilizados criterios de interpretación, a partir del célebre modelo que propone Savigny²¹⁸. Al estudio de estos criterios añadiremos el análisis de otros que también son continuamente utilizados en la práctica interpretativa y que han sido objeto de reflexión por varios autores que se ocupan de la interpretación jurídica.

1.1. EL CRITERIO GRAMATICAL

En el debate sobre la interpretación jurídica en general y sobre la interpretación judicial en particular, el criterio gramatical (denominado también criterio literal) ha sido examinado dentro de una situación en la que, por un lado, se afirma la necesidad de captar el sentido lingüístico de la norma como primer paso para su interpretación, y, por el otro, se pone en duda que este criterio baste por sí solo para alcanzar los objetivos que con la interpretación pueda plantearse el juez. Para captar esta naturaleza dual del criterio gramatical conviene, en primer término, establecer que en qué consiste y, en segundo término, determinar cuál es su valor dentro de la actividad interpretativa.

En cuanto al primer punto, para Savigny «el elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes»²¹⁹. Sin embargo, esta noción, aunque establece claramente el objeto de la actividad interpretativa realizada mediante el criterio gramatical (las palabras del legislador o el lenguaje de las leyes),

²¹⁷ En palabras de Alexy, «los cánones [es decir, lo que nosotros hemos llamado «criterios»] no ofrecen una garantía de que se “encuentre el único resultado correcto [...] con una seguridad relativamente grande”. De todas formas, este autor no deja de resaltar su importancia, al negar que sean «simples instrumentos de legitimación secundaria de una decisión, la cual se puede encontrar y fundamentar de distintas maneras». Son, más bien, «formas de las que tiene que servirse la argumentación jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección que se plantea en ella y que, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, se refiere también de manera especial a la vinculación de la ley». Alexy, ob. cit., p. 240.

²¹⁸ El modelo de interpretación propuesto por este autor puede ser consultado en dos de sus obras: *Sistema del derecho romano actual*, cit., pp. 187-188; «Los fundamentos de la ciencia jurídica», cit., pp. 82-85.

²¹⁹ Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 187.

no hace la suficiente claridad sobre los elementos característicos y los resultados de la utilización de este criterio. En este sentido, es posible destacar en primer lugar, que el criterio gramatical está enmarcado por la constatación de que los derechos de las sociedades actuales (incluso se podría pensar que este es un fenómeno que hizo presencia desde los comienzos de la modernidad) se presentan como textos escritos. Para nuestros propósitos, la consecuencia más importante del carácter escrito del derecho es que las normas que lo constituyen pueden ser entendidas como mensajes lingüísticos que, como cualquier mensaje, expresan la intención de quien lo emite, lo que en el caso del derecho se constituiría en una intención normativa del legislador. Esta intención normativa se dirige principalmente a influir el comportamiento de los destinatarios de la norma quienes, al hacer contacto con la norma entendida como mensaje, procuran atribuirle algún sentido que, por múltiples factores (más de los que podrían pensarse) puede acercarse o alejarse de la intención normativa del legislador.

En este caso, no hemos avanzado muy lejos de la interpretación *sensu largo* a la que se hizo referencia en la primera unidad²²⁰, por lo que es preciso, en segundo lugar, poner de presente que el criterio gramatical hace de la interpretación una actividad dirigida a la producción de un segundo texto que capte el sentido del texto interpretado. Es así como «una interpretación literal puede considerarse una suerte de traducción o versión de un texto a otro que, según se dice, expresa en otros términos el mismo sentido que el texto de origen»²²¹. El propósito del criterio gramatical no es el de producir un texto que sea una variación mínima de la norma interpretada (limitándose a simples cambios en cuanto al léxico, la sintaxis o la forma estilística de la proposición que constituye la norma), sino el de lograr un texto que pueda ser mejor entendido, esto es, que posea la característica práctica de permitir una más fácil comprensión del sentido del texto original (la norma interpretada)²²².

A partir de lo anterior es posible establecer un tercer aspecto concomitante al criterio gramatical: si se parte, primero, de que el significado literal de un término depende del contexto en el cual se le

²²⁰ Véase supra p. [...].

²²¹ Vernengo, Roberto J., ob. cit., pp. 242-243.

²²² Véase también, en este sentido, el análisis desarrollado en la primera unidad, supra p. [...].

utilice²²³; segundo, de que la posibilidad de sustituir un término por otro (la sinonimia) depende de los propósitos eminentemente pragmáticos de quien realiza tal acción²²⁴; tercero, de que el significado de una proposición está ligado a su estructura semántica²²⁵, y cuarto, de que el éxito del criterio grammatical depende en buena medida de la riqueza léxica y sintáctica del lenguaje que se esté usando, se tiene entonces que es perfectamente posible conseguir diversas «interpretaciones literales o gramaticales» de un mismo texto o, para el tema que nos ocupa, de una misma norma. Que estas diversas interpretaciones sean interpretaciones literales de un texto legal se puede constatar mediante la presencia de ciertas las relaciones lógicas imprescindibles, lo cual constituye un cuarto punto que sobre el criterio grammatical se quiere resaltar. De acuerdo con Vernengo²²⁶, la primera relación lógica que existe entre una norma y su interpretación literal es que ambos textos son equivalentes, en la medida en que exhiben los mismos valores normativos; además de esta equivalencia, se presenta una relación de equipolencia, es decir, tanto la norma como su interpretación tienen un contenido coincidente, no sólo por su extensión, sino también por su intención.

Los anteriores elementos característicos del criterio grammatical permiten determinar su valor dentro de la actividad interpretativa judicial. Parece haber cierto consenso en el rechazo del criterio grammatical como criterio autónomo y suficiente de interpretación²²⁷. Esto explica que se haya extendido la idea de que

²²³ De acuerdo con Ross «el significado de una expresión se determina en forma más precisa cuando la expresión es considerada en la conexión en que es formulada. Esta conexión puede ser lingüística (el contexto) o no lingüística (la situación). [...] *El significado de una palabra es una función de la conexión –expresión, contexto, situación– en que la palabra aparece*». Ross, Alf, ob. cit., p. 112.

²²⁴ Vernengo, Roberto J., *La interpretación literal de la ley*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, pp. 56-57.

²²⁵ Esto es más evidente si se tiene en cuenta, como lo hace Ross (*ob. cit.*, p. 110) que el significado de una proposición no es «el resultado de la suma total de los significados de las palabras individuales que la forman. Las palabras individuales carecen de significado independiente, solo tienen un significado abstraído de las expresiones [proposiciones] en que aparecen».

²²⁶ Vernengo, Roberto J., «Interpretación del Derecho», cit., p. 245.

²²⁷ F. Gómez Mejía señala que el antecedente más antiguo de las opiniones que consideran que el criterio literal es insuficiente para la tarea interpretativa es un fragmento escrito por el jurista romano Celso en el que se considera que saber las leyes no es conocer sus palabras, sino su fuerza y su poder. Gómez Mejía, Fernando, *ob. cit.*, pp. 135-136.

el criterio gramatical es el primer eslabón de una serie de criterios que, reunidos todos, constituyen la interpretación del derecho. Es así como P. Vinogradoff considera que en cuanto el derecho se compone de enunciados escritos, el primer deber del juez es utilizar el criterio gramatical que de esta forma se erige no sólo como criterio necesario sino también, en ciertas ocasiones, como criterio suficiente de la interpretación judicial²²⁸. Con todo, la importancia del criterio gramatical, a pesar de este intento de recuperación, queda bastante maltrecha, puesto que la posibilidad de que este criterio produzca varias interpretaciones gramaticales o literales implica que la elección de una de ellas dependa en buena medida de las preferencias del intérprete y de su interés en alcanzar una versión que pueda ser compartida²²⁹. Por ello ha afirmado Ross que «la creencia en una “interpretación literal” es una ilusión» porque ella «se apoya siempre en otros factores; en particular, en conjeturas acerca de la “idea”, el “propósito” o “la intención” asociados a la obra»²³⁰. De igual forma Vernengo concluye que la interpretación literal es, a la postre, un recurso a ciertos patrones culturales que puedan refrendar, como lingüísticamente legítimo, alguno de los sentidos de un término que convenga a la norma²³¹.

1.2. EL CRITERIO LÓGICO

Dice Savigny sobre el criterio lógico que tiene como objeto la descomposición del pensamiento contenido en la norma, para establecer así las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes. Un primer asunto que plantea este criterio es el de la aplicación de la lógica formal tradicional en orden a resolver las dificultades planteadas por la interpretación jurídica. Al respecto en los últimos años del siglo XX se abandonó paulatinamente lo que puede ser llamado «pretensión de logicismo», en la medida en que con la interpretación no se pretende realizar una actividad intelectual constante, completa y exclusivamente congruente con los principios de la lógica

²²⁸ Vinogradoff, Paul, *Introducción al Derecho* (2^a ed.), México: Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 89 y ss.). Asimismo, Valencia Zea y Ortiz Monzalve (*ob. cit.*, p. 105) ponen de relieve que «los métodos modernos no condenan la exégesis [que se fundamenta en el criterio gramatical], pues toda ley consta de palabras y proposiciones gramaticales que es necesario conocer en primer término; simplemente sostienen que la sola exégesis no es suficiente, y que de las palabras debemos remontarnos hasta los principios esenciales del sistema jurídico».

²²⁹ Vernengo, Roberto J., «Interpretación del Derecho», *cit.*, p. 245.

²³⁰ Ross, *ob. cit.*, p. 118.

²³¹ Vernengo, Roberto J., *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 412.

formal o puramente deductiva (por ejemplo, con el principio de no contradicción, con el principio de plenitud, etc.), sino que ella tenga en cuenta, además, los postulados de lo que algunos consideran otros tipos de lógica, o las herramientas que ofrece la argumentación tópica, valorativa y prudencial, todo lo cual permitiría superar las eventuales inconsistencias a las que podría llevar la aplicación estricta de la lógica formal a los problemas de la interpretación judicial²³². Las posiciones al respecto van desde quienes niegan completamente su pertinencia y efectividad, hasta los que consideran que la lógica formal es una de las alternativas de las que dispone el intérprete jurídico para lograr una interpretación que pueda ser considerada como correcta y conforme a derecho, llegando en este último caso a ser considerada como un principio general del razonamiento jurídico²³³.

En segundo lugar, es preciso señalar, a partir del modelo propuesto por Martínez y Fernández²³⁴, algunas de las más conocidas y aplicadas reglas lógicas —llamadas también «argumentos»—, las cuales, a pesar de ser constantemente

²³² Un ejemplo célebre de esta forma de pensar es Recasens Siches, para quien «la lógica tradicional o físico-matemática no es adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos, por consiguiente, tampoco para los menesteres jurídicos, entre los cuales figura la interpretación del Derecho. Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia —incluyendo la práctica del Derecho— hay que emplear un tipo diferente de *logos*, que tiene tanta dignidad como la lógica tradicional, si es que no superior a la de ésta; hay que manejar el *logos* de lo humano, la lógica de lo razonable, la cual es razón, tan razón como la lógica de lo racional, pero diferente de ésta. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia». Recasens Fiches, Luís, *ob. cit.*, p. 642.

²³³ En este sentido, U. Klug pone de presente que «la lógica [el autor se refiere aquí a la lógica formal] tiene también mucha importancia para la ciencia del derecho, a menos que quiera renunciarse en su campo a la posibilidad de la discusión, a la exposición de fundamentos y demostraciones, y al desarrollo de teorías. De manera que al reproche de “logicismo”, que a veces se alza contra muchas direcciones de la jurisprudencia, no se le puede entender en el sentido de que la lógica carece de papel alguno en la ciencia del derecho, porque esto significaría autorizarla para establecer sin trabas afirmaciones contradictorias entre sí (para mencionar, por vía de ejemplo, solo uno de los principios lógicos, el de contradicción). Con todo, sería admisible el reproche —y es así como se lo debería entender en general— de que determinada dirección de la jurisprudencia tiene la culpa de acentuar indebidamente el aspecto lógico frente a otros aspectos que son igualmente esenciales. Pero, de todos modos, no se podrá negar seriamente la importancia decisiva que posee la lógica también para la ciencia del derecho». Klug, Ulrich, *Lógica Jurídica*, trad. de J. C. Gardella, Bogotá: Temis, 1990, pp. 3-4.

²³⁴ *Ob. cit.*, pp. 289-290.

reconocidas, pueden ser objeto de prueba en contrario al momento de ser aplicadas a un caso en concreto²³⁵. Entre ellas cabe destacar: el argumento *a pari*, de acuerdo con el cual el legislador, al regular un caso concreto de una determinada forma, implícitamente quiso también regular de la misma manera otros casos de la misma especie; el argumento *a contrario*, que establece que el legislador, al regular un caso de una determinada manera, pretendía a la vez excluir de dicha regulación todos los demás casos de distinta naturaleza; el argumento *a fortiori*, según el cual el legislador, al regular un caso, pretendía regular de la misma manera y con más razón otro caso distinto al directamente regulado, porque en este último concurren razones más claras e imperiosas²³⁶; el argumento *a generali sensu*, que implica una interpretación que extiende los alcances de la norma y cuya aplicación se hace por lo general cuando se trata de normas favorables y existen razones de identidad o semejanza en el supuesto de hecho de la norma objeto de interpretación que fundamenta su aplicación a otros supuestos de hecho; el argumento *stricta lege*, que, al contrario del anterior, estipula una interpretación restrictiva dirigida a las normas desfavorables o sancionadoras; el argumento *ad absurdum* que fundamenta la elección de una entre varias interpretaciones de una norma en cuanto que las demás conducirían a situaciones carentes de sentido.

1.3. EL CRITERIO HISTÓRICO

Un tercer criterio es propuesto a partir de lo que Savigny denomina el elemento histórico de la interpretación, el cual tiene por objeto «la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley», puesto que si la ley debía intervenir en la relación jurídica de determinada manera, entonces «el mencionado elemento ha de evidenciar el modo de aquella intervención: lo que por aquella ley se ha introducido de nuevo en el Derecho»²³⁷.

²³⁵ Es por esto que respecto a este tipo de argumentos o «máximas», Ross (ob. cit., p. 148) muestra bastante suspicacia. Este autor las caracteriza como un «conjunto sistemático de frases atractivas (a menudo acuñadas en forma de proverbios) y de significado impreciso que pueden fácilmente ser manejadas de manera tal que conduzcan a resultados contradictorios. Dado que no existen criterios objetivos que indiquen cuándo debe aplicarse una máxima y cuándo otra, ellas ofrecen gran amplitud para que el juez legue al resultado que considera deseable».

²³⁶ El argumento *a fortiori* se divide en dos argumentos más concretos: el argumento *a minore ad maius*, (de haberse prohibido lo menos se deduce que se prohibió lo más) y el argumento *a maiore ad minus* (de haberse facultado a alguien para lo más se deduce que se ha facultado para lo menos).

²³⁷ Savigny, «Los fundamentos de la ciencia jurídica», cit., p. 83.

Respecto a la manera como Savigny entiende el criterio histórico conviene hacer dos precisiones. En primer lugar, la trascendencia que se le reconoce a este criterio en la medida en que este autor es el fundador y el más conocido representante de la Escuela Histórica del Derecho. Si el derecho es considerado, como lo hace esta corriente del pensamiento jurídico, como el producto normativo del «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*)²³⁸ y si la ley no tiene un campo conceptual distinto al del derecho generado por el espíritu del pueblo, entonces la interpretación de las normas supone un análisis de la evolución del desarrollo histórico de las instituciones jurídicas.

Una segunda precisión se refiere a la manera como Savigny concebía tal criterio histórico. Su propósito no se reduce a determinar el sentido del texto legal en sí mismo considerado, puesto que el criterio histórico está dirigido a establecer lo que el legislador quiso al momento de elaborar la norma, lo cual significa que el intérprete debe «colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia»²³⁹. Todo ello permite considerar que este criterio, en cuanto afirma que lo decisivo es la voluntad del autor que dictó la ley, tiene un profundo carácter subjetivo, por lo cual puede ser llamado criterio «histórico-subjetivo». En este caso el objeto principal, o si se quiere exclusivo, de la actividad interpretativa es la voluntad del legislador, por lo que para B. Windscheid y T. Kipp (defensores del criterio histórico-subjetivo), la interpretación de la ley ha de constatar aquel sentido que el legislador otorgó a las palabras por él usadas y colocarse en la situación en la que se encontraba al momento de la promulgación²⁴⁰.

²³⁸ Para Savigny «la Escuela Histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser esta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna». Savigny, Friedrich Karl von (1994), «Sobre el fin de la revista de la Escuela Histórica», en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El Ámbito de lo Jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica, 1994, p. 25.

²³⁹ Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 187.

²⁴⁰ Windscheid, Bernhard y Kipp, Theodor, *Tratado de derecho civil alemán: derecho de Pandectas*, trad. de Fernando Hinestrosa, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1976, 38.

El criterio histórico-subjetivo ha sido objeto de fuertes críticas que están dirigidas fundamentalmente a los presupuestos de los que parte. Así, en primer lugar, pretender buscar la voluntad del legislador supone una identificación precisa de éste, lo cual no es nada fácil si se tiene en cuenta la manera como en efecto son creadas y promulgadas las normas en los sistemas jurídicos actuales²⁴¹. En segundo lugar, el criterio histórico-subjetivo no se percata del hecho de que las normas jurídicas, una vez promulgadas, tienden a objetivarse y su existencia se concibe independientemente de la voluntad del legislador²⁴². En tercer lugar, tal criterio supone que la actividad interpretativa se reduce a ser una simple investigación de la voluntad del legislador, entendida ésta desde una difusa perspectiva empírico-sicológica, que, por ende, impide cualquier intromisión de la voluntad del intérprete. Esta percepción difícilmente puede encajar con la realidad de la interpretación judicial, en donde parece ser inevitable cierto grado de intromisión de aspectos

²⁴¹ Ch. Perelman al plantearse la pregunta por la voluntad del legislador advierte que «en el régimen parlamentario el legislador no es un ser único, sino una corporación que frecuentemente comprende decenas de miembros, distribuidos muchas veces en dos asambleas y que además la mayor parte de ellos votan siguiendo una disciplina de partido y desinteresándose de la cuestión. Los más competentes tienen con frecuencia puntos de vista diferentes sobre la materia que de ordinario se esfuerzan en conciliar por medio de un compromiso obtenido merced a fórmulas de alguna vaguedad, que permiten por ello interpretaciones divergentes». Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luís Diez-Picazo, Madrid: Civitas, 1979, p. 55. En esta misma línea, G. Radbruch destaca el origen estatal de las normas en la mayoría de los sistemas jurídicos actuales y las consecuencias que ello tiene en la determinación de la voluntad subjetiva del legislador en cuanto que «el Estado no habla por las manifestaciones personales de los participantes en la producción de la ley, sino por la ley misma». Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*, trad. de José Medina Echavarría, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, p. 147.

²⁴² Es así como Valencia Zea y Ortiz Monzalve (ob. cit., p. 107) ponen de relieve que «la ley, una vez expedida, se aparta del querer de su autor y adquiere un valor intrínseco, que depende más de las concepciones culturales actuales, de las necesidades que debe satisfacer el sistema jurídico, de los usos comerciales, que del querer o voluntad ocasional de quien participó en su elaboración». En igual sentido, K. Engisch niega que la tarea del intérprete sea la de «retroceder años y decenios desde el presente y sus problemas hasta el alma de un legislador que en realidad ya no interesa. Por consiguiente *interpretatio ex nunc* y no *interpretatio ex tunc*. [...] La tarea del jurista consiste en interpretar de acuerdo con los tiempos, contemporáneamente. Su mirada no está dirigida hacia el pasado, sino hacia el presente y el futuro». Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Ediciones Guadarrama, 1967, p. 119.

subjetivos del intérprete, que no sólo son de carácter valorativo, sino también de carácter operativo, práctico, económico, etc.²⁴³

Ante estas críticas surgió una versión «objetiva» del criterio histórico, la cual, a partir de la constatación de la autonomía de las normas jurídicas respecto de la voluntad de su autor, se propone determinar no ya la voluntad del legislador sino el sentido que de la norma se desprende si se le considera objetivamente, como si se tratara de buscar la «voluntad de la ley». Sigue que dentro del proceso de «objetivación» que sufre la norma después de promulgada, ella puede adoptar significados distintos al que originalmente le había asignado el legislador, ya sea por una evolución del lenguaje²⁴⁴, ya sea por una transformación de la realidad objeto de regulación, ya sea por una alteración de los criterios valorativos que justificaban el contenido de la norma. Por consiguiente, poca utilidad tiene buscar una voluntad legislativa que ya no tiene mayor vínculo con el significado de la norma, y la interpretación debe dirigirse más bien a la concreción de este significado teniendo en cuenta que su naturaleza es dinámica, es decir, evoluciona articulándose con las

²⁴³ Gómez Mejía (*ob. cit.*, p. 151) señala que el criterio histórico-subjetivo tal como lo entiende Savigny implica consideraciones adicionales, dado que para el fundador de la Escuela Histórica, «el elemento histórico ha de contribuir a determinar el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido. [...] Hay, pues, al menos implícitamente, un interés por descubrir las finalidades perseguidas, dando lugar a una vinculación entre el elemento histórico y el teleológico de la interpretación. Como el fin de la ley suele adolecer de una cierta indeterminación, lo que hace incierto su conocimiento y necesaria la atribución de sentido, la interpretación histórica implica en último término el recurso a pautas valorativas». En cuanto a la intervención de elementos subjetivos del intérprete al momento de desarrollar la actividad interpretativa, Ross (*ob. cit.*, p. 133) sostiene que el modelo del criterio histórico-subjetivo es «psicológicamente insostenible». «El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al derecho (la conciencia jurídica formal) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción».

²⁴⁴ Valencia Zea y Ortiz M (*ob. cit.*, p. 109) traen a colación un interesante ejemplo de evolución del lenguaje jurídico: «la palabra *culpa* empleada en diversos pasajes de nuestro Código Civil (arts. 2341 y ss., etc.), fue entendida hace más de un siglo como un concepto subjetivo, es decir, vinculado a una conducta individual; hoy día, en cambio, dicha palabra tiene un acentuado carácter social y objetivo, pues se estima que comete *culpa* quien realiza una acción contraria al modo de obrar de las personas que se comportan con un mínimo de prudencia. Es decir, que no se examina la existencia o no existencia de la prudencia en quien ha causado el daño, sino que se indaga si la persona se comporta siguiendo determinados estándares de conducta social».

circunstancias sociales y las necesidades que éstas plantean. Es curioso que haya sido un juez francés (teniendo en cuenta que Francia es «el país natal» de la exégesis, escuela que impulsó el criterio histórico-subjetivo²⁴⁵) quien se encargó de sintetizar el criterio histórico-objetivo: «No debe el juez intentar encontrar tercamente cuál fue el pensamiento de los autores del Código hace cien años, releyendo cualquiera de sus artículos. Debe investigar cuál sería ese pensamiento si el mismo artículo fuera redactado actualmente por ellos. Debe pensar que frente a todos los cambios que después de un siglo se han producido en las ideas, en las costumbres, en las instituciones, en el estado de la sociedad y de la economía francesa, la justicia y la razón exigen la adaptación liberal y humana del texto a las realidades y exigencias de la vida moderna»²⁴⁶.

1.4. EL CRITERIO SISTEMÁTICO

Savigny propone un último criterio al hacer referencia al elemento sistemático de la interpretación, el cual «tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad»²⁴⁷. Este criterio se ocupa de la relación de la norma a interpretar con el resto de normas de la «vasta unidad» constituida por el sistema jurídico y, además, de la plenitud del derecho entendido, también en este caso, como sistema normativo. Los problemas que plantean la coherencia y la plenitud del derecho suponen, como señala Nino, la frustración de ciertos ideales racionales que debe satisfacer un sistema normativo, puesto que, independientemente de actitudes valorativas, se pretende que los sistemas de normas sean coherentes, completos, económicos y operativos²⁴⁸. A continuación se analizarán

²⁴⁵ La investigación histórica propuesta por la exégesis se circunscribe en una especie de estudio psicológico sobre la presencia del dato histórico en la mente del legislador; sin embargo, la única evidencia que se acepta son los documentos escritos que den cuenta de la voluntad de aquel (informes preparatorios, exposiciones de motivos, discusiones parlamentarias, etc.). Soler, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona: Ariel, 1979, p. 119.

²⁴⁶ Se trata del discurso pronunciado por el presidente de la Corte de Casación, Ballot-Beaupré, en 1904 con ocasión del centenario de la promulgación del *Code Civil* de Bonaparte. Valencia Zea y Ortiz Monzalve (*ob. cit.*, pp. 110-113) hacen un detallado estudio de los autores que consideran al criterio histórico-objetivo como la herramienta de mejores resultados en la interpretación jurídica.

²⁴⁷ Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, *cit.*, p. 188.

²⁴⁸ Nino, Carlos Santiago, *ob. cit.*, p. 272.

brevemente estos dos tipos de problemas de los sistemas jurídicos y la utilidad de los criterios para solucionarlos en el ámbito de la interpretación.

1.4.1. EL PROBLEMA DE LAS ANTINOMIAS

Siguiendo a C. E. Alchourrón y E. Bulygin se presenta una antinomia, contradicción o inconsistencia entre dos normas cuando correlacionan un caso con dos o más soluciones y lo hacen de tal forma que la conjunción de esas soluciones constituye una contradicción normativa (o, según los autores, una «contradicción deóntica»)²⁴⁹. Ello permite establecer tres condiciones para la existencia de antinomias jurídicas: primero, que las normas inconsistentes pertenezcan al mismo sistema jurídico; segundo, que las dos normas se refieran al mismo caso, en el sentido de que tengan el mismo ámbito de validez²⁵⁰; tercero, que las normas inconsistentes imputen al caso soluciones lógicamente incompatibles²⁵¹.

²⁴⁹ Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 101.

²⁵⁰ Bobbio distingue cuatro ámbitos de validez de una norma: *temporal, espacial, personal y material*. Ello permite a este autor señalar varios ejemplos donde no hay contradicción normativa: respecto a la validez temporal, la norma «está prohibido fumar de las cinco a las siete» no es incompatible con la norma «está permitido fumar de las siete a las nueve»; respecto a la validez espacial, la norma «está prohibido fumar en la sala de cine» no es incompatible con la norma «está permitido fumar en la sala de espera»; respecto a la validez personal, la norma «se prohíbe fumar a los menores de 8 años» no es incompatible con la norma «se permite fumar a los adultos»; respecto a la validez material, la norma «se prohíbe fumar cigarros» no es incompatible con la norma «se permite fumar cigarrillos». Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 1994, pp. 188-189.

²⁵¹ Siguiendo el modelo de Nino (*ob. cit.*, p. 273), puede establecerse la siguiente estructura de soluciones normativas lógicamente incompatibles o lógicamente compatibles: 1) la prohibición de una acción es lógicamente incompatible con su permisión (autorización de hacer), con su facultamiento (o sea, la permisión tanto de la acción en cuestión como de su opuesta, esto es, cuando se trata de una acción optativa) y, por supuesto, con su obligatoriedad; 2) la obligatoriedad es incompatible con el facultamiento de la acción y con su prohibición; 3) la permisión de una conducta es compatible con su facultamiento y con su obligatoriedad. A partir de estas relaciones es posible establecer el siguiente cuadro (Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *ob. cit.*, pp. 74-75):

Operador	Compatibilidad	Incompatibilidad
Facultativo	Permitido	Prohibido y obligatorio
Permitido	Obligatorio y facultativo	Prohibido
Prohibido	—	Facultativo, permitido y obligatorio
Obligatorio	Permitido	Prohibido y facultativo

Además de sus condiciones, las antinomias pueden ser de varios tipos. Siguiendo el modelo de Ross²⁵² tenemos: 1) la inconsistencia «total-total» (o «incompatibilidad absoluta») que se produce cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra. Si las hipótesis de hecho de cada norma fueran simbolizadas con un círculo, habría inconsistencia de este tipo si ambos círculos coincidieran completamente. 2) La inconsistencia «total-parcial» (o «inconsistencia entre la regla general y la particular») que se produce cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera. Esta inconsistencia puede ser representada gráficamente mediante un círculo que se encuentra dentro de otro. 3) La inconsistencia «parcial-parcial» (o «superposición de reglas»), que se produce cuando cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Esta inconsistencia puede ser representada gráficamente mediante dos círculos secantes.

Para resolver las antinomias entre dos o más normas la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de criterios que en la gran mayoría de los sistemas jurídicos actuales han sido recogidos explícitamente en algunas de sus normas legisladas. Es así como se establece, en primer lugar, el criterio jerárquico o principio *lex superior derogat inferiori*, de acuerdo con el cual siempre que se presente incompatibilidad entre dos normas prevalecerá aquella que sea jerárquicamente superior²⁵³, lo que supone que el derecho está estructurado de tal forma que sus normas no están ubicadas en un mismo plano sino en planos diferentes. Un segundo criterio es el cronológico o principio *lex posterior derogat priori*, que resuelve la inconsistencia haciendo prevalecer

²⁵² *Ob. cit.* pp. 124-125.

²⁵³ De acuerdo con el artículo 4º de la Constitución colombiana, ésta es «norma de normas», por lo que «en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». En este mismo sentido, el artículo 5º de la ley 57 de 1887 dispone que «cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella». Además, según el artículo 9º de la ley 153 de 1887 «la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente».

la norma que haya sido promulgada en último término²⁵⁴. Este criterio, tal como lo señala Bobbio²⁵⁵, permite el progreso jurídico y la gradual adaptación del derecho a las exigencias sociales, además de que si la norma anterior fuera la que prevaleciera, entonces las normas posteriores serían actos inútiles y sin propósito alguno. En último término, las antinomias pueden ser resueltas a través del criterio de especialidad o principio *lex specialis derogat generali*, conforme al cual de dos normas incompatibles, la una cuyo contenido sea general y la otra cuyo contenido sea especial, prevalecerá la segunda²⁵⁶.

Que una norma tenga un contenido especial puede significar, por un lado, que tiene menor extensión material, esto es, que es una norma concreta frente a una norma abstracta, o, por otro lado, que tiene una menor extensión personal, en otras palabras, que es una norma particular frente a una norma general²⁵⁷, o, finalmente, que tiene una menor extensión espacio-temporal²⁵⁸. El criterio de especialidad puede ser visto como una aplicación concreta del principio general de justicia distributiva, de acuerdo con el cual se debe dar igual tratamiento a personas o entidades de una misma categoría y tratamiento diferente a personas o entidades que pertenecen a categorías distintas. De esta forma, tal criterio permitiría solucionar las dificultades que supone la interpretación de una norma general con miras a ser aplicada a un caso concreto.

²⁵⁴ El artículo 2º de la ley 153 de 1887 acoge este criterio en los siguientes términos: «la ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior». Asimismo, el artículo 3º de la misma ley ordena estimar «insuficiente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería» (véase también los artículos 71 y 72 del Código Civil).

²⁵⁵ *Ob. cit.*, p. 192.

²⁵⁶ De acuerdo con el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 «la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general».

²⁵⁷ En suma, son normas abstractas aquellas que son universales respecto a la acción prescrita, es decir, aquellas que regulan una acción-tipo o una clase de acciones, mientras que las normas concretas son aquellas que regulan una acción particular. Por otra parte, son normas generales las que son universales respecto del destinatario, esto es, las que se dirigen a una clase de personas, mientras que las normas particulares tienen por destinatario un individuo particular. Bobbio, *ob. cit.*, pp. 128-131.

²⁵⁸ Martínez y Fernández, *ob. cit.*, p. 106.

A pesar de que en buena parte de los casos de antinomia estos criterios pueden cumplir una función efectiva, no hay que creer, tal como lo pone de presente Nino, que tengan el carácter de leyes lógicas, «puesto que su aplicación está sujeta a evaluaciones pragmáticas, que dan lugar a excepciones irregulares»²⁵⁹. Ello se patentiza en cuando, por un lado, se presenta una insuficiencia de los criterios, lo cual se produce porque las dos normas en conflicto son contemporáneas, están ubicadas en el mismo nivel de la jerarquía normativa y son ambas generales, o cuando, por otro lado, las soluciones ofrecidas por dos o más criterios son también, a su turno, contrarias entre sí (lo que puede denominarse «conflicto de segundo nivel»). En estos casos de insuficiencia o de conflicto entre los criterios para solucionar las antinomias, aunque se puedan determinar algunas pautas para resolverlos (por ejemplo, dar cierto predominio al criterio *lex superior* en caso de conflicto con los otros dos)²⁶⁰, será el juez quien a la postre, utilizando otros criterios de la interpretación, optará por uno u otro en su decisión.

1.4.2. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS

El artículo 230 de la Constitución colombiana dispone que «los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley». Ante esta norma puede plantearse la pregunta de qué hacer cuando «la ley» o, en otras palabras, el derecho en su conjunto (incluidas otras normas distintas a la ley, como la constitución, los decretos administrativos, etc.), no ofrezca ninguna solución normativa a un caso concreto. La diferencia de este caso con el de las antinomias está en que aquí, en vez de presentarse una proliferación de normas que ofrecen soluciones contradictorias al caso, se presenta una ausencia de normas a ser interpretadas. Se trata entonces de lo que tradicionalmente ha sido denominado lagunas del derecho, acontecimiento que pone en duda el ideal de plenitud del ordenamiento jurídico, es decir, la idea de que en el derecho existe una norma para regular cada uno de los casos que se van presentando. Siguiendo nuevamente a Alchourrón y Bulygin, puede considerarse que existe una laguna normativa cuando el sistema jurídico no correlaciona un caso con alguna calificación normativa de una determinada conducta²⁶¹.

²⁵⁹ *Ob. cit.*, p. 276.

²⁶⁰ Varias de estas pautas son presentadas y explicadas por Martínez y Fernández (*ob. cit.*, pp. 107-108) y Bobbio (*ob. cit.*, pp. 196-205).

²⁶¹ *Ob. cit.*, p.49.

Frente a esta forma de entender las lagunas del derecho se han presentado varias posiciones. En primer lugar, algunos autores, por ejemplo Carnelutti, aceptan la existencia de lagunas, pero sostienen que existe una exigencia de tipo ideal que plantea la necesidad de eliminarlas, de lo cual concluyen que el derecho es un sistema normativo pleno²⁶². Sin embargo, cabe preguntarse si la posibilidad de llenar las lagunas a través de ciertos criterios es suficiente motivo para afirmar la plenitud del derecho, pues ello sería como negar la existencia de huecos en el asfalto de las calles porque es posible que las autoridades los reparen rellenándolos²⁶³. En segundo lugar, hay quienes consideran que los sistemas jurídicos son intrínsecamente completos. En este sentido, es paradigmática la posición de Kelsen, para quien la afirmación de la existencia de las lagunas en el derecho es una teoría errada, «puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido»²⁶⁴. Esta forma de asegurar la plenitud del derecho a través de una regla de clausura o norma general negativa —que puede ser concretamente planteada en los siguientes términos: «todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido»— ha sido criticada detalladamente por Alchourrón y Bulygin²⁶⁵, en el sentido de que esta regla de clausura puede ser entendida de dos formas: por una parte, la expresión «permitido» que aparece en la regla puede ser entendida como equivalente a «no prohibido», lo cual daría lugar a un enunciado tautológico («todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente no prohibido»); por otra parte, la regla de clausura puede referirse a una autorización establecida explícitamente, es decir, a la existencia de una norma que permitiría la acción objeto de análisis. Sin embargo, como explica Nino²⁶⁶ se trataría entonces de un enunciado

²⁶² «Por plenitud del ordenamiento jurídico se entiende la exigencia de que en el ordenamiento exista un mandato idóneo para la composición o solución de cualquier conflicto de intereses que se plantee en la sociedad jurídicamente ordenada». Carnelutti, Francesco, *Teoría general del derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid: Revista del Derecho Privado, 1955, p. 107.

²⁶³ De acuerdo con Alchourrón y Bulygin (*ob. cit.*, p. 180) el postulado de la plenitud del derecho no expresa una exigencia, sino que afirma un hecho y, además, un hecho necesario: la clausura de los sistemas jurídicos. En este mismo sentido véase: Nino, *ob. cit.*, p. 284.

²⁶⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo de la edición alemana de 1960, México: Porrúa, 1995, p. 255.

²⁶⁵ *Ob. cit.*, pp. 184-187.

²⁶⁶ *Ob. cit.*, pp. 283-284.

de contenido empírico —empírico en la medida en que establece la existencia de una norma—, cuya verdad no puede establecerse *a priori* respecto de todo sistema jurídico, pues depende de que, efectivamente, en el sistema respectivo exista una norma que autorice toda conducta no prohibida. De esta manera se plantea la tercera posición que, ante las críticas planteadas a las dos primeras, afirma la existencia de lagunas en el derecho como una cuestión de hecho ante la inexistencia de una regla de clausura general en un sistema jurídico concreto.

Lo que interesa para nuestros propósitos es determinar qué puede hacer el juez ante la eventualidad de una laguna. Una de las herramientas más usuales para llenar una laguna respecto a un caso específico es la de la analogía, tal como la prevé el artículo 8 de la ley 153 de 1887: «cuando no haya exactamente ley aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes [...]». La analogía supone que un caso que no recibe ninguna solución normativa tiene alguna propiedad común con otro caso que si la recibe, por lo que estaría justificado aplicar al primero la solución normativa prevista para este último. Puede percibirse con esta sola explicación que la analogía es un «procedimiento que no se aplica mecánicamente y, cuando se lo aplica, deja al juez un amplio margen de arbitrio, ya que todo caso imaginable se parecerá a otro en algún aspecto y se diferenciará de él en otros muchos»²⁶⁷.

Otro recurso al que se acude usualmente para llenar las lagunas normativas es el de aplicar los «principios o reglas generales del derecho», recuso previsto también por el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y por el artículo 230 de la Constitución. Sin embargo, los principios generales del derecho suponen varias dificultades a la hora de su aplicación. Así, si a lo que se hace referencia con el término «principios generales del derecho» es a cierto tipo de postulados fundamentales y de contenido general, previstos en las normas jurídicas de mayor jerarquía del sistema, tales como la constitución o los códigos, entonces no nos encontramos ante ninguna laguna, pues existe una norma aplicable al caso concreto. Si, por el contrario, de lo que se trata es de principios que no son el contenido de ninguna norma jurídica, sino de «conceptos o proposiciones que animan o inspiran sectores más o menos amplios del Derecho legal o del Derecho consuetudinario [...]»

²⁶⁷ Nino, *ob. cit.* p. 285.

aunque ningún hombre los haya formulado expresamente»²⁶⁸, cabe plantear la pregunta por la existencia misma de este tipo de conceptos en sistemas normativos como los derechos actuales.

1.5. EL CRITERIO TELEOLÓGICO

Hasta aquí hemos examinado los criterios de interpretación propuestos explícitamente por Savigny al hablar de los elementos de la interpretación. Con todo, es posible constatar la existencia de otros criterios que Savigny habría propuesto de manera implícita. El primero de ellos está vinculado con lo que generalmente es denominado criterio «teleológico» o «finalista».

A primera vista pareciera que este autor rechaza de plano cualquier recurso al criterio teleológico en cuanto que considera el «motivo de la ley», entendido como «el efecto que la ley está llamada a producir, es decir, el *fin*, la *intención* de la ley» como algo que no pertenece al contenido de la ley y, por lo tanto, como algo «extraño al objeto de la interpretación»²⁶⁹. Sin embargo, por una parte, Savigny llega a aceptar, con precaución y reservas, la invocación del motivo de la ley²⁷⁰ y, por la otra, asegura que los principios contenidos en los cuatro elementos de la interpretación que había propuesto son suficientes para la interpretación de las leyes en su estado normal, pero que es necesario recurrir a otros medios en caso de leyes defectuosas, entre los cuales está el de los motivos o fin de la ley²⁷¹.

A propósito de los motivos o fines, es posible asumir dos perspectivas. La primera es la que se detiene en el examen del fin de la norma individualmente considerada, que está vinculado profundamente con el carácter operativo que tienen el derecho, en la medida que cada una de sus normas pretende, es decir, tiene como fin, influir en la realidad social a través de la regulación del comportamiento de sus destinatarios. Lo anterior supone que la interpretación finalista está enmarcada por

²⁶⁸ Hernández Marín, Rafael, *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea*, Madrid: Tecnos, 1989, p. 54.

²⁶⁹ Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 189.

²⁷⁰ «El motivo de la ley puede ser con provecho y seguridad invocado, cuando se trata de saber cuál es la naturaleza de la regla contenida en la ley [...]. Mayor precaución y reserva debe usarse para aplicarlo a la interpretación de la ley, pues su empleo varía según su grado de certidumbre y según su afinidad con el contenido de la ley, como se ha dicho arriba». *Ídem*, p. 191.

²⁷¹ *Ídem*, p. 192-193.

el contexto histórico que permite establecer la finalidad de la norma al momento de realizarse la actividad interpretativa del juez, respecto a lo cual salta a la vista el carácter dinámico de este criterio de interpretación, dado que, como sucede con el criterio histórico, más que la finalidad subjetiva que el creador de la norma se trazo al momento de su promulgación, el intérprete judicial persigue una especie de fin objetivo de la norma en sí misma considerada.

Esta finalidad propia de la norma está vinculada, por una parte, con una serie de postulados generales que guían el contenido de todas las reglas del sistema jurídico, que pueden manifestarse explícitamente en una norma y que generalmente reciben el nombre de principios; por otra parte, la situación de las relaciones sociales que la norma objeto del criterio teleológico pretende regular es también un aspecto a tener en cuenta. Se trata de dos elementos, uno sistemático y otro supra-sistemático, que conforman el análisis de este criterio de la interpretación jurídica.

Esto último permite considerar la segunda perspectiva desde la cual se puede desarrollar una interpretación teleológica del derecho. Tal como se desprende de lo que acaba de ser señalado, y tal como lo han resaltado autores como Engisch²⁷², existe una relación estrecha entre el criterio sistemático y el teleológico, en el sentido de que el sistema jurídico, en su conjunto, está destinado a cumplir una serie de finalidades hacia las que se dirigen todas las normas que lo componen. En el caso de los fines del derecho considerado sistemáticamente, su gran número, su variada índole y la flexibilidad de su importancia son aún más patentes que en el caso de las finalidades de una sola norma. Por ello, el recurso a los fines del derecho supone desarrollar una interpretación más allá y por encima de lo que en términos no valorativos es posible²⁷³.

1.6. CRITERIO PRAGMÁTICO-CONSECUENCIALISTA

Otro de los criterios implícitamente propuestos por Savigny es el de «la apreciación del resultado», respecto del cual este autor se muestra aún más reticente que frente al anterior, pues al ser el medio de interpretación más aventurado, «el intérprete corre el riesgo de excederse de sus poderes y entrarse por el dominio de

²⁷² Engisch, Karl, *ob. cit.*, pp. 106-107.

²⁷³ Gómez Mejía, Fernando, *ob. cit.*, p. 154.

la legislación». Es por ello que está restringido al caso de ser necesario «precisar el sentido de una expresión indeterminada, nunca para referir el texto al pensamiento de la ley»²⁷⁴.

Respecto a las expresiones indeterminadas, que le otorgan un carácter defectuoso a la ley, Savigny sugiere tres condiciones para la apreciación del resultado que pueden ser vistas como un antecedente remoto de la interpretación que supera los problemas eminentemente lingüísticos y se ubica en análisis en cuanto a la pretensión de ser «razonable». Así, en primer término, este autor hace referencia precisamente a que deberá preferirse el sentido «más racional» de una norma indeterminada; desafortunadamente no se detiene en el análisis sobre qué se entiende por «racional» en este caso. En segundo lugar, Savigny abandona el contexto normativo y se ubica en la realidad que pretende regular el derecho al proponer que de los variados sentidos que puede tener un texto indeterminado de una norma debe escogerse «aquel que responda mejor a las necesidades de la práctica». Finalmente, plantea nuestro autor, en términos sutiles y agraciados, que será necesario optar por aquel sentido que «sea más humano y menos violento» bajo la máxima *benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur* (la leyes deben interpretarse de manera benigna en tanto que no se viole ninguna disposición formal), y propone como ejemplos de la aplicación de esta máxima la regla de acuerdo con la cual si la ley penal es dudosa debe elegirse la pena más dulce y la regla que establece la interpretación de los testamentos más favorable al heredero, rechazándose así la desheredación²⁷⁵. Por otra parte, y como consecuencia de las restricciones a la apreciación del resultado, Savigny rechaza este criterio cuando se trata de juzgar y rectificar la expresión impropia de una ley, «pues, evidentemente, al hacerlo no sería poner en armonía la expresión y el pensamiento, sino corregir el pensamiento mismo, trabajo quizás utilísimo, para el progreso del derecho, pero que no tendría de interpretación más que el nombre»²⁷⁶.

En este orden de ideas, incluso el mismo Savigny reconoce la profunda e inevitable intervención de la voluntad y los criterios del juez al momento de realizar

²⁷⁴ Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, cit., p. 193.

²⁷⁵ Todas las referencias han sido tomadas de Savigny, *íd*em, p. 196-197.

²⁷⁶ Savigny, *íd*em, p.202.

una interpretación teniendo en cuenta los resultados que en la práctica se puedan generar. Sin embargo, antes de detenernos en este punto, conviene destacar, por una lado, los vínculos que unen este criterio con el teleológico, puesto que en muchas ocasiones los resultados de la interpretación serán examinados por el juez teniendo en cuenta los fines de la norma (ya sea individualmente considerada, ya sea de manera sistemática) y, además, teniendo en cuenta los objetivos del legislador al momento de su promulgación y los que imponen las circunstancias sociales al momento de la interpretación y la aplicación. Ahora bien, por otro lado, las dificultades que plantea la existencia de diversos fines de una norma o de un sistema jurídico (y el hecho de tratar de establecer cuál de ellos es el más importante), las ambigüedades que a menudo supone el fin de una norma e incluso la eventual imposibilidad de atribuir un propósito a una norma (porque, por ejemplo, las conductas por ella prescritas y las instituciones a las que da vigor pueden ser un fin en sí mismos considerados), permiten escindir la cuestión de los fines de la de los resultados y considerar que —como lo propone Ross— la interpretación pragmática no pueda ser identificada con la interpretación desde el punto de vista del propósito o línea de orientación de una ley, puesto que «la expresión corriente “interpretación teleológica” es demasiado restringida»²⁷⁷.

Que la intervención del arbitrio del juez y de sus consideraciones valorativas se presenta irremediablemente a la hora de examinar las consecuencias de la interpretación de una norma puede constatarse mediante los resultados de lo que hemos llamado «criterio pragmático-consecuencialista» frente al significado lingüístico establecido de manera estricta. Siguiendo el modelo propuesto por Ross²⁷⁸, se tiene que la apreciación del resultado puede dar lugar a una «interpretación especificadora», esto es, a la elección de una entre varias interpretaciones, todas ellas posibles y razonables dentro del «significado lingüístico natural» del texto. En segundo lugar, es posible una «interpretación restrictiva» cuando la consideración del resultado excluye la aplicación de una regla que según el «sentido lingüístico natural» sería aplicable. En este caso, Ross distingue dos categorías: por una parte, hay una interpretación restrictiva en cuanto al propósito cuando la aplicación de la regla excluida es superflua para la obtención del propósito de la ley; por otro lado, puede haber una interpretación restrictiva de

²⁷⁷ *Ob. cit.*, p. 141.

²⁷⁸ *Ídem*, pp. 142-144.

excepción según la cual, aunque el caso esté comprendido por los resultados de la norma, consideraciones distintas sobre tal resultado han hallado expresión en otras reglas de derecho «superpuestas», por lo que la aplicación de aquella norma es desechada²⁷⁹. En tercer lugar, se plantea una «interpretación extensiva», cuando, de acuerdo con el examen de los resultados de una norma, ésta se aplica a situaciones que, contempladas a la luz del «sentido lingüístico natural», están claramente fuera de su campo de referencia. Este último sentido del criterio pragmático-consecuencialista concuerda conceptualmente con la analogía, a la que se ha hecho referencia como herramienta para llenar las lagunas en el ámbito del criterio sistemático.

1.7. EL CRITERIO VALORATIVO Y DE PONDERACIÓN DE INTERESES

Al definir lo que en el contexto de esta unidad se entendería por criterios de interpretación se señaló que uno de los objetivos de estos criterios era el de lograr una solución que se adaptara en lo posible a los postulados de justicia. A propósito de este objetivo, a lo largo del módulo varias veces se ha planteado la dicotomía entre, por un lado, una interpretación que siga los postulados de justicia que defiende el juez (postulados que harían parte de su moral crítica o subjetiva) y, por el otro, una interpretación cuyo fin sea el de adaptar los contenidos del derecho a los postulados de justicia vigentes en la sociedad, postulados que serían también el trasfondo de las normas jurídicas objeto de interpretación. Dejando ahora de lado los criterios planteados por Savigny y haciendo referencia a otras propuestas al respecto, algunos autores del siglo XX precisamente han reconocido un papel preponderante a los valores en el ámbito de la interpretación judicial del derecho. Una de las características de tales propuestas es la superación, en el examen de los valores, de una visión subjetiva y, por ende, la preferencia por una perspectiva social de los mismos, según las ideas planteadas en la segunda de las opciones de la dicotomía que acaba de ser considerada.

Traduciendo esto a términos interpretativos, puede decirse entonces que otro de los criterios de los que dispone el juez es el de poner la norma que se va a interpretar bajo la luz conceptual de los valores sociales que sustentan los contenidos concretos de aquella, más allá de lo que el propio juez pueda pensar, subjetivamente,

²⁷⁹ *Ídem*, p. 143.

sobre qué es lo justo; en otras palabras, tal como lo explica H. Westermann (uno de los representantes de lo que se conoce como «la jurisprudencia de valores»), «la jurisprudencia de los tribunales es, por su esencia, aplicación de las valoraciones legales, a diferencia de la valoración independiente»²⁸⁰. Otros autores, como A. Germann, llaman a esta forma de proceder en la interpretación «método crítico-valorativo», dado que parte de «los valores sociales a los que corresponde la ley» y supera la «valoración independiente» por parte del juez para, de esta forma, desarrollar una interpretación atendiendo a las valoraciones que sirven de base a la ley y que son inmanentes a ella²⁸¹.

Otra propuesta metodológica para la interpretación judicial del derecho ha sido planteada por algunos autores que han participado también de la «jurisprudencia de valoración». Se trata de un proceso ponderativo y evaluativo de los intereses que se verían afectados por las soluciones que produzca la interpretación del derecho, esencialmente (pero no exclusivamente) los intereses de las partes que se encuentran en litigio. Esta forma de entender la interpretación jurídica es propia de la denominada «jurisprudencia de intereses», cuyo más reconocido autor es P. Heck y cuyo enunciado esencial jurídico-teórico es considerar al derecho como «protección de intereses». Esto significa que los preceptos legales «no sólo están dirigidos a delimitar intereses, sino que ellos mismos son productos de intereses como todos los demás preceptos activos»²⁸². Concretamente, en lo que a la interpretación judicial concierne, Westermann reduce el concepto de los intereses a las «ideas de apetencia que tengan o han de tener los participantes en un litigio cuando pretenden la consecuencia jurídica más favorable para ellos»²⁸³.

1.8. EL CRITERIO DEL PRECEDENTE

El último criterio de interpretación al que se hará referencia es al del precedente. Lo primero que conviene destacar al respecto es que en los sistemas jurídicos actuales la interpretación que del derecho hace el juez no se realiza solamente teniendo

²⁸⁰ Westermann, Harry, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, 1955, pp. 14, citado en Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 2001, p. 142.

²⁸¹ Germann, Adolf, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 1965, pp. 79 y ss., citado en Larenz, *ob. cit.*, p. 143.

²⁸² Heck, Philipp, «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», en *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 112, 1914, p. 17.

²⁸³ *Ibídem*.

como objeto las normas jurídicas constituidas por proposiciones promulgadas por el legislador, sino también la actividad judicial manifestada normativamente, lo cual da lugar a lo que se conoce como el «derecho jurisprudencial»²⁸⁴. Este derecho jurisprudencial es el centro del sistema jurídico de *common law*, sistema actualmente vigente en Inglaterra y en Estados Unidos y en otros países de tradición anglosajona, y que normalmente se contrapone al sistema de tipo continental europeo (llamado por los anglosajones sistema de *statutory law*) que fue el que adoptaron la gran mayoría de los países latinoamericanos, entre ellos Colombia. La diferencia entre los dos sistemas es una cuestión de grado, puesto que mientras que en el primero el derecho jurisprudencial, como acaba de indicarse, está en el centro del sistema de fuentes del derecho, en el segundo es la legislación la que tiene mayor peso²⁸⁵.

La pregunta entonces que podría ser planteada es la de si tiene algún sentido analizar un criterio que tiene total pertinencia respecto de los sistemas de *common law* pero que no la tendría para sistemas como el que nos rige, que son de derecho escrito. La respuesta puede darse desde dos niveles. En cuanto a la evolución interna de los sistemas jurídicos en los que la legislación ocupa el lugar central, es posible constatar que las normas construidas con base en las decisiones de los jueces se han venido erigiendo como una de las fuentes de derecho que, más que desplazar a la legislación, contribuyen a su interpretación y aplicación. Manifestación de esta evolución son el artículo 230 de la Constitución colombiana, que hace de la jurisprudencia uno de los criterios auxiliares de la actividad judicial, y la importancia que ella ha adquirido en la comprensión de los contenidos del derecho, tanto así que ya no se le considera solamente como un «criterio auxiliar», sino como una «fuente formal» que debe ser interpretada y aplicada por los jueces²⁸⁶. Por otra

²⁸⁴ Sobre el lugar de la jurisprudencia en el sistema de fuentes véase, dentro de la colección a la que pertenece este módulo, el texto de Diego Eduardo López Medina, *Interpretación constitucional*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Nacional de Colombia, 2002, pp. 78-80.

²⁸⁵ Nino, *ob. cit.*, p. 293.

²⁸⁶ En palabras de Valencia Zea y de Ortiz Monzalve (*ob. cit.*, p. 52), «la función de la jurisprudencia no se encuentra limitada a la de un elemento auxiliar de la interpretación de la ley; esa es solo una de sus funciones y así debe entenderse la anterior norma constitucional [el artículo 230]; por tanto, si existe ley expresamente aplicable, el juez debe interpretarla con rigor científico y la jurisprudencia será un elemento auxiliar de esa interpretación, pero no existiendo la ley, la función que se acaba de mencionar [llenar los vacíos de la legislación] sigue vigente».

parte, en cuanto a la evolución comparada de los dos sistemas, es posible advertir que «el *common law* angloamericano y el Derecho europeo continental, que rigen hoy la mayoría de la población mundial, tienden a acercarse: el *common law* está conociendo una expansión de los *statutes* y de las *consolidations* [derecho legislado] en detrimento del puro “*judge made law*”, mientras que la jurisprudencia va asumiendo importancia creciente en muchos países de Civil Law. Por ejemplo, en aquellos que tienen un tribunal constitucional, el Derecho constitucional tiende a convertirse cada vez más en un Derecho jurisprudencial»²⁸⁷.

Teniendo en cuenta la importancia que la jurisprudencia progresivamente ha venido adquiriendo, es preciso detenernos en el estudio del criterio de la interpretación que sirve de fundamento a la existencia de las normas jurisprudenciales: el criterio del precedente. Para ello es posible ubicarse bajo dos perspectivas. En primer lugar, el precedente judicial puede servir como herramienta para alcanzar una más elaborada interpretación de las normas legislativas a ser aplicadas por el juez. En este sentido es que se entiende a la jurisprudencia como «criterio auxiliar» de la actividad judicial, cuya *stare decisis* (la fuerza obligatoria de la jurisprudencia) es reconocida en cuanto a las decisiones del propio juez o tribunal y en cuanto a las decisiones de los tribunales superiores.

No obstante, la actividad interpretativa del juez, en este caso, es mucho más compleja de lo que pareciera, ya que la norma o normas que deben interpretarse para resolver el caso concreto no se estructuran alrededor de la legislación, limitándose la jurisprudencia a ser un accesorio normativo que puede tener cierta importancia para el juez, pues lo apoya como intérprete, pero sin que pueda tener el peso suficiente como para que se dejara de pensar que el caso se decidió basándose fundamentalmente –y casi exclusivamente– en la legislación. La cuestión es mucho más complicada porque los precedentes jurisprudenciales aparecen no por debajo, sino al lado de la legislación en un complejo sistema de fuentes que son el objeto de interpretación por parte del juez. Por consiguiente, el derecho a interpretar no estaría constituido solamente por los enunciados de la legislación, sino por lo que, parafraseando al juez Holmes, otros jueces han dicho que es

²⁸⁷ Lozano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos: introducción al derecho europeo y extranjero*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid: Debate, 1993, p. 185.

la legislación, es decir la interpretación que ellos han realizado de la norma de que se trata.

En segundo lugar, conviene detenerse en la perspectiva de la determinación de las normas jurisprudenciales que van a ser interpretadas y aplicadas. Una de las más interesantes propuestas en este sentido es la de E. Levy²⁸⁸, consistente en un «razonamiento por vía de ejemplos», en cuya primera etapa se establecen las semejanzas y diferencias entre el caso a ser resuelto y los casos anteriores. Si son las semejanzas a las que se les otorga un mayor peso, entonces la regla general que sirvió para resolver los casos anteriores servirá para resolver el caso presente y habrá una continuidad. Por el contrario, si en su examen el juez encuentra que son las diferencias las que se destacan, ello dará lugar a un cambio respecto a los precedentes y al comienzo de una nueva línea jurisprudencial. Lo anterior explica que en un primer momento «la tarea que el juez tiene ante sí no consiste tanto en aplicar una regla general a un caso específico, como en decidir si el caso difiere del precedente de manera tal que hay fundamentos para arribar a una decisión distinta»²⁸⁹. Este será precisamente el propósito de las siguientes etapas del razonamiento por vía de ejemplos. Si no se opta por un cambio respecto a los precedentes, en la segunda fase se hace explícita, mediante un complicado proceso de inducción, la norma que fundamentó la decisión de los casos anteriores que comparten con el caso presente los mismos elementos esenciales. El intérprete no se guía tanto por las afirmaciones que de manera expresa han hecho los jueces en la decisión de los casos anteriores (lo cual se conoce como el *obiter dicta*), sino fundamentalmente por la *ratio decidendi*, esto es, el principio o la norma general que fundamentó las sentencias proferidas y que sirve, a su turno, para fundamentar la decisión del caso que tiene por decidir. La tercera etapa gira en torno a la interpretación y aplicación de la norma que ha sido obtenida en la etapa anterior. Aquí aparecen problemas tales como la confirmación de si el caso concreto entra o no bajo el presupuesto de hecho de la norma jurisprudencial, o si aquel constituye una de sus excepciones, o si se trata de un caso regulado por otro precedente.

Una vez definidas las tres etapas del razonamiento por vía de ejemplos, es preciso aclarar, por una parte, que en la práctica no se trata de tres etapas que se desarrollen sucesivamente, deslindándose la una de la otra. Los procesos intelectuales que se desarrollan en el razonamiento no son tan claros como podría hacer pensar la explicación de las etapas. Se

²⁸⁸ *Introducción al razonamiento jurídico*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Eudeba, 1964.

²⁸⁹ Ross, *ob. cit.*, p. 108.

trata, más bien, de un buen modelo para poder comprender lo que, casi siempre de manera mucho más confusa y ardua, hacen los jueces al aplicar los precedentes. Por otra parte, una vez ha sido proferida la decisión, ella se sumará al conjunto general de las normas jurisprudenciales, ya sea como la continuación de una serie de precedentes, ya sea como el comienzo de una nueva línea jurisprudencial que tendrá que esperar su confirmación y definición a través de las decisiones judiciales futuras.

2. LOS POSTULADOS DE LA INTERPRETACIÓN

Más arriba ha sido destacada como una de las características de los criterios de interpretación la de que no puedan ser considerados como reglas que siempre que se les aplica conducen con toda seguridad a una solución concreta y correcta. Tal característica ha sido objeto de reflexión y debate entre los autores que se han ocupado de la cuestión de la interpretación jurídica, por lo menos en el contexto contemporáneo. Y aquí es posible confirmar cierta tendencia a negar, como se ha explicado, que los criterios tengan carácter concluyente respecto a las soluciones que ofrecen.

Ya vimos como para Ross se trata de implementos de una técnica que habilita al juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en ciertas circunstancias²⁹⁰. En este mismo sentido, Hart considera que los criterios de interpretación «no pueden eliminar, aunque sí disminuir» las incertidumbres respecto al significado del lenguaje de las normas jurídicas, «porque estos cánones²⁹¹ son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación»²⁹². Larenz, en esta misma línea, estima que los criterios son puntos de vista rectores a los que se les asigna un peso variable²⁹³. Más concretamente dice Alexy que «las distintas formas de argumentos [contenidos en los «cánones», como él los llama] no son en realidad reglas. No indican que deba hacerse o que haya que tratar de alcanzar condicionada o incondicionalmente»²⁹⁴. Con todo, y como también

²⁹⁰ Ross, *ídem*, p. 148.

²⁹¹ En la traducción española, Hart utiliza el término «cánones» para referirse a lo que aquí llamamos «criterios» de interpretación.

²⁹² Hart, *ob. cit.*, p. 158.

²⁹³ Larenz, Karl, *ob. cit.*, p. 76.

²⁹⁴ Alexy, *ob. cit.*, p. 235.

se había señalado, esto no significa que tengan una función mínima o secundaria en el ámbito de la interpretación jurídica. Por el contrario, para este último autor los criterios «son más que simples puntos de vista o líneas de investigación». Es así como Alexy recurre a Perelman y Obrecht-Tyteca quienes, a su turno, los conciben como «esquemas de argumentos», esto es, esquemas de enunciados que tienen una determinada forma, a partir de los cuales se sigue lógicamente otro enunciado con una determinada forma²⁹⁵.

Estas y otras formas relativamente semejantes de concebir los criterios (nosotros hemos propuesto aquella que los entiende como pautas a seguir por el operador jurídico en orden a lograr la interpretación conforme al derecho más racional y alcanzar así la solución que más se adapte a los postulados de justicia vigentes en la sociedad respectiva) permiten llevar a otro nivel la reflexión sobre las herramientas de la interpretación del derecho, pues ahora se puede plantear la pregunta sobre el marco general en que el intérprete, y en particular el juez, puede trabajar con tales criterios. El que con los criterios de interpretación se busquen tres objetivos generales, esto es, que la interpretación se ajuste a derecho, sea razonable y tenga cierto nivel de corrección, objetivos que, entre otras cosas, no se excluyen, sino que se complementan y están vinculados profundamente, comporta establecer aquel marco general de trabajo con los criterios al momento de la actividad interpretativa mediante una serie de postulados generales de la interpretación que harían posible utilizar las herramientas de los criterios y que, como estos, no pueden ser entendidos como reglas concluyentes sobre la interpretación, sino como «los rasgos fundamentales de una teoría de la argumentación jurídica»²⁹⁶ o como «directivas interpretativas»²⁹⁷.

A continuación, y a título meramente indicativo, serán planteados algunos de estos postulados generales de la interpretación, no tanto con el propósito de hacer un análisis exhaustivo de los mismos (si es que esto fuera posible), sino para tener conciencia sobre su trascendencia en el proceso de interpretación y su naturaleza intrínsecamente compleja, pero sobre todo para confirmar que así como no es posible sostener en la actualidad modelos radicales de determinismo o deductivismo

²⁹⁵ Perelman, Chaïm y Obrecht-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muños, Madrid: Gredos, 1994, p. 165.

²⁹⁶ Alexy, *ob. cit.*, p. 213.

²⁹⁷ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 35.

judicial, tampoco puede defenderse una posición que plantea que el juez como intérprete tiene absoluta libertad o absoluta discrecionalidad. Como lo explican Martínez y Fernández, aunque las normas puedan ofrecer variadas posibilidades de interpretación, el juez realiza su actividad interpretativa dentro de unos límites racionales²⁹⁸, y si se mantiene al interior de ellos su decisión habrá recorrido buena parte del camino para alcanzar su corrección y su aceptación social. Es a la manera de límites racionales de la interpretación como presentaremos algunos de estos postulados generales.

2.1. LA LIMITACIÓN JURÍDICO-NORMATIVA O POSTULADO DE LA UNIVERSALIDAD

Nos encontramos en el ámbito de la interpretación jurídica, más concretamente en el ámbito de la interpretación judicial del derecho. No sería posible partir más que de la constatación de que la actividad desarrollada por el juez al interpretar las normas jurídicas pretende realizarse dentro del marco de los lineamientos establecidos por las normas. Se trata del «sustrato normativo» de la interpretación²⁹⁹ que permitiría, por una parte, excluir las interpretaciones absurdas y, por el otro, limitar el número de posibilidades interpretativas que la norma pueda ofrecer.

En lo que concierne a este último aspecto, el sustrato normativo, al compartir con el lenguaje común la característica de la vaguedad, identifica tres áreas de referencia. El ejemplo de Wróblewski, en donde analiza el término «hombre» en una regla legal («quien mate a un hombre habrá de ser castigado con...») es bastante claro al respecto: «El término “hombre” en el lenguaje legal es aplicable a cualquier estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lózd (núcleo positivo de referencia), y no es aplicable a ningún pájaro o pez (núcleo negativo de referencia). Hay, sin embargo, objetos para los que la decisión de si X pertenece o no a la clase lingüística “hombre” no es clara y tampoco puede decidirse mediante las reglas semánticas del lenguaje legal; por ejemplo: un organismo sin actividad; un “organismo artificial”; el *nasciturus* en algunos sistemas jurídicos. Esta es la penumbra del término “hombre” y un lenguaje inconcreto suele tener estas zonas de penumbra, al menos en lo que se refiere a algunos de sus términos

²⁹⁸ Martínez y Fernández, *ob. cit.*, p. 286.

²⁹⁹ Martínez y Fernández, *ob. cit.*, p. 287.

y/o descripciones»³⁰⁰. Este es, desde el punto de vista lingüístico, el primer paso para determinar si se está ante un caso fácil o difícil de interpretación.

A lo anterior se suma un análisis estructural de la decisión judicial en el que se puede hablar, por un lado, de «casos simples o rutinarios» cuando, encontrándose el intérprete —más concretamente el juez— en el núcleo positivo o en el núcleo negativo del lenguaje legal, su labor se reduce a efectuar una justificación deductiva en la que desde una premisa normativa y una premisa fáctica se llega a una conclusión normativa; por otro lado, es posible hablar también de «casos difíciles» cuando, estando el intérprete en la zona de penumbra, la tarea de establecer la premisa fáctica y/o la premisa normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas³⁰¹. Todo esto conduce a la célebre distinción entre «justificación interna» y «justificación externa» de la decisión jurídica propuesta por Wróblewski: «la justificación interna trata de la validez de las inferencias desde las premisas proporcionadas hasta la decisión legal tomada como conclusión», mientras que «la justificación externa de la decisión legal pone a prueba no únicamente la validez de la inferencia sino también la corrección (*soundness*) de las premisas»³⁰².

En este momento nos detendremos en lo que podría ser llamado postulados de justificación interna, dejando para más adelante los múltiples postulados de justificación externa. Siguiendo el modelo propuesto por Alexy³⁰³ y obviando algunos elementos de su elaborada teoría por no ser pertinentes en el contexto de este módulo, los postulados generales que deben seguirse para ir de las premisas (normativas y fácticas) a la conclusión pueden resumirse así:

- 1) *Para la fundamentación de una decisión jurídica (concretamente de una decisión judicial) debe aducirse por lo menos una norma universal.*
- 2) *La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.*

³⁰⁰ Wróblewski, *ob. cit.*, p. 42.

³⁰¹ Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 45-46.

³⁰² Wróblewski, Jerzy, «Legal Decision and its Justification», en *Le raisonnement juridique* (Actas del Congreso mundial de Filosofía jurídica y social), Bruselas: H. Hubien, 1971, p. 412.

³⁰³ *Ob. cit.*, pp. 214-222.

Estos dos postulados expresan el principio de universalidad que, de acuerdo con Alexy, «sirve de base al principio de justicia formal» que exige «observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría»³⁰⁴. Como señala Atienza analizando a MacCormick, el principio de universalidad respecto a la justificación deductiva exige que «se cuente al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio (la premisa mayor del silogismo judicial). Por supuesto, cuando se justifica una determinada decisión, d, hay que ofrecer razones particulares, A, B, C, en favor de la misma, pero tales razones particulares no son suficientes; se necesita además un enunciado normativo general que indique que siempre que se den las circunstancias A, B, C, debe tomarse la decisión d»³⁰⁵.

Un segundo postulado de la justificación interna puede plantearse respecto a las eventuales dudas sobre el uso de las palabras y respecto a las reglas que justificarían la elección de uno de los usos. Dado que la formulación de Alexy es bastante compleja³⁰⁶, se puede recurrir a esta explicación de Larenz: «si el juez tiene que interpretar de nuevo una determinada expresión o un determinado enunciado jurídico en el caso a decidir por él, puede hacerlo no sólo precisamente para este caso, sino de manera tal manera que su interpretación pueda mantenerse también para todos los otros casos semejantes. Contradiría a la exigencia de justicia de tratar igual a los casos iguales, así como también a la seguridad jurídica procurada por la ley, si los jueces interpretan las mismas disposiciones en casos semejantes, ahora de una manera, ahora de otra»³⁰⁷. Todo lo anterior puede concretarse en las siguientes «directivas interpretativas» de carácter lingüístico propuestas por Wróblewski³⁰⁸:

- 1) Sin razones suficientes no se debería atribuir a los términos interpretados ningún significado especial distinto del significado que estos tienen en el lenguaje común³⁰⁹;
- 2) Sin razones suficientes, a términos idénticos, que se utilizan en reglas legales, no se les debería atribuir significados diferentes (exclusión de la polisemia);

³⁰⁴ *Ídem*, p. 115.

³⁰⁵ Atienza, Manuel, *ob. cit.*, p.141.

³⁰⁶ «Siempre que existe duda sobre si a es un T o un Mi, hay que aducir una regla que decida la cuestión». Alexy, *ob. cit.*, p. 219.

³⁰⁷ Larenz, *ob. cit.*, p. 374.

³⁰⁸ Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 47-48.

³⁰⁹ Dispone el artículo 28 del Código Civil que «las palabras de la ley se entenderán e su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

- 3) Sin razones suficientes, a términos diferentes no se les debería atribuir el mismo significado (exclusión de la sinonimia);
- 4) No se debería determinar el significado de una regla de manera tal que algunas partes de dicha regla sean redundantes (conservación de la relevancia de los términos normativos);
- 5) El significado de los signos lingüísticos complejos del lenguaje legal deberá ser determinado según las reglas sintácticas del lenguaje natural común (exclusión de particularidades sintácticas del lenguaje legal).

Por lo demás, y en tercer lugar, Alexy propone dos postulados referentes al número de pasos necesarios para elaborar la norma a aplicar, obteniéndose así una norma cada vez más concreta:

- 1) *Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.*
- 2) *Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo*³¹⁰.

2.2. POSTULADO DE LA ARMONÍA SISTÉMICA O DE LA LEALTAD AL ORDENAMIENTO

La interpretación judicial debe lograr dos niveles de armonía respecto al sistema normativo al cual pertenece (el término «armonía» es utilizado con una pretensión de generalidad frente a otros conceptos). En primer lugar, la interpretación debe articularse con la idea de consistencia y de coherencia de un sistema jurídico. En este sentido, Wróblewski plantea las siguientes directivas³¹¹:

- 1) No se debería atribuir a una regla legal un significado de tal manera que esta regla fuera contradictoria con otras reglas pertenecientes al sistema;
- 2) No se debería atribuir a una regla legal un significado de tal manera que fuera incoherente con otras reglas del sistema (exigencia de coherencia fuerte)³¹²;

³¹⁰ Alexy, *ob. cit.*, pp. 218-220.

³¹¹ Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 48-50.

³¹² Respecto a la diferencia entre contradicción e incoherencia planteada por Wróblewski, con el primer término este autor hace referencia al problema que tratamos al estudiar las antinomias del derecho (*supra* p. [...]), mientras con el de «coherencia» se refiere a que «el sistema jurídico como conjunto se basa en asunciones axiológicas comunes y que las reglas legales no sólo son consistentes, sino que además están ordenadas axiológicamente de manera armoniosa». Wróblewski, *ídem*, p. 45.

- 3) A una regla legal se le debería atribuir un significado que la hiciera lo más coherente posible con otras reglas legales pertenecientes al sistema (exigencia de coherencia débil)³¹³.

En segundo lugar, una interpretación racional debe lograr una armonía respecto de los criterios de interpretación utilizados por el juez como intérprete jurídico. Por ejemplo, la interpretación no debe, so pretexto de ser histórica y evolutiva, olvidar totalmente el significado primitivo de la norma, es decir, lo que quiso decir el legislador, de igual forma que la búsqueda del significado primitivo de la norma no debe impedir la consideración de elementos históricos o teleológicos. Por lo anterior Alexy propone dos postulados sobre la relación de los criterios de interpretación:

- 1) *La determinación del peso de los argumentos de distintas formas [esto es, de los criterios] debe tener lugar según las reglas de la ponderación.*
- 2) *Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones [criterios] de la interpretación³¹⁴.*

2.3. POSTULADO DE LA ADECUACIÓN SOCIAL O DE LA BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA MATERIAL

La interpretación judicial del derecho, como explica Atienza no sólo mira hacia el pasado, pretendiendo una adecuación general al derecho (limitación jurídico-normativa) y una armonía sistémica, sino que además mira hacia el futuro, hacia las consecuencias³¹⁵. Para MacCormick lo que resulta decisivo en la decisión judicial es la argumentación consecuencialista³¹⁶, lo cual significa, en palabras de Atienza, que en las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones sustantivas: razones finalistas (una decisión se justifica porque promueve un estado de cosas que se considera valioso)

³¹³ Wróblewski (*ibidem*) sugiere otras dos directivas que atañen a los principios y que serían casos especiales respecto a las tres que acaban de plantearse: 1) a una regla legal no se le debería atribuir un significado de manera que esta regla fuera inconsistente (o incoherente) con un principio válido del derecho; 2) a una regla legal se le debería atribuir un significado de modo que la regla fuera lo más coherente posible con un principio válido del derecho.

³¹⁴ Alexy, *ob. cit.*, pp. 239-240.

³¹⁵ Atienza, *ob. cit.*, p. 150.

³¹⁶ MacCormick, Neil, «On Legal Decision and their Consequences: from Dewey to Dworkin», en *New York University Law Review*, 1883, vol. 58, No. 2, pp. 239-258.

y razones de corrección (una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior)³¹⁷. Es en este sentido que Wróblewski sugiere cautelosamente algunas directivas funcionales de interpretación cuya aceptación «depende de opciones valorativas conectadas con ideas acerca de la interpretación apropiada y el papel de una determinada intención en la atribución de significado»³¹⁸. Se trata entonces de directivas que se excluyen y que suponen consecuencias distintas para cada caso:

- 1) A una regla legal se le debería atribuir un significado de acuerdo con la finalidad que persigue la institución a la que pertenece la regla;
- 2) A una regla legal se le debería atribuir un significado de acuerdo con la intención del legislador histórico;
- 3) A una regla legal se le debería atribuir un significado de acuerdo con la intención perseguida por el legislador contemporáneo al momento de la interpretación;
- 4) A una regla legal se le debería atribuir un significado de acuerdo con los objetivos que esta regla debe alcanzar según las valoraciones del intérprete.

La elección de una de estas directivas deberá fundamentarse teniendo en cuenta que la dimensión consecuencialista de la interpretación implica que el juez es el intérprete no sólo de sus propios criterios sobre la justicia, sino también de aquellos que están vigentes en la sociedad de que se trata, lo cual facilitará a la poste la aceptación social o el consenso frente a la decisión.

2.4. POSTULADO DE LA TRANSPARENCIA EN EL PROCESO INTERPRETATIVO O DEL DEBER DE RESPONSABILIDAD JUDICIAL

Ante la inevitable influencia de la subjetividad del juez en el proceso de interpretación del derecho, y con el propósito de evitar los riesgos inherentes de una expansión excesiva de tal influencia, es preciso dotar al proceso interpretativo de una gran transparencia para que el juez asuma la responsabilidad de su decisión y ésta pueda ser examinada por la comunidad jurídica. En esta misma línea, Wróblewski

³¹⁷ Atienza, *ob. cit.*, p. 152.

³¹⁸ Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *cit.*, pp. 50-51.

(1988: 52) propone algunos ejemplos de directivas de procedimiento que pueden ser (y de hecho han sido) objeto de controversia³¹⁹:

- 1) Se deberían utilizar sucesivamente las directivas de interpretación lingüísticas, sistémicas y funcionales hasta que el significado de una regla legal sea lo bastante claro para los fines de la interpretación;
- 2) Se deberían utilizar siempre directivas de interpretación lingüística, sistémica y funcional sucesivamente, no obstante los resultados que se deriven de la utilización de cada una de ellas; esto es, los resultados de cualquier interpretación deberían someterse a la prueba de todas las directivas de interpretación.

2.5. ALGUNAS MÁXIMAS TRADICIONALES DE LA INTERPRETACIÓN

Para finalizar este apartado, y como complemento de la estructura de postulados que se ha venido proponiendo, conviene recordar algunas máximas tradicionales de la interpretación cuyo contenido puede referirse tanto a los criterios como a los postulados generales. Lo importante es no perder de vista que se trata de máximas que están lejos de tener una validez absoluta y que deben ser ponderadas con otros argumentos, lo que puede dar lugar a su no aplicación. Siguiendo el modelo de B. Starck³²⁰ es posible clasificarlas en máximas restrictivas, plenificantes y privilegiantes según los intereses del destinatario de la interpretación:

Como ejemplos de máximas restrictivas tenemos: *exceptio est strictissimae interpretationis* («la excepción debe ser interpretada estrictamente»); *poenalia sunt restringenda* («las penas son de estricta interpretación»); *nullum crimen sine lege previa* («no existe crimen sin ley previa que lo establezca»); *nullum orivilegium sine lege* («no puede haber privilegios sin ser establecidos en la ley»); *cesante ratione legis, cessat ipsa dispositio* («desaparecida la razón de la ley, cesa la ley misma»).

Como ejemplos de máximas plenificantes tenemos: *ubi lex non distinguit, nec nos distingere debemus* («donde la ley no distingue, no debemos nosotros distinguir»); *incivile est nisi tota lege perfecta iudicare* («no se

³¹⁹ Wróblewski, *íd*em, p. 52.

³²⁰ Starck, Boris, *Introduction au Droit*, París: Litec, 1981, pp. 123-127.

debe juzgar sin tener en cuenta la totalidad de la ley); *quod abundat non vitiat* («lo que abunda no daña»).

Como ejemplos de máximas privilegiantes tenemos: *in dubio pro reo* («la duda es siempre a favor del acusado»); *in obscuris semper minimum est sequendum* («en caso de duda siempre se debe resolver lo mínimo»); *lex posterior derogat anterior* («la ley posterior deroga la anterior»); *specialia generalibus derogant* («las normas especiales derogan a las generales»).

3. LAS ETAPAS DE LA INTERPRETACIÓN

Contrario a lo que podría pensarse, los autores que se han ocupado de la cuestión de la interpretación jurídica no se han detenido en el punto de estructurar un modelo de etapas a través de las cuales podría ser planteado el desarrollo de la actividad interpretativa, y esto respecto tanto a la interpretación en general como a la interpretación judicial en particular. Casi siempre se hace referencia a algunos puntos de partida que darían lugar a la interpretación propiamente dicha, pero sin profundizar en las fases posteriores. Es en este contexto que se destaca la propuesta de Dworkin sobre las etapas de la interpretación, como una de las consecuencias del análisis del razonamiento legal visto a la manera de una «interpretación constructiva», es decir, del razonamiento que «consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser»³²¹.

³²¹ Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona: Gedisa, 1992, p. 11. Es preciso destacar aquí la advertencia que Dworkin hace respecto de este modelo de etapas de la interpretación. Para este autor su propuesta sólo da cuenta de los sistemas jurídicos que han podido generar una «actitud interpretativa», caracterizada en lo esencial por estar presente en aquellos sistemas en los que las prácticas jurídicas –como prácticas sociales– están moralmente justificadas, es decir, que tales prácticas sirven para algún propósito o interés o hacen cumplir algún principio (Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 189 y ss.). Sin embargo, seguimos el modelo de Dworkin no sólo por la razón planteada arriba en cuanto a los pocos desarrollos teóricos sobre las etapas en que puede ser concebida la realización de la interpretación, sino también porque la propuesta de este autor ofrece algunos elementos interesantes para comprender lo que los jueces hacen cuando interpretan normas, así se ponga en duda que estemos en un contexto donde no se halla alcanzado una «actitud interpretativa». Por esta misma razón las etapas interpretativas de Dworkin no serán objeto de una crítica estructurada, sino que serán vistas como herramientas para la comprensión de la interpretación judicial.

La primera etapa de la interpretación es denominada por Dworkin «etapa preinterpretativa» en la cual «se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisional de la práctica»³²². Para entender en qué consiste esta etapa preinterpretativa conviene recurrir al ejemplo propuesto por el propio Dworkin en el que se asimila esta etapa a la identificación del texto en la interpretación literaria (la identificación de Moby Dick como texto diferente de otras novelas). En el caso del derecho, el objeto a ser identificado en la etapa preinterpretativa hace referencia a los «materiales jurídicos» que constituyen la práctica jurídica³²³. Aquí surge el primer problema, pues este objeto de identificación no viene dado como algo de por sí existente. Es por ello que Dworkin afirma que en esta etapa es necesaria alguna forma de interpretación, dado que «las reglas sociales [y en especial las del derecho] no llevan etiquetas de identificación»³²⁴. Pero al mismo tiempo y a renglón seguido, nuestro autor resalta el hecho de que se necesita un alto grado de consenso (que está en la base de la actitud interpretativa) que permita el desencadenamiento del proceso interpretativo con esta primera etapa.

La interpretación que haya de ser realizada en la etapa preinterpretativa no es explicada por Dworkin, que parece conformarse con este par de afirmaciones. En este sentido han sido varios los planteamientos de los comentaristas de la obra de este autor, entre los que puede destacarse el de I. Lifante Vidal quien, a partir de la afirmación de Dworkin sobre la necesidad de un gran consenso en esta etapa respecto a los materiales jurídicos, asegura que «aunque Dworkin no lo reconozca expresamente, este requisito de que exista consenso de la comunidad acerca de la identificación de los materiales jurídicos coincide plenamente con la exigencia de una “regla de reconocimiento” (más o menos conforme a la caracterización hartiana de la misma) que opere como una práctica social aceptada, consistente en reconocer como jurídicos ciertos materiales»³²⁵.

La segunda etapa en el modelo de Dworkin es la que él denomina «etapa interpretativa», cuyo objetivo es establecer «una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa»³²⁶.

³²² Dworkin, *ob. cit.*, p. 57.

³²³ Dworkin, *ídem*, pp. 82-83.

³²⁴ Dworkin, *ídem*, p. 58.

³²⁵ Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 287.

³²⁶ Dworkin, *ibidem*.

La justificación que se desarrolla durante esta etapa tiene como fin determinar los valores y objetivos que la práctica persigue, los cuales constituirán el núcleo del «sentido» o «significado» de la misma. Para el caso concreto del derecho, su sentido o significado, entendido como una práctica social, se configura a través de los principios (otro de los conceptos rectores de obra jurídica de Dworkin). Son precisamente los principios los que permiten ver al derecho como una práctica social unitaria que persigue determinados valores y propósitos.

La cuestión compleja que puede plantear esta etapa es la de que el derecho persiga (como de hecho lo hace) diferentes valores y propósitos que incluso pueden llegar a ser contradictorios entre sí, lo cual daría lugar a distintas teorías que otorgarían diversos sentidos a los materiales jurídicos identificados en la etapa preinterpretativa. En este caso, la labor de esta etapa es «la de mostrar las distintas interpretaciones (o teorías) que pueden adecuarse a los materiales identificados como pertenecientes al Derecho en la etapa anterior»³²⁷, lo cual explica que el concepto clave de esta etapa sea el de adecuación (fit) entre el «sentido» establecido mediante la interpretación y los materiales jurídicos identificados con anterioridad.

Finalmente Dworkin plantea una «etapa postinterpretativa» en la que el sentido o significado, determinado en la etapa anterior, es ajustado en orden a establecer «qué necesita “en realidad” la práctica para adecuarse mejor a la justificación [en el caso del derecho, a los principios] que acepta en la etapa interpretativa»³²⁸. En otras palabras, el objetivo de la etapa postinterpretativa es hacer un ajuste entre, por un lado, la práctica social que constituye el derecho y, por el otro, el sentido que ha sido asignado a esta práctica en la etapa interpretativa, todo lo cual está dirigido a establecer lo que la práctica jurídica «necesita» para realizar los principios que le dan su sentido o significado.

Si se recupera la observación que se acaba de hacer respecto a que el derecho puede perseguir diferentes valores y propósitos, lo cual daría lugar a diversas teorías planteadas en la etapa interpretativa, se tiene entonces que uno de los fines de la etapa postinterpretativa es la elección de una de tales teorías. Esta elección se basa en lo que puede denominarse «juicios evaluativos secundarios», es decir, «aquellos que

³²⁷ Lifante Vidal, Isabel, *ob. cit.*, p. 289.

³²⁸ Dworkin, *ibidem*.

establecen cómo debe interpretarse el objeto en cuestión para que el mismo se considere como el “mejor ejemplo posible” del género al que pertenece³²⁹. Los juicios evaluativos secundarios determinan cómo una práctica jurídica concreta desarrolla al máximo los valores (en el caso del derecho, valores de naturaleza moral concretados en los principios) que constituyen su significado, y en la medida en que logren esto la práctica puede ser considerada como el «mejor ejemplo posible» del género al que pertenece (el derecho según Dworkin, pertenece al género de las prácticas sociales). Con ello, la interpretación habrá alcanzado su objetivo y puede ser considerada como «la única respuesta correcta a un caso concreto», que es otro de los conceptos rectores de la obra de Dworkin.

El modelo de etapas interpretativas puede representarse a través del siguiente cuadro³³⁰:

Etapa preinterpretativa	Etapa interpretativa	Etapa postinterpretativa
Identificación de los materiales jurídicos + principios que dan cuenta de esos materiales	Posibles teorías que den cuenta de los materiales jurídicos + valores sustantivos	Elección de una de las teorías → única respuesta correcta para los casos particulares

Frente a este cuadro conviene hacer una precisión: la relación que existe entre las diferentes etapas no es lineal o secuencial sino circular, puesto que las actividades que las constituyen no son tareas que se desarrollen sucesivamente, sino que se encuentran interrelacionadas siguiendo un patrón recursivo, esto es, tratando de buscar siempre la interpretación de la práctica jurídica que la muestre como el mejor caso dentro de su género.

Otra propuesta de configuración de diversas etapas de la interpretación que es preciso destacar, así sea de manera sucinta, es la de C. S. Nino, quien plantea una estructura mucho más compleja que la de Dworkin³³¹. Para este autor la primera etapa de la interpretación tiene como propósito la asignación de sentido general a los materiales

³²⁹ Lifante Vidal, *ob. cit.*, p. 275.

³³⁰ Este cuadro ha sido elaborado, con algunas modificaciones, a partir del modelo propuesto por Lifante Vidal, *ídem*, p. 292.

³³¹ Lifante Vidal, *ob. cit.*, p. 291.

jurídicos relevantes al caso que deba decidirse. En la segunda etapa se descubre el sentido de los materiales relevantes, siendo este un «paso empírico, ya que, una vez decidido que los materiales relevantes deben interpretarse según la intención de sus autores, o de acuerdo al uso común del lenguaje empleado o en función de alguna alternativa intermedia, una vez elegimos el que aplica la norma a un caso concreto debe descubrir cuál fue, efectivamente, tal intención y cuáles son las convenciones lingüísticas pertinentes de la comunidad»³³³. La tercera etapa permitiría la superación de las indeterminaciones semánticas, sintácticas y pragmáticas de las normas, es decir, de los materiales jurídicos relevantes objeto de interpretación. Un proceso más complejo se realiza en la cuarta etapa, en la que se desarrolla una inferencia de las consecuencias lógicas de los materiales interpretados y se resuelven las eventuales contradicciones, lagunas y redundancias. Ligado a esto, en la quinta etapa se pretende superar las indeterminaciones lógicas vinculadas en concreto con la idea de lagunas del derecho. Al final se realiza una subsunción del caso individual en la norma. Para Nino la última etapa es mixta: «por un lado, requiere una nueva derivación de implicaciones lógicas aplicables estrictamente al caso individual, una vez que el sistema normativo relevante ha sido construido eliminándose sus indeterminaciones. Por otro lado, requiere, por supuesto, las operaciones empíricas necesarias para determinar las propiedades del caso; pero también en este paso intervienen consideraciones valorativas»³³⁴.

4. LA TEORÍA DETRÁS DE LA METODOLOGÍA: EL EQUILIBRIO REFLEXIVO

Después de este análisis de lo que en general hemos llamado las herramientas de la interpretación jurídica –herramientas que se aplican por excelencia a los problemas que plantea la interpretación judicial del derecho–, conviene plantear brevemente algunos elementos teóricos que pueden ser concebidos como la fundamentación de

³³² Nino, Carlos S., *Derecho Moral y Política: una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1994, pp. 87-100.

³³³ *Ibídem*, p. 92.

³³⁴ *Ibídem*, p. 98.

la utilización de esta serie de herramientas en el sentido de lograr una interpretación desarrollada con cierto criterio metodológico. Ello permitiría, de manera mucho más elaborada y fructífera, un análisis de las fortalezas y debilidades de los argumentos –en cuanto a lo razonable que ellos pueden ser– de la decisión judicial.

Cuando fueron presentados los «postulados» de la interpretación, se señaló que uno de los sentidos en que podía ser entendido el postulado de la «armonía sistemática» era el de lograr una concordancia entre los diversos criterios (en el sentido que en este módulo le hemos dado a este término) de interpretación utilizados por el juez en el proceso de aplicación del derecho. Esta idea puede plantearse de una manera más general y extenderse al ámbito de todas las herramientas de la interpretación que han sido expuestas hasta ahora. En este sentido, a una teoría de la interpretación que quiera dar cuenta de la complejidad de la actividad que los jueces realizan como intérpretes del derecho, le corresponde tratar de articular e integrar, en la medida de lo posible, todas las herramientas de las que dispone el juez y que nosotros hemos estructurado en criterios, postulados y etapas de la interpretación. El primer nivel de articulación de tal teoría tendría como objeto los elementos que constituyen cada una de las categorías, esto es, la articulación de los diversos criterios de interpretación, de los distintos postulados interpretativos y de las diferentes etapas que utiliza el intérprete jurídico. Esto permitirá que en el segundo nivel, el de las herramientas como un todo, tengamos un equilibrio y una coherencia dinámicos entre los criterios y los postulados, equilibrio y coherencia llevados a cabo a lo largo de las etapas.

La búsqueda de integridad y coherencia tiene una enorme importancia en el razonamiento jurídico, tal y como lo han destacado numerosos sectores de la doctrina jurídica contemporánea, pues estos atributos, por un lado, favorecen la seguridad jurídica y, por el otro, fortalecen la legitimidad de la actividad judicial, en la medida en que aseguran una mayor imparcialidad de las decisiones de los jueces y facilitan su análisis y crítica por parte de la comunidad jurídica. En tales condiciones, es razonable suponer que en general es preferible aquella interpretación que logra satisfacer todos los criterios hermenéuticos suscitados en un debate jurídico, todos los postulados que pueden guiar la interpretación de la norma o normas aplicables y todas las etapas necesarias para lograr estos cometidos, de tal manera que esos distintos puntos de vista se refuercen mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su valor, por medio de una suerte de «equilibrio reflexivo» o «coherencia dinámica».

Se acaba de señalar cómo la doctrina jurídica contemporánea se ha ocupado de las cuestiones que plantea esta forma de entender la interpretación judicial. Así, sobre

la importancia de la noción de integridad y coherencia en el razonamiento jurídico, es posible resaltar, entre varias otras, las propuestas de Dworkin, quien construye una concepción interpretativa del derecho como integridad³³⁵. De acuerdo con Dworkin, la integridad del derecho se explica en la medida en que éste sea entendido como «el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal». El programa que esta concepción ofrece a los jueces que deben decidir casos difíciles «es esencialmente interpretativo: el derecho como integridad les pide que continúen interpretando el mismo material que reclama haber interpretado bien por sí mismo. Se ofrece como continuidad (la parte inicial) de las interpretaciones más detalladas que recomienda»³³⁶. Por otra parte, en lo que al concepto de «equilibrio reflexivo» se refiere, es preciso indicar que J. Rawls ha sido uno de los autores que más detalladamente lo han analizado³³⁷. Si se adapta su explicación al lenguaje que plantea la interpretación judicial, el equilibrio reflexivo es una situación en la que la actividad interpretativa logra expresar condiciones razonables y produce principios que corresponden a nuestros juicios debidamente retocados y adaptados. Dice Rawls que se trata de un equilibrio «porque finalmente nuestros principios y juicios coinciden», y es también reflexivo porque «sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación»³³⁸.

Esta coincidencia y este ajuste sólo podrían alcanzarse si el juez, en el proceso de aplicación del derecho, y de acuerdo con la complejidad del caso a resolver, recurre a todas las herramientas y trata de utilizarlas articulándolas coherentemente. El caso será más difícil si las herramientas ofrecen soluciones diferentes y contradictorias. Sin embargo, el que los criterios y los postulados no sean reglas de interpretación que conduzcan a una solución unívoca e indiscutible, más que una debilidad es una característica que permitirá al intérprete judicial una aplicación integral del derecho y un equilibrio en la actividad interpretativa. Lejos quedan todas las afirmaciones que niegan la participación de la voluntad del juez en la interpretación del derecho,

³³⁵ También se ocupan de la noción de integridad y coherencia en la interpretación del derecho: MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, New York: Oxford University Press, 1978; Gunther, Klaus, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», en Doxa, 1995, No 17-18, pp. 271-302.

³³⁶ Dworkin, *ob. cit.*, p.165.

³³⁷ Al respecto véase también las tesis de Richard Fallon, «A constructivist coherence theory of constitutional interpretation», en *Harvard Law Review*, Vol. 100, 1987, pp. 1189- 1286.

³³⁸ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 32.

lo que no significa que se caiga en un simple decisionismo judicial. Si así fuera, no sería necesario plantear toda esta estructura de herramientas de la interpretación, pues bastaría con el arbitrio del juez. Lo que sí plantea esta forma de entender la interpretación judicial es el hecho de que el manejo de todas estas herramientas supone una pesada carga sobre los hombros del juez, puesto que, si participa en un proceso constructivo –y no sólo aplicativo– al interpretar el derecho, tiene que asumir la responsabilidad por las decisiones que tome. Este es precisamente el tema del que nos ocuparemos en la siguiente unidad.

IV. AUTO-EVALUACIÓN

At

1. A partir del contenido de la unidad y de su propia experiencia plantea los elementos básicos de la «teoría» de la interpretación que usted defendería y que estaría dispuesto a seguir.
2. Imagine un caso difícil, o tome uno que conozca o que usted deba resolver y utilice las herramientas planteadas en la unidad en orden a lograr una coherencia entre ellas.

UNIDAD 4

LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

PROPÓSITO DE LA UNIDAD



- El objetivo de esta última unidad es realizar, a manera de conclusión general, algunas breves reflexiones sobre los alcances y límites de la interpretación judicial. Con el término «límites» quiere hacerse referencia al hecho de que las soluciones, si se quiere técnicas o metodológicas, a los problemas de la interpretación judicial, mantienen ciertas restricciones, en tanto que en muchos casos subsisten márgenes irreductibles de discreción judicial, razón por la cual existe una inevitable responsabilidad política y moral de los jueces al momento de interpretar las normas dentro del proceso de aplicación del derecho.
- Determinar cuáles son las consecuencias de la inevitable participación de la voluntad del juez en el proceso de interpretación, entendido éste no sólo como una actividad cognoscitiva, sino también como una actividad volitiva y reconstructiva.
- A partir del examen anterior, establecer hasta qué punto puede avanzar la actividad volitiva y reconstructiva del juez en el sentido de determinar su responsabilidad política y moral por las decisiones que ha tomado, fundamentadas en cierta metodología de la interpretación aplicada al caso concreto.
- Resaltar y analizar los límites político-morales del método propuesto en la tercera unidad del módulo, en el sentido de determinar el inevitable ámbito de responsabilidad social del juez, por los márgenes irreductibles de discreción que subsisten en la actividad judicial.

I. INSTRUCCIONES METODOLÓGICAS

Antes de dar paso a las actividades pedagógicas conviene recordar algunas pautas metodológicas que sirven para el logro de los objetivos formativos planteados

para este módulo sobre interpretación judicial. Como se explicó en la introducción general, lo que se busca al utilizar el módulo como material de autoaprendizaje es que se realicen las actividades pedagógicas antes de leer el ensayo de cada unidad, pues de esta manera dichas actividades rinden mejores frutos. Asimismo, sería de gran provecho reexaminar esos mismos ejercicios luego de haber leído el ensayo, para poder también tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea.

Igualmente, es necesario recordar que este modulo puede tener una lectura básica, que ofrece los elementos mínimos de análisis del tema del que se ocupa cada unidad, y una lectura integral, que pretende una mayor profundización en el conocimiento de los elementos conceptuales que se enuncian en la lectura básica y que está destinada a aquellos funcionarios judiciales que estén más interesados en el problema de la interpretación judicial. El lector que quiera adelantar la lectura básica debe realizar la segunda y tercera actividades pedagógicas («La responsabilidad judicial en los casos difíciles» y «La obligación (moral) del juez de aplicar el derecho»), que están marcadas con «LB» (lectura básica). Igualmente deberá leer las partes del ensayo correspondientes a la lectura básica, esto es, aquellas que están en un mayor tamaño del formato del texto (sin incluir las notas de pie de página). Por su parte, el lector que adelante la lectura integral deberá realizar todas las actividades pedagógicas, incluyendo la marcada con «LI» (lectura integral), que es la primera de esta unidad («Decisión y responsabilidad judicial»), y leer totalmente el ensayo.

II. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Siguiendo los presupuestos metodológicos explicados en la introducción del módulo, a continuación se proponen varias actividades pedagógicas de distinto género, mediante las cuales se ofrece una primera aproximación al problema de la responsabilidad política y moral de los jueces al momento de interpretar las normas dentro del proceso de aplicación del derecho.

1. DECISIÓN Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL [LI]

El mejor camino para acercarse al difícil problema de la responsabilidad política y moral del juez es el del examen de la manera como los jueces, en la práctica, asumen tal responsabilidad. Para ello nada mejor que analizar una sentencia que haya causado gran polémica y cuyos efectos se hayan hecho sentir profundamente. Hemos escogido la decisión de la Corte Constitucional C-383 de 1999 en la que

este tribunal definió su posición sobre el tema de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, sentencia que, como se sabe, generó gran controversia sobre el tema en sí mismo considerado e incluso sobre las competencias de la Corte en materia de políticas económicas.

1.1. SENTENCIA C-383/99³³⁹

[...]

I. ANTECEDENTES

1. El ciudadano Andrés Quintero Rubiano, en ejercicio del derecho que le confiere el artículo 40, numeral 6º de la Constitución Nacional, y en armonía con lo preceptuado por el artículo 241 numeral 4º de la misma, mediante demanda presentada el 18 de diciembre de 1998, solicita a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad parcial del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, norma cuyo texto se transcribe a continuación subrayando la parte demandada:

«*CAPITULO V. Funciones de la Junta Directiva como autoridad monetaria crediticia y cambiaria*.
Artículo 16- Atribuciones. Al Banco de la República le corresponde estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda. Para tal efecto, la Junta Directiva podrá: [...]

f) Fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía. [...]

II. LA DEMANDA

El demandante, luego de transcribir la norma cuya inexequibilidad solicita declarar, afirma que la atribución que a la Junta Directiva del Banco de la República le asigna el artículo 16 de la Ley 31 de 1992 en su literal f), para «fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía», en la expresión acabada de subrayar vulnera los artículos 373 y 51 de la Constitución Política.

El actor, a continuación transcribe apartes de las distintas normas legales que han regulado el funcionamiento del sistema UPAC desde su creación y, expresa que, en su concepto, el

³³⁹ Sentencia proferida el 27 de mayo de 1999. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Esta sentencia tiene salvamento de voto presentado por los magistrados Eduardo Cifuentes Muños y Vladimiro Naranjo Meza, cuya lectura complementa la de los extractos presentados.

tomar como fundamento para el cálculo del valor en pesos de tales unidades la variación de las tasas de interés en la economía, genera sistemas inadecuados de financiación a largo plazo de la vivienda, por lo que de esa manera resulta vulnerado el artículo 51 de la Carta Política.

Agrega que la aplicación de fórmulas que incluyan la tasa de interés DTF trae consigo el cobrar a los deudores de créditos en UPAC un sobre valor, que va en detrimento de los sectores de menores ingresos, y, además, se quebranta también lo dispuesto por el artículo 373 de la Carta Magna que ordena al Banco de la República velar por el mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda, lo que permite mayores rendimientos a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, simultáneamente con un encarecimiento desmesurado del crédito otorgado por ellas a los adquirentes de vivienda financiada en unidades de poder adquisitivo constante, situación ésta que ilustra con algunos ejemplos tomados como hipótesis para demostrar su afirmación. [...]

IV. INTERVENCIÓN DEL BANCO DE LA REPÚBLICA

El Banco de la República, mediante apoderada, en escrito visible a folios 62 a 78 del cuaderno principal, solicita a la Corte declarar exequible el aparte demandado del literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992.

Para el efecto, luego de sintetizar los argumentos expuestos por el actor, expresa que la Constitución Política de 1991 en los artículos 371 a 373 elevó al Banco de la República a la categoría de «órgano del Estado de rango constitucional», al cual le asignó, entre otras funciones la de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda, así como instituyó a su Junta Directiva como autoridad monetaria cambiaria y crediticia. Agrega, que tanto el ejercicio de las funciones de la Junta Directiva como las demás del Banco, por disposición constitucional se encuentran sometidas para su ejercicio a la regulación que para ello dicte el legislador, quien tiene la competencia adicional de dictar las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los estatutos del Banco.

A continuación señala que el Congreso de la República, mediante la Ley 31 de 1992 dictó las normas atinentes a la regulación de las funciones que conforme a la Constitución ha de desempeñar el Banco de la República, y, dentro de ellas, las que corresponden a su Junta Directiva.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 16, literal f) de la citada Ley 31 de 1992, asignó el Congreso a la Junta Directiva del Banco de la República la atribución de «fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que esta también refleje los movimientos de la tasa de interés de la economía».

Anota luego la apoderada del Banco de la República que, a la Junta Directiva de éste le corresponde, «con una amplia discrecionalidad» «determinar los valores de la UPAC, como quiera que en ejercicio de dicha función le corresponde fijar, diseñar una

metodología, es decir, adoptar un conjunto de métodos para determinar su valor, sin que tenga limitaciones para ello». No obstante, —continúa—, «la propia ley introdujo como criterio general que dicho procedimiento debía procurar reflejar los movimientos de la tasa de interés de la economía».

Esa facultad para determinar los valores de la UPAC por la Junta Directiva del Banco de la República, es, a juicio de la apoderada de éste, «un desarrollo de su condición constitucional de autoridad en materia crediticia», la que ha de ejercerse conforme a la ley y dentro de los límites señalados por la Carta, asunto este sobre el cual se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-489/94, de la que transcribe algunos apartes.

Siendo ello así, la norma contenida en el literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, «en el sentido de que la metodología de cálculo de la UPAC que fije la Junta debe procurar reflejar los movimientos de la tasa de interés en la economía, constituye un criterio o parámetro general establecido por el legislador expedido con fundamento en el mandato constitucional aludido (se refiere al artículo 372 de la Constitución) y que, como tal, es concordante con la autonomía de la Junta como autoridad reguladora del crédito para determinar la metodología que considere más apropiada».

En cuanto hace referencia a la presunta violación del artículo 51 de la Constitución Política por el segmento acusado del literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, expresa la apoderada del Banco de la República que «analizando las razones de inconformidad esgrimidas por el actor, estas se dirigen fundamentalmente contra la metodología de la UPAC que se aplica actualmente y que está incorporada en la resolución externa 18 de 1995 de la Junta Directiva, y no contra la norma legal demandada», que atribuyó dicha función a la Junta Directiva del Banco de la República.

Afirma luego que si bien es verdad el artículo 51 de la Constitución establece el derecho a la vivienda digna, al Estado corresponde crear y fijar «las condiciones necesarias para hacer efectivo tal derecho, promoviendo, entre otros, planes de vivienda de interés social y sistemas adecuados de financiación de largo plazo que permitan a las personas acceder a la vivienda», sin que ello signifique que el Estado deba proporcionarla «a cada uno de los habitantes del país que carezcan de la misma».

Asevera que conforme a su etimología «adecuado es lo apropiado o lo acomodado a las condiciones, circunstancias u objeto de alguna cosa», por lo que, consecuencialmente, «un sistema adecuado de financiación de vivienda a largo plazo es aquel que permite, de una parte, la obtención de recursos para financiar la construcción y adquisición de vivienda, y, por otra, permite al deudor la adquisición de su vivienda y la cancelación en el tiempo del valor de su obligación». Esos dos aspectos, entonces, deben ser los propósitos «de un sistema de financiación adecuado que deben ser tenidos en cuenta por las diferentes autoridades competentes para expedir medidas relacionadas con esta materia».

Señala la interviniente que, a partir del año de 1972, en el que fue creado por el Estado colombiano el sistema UPAC, éste «ha logrado canalizar cuantiosos recursos para la construcción y adquisición de vivienda durante el todo el tiempo de su existencia», fundado en el principio de mantener un valor constante para los ahorros y los créditos otorgados por las corporaciones de ahorro y vivienda, y, en general, por los establecimientos de crédito (artículo 134 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Por otra parte, —continúa la apoderada del Banco de la República—, es acorde con la equidad que «quien entrega sus recursos en forma de depósitos de ahorro o quien conceda un préstamo pueda preservar el valor adquisitivo del capital teniendo en cuenta las tasas de interés del mercado y que se reconozca una rentabilidad sobre tales sumas», sin que pueda afirmarse que se vulnere por ello la Constitución Política pues por esta no se encuentran prohibidos los «mecanismos de actualización» del valor de las obligaciones. Además, estos «son concordantes con el principio de libre competencia».

En cuanto a los mecanismos de actualización o de preservación del valor de la UPAC, hace una síntesis de los utilizados en Colombia desde 1972, hasta llegar a las resoluciones externas Nos. 26 de 1994 y 18 de 1995, expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República, en las cuales la corrección monetaria se estableció en una cuantía equivalente «al 74% de la DTF», metodología ésta que para el cálculo del valor en pesos de la UPAC, «pretendía evitar que, tal como ocurriera en los años 70, el Sistema de Ahorro y Vivienda provocara drenaje de fondos en contra de sus competidores, o que se rezagara en competitividad en relación con los demás intermediarios financieros», pues, el costo de captación de los recursos «por parte de dichas corporaciones está determinada por la fuerzas de la oferta y de la demanda de recursos del mercado, y por las diferentes alternativas de ahorro entre las cuales se encuentra el UPAC».

De esta suerte, como el sistema de financiación de vivienda por las corporaciones dedicadas a ella se desarrolla con sujeción a la libre competencia, al decir de la interviniente «resulta necesario para regular su funcionamiento tomar en cuenta las tasas de interés del conjunto del sector financiero», por una parte; y, adicionalmente, por otra, ello también resulta indispensable para proteger los intereses legítimos de los ahorradores y para «asegurar la confianza del público» y «evitar poner en peligro la estabilidad financiera de las corporaciones».

Advierte además la apoderada del Banco de la República que, en la actualidad, sea cual sea la entidad financiera que otorgue créditos para la adquisición de vivienda (Bancos, Corporaciones Financieras, Compañías de Financiamiento Comercial, Corporaciones de Ahorro y Vivienda), las tasas de interés efectivo por los créditos, conforme al comportamiento financiero en la semana del 11 al 15 de enero de 1999, en todos los casos es «cercana al 45% anual», por lo que no es cierto como lo afirma el demandante que los deudores de UPAC se encuentren abocados a realizar «pagos injustificados» a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, máxime si se tiene en cuenta que el costo del

dinero a elevadas tasas de interés obedece a causas diferentes, por lo que, entonces, la metodología para la fijación del valor en pesos de la UPAC no es la causante del deterioro de «la capacidad de pago de los deudores».

Por lo que hace a la presunta violación del artículo 373 de la Carta Política por el aparte demandado del literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, manifiesta la apoderada del Banco de la República que, si el actor considera equivocada la normación contenida en la resolución externa No. 18 de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República, el debate sobre su legalidad, no corresponde adelantarlo ante la Corte Constitucional sino en «otra instancia jurisdiccional».

Así mismo, encuentra que la norma demandada se limita a establecer «de manera general y abstracta la facultad de la Junta (del Banco de la República) para fijar la metodología de cálculo de la UPAC y las características que debe observar ésta, razón por la cual no puede considerarse que por sí misma la expresión acusada sea contraria a la obligación que la Constitución impone al Estado» de «velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda», por conducto del Banco Central.

Reitera que, en ejercicio de sus funciones, la Junta Directiva del Banco de la República tiene la facultad de evaluar, con libertad, «las circunstancias y fenómenos económicos», para «utilizar y seleccionar los instrumentos que a su juicio estime convenientes con el propósito de lograr su objetivo de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda», es decir, para actuar con plena autonomía técnica, como ya lo dijo la Corte Constitucional en sentencia 050 de 10 de febrero de 1994, que cita parcialmente.

Considera la apoderada del Banco de la República que la Junta Directiva del mismo, «como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, con sujeción a sus atribuciones constitucionales y legales, puede utilizar los instrumentos que estime convenientes a fin de lograr su objetivo» de «velar por la estabilidad de los precios», razón por la cual, a su entender, «tampoco podría señalarse que la determinación particular que adopte» para fijar el valor en pesos de la UPAC en desarrollo de su función procurando que refleje el comportamiento de las tasas de interés en la economía, no es contrario a la Constitución, sino que se trata de un mecanismo útil para que el cálculo del valor de la UPAC opere «tanto para las captaciones como para las colocaciones, por lo cual es evidente que su aplicación no genera un beneficio injustificado para las entidades financieras, como lo sostiene el actor». [...]

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

[...]

2. *Asunto materia de debate.*

Como se observa, el asunto sometido al juicio de la Corte en este proceso, es si la expresión «procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés

en la economía», contenida en el literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, en lo relacionado con la metodología que ha de fijar la Junta Directiva del Banco de la República para la determinación del valor en pesos de la UPAC, resulta violatoria de la autonomía de esa institución, establecida por el artículo 372 de la Constitución, por una parte; y, por otra, si la fijación del valor en pesos de la UPAC con sujeción a lo dispuesto en la norma acusada, quebranta el derecho a adquirir y conservar una vivienda digna, conforme a lo preceptuado por el artículo 51 de la Carta Política. [...]

4. La norma acusada viola el artículo 51 de la Constitución y no se encuentra en armonía con la concepción del Estado Social de Derecho.

4.1. Como es públicamente conocido, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 Colombia no es simplemente un Estado de Derecho sino que, por expresa decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, se autodefine como «un Estado Social de Derecho», concepción ésta que, necesariamente tiene implicaciones en el ejercicio de las funciones atribuidas a las autoridades públicas, así como en la interpretación misma de la legislación, a fin de garantizar, siempre, el respeto a la dignidad de todos los habitantes del territorio nacional, con plena vigencia de los derechos fundamentales, incluidos los de contenido social, económico y cultural, y sobre la base de que el Estado Colombiano se funda, además, en el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, según lo dispuesto en el artículo 1º de la Carta Política.

4.2. En armonía con lo expuesto a manera de síntesis en el numeral que precede, ha de recordarse por la Corte que el artículo 2º de la Constitución establece como fines esenciales del Estado los de «servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes» consagrados en ella, de tal manera que se permita la convivencia pacífica de los asociados por la «vigencia de un orden justo», al que ha de llegarse mediante el aseguramiento de que se le dé cumplimiento a «los deberes sociales del Estado y de los particulares».

4.3. En ese orden de ideas, la Constitución establece el «derecho a vivienda digna» como uno de los derechos sociales y económicos de los colombianos, el cual, desde luego, no puede por su propia índole ser de realización inmediata sino progresiva. Por ello, el constituyente ordena al Estado la fijación de «las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho», así como el promover «planes de vivienda de interés social», y «sistemas adecuados de financiación a largo plazo». Es decir, conforme a la Carta Política no puede la adquisición y la conservación de la vivienda de las familias colombianas ser considerada como un asunto ajeno a las preocupaciones del Estado, sino que, al contrario de lo que sucedía bajo la concepción individualista ya superada, las autoridades tienen por ministerio de la Constitución un mandato de carácter específico para atender de manera favorable a la necesidad de adquisición de vivienda, y facilitar su pago a largo plazo en condiciones adecuadas al fin que se persigue, aún con el establecimiento de

planes específicos para los sectores menos pudientes de la población, asunto éste último que la propia Carta define como de «interés social».

4.4. Para la Corte es claro que conforme a la equidad ha de mantenerse el poder adquisitivo de la moneda, razón ésta por la cual pueden ser objeto de actualización en su valor real las obligaciones dinerarias para que el pago de las mismas se realice conforme a la corrección monetaria.

4.5. Es decir, la actualización a valor presente de las obligaciones dinerarias contraídas a largo plazo con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda, no vulnera por sí misma la Constitución. Con ello se mantiene el equilibrio entre acreedor y deudor, pues quien otorga el crédito no verá disminuido su valor, ni el adquirente de la vivienda y deudor hipotecario la cancelará en desmedro del poder adquisitivo de la moneda cuando se contrajo la obligación.

4.6. Encuentra la Corte que el artículo 16, literal f) de la Ley 31 de 1992, en cuanto establece que corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, la atribución de «fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía», implica que la corrección monetaria se realice incluyendo en ella la variación de las tasas de interés en el mercado financiero, lo cual conduce a que se introduzca para el efecto un nuevo factor, el de rendimiento del dinero, es decir los réditos que este produce, que resulta ajeno a la actualización del valor adquisitivo de la moneda, pues, como se sabe son cosas distintas el dinero y el precio que se paga por su utilización, el cual se determina por las tasas de interés.

4.7. Por ello, a juicio de la Corte al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del Derecho, es decir opuesto a la «vigencia de un orden justo», como lo ordena el artículo 2º de la Constitución.

4.8. Semejante sistema para la financiación de vivienda no resulta a juicio de la Corte adecuado para permitir la adquisición y conservación de la misma, como de manera expresa lo ordena el artículo 51 de la Carta en su inciso segundo, pues ello desborda, como es lógico la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda sobre todo si se tiene en cuenta que los reajustes periódicos de los ingresos de los trabajadores y de las capas medias de la población no se realizan conforme a la variación de las tasas de interés en la economía, sino bajo otros criterios.

4.9. Así mismo, la determinación del valor en pesos de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante conforme a la variación de las tasas de interés en la economía a que se ha hecho referencia, pugna de manera directa con la «democratización del crédito» que ordena al Estado el artículo 335 de la Constitución como uno de los postulados básicos en la concepción de éste como «Social de Derecho», pues, precisamente a ello se llega, entre otras cosas cuando el crédito no se concentra solamente en quienes abundan en dinero y en bienes, sino extendiéndolo a la mayor parte posible de los habitantes del país, sin que ello signifique nada distinto de procurar efectivas posibilidades de desarrollo personal y familiar en condiciones cada día más igualitarias.

4.10. Se observa además por la Corte que el artículo 334 de la Constitución establece que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, entre otras cosas, para «racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes», asunto éste último al que no es ajeno, sino al contrario a él contribuye la legítima aspiración y el derecho a adquirir una vivienda, pues, como fácilmente se advierte ese es un aspecto que en la sociedad influye y de gran manera en la calidad de vida de los colombianos.

4.11. Al margen de lo dicho, se observa que al incluir la variación de las tasas de interés en la economía en la determinación del valor en pesos de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante, se distorsiona por completo el justo mantenimiento del valor de la obligación, se rompe el equilibrio de las prestaciones, de tal manera que ello apareja como consecuencia un aumento patrimonial en beneficio de la entidad crediticia prestamista y en desmedro directo y proporcional del deudor, lo que sube de punto si a su vez a los intereses de la obligación se les capitaliza con elevación consecuencial de la deuda liquidada de nuevo en Unidades de Poder Adquisitivo Constante que, a su turno, devengan nuevamente intereses que se traen, otra vez, a valor presente en UPAC para que continúen produciendo nuevos intereses en forma indefinida.

5. Conclusión.

De esta suerte, ha de concluirse entonces por la Corte que por las razones ya expuestas, la determinación del valor en pesos de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante «procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía», como lo establece el artículo 16, literal f) de la Ley 31 de 1992 en la parte acusada, es inexequible por ser contraria materialmente a la Constitución, lo que significa que no puede tener aplicación alguna, tanto en lo que respecta a la liquidación, a partir de este fallo, de nuevas cuotas causadas por créditos adquiridos con anterioridad y en lo que respecta a los créditos futuros, pues esta sentencia es «de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares», de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991. [...]

1.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

5. El problema de fondo del que se ocupa la sentencia tiene una innegable trascendencia en la vida social y económica del país, y sobre este punto parece que los magistrados de la Corte Constitucional tienen total conciencia. Pero más allá del problema de fondo, ¿cuál es la posición que se asume en la sentencia sobre la responsabilidad que el juez debe asumir por las interpretaciones que hace del derecho en el ámbito del Estado Social y Democrático de Derecho?
6. Elija una decisión de cualquier juez o tribunal que haya tenido consecuencias importantes en el ámbito político, social o económico y analice la posición que el intérprete judicial haya asumido, si es que así lo hizo (si no fue así, también establezca las razones de esta omisión), frente a la responsabilidad por la interpretación que hizo del derecho aplicable al caso.

2. LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL EN LOS CASOS DIFÍCILES [LB]

Otra forma de abordar el problema de la responsabilidad política y moral del juez es llevando a cabo, bajo la suposición de que estamos ejerciendo funciones judiciales, una actividad interpretativa en el contexto de un caso que puede considerarse «difícil». Conviene entonces plantear varios casos de esta índole que, en el contexto de las sociedades actuales, pueden causar polémica y cuyos efectos sociales se perciben sin mayor esfuerzo. Después de ser presentados los casos serán propuestos algunas preguntas y ejercicios al respecto.

2.1. PLANTEAMIENTO DE LOS CASOS

2.1.1. PRIMER CASO

Suponga que usted es juez de la sala penal del Tribunal Superior del Circuito de Bogotá y recibe, por vía de apelación, el caso de una joven estudiante universitaria que fue sorprendida en el aeropuerto El Dorado con más de 200 gramos de cocaína que llevaba al interior de su cuerpo en varias cápsulas. La joven fue descubierta porque habiendo ya abordado el avión sufrió una grave crisis estomacal debida a la presencia de tales objetos extraños en su organismo. Durante varios días estuvo en inminente peligro de muerte, pero finalmente pudo recuperarse, después de lo cual fue traslada de la clínica a la cárcel de mujeres de la ciudad.

Durante la etapa de la investigación la joven afirmó que se vio obligada a llevar los narcóticos, pues la banda de narcotraficantes dueña del cargamento (de

la cual hacía parte un antiguo novio suyo) había amenazado con secuestrar a su hijo de cinco años de edad, afirmación que fue probada durante el proceso. Asimismo, a lo largo de la investigación y de la audiencia pública se han recibido numerosos testimonios que resaltan las calidades personales y profesionales de la acusada (incluso hay testimonios de los directivos de la universidad donde estudiaba), además de que se ha probado que ella es la única persona que responde por la manutención de su hijo ante la ausencia del padre. Como si fuera poco, el caso ha sido objeto de una crónica en uno de los principales diarios del país que da cuenta de la situación de una joven emprendedora y responsable que sería condenada por un acto realizado bajo una tremenda presión.

Ante esta situación, y después de haber estudiado meticulosamente el caso, usted está convencido de la injusticia que supondría condenar a la acusada. Uno de sus colegas de sala ha presentado una ponencia absolutoria en la que se hace una interpretación amplia de las causales de inculpabilidad, mientras que otro de sus colegas ha rechazado esta ponencia y a presentado una condenatoria, fundamentada esencialmente en el hecho de que si se absolviera a la acusada en este caso la lucha contra el tráfico de drogas sufriría un duro revés. Como es de suponer, el gobierno, que está comprometido con esta lucha, se ha manifestado por la necesidad de una sentencia condenatoria.

Los hechos sucedieron tal y como se acaban de plantear³⁴⁰. ¿Qué decisión tomaría al respecto? ¿Qué argumentos presentaría para sustentar su decisión?

2.1.2. SEGUNDO CASO

El 20 de marzo de 1995, Liliana García logró del Banco de Crédito Solidario un préstamo por valor de \$10'988.450 para la compra de una vivienda de interés social en una urbanización de 1.000 unidades de idénticas condiciones habitacionales. Desde el mes de junio de 1997, al quedarse sin empleo, incurrió en mora en el pago de las cuotas a su cargo. Por dicho motivo, el 31 de octubre de ese año el banco dio por extinguido el plazo otorgado para el pago y presentó demanda ante un juzgado civil del circuito para hacer exigible la cancelación de la totalidad del crédito.

El juez que conoció este caso en primera instancia se encontraba muy preocupado por la función social que le competía a la Rama Judicial en un Estado

³⁴⁰ Recuerde que el propósito de este caso es el de llevar a cabo un análisis jurídico-interpretativo sin detenerse en cuestiones fácticas y probatorias.

social de derecho y, por ende, orientó sus consideraciones y fallo a tratar de resaltar lo que, a su entender, era una sentencia que contribuyera al fortalecimiento de la administración de justicia. Su punto de partida fue que el capital reclamado y los demás factores que integran la pretensión de cobro del demandante debían surgir del título ejecutivo presentado (la escritura) de manera clara, expresa y exigible. De lo contrario, no sólo se estaría violando el derecho fundamental a la defensa, sino también incurriendo en una injusticia social en contra de los menos favorecidos.

En este orden de ideas, concluyó el juez que si bien, en apariencia, en el examen del contexto general del contrato de crédito podría pensarse en la sencillez del mismo y, por consiguiente, predicarse claridad de la obligación que contenía, ello no era así, pues la progresión numérica generada por el incremento de las cuotas mensuales cada doce meses, bajo la premisa de que tal incremento comportaba la capitalización de los intereses no cancelados con la cuota en la primera época del crédito (lapso no señalado ni en el título ni en la demanda), implicaba la realización de una serie de operaciones que podrían catalogarse de alta matemática financiera para la determinación del monto de la deuda a un día específico.

Dada la falta de claridad y de expresividad del título, al exigirse el pago del crédito en la forma que era planteaba por los abogados del banco, la deudora veía reducido considerablemente su derecho fundamental a la defensa, pues ella debía tener total comprensión del alcance de su compromiso, incluso en el evento de incumplirlo.

Teniendo en cuenta la naturaleza ejecutiva de este tipo de juicio, el punto era determinar si la obligación exigida mediante vía coactiva, entendida en todos los factores que la conforman según la petición del ejecutante, aparecía o no de manera inequívoca en el título ejecutivo, sin ofrecer dudas y sin requerir para la compresión de sus alcances de forzosos y complejos raciocinios u operaciones matemáticas en la escritura que lo contenía. De no ser así, como lo consideró la decisión del juez de primera instancia, la conclusión ostensible es que no se está frente a un título ejecutivo. Con ello no se afirmaba que el juzgado ignorara la existencia del contrato contenido en el documento escriturario o desatendiera la legalidad de tal acuerdo de voluntades. El fallo elaborado atañe a un tema diferente, limitado a saber si lo cobrado se desprendía de la escritura de manera clara, expresa y exigible, respecto de lo cual se consideró que no era así por razones de falta de claridad.

En consecuencia, la sentencia proferida por el juzgado del circuito de conocimiento decidió negar la ejecución por carencia de título ejecutivo contentivo

de la obligación reclamada, decretar el levantamiento del embargo y secuestro y condenar al banco ejecutante a pagar los perjuicios ocasionados con estas medidas y las costas del proceso.

Conocida la sentencia de primera instancia, la discusión se propagó fácilmente por corrillos, estrados y facultades de derecho. Para unos se había cumplido exactamente con lo que se espera de un juez bajo la égida de la nueva Constitución, en especial en la situación económica que atraviesa el país. Para otros se estaba desconociendo flagrantemente la legalidad y se tocaban los terrenos del Código Penal, haciéndole un mal al mismo Estado social de derecho. Los de más allá se preguntaban qué tan común era la situación, esto es, si al ser muchos los usuarios que estaban dejando de pagar, valía la pena fallar de esta forma en protección de los más débiles. Otros se empeñaban en afirmar que esta manera de pensar no sólo ponía en riesgo la estabilidad del sistema financiero, que podría colapsar, sino que desfavorecía en últimas a los mismo usuarios populares, pues se cerrarían los canales de crédito, con lo que su condición sería más precaria aún y no se cumplirían los objetivos de un Estado social de derecho.

Suponga que usted es miembro del tribunal que conoció este caso en segunda instancia y que debe decidir si confirma o no la decisión de primera instancia. Los hechos sucedieron tal y como se acaban de plantear³⁴¹. ¿Qué decisión tomaría al respecto? ¿Qué argumentos presentaría para sustentar su decisión?

2.1.3. TERCER CASO

El señor Rogelio Gómez, soltero y sin hijos, es un joven profesor de derecho de la ciudad de Medellín. Tan sólo con 28 años de edad había logrado el reconocimiento de sus alumnos y colegas. Desafortunadamente, el 7 abril de 2001 el profesor Gómez sufrió un gravísimo accidente de tránsito al que logró sobrevivir debido a que se le practicaron varias intervenciones quirúrgicas. A pesar de los esfuerzos de los médicos, después del accidente el profesor Gómez cayó en un coma profundo y actualmente puede sobrevivir gracias a un aparato que le permite respirar. Hasta la fecha no se ha dado ningún síntoma de recuperación. Por el contrario, ha sufrido varios preinfartos cardíacos, un deterioramiento general de su sistema óseo y graves lesiones en su piel debidos a la quietud a la que ha estado sometido. El médico que tiene a su cargo el cuidado de la deteriorada salud del profesor Gómez, después de haber expuesto

³⁴¹ Recuerde que el propósito de este caso es el de llevar a cabo un análisis jurídico-interpretativo sin detenerse en cuestiones fácticas y probatorias.

este caso a la junta de médicos de la clínica en donde está recluido, informó a sus padres y demás familiares que, salvo un milagro, resultaba prácticamente imposible una recuperación total.

Los padres del profesor Gómez, ante la situación en la que se encuentra su hijo, y después de haber consultado con varios familiares y amigos, decidieron solicitar formalmente a las directivas de la clínica y al médico que está a su cargo que procedieran a desconectarlo del aparato respirador y que no continuaran con los tratamientos extraordinarios a los que hasta el momento ha sido sometido. En el escrito en el que hacen esta petición señalan que ante la imposibilidad de una mejoría no queda más remedio que dejar que la naturaleza siga su curso y que se ponga fin a la situación en la que él se encuentra. Señalan además que en un libro de Derecho Constitucional que el profesor Gómez escribió poco antes del accidente, defendió el derecho a morir dignamente que tiene todo ser humano en ciertos casos extremos donde la persona se halla «frente a la perspectiva de una existencia carente de sentido e indigna de la condición humana», dado que «lo importante, en últimas, no es conservar la existencia a cualquier precio, sino vivirla de manera congruente con determinados ideales de humanidad y libertad». Sin embargo, el profesor Gómez no suscribió ningún documento donde expresara su decisión de no proseguir con tratamientos médicos en caso de que no fuera posible su recuperación y estuviera en una situación en la que no pudiera manifestar su voluntad al respecto.

Una semana después las directivas de la clínica respondieron mediante un comunicado en el que después de señalar que son conscientes de la situación en la que se encuentra el profesor Gómez y que entienden los sufrimientos y la profunda tristeza que embarga a sus padres, afirman que no pueden aceptar la petición hecha por estos últimos. Justifican su negativa en las siguientes razones: en primer lugar, la vida es el máspreciado de los dones que tiene el ser humano, por lo cual, a su parecer, se constituye en un derecho absoluto e inviolable; en un segundo argumento las directivas de la clínica consideran que el profesor Gómez no está en las condiciones de manifestar su voluntad respecto a la continuación de los tratamientos a los que se encuentra sometido, por lo cual la obligación de los médicos es la de mantenerlo vivo en las mejores condiciones posibles; en tercer lugar, justifican el rechazo de la petición en que si se accediera a ella, los médicos encargados del paciente serían responsables de homicidio, más concretamente responsables de la modalidad de homicidio por piedad, por lo cual no es posible suspender los tratamientos y procedimientos que en este momento permiten que el profesor Gómez continúe con vida; finalmente le recuerdan a la familia que los costos del tratamiento han sido

disminuidos al máximo y, en todo caso, son sufragados por la Empresa Promotora de Salud a la cual está afiliado el profesor Gómez, en otras palabras, el tratamiento no tiene ningún impacto en el patrimonio familiar.

Suponga que usted es el juez que debe decidir sobre la acción de tutela que finalmente presentaron los padres del profesor Gómez y en la cual insisten en la solicitud que hicieron a los directivos y médicos de la clínica en la que está recluido su hijo, en el sentido de suspender los tratamientos extraordinarios que mantienen con vida a su hijo, con fundamento en el derecho a morir dignamente como expresión concreta del principio de dignidad humana. Los hechos sucedieron tal y como se acaban de plantear³⁴². ¿Qué decisión tomaría al respecto? ¿Qué argumentos presentaría para sustentar su decisión?

2.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. Resuelva cada uno de los casos teniendo en cuenta todos los elementos que los constituyen y exponiendo los argumentos interpretativos fundamentales de su decisión. No tenga en cuenta las decisiones judiciales proferidas en casos similares que usted conozca.
2. Indique cuáles serían para usted las dificultades principales que plantean los casos para llegar a una solución.

2.3. EL DEBATE SOBRE LA RESPONSABILIDAD

Una conclusión preliminar puede adelantarse frente a los dos ejercicios que se acaban de proponer (tanto la sentencia como los casos): en la medida en que es abandonada la concepción de una interpretación formalista y deductivista del derecho por parte del juez, éste, cada vez con más propiedad y por lo menos en buena parte de los casos respecto a ciertas decisiones, adquiere conciencia de la responsabilidad que asume, dado que, al no poder transferirla a una decisión legislativa contenida en la norma que aplica, su labor no se limita a conocer el derecho para aplicarlo mecánicamente, sino que además participa en un proceso de reconstrucción de este derecho aplicable, reconstrucción que se realiza en lo esencial durante el proceso de interpretación.

³⁴² Recuerde que el propósito de este caso es el de llevar a cabo un análisis jurídico-interpretativo sin detenerse en cuestiones fácticas y probatorias.

3. LA OBLIGACIÓN (MORAL) DEL JUEZ DE APLICAR EL DERECHO [LB]

Una de las cuestiones concretas que plantea el debate sobre la responsabilidad del intérprete judicial es la de saber hasta qué punto el juez debe aceptar el ordenamiento. No se trata aquí de un problema hermenéutico sobre la utilización de ciertas herramientas para la interpretación (este fue el sentido del análisis en las unidades anteriores, sobre todo en la tercera), sino de un problema sobre los límites político-morales de la interpretación judicial, en el sentido de si el derecho representa tal límite. La cuestión puede plantearse más crudamente y preguntarnos si el juez podría hacerle «trampa» al ordenamiento jurídico, es decir, proferir una decisión, que aunque en el discurso formal pareciera ser conforme a derecho, en su contenido material puede ser considerada, como dice la tradición dogmática, como una decisión contra legem, siendo el juez consiente de ello. Para tener algunos elementos de reflexión presentaremos algunos apartes del libro de C. S. Nino titulado *Derecho Moral y Política*.

3.1. EL DERECHO COMO PRÁCTICA POLÍTICA³⁴³

Muchas veces se ha sostenido que hay valores prima facie inherentes a un orden jurídico, cualquiera que sea su contenido. Pero esto es dudoso: los valores de paz y orden, por ejemplo, derivan del valor de la justicia, puesto que sólo se predicen de una situación social en la medida en que no se toman en cuenta ciertos actos de violencia por considerarlos justificados. Tiene más peso asignar como inherente a un orden jurídico el valor de predecir las consecuencias de nuestros actos. Pero este es un instrumental a algún otro valor y dependerá de la prevalencia de este último sobre los valores competitivos. Sí se puede decir [...] que un orden jurídico vigente resuelve un problema de coordinación: constituye un hecho histórico logrado frente a otros intentos reales y frente a alternativas futuras de improbable realización. Como tal, si tiene algún valor, ofrece oportunidades de perfeccionamiento que no aportan las utopías irrealizables. El hecho de que el legislador o el juez no pudieran dictar una ley o una sentencia sin el orden jurídico que les confiere autoridad, no implica, en sí mismo, una restricción moral de sus decisiones –ya que el orden jurídico puede ser tan deficiente que esté justificado que se recurra a la autoridad para destruirlo–, pero sí llama la atención sobre el hecho de que, sin la preservación de ese orden jurídico, probablemente futuras decisiones de aquellos resultarían absolutamente ineficaces.

³⁴³ Extractos del capítulo 2 («La conexión directa entre el derecho y la política») del libro de Carlos S. Nino titulado *Derecho Moral y Política: una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1994, pp. 139-144.

Esta hipótesis, si bien carece de los compromisos valorativos de las posiciones conservadoras o semiconservadoras [...], pretende decir algo más que lo que sostiene Karl Popper cuando recomienda tomar en cuenta las tradiciones como un factor condicional de la ingeniería social gradual. No se trata sólo de apoyarse en algunas prácticas para lograr cambiar otras. Se trata de reconocer que si la única forma de tomar decisiones, moralmente justificadas, ha de ser en el contexto de prácticas sociales existentes, se hace necesario preservar el orden jurídico vigente, salvo que se tan injusto que pueda ser mejorado y que la única decisión moralmente justificada es la que conduce a desconocerlo, aun a riesgo de no poder establecer otro con éxito.

Este enfoque del derecho positivo revela que el razonamiento jurídico muestra una estructura escalonada en dos niveles:

1. En el nivel primero y más básico se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por el derecho positivo. Aquí rigen razones sustantivas y procedimentales que permiten ubicar a ese derecho en un continuo de legitimidad. Pero en este primer nivel del razonamiento práctico se debe tener en cuenta cuáles son las alternativas realistas para preservar el orden jurídico. Es posible que si aunque diste mucho del punto óptimo de legitimidad del continuo mencionado, cualquier alternativa realista esté todavía más alejada: las alternativas más probables a la vigencia del presente orden jurídico pueden ser un régimen autoritario o una situación de anarquía o disgregación del poder, en cuyo caso se satisface menos los desiderata asociados a la legitimidad del orden jurídico.

2. Si el resultado del razonamiento del primer nivel es favorable a la legitimidad, aun imperfecta, del presente orden jurídico, es posible pasar al segundo nivel en que se trata de aplicar ese orden jurídico para justificar acciones o decisiones. En este segundo nivel se desarrolla un razonamiento constreñido ya que debe respetar el resultado del razonamiento de primer nivel. Esto quiere decir que quedan excluidas las razones justificatorias, incompatibles con la preservación del derecho positivo, si es que aquel razonamiento ha arrojado como resultado que ella es más legítima que cualquier alternativa realista. Un principio que tiene impecables credenciales desde el punto de vista de los criterios de validación implícitos en nuestro discurso moral puede ser, sin embargo, descalificado o exceptuado si ello resulta necesario para preservar la vigencia del sistema jurídico.

Esta distinción de niveles, de ningún modo implica que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico y que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. En primer lugar, porque esos principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificatorio, y dada la prelación de este nivel sobre el segundo, tal jerarquía determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Pero, en segundo lugar, porque esos principios y procedimientos aún tienen relevancia decisiva en el segundo nivel de razonamiento justificatorio en la medida en que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas

en el primer nivel (de lo contrario, serían autofrustrantes, puesto que neutralizarían las conclusiones alcanzadas mediante su propio empleo).

La relevancia de los principios y procedimientos moralmente válidos en el segundo nivel del razonamiento jurídico justificatorio se manifiesta de diferentes modos: en primer lugar, la preservación del derecho positivo como convención o práctica social, de ningún modo implica congelar esa convención o práctica. Las prácticas sociales pueden evolucionar sin por ello resquebrajarse. Dworkin muestra muy bien como el objetivo que da sentido a la práctica puede cambiar, lo que puede determinar que luego vayan cambiando también las conductas y actitudes que la constituyen. Esta evolución, compatible con la preservación de la práctica, no necesariamente implica, al contrario de lo que Dworkin sostiene, que las decisiones innovadoras Deneb realízarse de acuerdo a principios que permitan justificar coherentemente las otras acciones o decisiones que constituyen la práctica. Pueden proponerse in principio incompatible con buena parte de las acciones o decisiones adoptadas hasta ahora, sobre la base de que ellas no han captado cuál es la base justificatoria de la práctica. Sin embargo, es cierto que sin algún respeto por conductas y decisiones precedentes, constitutivas de la práctica, ésta puede resultar fatalmente socavada.

Esta tensión entre producir una evolución de la práctica que la haga progresar hacia formas más perfectas de legitimidad y preservar la práctica no puede resolverse según fórmulas exactas; requiere prudencia y buena dosis de suerte (medida por el grado de adhesión relativamente unívoca que la nueva reorientación produzca; las reacciones confusas y ambiguas, el escepticismo sobre la capacidad de contención de comportamientos imprevisibles por parte de la práctica y, por supuesto, una caída en la legitimidad subjetiva de esa práctica, son todos signos de fracaso en la tentativa audaz de reorientar la práctica).

Es segundo lugar, [...] es obvio que los principios y procedimientos moralmente válidos son relevantes e el segundo nivel del razonamiento jurídico justificatorio para decidir las inevitables indeterminaciones que, aun una norma jurídica concebida como práctica o convención, presenta. Estas indeterminaciones permiten, en realidad, un enriquecimiento y evolución de la práctica jurídica hacia formas más aceptables de legitimidad sin riesgo de ruptura, ya que son situaciones en que es posible buscar las soluciones axiológicamente preferibles sin enfrentarse a las inconsistencias de las implicaciones de la práctica. [...]

3.2. PREGUNTAS Y EJERCICIOS

1. ¿Considera usted que los jueces en sus decisiones asumen conscientemente la preservación del orden jurídico vigente tal y como la plantea Nino?
2. Busque y analice una sentencia de alguno de los altos tribunales colombianos en donde usted considere que la decisión no es acorde (o se acerca en gran

medida a esta situación) con el propósito de «preservación del orden jurídico vigente» propuesto en la lectura.

3. Proponga y explique un caso (real o imaginario) donde la decisión judicial conforme a derecho podría ser considerada como una decisión injusta.

3.3. LOS JUECES ENTRE LA MORAL Y LA POLÍTICA

Que el derecho y la política tienen vínculos estrechos parece un presupuesto obvio. Sin embargo, en el ámbito de la discusión jurídica siempre se ha insistido en la separación más o menos profunda (dependiendo del contexto) entre los dos conceptos. En este sentido, en el debate sobre el papel de los jueces las posiciones tendientes a una escisión total de las dos esferas de la vida social plantean de manera tajante –e incluso arrogante– sus argumentos: «los jueces no pueden hacer política», «la labor del juez no puede estar determinada por lo que él piense o lo que él crea como sujeto político», «hay que evitar a toda costa que la justicia se politicé». Con todo, si se tienen en cuenta los argumentos de Nino, y si se abandona el carácter peyorativo con que se concibe a la política en tales afirmaciones, no pareciera posible continuar pensando que el juez, cuando interpreta el derecho, jamás se ocupa de aspectos práctico-políticos.

Lo anterior puede ser complementado con un análisis no ya de la actividad judicial, sino de las normas jurídicas vistas como objeto de esta actividad. En este sentido, el lenguaje normativo del derecho «no se agota en una función de información, ni tampoco en una dimensión pragmática axiológicamente neutra, pues con él no sólo se busca transmitir las valoraciones de quien dicta la norma. También se quiere, y esto es lo fundamental, que las valoraciones se plasmen en las normas individuales que el orden jurídico genera. Por ello [...] sin sus dimensiones pragmática y axiológica, la búsqueda y el hallazgo del significado de una norma [la interpretación] no constituye en realidad una labor interpretativa en sentido estricto»³⁴⁴, es decir, no constituye una labor interpretativa si a esta última se le asigna una naturaleza completamente a-valorativa y formalista.

III. ENSAYO. LA RESPONSABILIDAD MORAL Y POLÍTICA DE LOS JUECES AL INTERPRETAR EL DERECHO

En esta última unidad queremos presentar, a manera de conclusión, algunas notas sobre el espinoso y complejo tema de la responsabilidad de los jueces como

³⁴⁴ Gómez Mejía, Fernando, *La Interpretación del Derecho*, Bogotá: Ediciones Ananké, 1979, p. 127.

intérpretes de las normas jurídicas. Teniendo este módulo un carácter esencialmente teórico-práctico, es comprensible que los temas referidos al ámbito, a las teorías y a la práctica de la interpretación ocupen un lugar central. No obstante, no quisiéramos dejar de destacar ciertos aspectos concernientes a manera como el juez debe afrontar su labor al realizar su actividad interpretativa en un contexto social, político y moral determinado, sobre todo si tenemos en cuenta las consecuencias que puede tener el hecho de que se trata de una labor a ser desarrollada en el marco de los principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

1. LOS RETOS DE LA LEGALIDAD, LA DISCRECIONALIDAD Y LA INJUSTICIA EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Un primer punto que conviene resaltar es que en el debate sobre la interpretación judicial se ha insistido, por un lado, en una reflexión de carácter puramente teórico sobre lo que los jueces debieran hacer al interpretar y, por el otro, en una práctica, fundada en algunos casos en análisis intuitivos, sobre lo que los jueces de hecho hacen cuando interpretan el derecho.

En este sentido, J. Wróblewski señala que la interpretación del derecho puede ser vista tanto desde un punto de vista descriptivo como desde un punto de vista normativo o prescriptivo³⁴⁵. Bajo la primera perspectiva es posible formular teorías descriptivas de la interpretación que en lo esencial se caracterizan por llevar a cabo una explicación psicológica de los procesos de interpretación jurídica; por describir psico-sociológicamente la práctica jurídico-interpretativa; por elaborar un análisis de la justificación de las decisiones interpretativas de carácter lógico-semiótico, y por hacer una deconstrucción de los modelos descriptivos de la interpretación del derecho. Por su parte, el punto de vista normativo o prescriptivo pretende determinar cómo se debe interpretar el derecho, esto es, se formulan los valores o ideales a ser alcanzados y/o las directivas de interpretación cuya función es tanto heurística como justificatoria (la tercera unidad de este módulo sería, hasta cierto punto y particularmente respecto a la formulación

³⁴⁵ M. Atienza también hace referencia a esta distinción al indicar que una teoría de la argumentación jurídica suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas. Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 24.

de directivas, un desarrollo de este punto de vista). Wróblewski, a partir de esta segunda perspectiva destaca que el papel de los valores en la interpretación permite constatar que, sin un proceso evaluativo, no es posible interpretar el texto jurídico, ni justificar la decisión interpretativa. Por lo tanto, concluye este autor, estos valores y las directivas de la interpretación que están relacionadas con los mismos son el objeto de una ideología de la interpretación, cuyo paradigma sería una teoría normativa de la interpretación que formulara tales valores y tales directivas, de tal forma que resuelva todos los problemas axiológicos de la interpretación. Tal vez a raíz de los alcances y la trascendencia de una teoría de este tipo es que Wróblewski señala que ninguna que satisfaga dichas condiciones ha sido formulada³⁴⁶.

Con todo, frente a dicha distinción, lo importante es evitar tanto la «ilusión metodológico-teórica» como la «ilusión metodológico-práctica», en el sentido de creer que los métodos de interpretación o el pragmatismo interpretativo pueden resolver los conflictos morales y políticos a los que eventualmente es llevado el juez.

En este orden de ideas tres cuestiones concretas pueden ser planteadas: ¿por qué el juez debe mantenerse siempre en el marco del ordenamiento jurídico?; ¿cómo debe el juez ejercer su margen inevitable de discrecionalidad al interpretar el derecho?; ¿cómo debe el juez afrontar la eventualidad de una decisión judicial injusta? Más que responder estas preguntas, cuya trascendencia exige mayor profundidad y espacio del que aquí podemos disponer, pretendemos plantear algunos elementos ofrecidos por diversos autores y dejar abiertas las puertas para la continuación y desarrollo del debate.

1.1. EL DEBER DE RESPETO POR EL ORDENAMIENTO

En cuanto a la primera cuestión, la de si el juez debe mantenerse dentro del marco del derecho, la respuesta más clásica, pero que no por ello deja de ser esencial, es que el deber de respeto al ordenamiento se fundamenta en dos razones complementarias. De un lado, se argumenta que si el juez deriva su poder del ordenamiento, entonces no podría desestimar dicha normatividad sin incurrir en

³⁴⁶ Wróblewski, Jerzy, «Interpretation juridique», en Arnaud, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. París: LGDJ, Bruselas: Story Scientia, 1988, p. 200.

una suerte de contradicción práctica o preformativa, pues estaría tomando una decisión que erosiona las bases de su propia competencia decisoria. De otro lado, se plantea el principio democrático, según el cual, la esencia de la soberanía popular es que las sociedades se autogobiernan y por ello son los propios ciudadanos o sus representantes los que deben decidir acerca de las reglas básicas de convivencia. Por ende, concluye este argumento, los jueces en una democracia tienen el deber de acatar esas decisiones ciudadanas.

Esas razones son sin lugar a dudas importantes; sin embargo, en las actividades pedagógicas mostramos que el asunto no es tan simple, pues la pregunta acerca del deber de obediencia al ordenamiento por parte del juez conduce a muchas perplejidades, asunto del cual precisamente se ocupa el texto de Nino sobre el derecho como práctica política. A esto se puede sumar una propuesta que se encamine hacia la consideración del derecho como un marco político-moral flexible dentro del cual el juez se mueve como intérprete. Esta caracterización de los ordenamientos jurídicos permite que el intérprete judicial tenga gran movilidad dentro de su actividad interpretativa y pueda encontrar soluciones que se adapten a los postulados valorativos vigentes en una sociedad dada. Cuando el derecho confronta tales postulados estamos ante una situación de incertidumbre respecto a los contenidos de las normas jurídicas que permitiría recurrir a aquel carácter flexible para tratar de armonizarlos y superar así la incertidumbre.

La explicación de A. Aarnio al respecto es interesante: «Un juez, un funcionario administrativo, un abogado o un jurista se ve confrontado permanentemente con el problema de la incertidumbre de los contenidos del sistema jurídico. A fin de que la vida social no caiga en el caos, es necesario disipar la incertidumbre, las regulaciones tienen que tener algún contenido. Cuando especifican los contenidos del sistema jurídico tanto los funcionarios como los científicos tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por la otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias. [...]»

Sólo si se deja de lado la letra de la ley es posible reducir esta tensión. Es decir: interpretando las regulaciones jurídicas. En ello reside la tarea de adaptar —e investigar— el derecho, creándolo y desarrollándolo. Los artículos de la ley son como una banda de goma. El intérprete los estira o ajusta según las circunstancias. Sólo cuando permiten una única interpretación, es decir, cuando han sido estirados hasta su límite

extremo, ha llegado la hora de solucionar el problema creando nuevas regulaciones. Si se razona así, la creación del derecho es, dicho con otras palabras, un trabajo en equipo del cuerpo que formula reglas (el parlamento o alguna otra instancia reconocida) y el que administra justicia (los tribunales y la maquinaria administrativa). En el lenguaje jurídico, la tensión entre estabilidad y flexibilidad ha adoptado muchas formas. [...] La discusión acerca de la actitud formal o no formal de la interpretación se refiere al mismo hecho. A menudo cuando se lo discute, el legalismo actúa contrabalanceando la libre consideración jurídica. Conviene recordar la vieja distinción entre derecho y razonabilidad. Alexander Peczenik la ha presentado como una tensión entre previsibilidad y justicia. La intención de poner en práctica la equidad es un elemento que está incluido en todo sistema jurídico como algo evidente. Lo que no está justificado no es correcto, dice la vieja regla del juez³⁴⁷.

1.2. EL EJERCICIO DEL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Respecto a la cuestión de cómo el juez debe ejercer el margen de discrecionalidad que le reconoce una concepción de la interpretación que la entiende como un «equilibrio reflexivo», es preciso resaltar la centralidad que tiene la fundamentación de la decisión judicial. En efecto, una buena motivación no es entonces un preciosismo académico sino que se deriva de la relación democrática que debe existir entre el juez y su entorno en el Estado Social y Democrático de Derecho.

De un lado, la fundamentación es un mecanismo de autocontrol del propio juez, ya que le debe permitir mostrar no sólo la consistencia de su decisión con la evolución del ordenamiento (respecto a la seguridad jurídica y al principio democrático), sino también que su decisión es adecuada a la especificidad del asunto (búsqueda de la justicia material del caso concreto). De otro lado, ella evita tener una visión puramente voluntarista o dogmática del derecho y de la actividad judicial, al mostrar que la verdad jurídica no es el resultado de una deducción lógica

³⁴⁷ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 32-33.

o una expresión del puro arbitrio judicial, sino que aparece como el resultado de la confrontación de puntos de vista en un debate argumental ritualizado. En tercer término, por medio de una buena motivación el aparato judicial busca funcionar de la manera más consensual posible, al mostrar que sus decisiones deben ser acatadas, no por la amenaza de la fuerza que subyace al derecho, sino porque ellas son razonables y están fundadas en los mejores argumentos y criterios que podía suministrar el ordenamiento y la realidad social al juez.

En este sentido, Perelman explica que «cuando el funcionamiento de la justicia deja de ser puramente formalista y busca la adhesión de las partes y de la opinión pública, no basta indicar que la decisión se ha tomado bajo la cobertura de una disposición legal. Hay además que demostrar que es equitativa, oportuna y socialmente útil. Con ello, la autoridad y el poder del juez se acrecientan y es normal que el juez justifique mediante una argumentación adecuada cómo ha usado de su autoridad y su poder [...]. En una sociedad democrática, es imposible mantener la visión positivista según la cual el derecho no es otra cosa que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano. Para funcionar eficazmente, el derecho debe ser aceptado, y no sólo impuesto por medio de la coacción³⁴⁸.

Asimismo, la fundamentación permite a la sociedad –en gran parte, gracias a la crítica académica de la jurisprudencia– controlar la razonabilidad misma de la actividad de los jueces. Es, pues, una forma de control social sobre el poder judicial, con el fin de lograr una judicatura que no sea mecánica ni arbitraria en sus decisiones, sino democráticamente responsable.

1.3. INTERPRETACIÓN Y DECISIÓN INJUSTA

A propósito de la tercera cuestión, esto es, la de cómo debe el juez afrontar la eventualidad de una decisión injusta, las consideraciones que acaban de plantearse sobre la discrecionalidad y la motivación judicial pueden dar la pauta al respecto. Además de ello, conviene subrayar, en primer lugar, lo inverosímil que resultaría el hecho de que un juez dijera que la interpretación del derecho que ha realizado condujo a una decisión judicial «injusta». En toda decisión judicial –y en general

³⁴⁸ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Diez-Picazo, Madrid: Civitas, 1979, pp. 207 y 231.

en toda decisión en el ámbito jurídico— es posible constatar la presencia de una «pretensión de corrección», en cuanto que el juez, como intérprete del derecho, busca que su sentencia se ajuste en alguna forma a los postulados de justicia y a otros criterios valorativos vigentes en la sociedad respectiva³⁴⁹. Esta pretensión puede corroborarse por lo menos de manera formal. Si la forma no correspondiera con las ideas que subjetivamente el juez sostiene, nos encontraríamos ante una situación de perplejidad jurídico-valorativa o, incluso, ante una falacia, en cuanto que el juez no reconoce abiertamente que la decisión no corresponde a ciertos mínimos valorativos que se manifiestan en la realización de la justicia del caso concreto.

2. ANÁLISIS VALORATIVO EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

En segundo lugar, continuando en esta línea de análisis, la interpretación judicial y las herramientas de las que dispone, al responder a una pretensión de corrección, buscan realizar los contenidos de las norma jurídicas dentro del marco de los criterios valorativos vigentes. La interpretación entendida como integridad y como equilibrio genera las condiciones para la adecuación de la esfera propiamente jurídica con la esfera propiamente valorativa. En otros términos, la interpretación, como actividad tanto de conocimiento como de construcción, se desarrolla en orden a que no produzca resultados valorativos inicuos. No existiría pues una interpretación «injusta» del derecho, sino una interpretación que diera lugar a resultados contradictorios con los postulados valorativos vigentes, tratándose, en este caso, de un fracaso en cuanto a los propósitos que perseguía.

Esta visión compleja de la interpretación judicial la explica Ross en los siguientes términos: «Puede decirse que la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. La decisión a que se arriba está determinada por el

³⁴⁹ Sobre el concepto de «pretensión de corrección» véase: Alexy, Robert, «Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral» en Vásquez, Rodolfo y Alexy, Robert (eds.), *Derecho y Moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona: Gedisa, 1998, pp. 115 y ss. Que un juez reconozca que su decisión es injusta daría lugar a lo que este autor llama «contradicción preformativa»: «con el acto de dictar una constitución [o de proferir una sentencia] está necesariamente conectada una pretensión de corrección, en este caso, una pretensión de justicia. El autor de una constitución [o de una sentencia] comete una contradicción preformativa si el contenido de su acto constitucional [o judicial] niega esta pretensión, mientras que la plantea con la ejecución de su acto» *Ob. cit.*, p. 117.

efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica. Sería erróneo limitar la actividad valorativa a aquellas ocasiones, relativamente raras, en que ella se manifiesta como desviación del resultado a que llevaría una interpretación meramente cognoscitiva de la ley. La conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones. Si en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, no la ha hallado incompatible con lo «justo» o lo socialmente deseable, en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún expediente para liberarse de las ataduras legales. Si los postulados jurídico-políticos-morales de su conciencia jurídica hubieran llevado al juez a considerar que la decisión era inaceptable, éste habría podido también, mediante una argumentación adecuada, hallar la vía para una mejor solución³⁵⁰.

2.1. LAS IDEOLOGÍAS DE LA INTERPRETACIÓN

Esta tensión a la que eventualmente se ve enfrentada la interpretación judicial del derecho, en el sentido de lograr una sentencia que realice los contenidos de las norma jurídicas dentro del marco de los criterios valorativos vigentes permite constatar la existencia de dos modelos de lo que puede ser denominado «ideologías de la interpretación», cuyos contenidos pueden reconstruirse a partir de los textos jurídicos en vigor, de las justificaciones de las decisiones interpretativas y de los análisis y estudios sobre interpretación. En todo caso, el análisis de la estructura profunda de las justificaciones de las decisiones de interpretación demuestra la existencia de valores implícitos que, como se viene diciendo, pueden agruparse en dos tipos de ideologías interpretativas³⁵¹. Por una parte, la *ideología estática*, que tiene como valores fundamentales la estabilidad de las leyes, la seguridad y la certitud jurídica. Esta ideología se manifiesta en construcciones semiótico-jurídicas que conciben el sentido de la ley como el de la voluntad de un legislador históricamente determinado. Este sentido o significado de la ley no cambia a pesar de los cambios que se producen en el contexto de aplicación de la misma.

³⁵⁰ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Eudeba, 1963, p. 134.

³⁵¹ Sobre las ideologías de la interpretación que se explicarán a continuación véase: Wróblewski, Jerzy, *ob. cit.*, p. 201.

El otro modelo es el de la *ideología dinámica* que, por su parte, tiene como valores fundamentales la satisfacción de las necesidades actuales de la vida, lo que significa que pretende dar a los problemas de interpretación la solución más favorable a las exigencias presentes en todos los ámbitos (social, económico, político, cultural, etc.). Por ende, el significado y alcance del texto jurídico interpretado de acuerdo con esta ideología cambia según los contextos, particularmente según el contexto funcional, construyéndose dicho significado como una respuesta a los factores de este contexto, ya sea siguiendo la imagen que se tenga de la voluntad del legislador actual, por oposición a la del legislador histórico, ya sea adaptando los razonamientos del intérprete que busca la justicia, la equidad, la eficacia o algún otro valor.

Ahora bien, estamos en presencia de dos modelos «ideales», puesto que, como bien lo señala Wróblewski³⁵², las ideologías reales de la interpretación de hecho se configuran como compromisos entre esos dos tipos. Se trata de compromisos prácticos, en cierta medida poco consecuentes, que cambian de acuerdo con las situaciones contextuales y con las características de las normas interpretadas. Con todo, también es posible constatar que la oposición entre las dos se suele manifestar en los casos difíciles en los que se plantea, como lo hacemos ahora, la cuestión de los alcances de la interpretación, de su eventual carácter creativo y del verdadero sentido del derecho interpretado. En consecuencia, el análisis teórico que hemos llevado a cabo a lo largo del módulo demuestra, por lo menos de manera preliminar, que el sentido de la norma interpretada, que es el resultado de la actividad jurídico-interpretativa, depende, de un lado, de la forma como se utilicen las herramientas de la interpretación, que aquí hemos presentado en una estructura de criterios, postulados y etapas, y, del otro, del análisis valorativo, ligado a una particular ideología de la interpretación, a través del cual se justifica la decisión interpretativa que determina dicho sentido de la norma³⁵³.

2.2. ALCANCES DE LA INTERPRETACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO

Para terminar, es posible plantear algunas consecuencias de las anteriores ideas en la enseñanza del derecho en general y en la formación específica de los jueces.

³⁵² *Ibídem*.

³⁵³ Como consecuencia de este doble nivel de justificación de los resultados de la actividad interpretativa, esto es, el sentido de la norma jurídica interpretada, es posible señalar que mientras que en el caso de interpretaciones operativas divergentes, la determinación final del sentido o significado es dada por una autoridad instituía (el paradigma, en el ámbito judicial, es la última instancia), en el caso de interpretaciones doctrinales divergentes la disputa sólo puede ser resuelta por la *communis opinio doctorum*, dada su influencia persuasiva, pero no concluyente.

De un lado, las anteriores reflexiones muestran que la enseñanza del derecho debe tender a que los funcionarios judiciales sean más sensibles a la aceptabilidad social de sus decisiones. No se trata obviamente de que el juez quede subordinado a la opinión pública, pues en muchas ocasiones, sobre todo en la defensa de los derechos constitucionales, los jueces deben tener el valor civil de tomar decisiones en contra de esta opinión. Pero se trata de que el juez motive sus sentencias pensando en convencer a los usuarios del sistema jurídico. Eso implica también una redacción técnica pero al mismo tiempo asequible al profano, que pueda así entender y valorar las razones de los jueces. Debemos mejorar, mediante la propia actividad judicial, la comunicación entre la academia, la sociedad y el aparato judicial.

De otro lado, debe haber una formación específica de jueces y estudiantes de derecho en estas no tan nuevas formas de argumentación e interpretación jurídicas, a fin de lograr una judicatura dinámica pero no arbitraria. Por ello es necesario abandonar la presentación puramente dogmática de los contenidos jurídicos, con el propósito de mostrar, por medio del estudio crítico de casos y decisiones judiciales, la forma como se construyen las teoría y las decisiones jurídicas.

Finalmente, todo ello no tendría mucho sentido si la academia no se preocupara por efectuar un seguimiento crítico de la actividad judicial. Es posible afirmar que en los últimos años los jueces, y en especial las altas corporaciones, han actuado en nuestro país con una cierta impunidad, pues no ha habido un seguimiento crítico, de parte de las universidades y centros de investigación, de la consistencia de sus argumentaciones y fallos, así como de la aceptabilidad social de sus criterios jurídicos. Así, desligados de una crítica académica y democrática, los jueces tienden a ser permeables entonces a otras influencias menos confesables. Por ello, si queremos una judicatura democrática, es importante el desarrollo de una fuerte crítica desde la sociedad, en general, y desde la academia, en particular, a la actividad judicial.

IV. AUTO-EVALUACIÓN

At

1. ¿Considera usted que en el contexto colombiano los jueces son concientes de la responsabilidad político-moral por las interpretaciones que realizan como fundamento de sus decisiones? Sustente su respuesta.
2. ¿Qué postura asumiría usted como juez si en un caso concreto la solución ofrecida por el ordenamiento jurídico le parece injusta, siendo otra la solución que usted plantearía?

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA PARA PROFUNDIZAR

OBRAS GENERALES

La literatura sobre la evolución de la interpretación y aplicación del derecho es enorme. Sin embargo, existen en español algunas síntesis contemporáneas pedagógicas y sugestivas de esa evolución, como las siguientes:

FULLER Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. Este pequeño trabajo, que es ya un clásico de la literatura jurídica del siglo XX, no hace una disquisición teórica sobre las teorías de la interpretación sino que presenta un caso judicial dramático hipotético, pero basado en hechos reales, y las distintas posturas que jueces de distintas escuelas asumen frente a él. Una excelente forma de introducirse a las implicaciones prácticas de los debates teóricos en torno a la interpretación judicial.

RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México: Porrúa, 1986. Es una obra que ya tiene varias décadas, pero que realiza una presentación muy dinámica y sugestiva de los debates y escuelas sobre la interpretación hasta aproximadamente 1960. Es además una especie de clásico en lengua española, cuya lectura es siempre recomendable.

CALVO GARCÍA, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Barcelona: Tecnos, 1994. Es un texto contemporáneo y profundo que hace un inventario crítico de las principales visiones sobre la interpretación desde la formación de la llamada ciencia jurídica moderna. Este texto, aunque es denso, es entonces una excelente guía para quienes quieran profundizar en el conocimiento de la evolución del pensamiento jurídico sobre la interpretación y aplicación del derecho.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Para quienes se interesen en conocer mejor las teorías de la argumentación, que tanto impacto han tenido en los últimos años, esta obra de Atienza es tal vez la mejor guía de lectura en lengua española: tiene la virtud de no sólo presentar las tesis básicas de los principales autores sino que además discute críticamente las ventajas y desventajas de sus planteamientos.

VISIONES PARTICULARES DE TENDENCIAS ESPECÍFICAS

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (tr. de Roberto J. Vernengo), México: Porrúa, 1979. En el debate jurídico contemporáneo sobre teoría del derecho y teoría de la interpretación, el conocimiento de Kelsen sigue siendo indispensable. Aunque Kelsen sólo dedica un capítulo a la interpretación, su lectura es necesaria y puede sorprender a más de una persona, pues en ciertos sectores en Colombia se sigue asimilando a este autor con la exégesis, cuando sus tesis sobre la decisión judicial son radicalmente distintas.

HART, Herbert, *El Concepto de Derecho* (tr. Genaro R. Carrió), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963. Uno de los textos clásicos de la teoría positivista del derecho, y que contiene también uno de los capítulos más célebres sobre la visión positivista de la interpretación. Sin lugar a dudas, un texto imprescindible para quien quiera profundizar en el debate contemporáneo sobre la interpretación.

PERELMAN, Chaïm, *La Lógica jurídica y la nueva retórica* (tr., de Luis Díez Picazo), Madrid: Civitas, 1988. Una obra que resume la visión de la interpretación de uno de los precursores de las teorías de la argumentación. Tiene la virtud de hacer un panorama histórico de las visiones interpretativas, para luego presentar, con numerosos casos y ejemplos, algunas de las tesis básicas de este autor sobre la argumentación.

ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (tr. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Es un trabajo denso y de lectura difícil, pero sin lugar a dudas constituye una de las obras más influyentes de las llamadas teorías contemporáneas de la argumentación. Propone numerosas reglas de corrección normativa, que pueden representar herramientas útiles para el trabajo judicial.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio* (tr. de Marta Gustavino), Barcelona: Ariel, 1995. Es la primera colección de ensayos del teórico estadounidense, en donde desarrolla su crítica a los modelos positivistas de la discreción judicial, y sienta las bases de su teoría propia sobre el derecho y sobre la decisión judicial. A pesar de que en esta obra Dworkin no desarrolla integralmente su propia propuesta, lo que sólo hará posteriormente en el *Imperio del Derecho*, creemos que estos ensayos de Dworkin son no sólo de más fácil lectura sino también más claros y sugestivos.

NINO, Carlos Santiago, Derecho Moral y Política: una revisión de la teoría general del Derecho, Barcelona: Ariel, 1994. Es el último trabajo del prematuramente muerto gran teórico argentino. Es una obra original y muy sugestiva, que liga la teoría del derecho con la teoría de la interpretación, insistiendo en las relaciones complejas que el derecho guarda con la moral y la política. Un texto muy útil para quien quiera profundizar en el debate sobre las responsabilidades morales y políticas ligadas a la interpretación y a la decisión judicial.

KENNEDY, Duncan, Libertad y restricción en la decisión judicial (tr. de Diego López), Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre, 1999. Desafortunadamente no existen muchas traducciones al español de textos de las visiones críticas de la interpretación. Este texto llena uno de esos vacíos, pues trae una introducción muy sistemática de las visiones críticas, desarrollada por el profesor colombiano César Rodríguez, acompañado de uno de los trabajos de Duncan Kennedy, uno de los teóricos más importantes de la CLS. Este artículo muestra a un juez esforzándose por llegar a la decisión judicial que juzga políticamente adecuada, aunque a primera vista ésta no parece adecuarse al derecho vigente.

WRÓBLESKI, Jerzy, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica (tr. de Arantxa Azurza), Madrid: Civitas, 1985. Texto corto e interesante de un teórico contemporáneo de la interpretación muy respetado, aunque poco conocido en nuestro medio. Es un pequeño libro que introduce conceptos básicos de interpretación y propone máximas y herramientas que pueden ser útiles para los jueces.

LITERATURA COLOMBIANA

Aunque en Colombia no ha habido un desarrollo muy intensivo de la doctrina y la teoría de la interpretación, hay de todos modos algunas obras de indudable valor. Algunas de ellas son las siguientes:

NIETO ARTETA, Luis Eduardo, La interpretación de las normas jurídicas, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1971. Una obra de enorme riqueza e injustamente olvidada. Nieto Arteta escribió este libro en la década de los cuarenta y, como en tantos otros campos de las ciencias humanas, se adelantó a su tiempo, pues fue un precursor fecundo del debate teórico sobre la interpretación. En esta obra, que no es de lectura fácil, pero que es sugestiva, Nieto discute el problema de la interpretación jurídica, tomando como marco de análisis las teorías de Kelsen y

del argentino Cossio. Esto le permite afirmar tesis que pueden parecer heterodoxas en nuestro medio, pero que se inscriben en la visión positivista de la discreción judicial de Kelsen, tales como el carácter político de toda decisión interpretativa o la ausencia de distinción material entre una sentencia y una resolución administrativa, pues ambas son la producción de una norma singular en el marco de posibilidades de una norma superior.

ZULETA ANGEL, Eduardo, «El fetichismo de la ley escrita» en Revista de Indias, 1936, vol. 1, No 1. Un ejemplo de las tendencias antiformalistas que se desarrollaron en Colombia en los años treinta, fuertemente influidas por el antiformalismo francés de comienzos del siglo XX, y alimentadas tal vez por el ambiente político creado por la Revolución en marcha y por el trabajo de la llamada «Corte de oro».

GÓMEZ MEJÍA, Fernando, La Interpretación del Derecho, Bogotá: Ediciones Ananké, 1979. Interesante texto que a partir de una concepción del derecho como objeto cultural plantea diversas tesis sobre la «concretización» del derecho, el concepto de interpretación jurídica y los métodos de interpretación. Muestra una riqueza bibliográfica y teórica que en ocasiones dificulta la lectura. Además, ofrece un capítulo sobre la interpretación en el derecho colombiano.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONZALVE, Álvaro, Derecho Civil: Parte General y Personas (tomo I), Bogotá: Temis, 1994. Este texto clásico es importante porque a través de él generaciones de juristas colombianos tuvieron sus primeras luces sobre el tema de la interpretación jurídica. Hace un interesante análisis de algunos de los métodos de interpretación a partir del modelo de Savigny y considera que el método de la evolución histórica o lógico-objetivo es aquel que ofrece mayor rendimiento y utilidad.

