



LITERALIDAD DE LA NORMA Y DECISIÓN JUDICIAL

Boris Wilson ARIAS LÓPEZ¹

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La interpretación judicial y la respuesta única en el derecho.* 3. *Interpretación literal y discrecionalidad judicial.* 4. *Conclusiones.* 5. *Bibliografía.*

Resumen: Todo juez desarrolla su función jurisdiccional entre teorías cognitivas de la interpretación -que hacen referencia a que se puede conocer el derecho- y entre teorías escépticas -que niegan que la interpretación sea una actividad de conocimiento sino de valoración y decisión-, posiciones dogmáticas que compiten entre sí para la resolución de cada uno de los casos que resuelve.

Palabras claves: Interpretación judicial, Interpretación literal, discrecionalidad judicial, Estado de derecho.

Abstract: Every judge develops his jurisdictional function between cognitive theories of interpretation - which refer to the knowledge of law - and between skeptical theories - that deny that interpretation is an activity of knowledge but of valuation and decision - dogmatic positions Which compete with each other for the resolution of each of the cases it resolves.

Keywords: *Judicial interpretation, Literal interpretation, judicial discretion, Rule of law.*

¹ Abogado. Magister en Derecho Constitucional de la universidad Andina Simón Bolívar. Magister en Administración de Justicia de la Universidad Mayor, Real y Pontificia San Francisco Xavier. Redactando tesis del Doctorado en Derecho Constitucional y Penal de la Universidad Mayor de San Andrés. Letrado del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. borisito55@hotmail.com

1. INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho cuenta entre una de sus mayores pretensiones la de constituirse en el gobierno de las leyes y no de los hombres, en este sentido la vigencia de la ley aparentemente está ligada a su interpretación literal, lo que sin duda preservaría la autoridad del legislador y la seguridad jurídica al hacer previsible la aplicación del derecho, sin embargo: ¿es posible la resolución de todas las controversias jurídicas mediante la interpretación literal de la norma?

Al hablar, al recibir una carta, al suscribir un contrato, entre otras de nuestras actividades cotidianas procedemos a efectuar interpretaciones literales, pese a ello no podríamos por ello tampoco sostener que en dichas relaciones dos personas no puedan llegar a conclusiones diferentes respecto a la interpretación de un mismo texto. En el ámbito judicial, para resolver dicha problemática el juez en el marco de su independencia al interpretar ¿descubre o crea derecho?

Ahora bien para un estudio del problema de la interpretación literal paradójicamente se tiene como un primer obstáculo determinar qué se entiende por interpretación literal, ello si se considera que los propios jueces tienen diferentes concepciones antagónicas sobre su significación², e incluso habitualmente pasan de una interpretación literal a una no literal sin siquiera darse cuenta.

El presente trabajo desarrolla la relación entre interpretación literal y discrecionalidad judicial, con la aclaración de que el presente análisis no alcanza a situaciones en las que entran en controversia el tenor literal de la ley con la moral, ni alcanza a la arbitrariedad judicial entendida en este contexto como la actividad ilícita referida a la tergiversación malintencionada del lenguaje para alcanzar y justificar un determinado resultado en una decisión judicial³, situación que por tanto se contrapone a

² Tecla Mazzaresse en Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente sostuvo al respecto: "...no está claro qué pretenden los juristas cuando prescriben y/o, en función de los casos, afirman y/o recomiendan que la interpretación se funde en el significado literal o significado propio de las palabras. No sólo no está claro, como es obvio, por el propio carácter problemático de la noción de significado literal, sino también por dos razones adicionales: a) el uso no unívoco que los juristas hacen del término "literal" y/o de otros términos asumidos como sinónimos de "literal" y b) la pluralidad de concepciones antagónicas que tienen los juristas del proceso interpretativo". Disponible en: 193.145.233.67/dspace/bitstream/10045/10277/1/doxa23_22.pdf

³ En ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? Juan Antonio García Amado entiende que se presenta arbitrariedad cuando: a) se vulnera las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija para el caso, es decir convierte a la fuerza un caso fácil en uno difícil, b) se demuestra que lo que guía su decisión son móviles incompatibles con el sistema jurídico v.gr. notoriedad, miedo, ideología, presión externa,

la discrecionalidad judicial entendida básicamente como la facultad que ofrece el ordenamiento jurídico a los jueces para resolver una problemática jurídica entre varias posibilidades todas constitucional y legalmente admisibles.

2. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y LA RESPUESTA ÚNICA EN EL DERECHO

La importancia del texto en la regulación de las conductas se remonta a la interpretación de los documentos reveladores de la fe, donde únicamente una o un iluminado podía resguardar la voluntad divina traducida en un texto religioso (Biblia, Koran, Torah, etc), así el apocalipsis sostiene: “Yo atestiguo a todo aquel que escucha mis palabras de la profecía de este libro que, si alguno añade a estas cosas, Dios añadirá sobre él las plagas escritas en este libro; y si alguno quita de las palabras del libro de esta profecía, quitará Dios su parte del árbol de la vida y de la ciudad santa que están escritos en este libro”⁴, posteriormente y tras producirse la separación iglesia-Estado, dicha concepción de la interpretación sin duda alguna inspiró la aplicación e interpretación de la ley y los jueces se convirtieron en oráculos y sacerdotes de la ley, misma que se encontraba por sobre el sentido común de la y del ciudadano.

Durante el período del imperio romano y a efectos de preservar la voluntad del emperador se tiene que: “La prohibición de toda interpretación privada se encuentra en el Digesto en forma clara y terminante: “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 sólo legislador y el sólo intérprete legítimo”... Todo el que estuviera en contacto con el Derecho, profesor o juez, debía abdicar la libertad de su inteligencia y limitarse a operaciones puramente mecánicas...”⁵, lo que se proyectó al derecho privado, de forma que la interpretación en general se caracterizó por ser formalista, centrándose por ello en el significado y tenor de las palabras, así en un contrato para precautelar la promesa de las partes resultaba la prevalencia de las palabras por sobre la voluntad de las partes.

etc., c) cuando no se motiva el fallo o el argumento sea absurdo, contradictorio, etc. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/34>

⁴ Biblia. Apocalipsis. Capítulo 22. Versículos 18 y 19.

⁵ Uribe Restrepo, Jorge. La interpretación de la ley. Disponible en: www.udea.edu.co/.../Vol%20IV%20Rev%2012%20parte%205.pdf

Con la formulación de la teoría de la soberanía popular Rousseau dedujo que los ciudadanos eligen a sus representantes quienes a su vez elaboran la ley -la ley como expresión de la voluntad general- que subordina la voluntad individual, de forma que toda torpeza o injusticia en la ley le era imputable en definitiva al ciudadano que en su caso erró al elegir a sus representantes y que por tanto debía sin duda sufrir las consecuencias de sus decisiones, lo que a su vez llevó a la conclusión de que objetivamente hablando no era posible considerar que la voluntad popular convertida en la ley pudiese ser injusta, ello en virtud a que era el propio ciudadano quien establecía la ley a través de sus representantes así no era admisible que alguien pudiese ser injusto consigo mismo.

Por su parte Montesquieu concibió al Poder Judicial como un órgano no democrático sometido a la voluntad de las mayorías del Parlamento, en este sentido los jueces no eran elegidos por el pueblo, de forma que no resultaba admisible que pudiesen dejar sin efecto una ley emanada de un órgano eminentemente democrático, en este sentido para Montesquieu el Poder Judicial se constituía en un poder neutro a cuyos miembros les estaba vedado interpretar la ley debiendo únicamente aplicarla, así sostuvo que: "...los jueces de la Nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma..."⁶, configurándose lo que Juan Antonio Amado García califica de el "mito del legislador racional".

De ahí surge la escuela de la exégesis cuyo momento culminante se dio en 1804 con la publicación del Código Civil napoleónico que se consideró sistematizaba todas las fuentes del derecho existentes en la materia (costumbres, leyes dispersas y contradictorias, etc.), de forma que eliminaba toda contradicción en las mismas encontrándose en dicho código todas las respuestas a toda problemática jurídica a plantear, es decir: "la cultura de la codificación elevó a la categoría de dogma dos criterios tendencialmente contrapuestos: obligación inexcusable de resolver todos los casos por parte del juez y la calificación del mismo como boca muda de la ley, excluyendo la posibilidad de ser creador de derecho. Para hacer compatibles ambos postulados era necesario establecer otros dos dogmas; la plenitud y la coherencia del

⁶ Citado por Juan Antonio Pabón Arrieta en El juez como historiador: memoria, fuentes y derechos humanos. Disponible en: <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/revistas2/index.php/advocatus/article/view/59>

sistema (ausencia de algunas y de antinomias)”⁷ y redujo el derecho a la ley, de manera que conociendo la ley se conocía el derecho, aspecto que llevó al profesor Buglet a sostener: “No conozco el derecho civil; no enseño más que el código de Napoleón” de esta forma la actividad del juez debía ser fiel a la letra y la enseñanza del derecho de memoria.

Así “la revolución francesa supuso el paso desde el derecho común (sustancial y formalmente jurisprudencial) a un sistema basado exclusivamente en la Ley. Como sabemos, la doctrina revolucionaria se asienta sobre la ley como única fuente del derecho, esto es, en la creencia de que la ley, entendida como la voluntad omnipotente del pueblo soberano, constituye el único factor de creación del derecho y lo abarca en su totalidad. Pero la reducción del derecho a la ley dio lugar a un segundo reduccionismo: la estructuración de la ley según el modelo del “código”. La ley ya no podía aparecer como un simple agregado o repertorio legislativo, sino que debía someterse también a los dictados de la razón universal convirtiéndose en un sistema coherente, completo y unívoco”⁸, entonces es posible concluir que para esta escuela los códigos preveían una respuesta correcta a toda problemática jurídica.

Bajo la consideración de que la única fuente del derecho era la ley que emanaba del Parlamento lo lógico era considerar que sólo el Parlamento podía interpretar la ley, así el Inglaterra el máximo tribunal justamente recaía en el parlamento que hacía la ley y verificaba su correcta interpretación por parte de los jueces, mientras que en Francia surge el tribunal de casación que velaba por la voluntad del legislador e impedía la interpretación de la ley por parte de los jueces, teniéndose entonces básicamente que: “La idea de la exégesis era pues doble: por un lado los textos legales eran claros y transparentes, más aun cuando representaban el sentido democrático de las instituciones con indudable legitimidad. Y en segundo lugar, el juez era un servidor fidelísimo de la ley y debía aplicarla sin dudas ni murmuraciones, pues además cumplía un papel de custodia de la legalidad y no de la constitucionalidad”⁹.

Sin duda la escuela de la exégesis implicó un culto al legislador considerado perfecto e infalible y la aparición del “código” eliminaba la posibilidad de considerar la existencia de vacíos jurídicos o antinomias jurídicas, de forma que los jueces no solo no

⁷ Talavera, Pedro. Interpretación, integración y argumentación jurídica. Editorial El País. Santa Cruz – Bolivia. 2008. p. 179.

⁸ Talavera, Pedro. Interpretación, integración y argumentación jurídica. Editorial El País. Santa Cruz – Bolivia. 2008. p. 66.

⁹ García Belaúnde, Domingo. Notas acerca de la interpretación constitucional en América Latina. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3163745.pdf

requerían interpretar la ley sino que más bien les estaba vedado hacerlo, pues la misma podía aplicarse mecánicamente por lo que tampoco había cabida alguna para la discrecionalidad en la decisión judicial, por ello: “...se dice que cuando Napoleón supo de la publicación de los primeros comentarios al Código de 1804, exclamó: ¡Mi Código está perdido!...”¹⁰.

El formalismo ingenuo de siglo XIX en el que se incardina la escuela de la exégesis se fundaba en las siguientes premisas: “a) el sistema jurídico es completo, de manera que no hay lagunas y, por tanto, nunca va a tener el juez que “inventar” para un caso la solución que ninguna norma preestablecida contempla; b) el sistema jurídico es coherente, y, por tanto, no hay en él antinomias, con lo que nunca va a suceder que un juez se tope con que para el caso que le toca resolver se contienen en el ordenamiento vigente normas que prescriben soluciones contradictorias entre sí; y c) el sistema jurídico es claro, de manera que las soluciones que para cada caso prescribe están dadas con nitidez suficiente como para hacer su interpretación o bien innecesaria o bien muy sencilla”¹¹, entonces la interpretación se concibió como un acto de conocimiento y no como un acto de voluntad, diferenciándose con claridad entre el momento de creación del derecho y el momento de aplicación del derecho, entre el papel del legislador y del juez, por lo que el método utilizado no podía ser otro que el de la subsunción.

Ahora bien, siendo algunos de los postulados de la escuela de la exégesis, la completitud del ordenamiento jurídico y la no existencia de “lagunas jurídicas”, entonces todo juez estaba compelido a resolver los casos sometidos a su competencia - *non liquet*- lo que provocó que: “...los mismos juristas de la escuela exegética cometieran frecuentes infidelidades al método que ella postulaba... recurrían a la voluntad presunta del legislador y a los principios generales del derecho, sino también a la generalizada costumbre de emplear, para la tarea interpretativa, una serie de máximas o adagios...”¹² *v.gr. Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* -donde la ley no distingue, no debemos distinguir-, *cessante legis rationes, cessat ejus dispositio* - cesando las razones de la ley, cesa su disposición-, etc., ficciones que justamente contradecían a los postulados básicos de la propia escuela de la exégesis.

¹⁰ Linares Quintana, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional. Editorial Abeledo –Perrot. Buenos Aires –Argentina. p.77.

¹¹ García Amado, Juan Antonio. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/34>

¹² Linares Quintana, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional. Editorial Abeledo –Perrot. Buenos Aires –Argentina. p. 81.

Fue entonces que la escuela de derecho libre denunciará el culto al fetichismo de la ley escrita y que el derecho tiene más lagunas que regulación, lo que puso al descubierto que la concepción de un orden jurídico como un todo cerrado y completo era insostenible, además de reivindicar abiertamente para el juez un papel creador fundamentalmente frente a lagunas jurídicas referidas a la inexistencia de norma que regule un supuesto, en cuyo caso se admitía el uso de la analogía o la integración (que a partir dos o más normas crea otra) o frente a antinomias, es decir ante la existencia de dos normas cuyo supuesto es el mismo pero sus consecuencias son incompatibles –v.gr. una prohíbe y la otra permite- en cuyos casos la resolución del juez se encuentra sin duda al margen de toda ley escrita.

Gény¹³ distinguió entre lo dado y lo construido en el derecho, entre la técnica y la ciencia del derecho, es decir sostuvo que la interpretación literal de la ley permite superar la incertidumbre y la oscuridad de la ley, pero cuando la ley no otorga respuesta es decir el juez está ante una laguna jurídica, falta de claridad de la ley y/o frente a antinomias se encuentra autorizado a la libre investigación entre el resto de fuentes del derecho: “...Cuando la norma resulta insuficiente, el jurista no tiene otro remedio que recurrir al derecho consuetudinario... Así como debe respeto a la ley, también debe someterse a la realidad social a los fines de evitar cualquier arbitrariedad. Finalmente, verificada la insuficiencia del derecho consuetudinario, el jurista debe recurrir al Derecho Natural... La investigación es libre, ya que se sustrae a la autoridad del derecho positivo y busca en las mismas fuentes del derecho la solución reclamada por la justicia y la utilidad sociales. Es asimismo científica, puesto que no descansa sobre apriorismos ni se lleva a cabo por medio de intuiciones...”¹⁴, de ahí que para Gény el derecho a efectos de la interpretación no se agota en las fuentes formales del derecho como la ley sino que abarca a las fuentes reales del derecho y: “...“Por eso –expresa Gény- el trabajo que incumbe al juez me ha parecido poder calificarle: libre investigación científica; la investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia

¹³ Gény publicó en 1899 su texto: “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”.

¹⁴ Alejandro Aldo Menicocci. Notas sobre “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo” de Francois Gény.

puede revelar”...”¹⁵ entonces para Gény el juez debe decidir el litigio aplicando la norma que dictaría si fuese legislador.

En Alemania Savigny bajo el entendido de que el derecho debe evolucionar a la par de la realidad introdujo el elemento histórico¹⁶ a la interpretación, entendiendo que: “...interpretar es reconstruir el pensamiento ínsito en la ley, a través de cuatro elementos: el elemento literal, lógico, histórico y sistemático...”¹⁷, sin embargo rechazó el elemento teleológico entendido como la finalidad objetiva de la norma buscada por el legislador debido a la imprecisión y vaguedad de los fines perseguidos por las normas, es decir Savigny creía que no era posible a un juez conocer los móviles que impulsaban al legislador en la elaboración de una ley corriéndose por ello en su criterio en el riesgo de convertir al juez en legislador. En todo caso para Savigny los elementos de la interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático permitían a un juez interpretar la ley con objetividad y certeza eliminándose así valoraciones personales.

Para Ihering en cambio la autoridad judicial debe identificar y luego ponderar los intereses contrapuestos en cada caso concreto para ello debe considerar que: “si cada norma nace de la necesidad, sentida por el legislador, de solucionar un problema, el eje central de la interpretación pasa a ser el fin de la norma”¹⁸.

En todo caso: “La interpretación antiformalista, sin embargo, no es discrecional o subjetiva. Le exige al juez un mayor conocimiento de las realidades en las cuales ha de operar la norma. Por tal razón, Ihering, Gény, Ehrlich y los otros teóricos de la interpretación libre le exigían al juez una mayor preparación interdisciplinaria en economía, sociología, psicología, etc., para poder calcular correctamente si una cierta interpretación de la ley produciría las consecuencias que su fin exigía”¹⁹, es decir la interpretación buscaba saber cómo pensó el legislador o en su caso como habría pensado.

Para el realismo jurídico en cambio la interpretación ya no consistió tanto en conocer sino en valorar y decidir, para ello se utilizan criterios extrajurídicos –

¹⁵ Linares Quintana, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional. Editorial Abeledo –Perrot. Buenos Aires –Argentina. p. 63

¹⁶ Justamente Savigny efectuó un célebre debate con Thibaut oponiéndose a la redacción de un Código Civil en Alemania lo que prolongó su aparición sino hasta el BGB en 1900.

¹⁷ Noemí Lidia Nicolau. ¿Interpretación o elaboración de normas en materia contractual? <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/944/835>

¹⁸ García Amado, Juan Antonio. Sobre la interpretación constitucional. Disponible en: <http://www.cnj.gob.sv/images/stories/documentos/pdfs/InterpretacionArgumentacionJuridica/capitulo%2011.pdf>

¹⁹ López Medina, Diego Eduardo. Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas.

sociológicos, económicos, etc.-, en este sentido en definitiva se parte de la idea de que el juez primero decide y luego recién motiva posición jurídica que bien puede resumirse en la famosa frase del juez norteamericano Charles Evans Hughes en sentido de que: “Vivimos bajo una Constitución, más la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Por su parte Hans Kelsen máximo representante del positivismo jurídico caracterizado por separar derecho y moral en su “teoría pura del derecho”, separa el “ser” del “deber ser” ámbito último al que pertenece el estudio del derecho, excluyéndose así de la ciencia del derecho todo elemento extra-jurídico y por ello su teoría no puede concebir un derecho justo o injusto, verdadero o falso sino únicamente válido o inválido, de manera que el derecho válido no emerge de un hecho sino de su conformidad con otra norma superior v.gr. la Constitución.

De ahí que, “Sostiene Kelsen que la relación entre una grada más alta y otra más baja del orden jurídico, como la que existen entre la Constitución y la ley, o entre la ley y la sentencia judicial, es una relación de determinación o ligamiento (bindung): la norma de grado superior regula el acto por el que es producida la norma de grado inferior (o el acto de ejecución, si sólo de éste se trata); prescribe con eso, no sólo el procedimiento en que se produce la norma inferior, sino también, eventualmente, el contenido de la norma a producirse. Pero la determinación no es nunca completa. La norma de grado superior no puede ligar en toda dirección al acto por el que es ejecutada. Siempre ha de quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de manera que la norma de grado superior tiene siempre, con relación al acto de producción normativa o de consumación que la ejecuta, el carácter de un marco que ha de ser llenado por ese acto... En todos estos casos, la norma a ejecutarse constituye sólo un marco de ejecución, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese marco llenándolo en algún sentido posible”²⁰, es decir que para Kelsen cuando la ley no regula una situación jurídica es el propio ordenamiento jurídico que habilita al órgano jurisdiccional a crear una norma individual a través de la sentencia y por ello “...Kelsen, por ejemplo, recomendaba no incluir en el texto conceptos como el de justicia, libertad o igualdad...”²¹.

Posteriormente, H.L.A. Hart diferenció las zonas de certeza del derecho que pueden catalogarse como paradigmáticos estándares donde la respuesta a una

²⁰ Linares Quintana, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional. Editorial Abeledo –Perrot. Buenos Aires –Argentina. p. 89

²¹ Iglesias Vila, María. Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. Disponible en: <http://publicaciones.ua.es/publica/fichareel.aspx?Cod=02148676RD1>

controversia judicial la da el ordenamiento jurídico y zonas de penumbra catalogados como difíciles, en los cuales la “textura abierta” del derecho hace dudoso el contenido de una regla, es decir para Hart “...toda expresión lingüística tiene un núcleo de significados y una área de penumbra. El núcleo del significado de una expresión está conformado por los casos de fácil interpretación, es decir, aquello en los cuales casi todos los intérpretes estarían de acuerdo en la expresión que se aplica-o no se aplica a los hechos considerados”.

Entonces cuando no hay derecho aplicable al caso el juez resuelve con discrecionalidad no irracionalmente, sino que resuelve al margen derecho es decir un caso es difícil justamente porque por la ausencia de derecho hace del juez un legislador para el caso concreto, de forma que: “...aún si las normas pudieran ser redactadas de manera que pudieran resolver, de antemano, todas las cuestiones posibles que surgieran sobre su significado, adoptar tales normas chocaría frecuentemente con otros fines que el derecho debe acariciar. Un margen de incertidumbre debe ser tolerado...”²².

Por su parte, Dworkin en 1967 para impugnar lo que él llamó “la versión más poderosa del positivismo jurídico” representada por Hart publica “¿Es el derecho un sistema de reglas?” donde sostiene que el derecho no sólo contiene reglas sino principios criticando la discrecionalidad que su teoría otorga a la decisión del juez en los casos difíciles: “a) porque toda regla se fundamenta en un principio y, por lo tanto, el derecho no son sólo reglas; b) al existir los principios en el ordenamiento jurídico, entonces, el juez que tenga dudas en los “casos difíciles”, no crea una norma retroactiva que antes no existía, sino que aplica los principios existentes”²³, en este sentido Dworkin niega que los jueces puedan crear derecho y sostiene que la posibilidad de otorgar discrecionalidad a los jueces desemboca en inseguridad jurídica cuando los principios del derecho provocan que el ordenamiento jurídico prevea una sola respuesta a cada problemática jurídica.

Para visualizar su teoría Dworkin ofrece la imagen de un juez ideal que bautiza como “juez Hércules” capaz de conocerlo y de resolver toda causa sometida a su competencia de forma correcta.

Cuando Hart preparaba una respuesta a Dworkin muere, y Penelope A. Bulloch junto a Joseph Raz editan el Post scriptum al concepto de derecho en base a los apuntes

²² HLA Hart. Post scriptum al concepto de derecho. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/38/tc.pdf>

²³ Pérez Jaraba, María Dolores. Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart. Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/543>

que dejó a medio trabajar, donde Hart respecto a los contextos difíciles sostiene que la discrecionalidad judicial no vulnera la seguridad jurídica del ciudadano pues al no tener éste una regulación jurídica no puede justificarse expectativas jurídicamente protegidas y que en todo caso la creación del derecho del juez es únicamente para el caso particular por lo que no invade el ámbito de competencias del legislador facultado para crear normas de carácter general.

De ahí se extrae que la diferencia entre las concepciones de Hart y Dworkin se origina en definitiva en la concepción del derecho, es decir que para Hart la relación entre derecho y moral no era necesaria sino eventual, en cambio para Dworkin toda regla del derecho está sustentada en un principio, en otras palabras para Hart la aplicación del derecho podía hacerse de forma asépticamente valorativa por ello era una teoría positivista en cambio para Dworkin ello no es posible al grado de que a su criterio “aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga el derecho a ganarlo”²⁴.

De lo referido y respecto a la discrecionalidad judicial es posible identificar básicamente las siguientes posiciones doctrinales: “a) la teoría positivista-formalista, que sostiene que un sistema jurídico es siempre un sistema lógicamente cerrado en el cual se puede deducir decisiones correctas a partir de reglas jurídicas predeterminadas, valiéndose exclusivamente de medios lógicos; b) la teoría realista, para la cual no hay reglas, por lo que las decisiones de los tribunales son el producto de las preferencias personales e incluso de los prejuicios de los propios jueces; c) la teoría de Hart y el positivismo como método, según la cual los jueces aplican normalmente las reglas a los casos fáciles, pero que tienen discreción judicial para crear derecho en los llamados casos difíciles; d) la teoría de la “única respuesta correcta” de Dworkin, según la cual el derecho está compuesto por reglas y principios, todos preexistentes a la actuación judicial, y que en los principios encuentra el juez la única respuesta correcta al caso que ha de decidir”²⁵, ahora bien conforme se desarrollará en el punto siguiente todas estas posiciones pueden desembocar en extremos indeseables e inconvenientes.

3. INTERPRETACIÓN LITERAL Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

²⁴ Citado en La interpretación constitucional de Carlos Luis Quispe Astoquílca. Disponible en: http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/working_papers/papeles_13.pdf

²⁵ Pérez Jaraba, María Dolores. Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart. Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/543>

A efectos del presente trabajo considero debe tenerse presente que: “Si tenemos en cuenta la relación de significados que los lingüistas dan a la locución “significado literal” podemos afirmar que entre los filósofos del lenguaje no existe una unanimidad a la hora de entender dicha locución. Y que, al menos, existen actualmente dos teorías distintas acerca de su uso: las teorías semánticas que conciben el significado literal como aquel que se obtiene al margen del contexto, y las teorías pragmáticas para quienes incluso el significado literal de un enunciado no puede determinarse al margen del contexto en el que se emite”²⁶. En efecto y en referencia a la interpretación literal ello puede evidenciarse si se considera la máxima latina *in claris non fit interpretatio* - lo que ya está claro no necesita interpretación- que implica que si la declaración de la voluntad legislador expuesta en el texto legal es inequívoca no necesita interpretación y debe simplemente aplicarse.

La referida máxima *in claris non fit interpretatio* implica una teoría literalista que parte del supuesto de que las palabras tienen un significado propio y único que además no cambia de forma, que en la interpretación literal el significado de las palabras es el natural y obvio para cualquier ciudadano, así al juez le está vedado interpretar lo obvio.

De ahí se generan dos corrientes, los que sostienen que la interpretación únicamente es procedente si la norma es confusa, ambigua o imprecisa y la que sostiene que la norma siempre debe interpretarse, así “Wroblewski nos dice que interpretamos siempre que nos encontramos ante un término dudoso. A contrario sensu, cuando no nos encontremos ante un término dudoso, no se interpreta. Sosteniendo la tesis contraria tenemos a Luis Prieto Sanchís. Sus palabras son concluyentes: “Decidir que un texto es claro u oscuro es justamente una conclusión que sólo se alcanza después y no antes de interpretar el texto, y esta conclusión tampoco ha de ser universalmente compartida por todos los intérpretes...”²⁷, y en efecto resulta contradictorio sostener el *in claris non fit interpretatio* sin una previa interpretación que evidencie que no se requiere interpretación, es decir “La simple afirmación de que un texto es claro implica ya una labor hermenéutica previa que llevó a la conclusión de su claridad”²⁸.

²⁶ Gimeno Presa, María Concepción. La interpretación literal de la ley. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/909342.pdf

²⁷ Guim A. Mauricio A. Interpretación y argumentación. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=623&Itemid=116

²⁸ José Gamas Torruco. Interpretación constitucional

En efecto, la experiencia revela que el lenguaje provoca al menos los siguientes problemas interpretativos referidos a ambigüedad, pues las palabras pueden usarse de manera diversa y generar diferentes significados, piénsese por ejemplo en un chiste como el siguiente: "...“Una noche de invierno, el cliente de un bar, después de haberse tomado varios tragos, saca una langosta viva del bolsillo de su chaqueta y comienza a jugar con ella sobre la barra. Al cantinero le gusta la langosta y así se lo expresa al cliente. El cliente, agradecido por el comentario, le regala la langosta al cantinero. El cantinero dice: “Muchas gracias, me la llevaré a casa para cenar”. A lo cual responde el cliente: “no haga eso, ella ya ha cenado. Mejor llévela al cine”. Dentro del habla común, uno de los mecanismos más usados para generar humor en chistes de contenido lingüístico es atribuir a alguien una interpretación literal de las palabras, que, de otra forma, no serían normalmente interpretadas... De hecho, el efecto humorístico lo trae la interpretación literal, pero claramente inadecuada, que alguien da a una emisión...”²⁹, y vaguedad referida al campo de aplicación o amplitud de una palabra no plenamente definido, así por ejemplo el concepto de plazo razonable es decir ¿Cuánto tiempo debe transcurrir para que un plazo deje de ser razonable?

Por otra parte por muy clara que parezca una palabra o frase su significado se determina por un concepto generalmente compuesto por otros elementos sin los cuales no podría entenderse el concepto, y por la relación con otras palabras generalmente opuestas, de manera que no es posible entender el color “azul” sin distinguirlo de los otros colores como el “celeste” y su sentido no puede obtenerse sin considerarse previamente el contexto normativo al que pertenece de tal forma que: “...una palabra que, aisladamente, es ambigua, polisémica, es decir, que tiene más de un sentido, puede tener un único significado claro cuando es considerada en el contexto de un enunciado. Entre el enunciado y las palabras que lo componen hay una relación no unidireccional, sino bidireccional (o, si se quiere, circular): el significado del enunciado es determinado por el sentido de las palabras que lo componen (tomando en cuenta las reglas sintácticas de la lengua y la posición de cada palabra en el enunciado), pero también el significado global del enunciado determina, aclara, el significado de las palabras que lo componen...”³⁰.

²⁹ López Medina, Diego Eduardo. La letra y el espíritu de la ley. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 2008 p. 130.

³⁰ Poggi, Francesca. Significado literal: una noción problemática. Disponible en: rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13156/1/DOXA_30_51.pdf

De ahí extraemos la relevancia del contexto en el que se usa una palabra o frase “por ejemplo, el enunciado “volveré a casa de mi padre” no significa lo mismo en el contexto de una conversación entre amigos que en el contexto del sermón en una misa dominical...”³¹, al contexto pragmático del uso de la palabra o frase, así en una reunión en la que se encuentren presentes varias mujeres se frustraría un mensaje de “te presento a Josefa” sin señalar a la persona con ese nombre.

Y ello a la vez nos impele a recordar que las palabras son un puente entre el individuo y la sociedad a la que pertenece, por tanto si bien las palabras no tienen un significado propio no significa que el participante en una conversación pueda modificar dicho significado a su antojo, ello porque: “En el lenguaje se da la síntesis entre la experiencia del mundo y la realidad personal. En el lenguaje, donde habita el ser, según Heidegger, se incluye el contenido transmitido y ese contenido abarca la experiencia del mundo y la conciencia histórica... La experiencia de diálogo que permite a los interlocutores situarse en el lugar del otro para comprenderlo”³², es decir sólo así podría comunicarse el contenido de la ley, un poema, una carta; es decir si los emisores y receptores tienen experiencias y forman parte de una cultura común.

De lo referido se extrae que hoy día ya no es posible negar las limitaciones del legislador para preverlo todo de manera expresa en la ley como lo hizo en su momento la escuela de la exégesis, debiendo recordarse más bien que: “...parece una evidencia concluir que el hecho de que existan medios o instrumentos jurídicos para remediar las lagunas, no quiere decir que las lagunas no existan (sería como decir que una lavadora no se estropea porque existen mecánicos que la arreglan; la lavadora sufre averías, cuestión distinta es que estas tengan solución)”³³, en este sentido el comienzo para encontrar la respuesta a un problema sin duda alguna comienza reconociendo la existencia del problema.

La exclusión de aspectos de la realidad como el sociológico, el cultural, el político, entre otros y reducir el derecho a la ley como lo hicieron la escuela de la exégesis y Kelsen, descontextualiza el derecho así entendido, cuando más bien la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas provoca que para la resolución

³¹ Talavera, Pedro. Interpretación, integración y argumentación jurídica. Editorial El País. Santa Cruz – Bolivia. 2008. p. 72.

³² García Barrera, Myrna Elia. La jurisprudencia y la interpretación en la teoría jurídica contemporánea y posmoderna. Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos4/art.%205%20la%20Jurisprudencia%20y%20la%20interpretacion.pdf>

³³ Talavera, Pedro. Interpretación, integración y argumentación jurídica. Editorial El País. Santa Cruz – Bolivia. 2008. p. 118.

de controversias jurídicas deba hoy día tomarse en cuenta cada vez más elementos extra-jurídicos.

Por otra parte cuando HLA Hart y Kelsen ante un vacío jurídico reducen la decisión judicial a la voluntad de la autoridad jurisdiccional, ignoran que todo juez pertenece a una determinada realidad sobre la cual debe resolver de forma que su libertad de decisión está condicionada a la misma pero a su vez respecto a Dworkin se tiene que la debilidad del juez Hércules imaginado por el mismo deviene justamente de ser imaginario, lo que hace a la vez que la tesis de la existencia de una respuesta única no sea verificable además debe considerarse que los valores que hacen a los principios no son estáticos es decir su transmutación no es repentina sino gradual, lo que impide en sociedades cada vez más plurales exista un consenso o unanimidad sobre la decisión correcta lo que sin duda permite que las autoridades judiciales cuenten con un margen de discrecionalidad no irrestricta sino determinada por el contexto –espacio y tiempo– en el que resuelve una problemática.

En lo que refiere al realismo jurídico, éste ignora que existe algo preestablecido a la decisión judicial que limita la discrecionalidad judicial, que impide que un término o texto pueda tener cualquier significado pues paradójicamente ello implicaría sostener que no tiene significado alguno, en tal sentido “Si la ley dice “vehículo” podemos dudar de si se refiere a vehículos de motor solamente, o también a vehículos sin motor, a vehículos espaciales, a patinetes, a carros, a sillas de ruedas, etc., etc., y la decisión al respecto se establece por vía de interpretación; pero nadie en su sano juicio pensaría que de la referencia de ese término pueda formar parte un balón de fútbol o una serpiente”³⁴, lo contrario haría del legislador alguien innecesario.

Es decir el reconocimiento del margen de discrecionalidad interpretativa a favor de una autoridad judicial es inevitable pero ello no implica necesariamente que deba ser absoluta pues la misma puede y debe controlarse mediante la argumentación que debe contener la decisión es decir que cuando las partes al interior de un proceso judicial tienen interpretaciones encontradas el juez debe responder por qué no sigue la interpretación perdidosa lo contrario haría de una sentencia un acto de voluntad -mera expresión de fuerza- sujeto al capricho y las preferencias personales pues: “¿Qué puedo

³⁴ García Amado, Juan Antonio. Sobre la interpretación constitucional. Disponible en: <http://www.cnj.gob.sv/images/stories/documentos/pdfs/InterpretacionArgumentacionJuridica/capitulo%2011.pdf>

objetar contra alguien que me diga que prefiere los helados de chocolate a los de vainilla?”³⁵.

De ahí se tiene entonces que cuanto más se aleje una interpretación de la literalidad de un texto normativo se requiere que la autoridad jurisdiccional aumente de manera proporcional la argumentación explicando dicho alejamiento.

Asimismo el análisis literal de un texto debe efectuarse a partir de las particularidades de un caso concreto condicionado por la realidad en la que se desenvuelve el intérprete, de ahí por ejemplo que la experiencia histórica de la humanidad impide interpretaciones de una norma que pueda justificar la pobreza, la injusticia, la discriminación, entre otros ello hace se reitera que al aplicar el derecho el juez no sea plenamente libre para elegir entre los diversos significados descriptivos y emotivos.

Finalmente, las reglas técnicas del manejo jurisprudencial tales como la diferencia entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, las reglas que rigen la modificación jurisprudencial se constituyen en un importante mecanismo de control de la interpretación judicial de forma que ningún tribunal puede adoptar una decisión que no está dispuesto a seguir o a sufrir en carne propia.

4. CONCLUSIONES

Todo juez desarrolla su función jurisdiccional entre teorías cognitivas de la interpretación -que hacen referencia a que se puede conocer el derecho- y entre teorías escépticas -que niegan que la interpretación sea una actividad de conocimiento sino de valoración y decisión-, posiciones dogmáticas que compiten entre sí para la resolución de cada uno de los casos que resuelve.

En sociedades cada vez más plurales el argumento de autoridad para justificar la interpretación literal, sea por los atributos personales de los gobernantes, por lo que representaban o por el procedimiento seguido en la aprobación de la ley, ha dejado de ser suficiente, es decir ya no basta referir lo que literalmente “dice la ley” para resolver una problemática jurídica, requiriéndose más bien que la decisión judicial convenza o al menos intente convencer a la parte perdedora y a la colectividad en la que se

³⁵ Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa. La argumentación en el derecho. Editorial Palestra. Lima – Perú, 2005.

desenvuelve el intérprete, sobre la necesidad de adoptar un tipo de interpretación y no otra.

Sin un contenido objetivo mínimo del lenguaje, que no dependa de la subjetividad del interprete la comunicación se vería frustrada así como la finalidad que busca el derecho, v.gr. no se conocerían las conductas prohibidas por el derecho penal y la irretroactividad de la ley no podría constituirse en una garantía cierta, pese a ello “...para evitar el resultado autodestructivo de una ley que difícilmente encuentra aplicación, su formulación lingüística debe ser, al menos en alguna medida, indeterminada”³⁶, pues no sería posible un lenguaje que con exactitud tuviese que expresar el peso, la medida, las características esenciales de lo representado, de ahí que: “...en todo caso, el “sentido literal” es bastante fluido e indeterminado; cambia según los contextos y no permanece diacrónicamente constante y, aun mediando la debida contextualización (por obra de la interpretación), no siempre es unívoco y claro, carente de ambigüedad y vaguedad. Ahora bien, que el “sentido literal” de una disposición no sea preciso no quiere decir que no exista: es impreciso, pero no inexistente. En estos casos, el “sentido literal” no es un punto de llegada sino el punto de partida para una ulterior interpretación de otra naturaleza (histórica, sociológica, axiológica...)”³⁷.

5. BIBLIOGRAFÍA

- GASCÓN ABELLÁN, Marina y García Figueroa, Alfonso J., La argumentación en el derecho, Editorial Palestra, Lima – Perú, 2005.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional, Editorial Abeledo –Perrot, Buenos Aires –Argentina.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. La letra y el espíritu de la ley. Editorial Temis. Bogotá – Colombia, 2008.
- TALAVERA, Pedro, Interpretación, integración y argumentación jurídica, Editorial El País Santa Cruz – Bolivia, 2008.

³⁶ Tecla Mazzaresse. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. Disponible en: 193.145.233.67/dspace/bitstream/10045/10277/1/doxa23_22.pdf

³⁷ Talavera, Pedro. Interpretación, integración y argumentación jurídica. Editorial El País. Santa Cruz – Bolivia. 2008. p. 73.