

**REFLEXIONES ACERCA DE LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA
INTERPRETACIÓN: TRAYECTORIA DE SAVIGNY A DWORKIN**
*REFLECTIONS ON THE EVOLUTION OF THE THEORY OF INTERPRETATION PATH
SAVIGNY DWORKIN*

SIERRA GUTIÉRREZ, Abdón*

RESUMEN

Con el presente artículo se propone realizar de manera descriptiva, pero a su vez esquemática y breve, una panorámica de la trayectoria dejada por el desarrollo de la teoría de la interpretación del derecho y la ley en particular, poniendo de presente que en cada etapa de su desenvolvimiento se evidencia el debate acerca de la naturaleza del derecho. Del derecho como concepto(hecho ideal) o hecho cultural, se desprende el método y la finalidad que debe orientar la interpretación, dejando esta visión panorámica solo como telón de fondo al estudio particular de cada etapa y autor relevante en el tema, que será el real estudio a que se afronta para el futuro. El movimiento pendular de la trayectoria de la interpretación pone de presente que hoy no es posible defender un iusnaturalismo radical, pero tampoco un positivismo formalista de vieja sepa; hoy se abre paso, con resistencia, pero progresivamente, la tercera alternativa: el constitucionalismo irrigador y social.

PALABRAS CLAVES: Interpretación, naturalismo, positivismo, discrecionalidad, decisión judicial.

ABSTRACT

The present article proposes to realize in a descriptive way, but in turn, schematic and brief, the panoramic one of the path left by the development of the theory of the interpretation of the right and the law especially, putting of present on that in every stage of his(her,your) development it(he,she) puts of present the debate it(he,she) brings over of the nature of the right :el rightly(straight) as concept (ideal fact) or cultural.- And of it, there becomes detached the method and the purpose that must orientate the interpretation .-Demand this panoramic vision only as backdrop to the particular study of every stage and relevant author in the topic, which will be the royal(real) study to which there

Fecha de recibo: 24 de Septiembre de 2014

Fecha de aprobación: 26 de Noviembre de 2014

* Abogado de la Universidad del Atlántico. Especialista en D. Procesal Civil, Comercial y Constitucional. Maestría Universidad Nacional de Colombia y Doctorado en la U del Zulia Ven. Juez y actualmente Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla. Profesor de U del Atlántico en Derecho Privado y de la Especialización de Derecho Procesal de la U, Autónoma de Bucaramanga.-Integrante del Centro de Investigación Pedro Laffón Pianneta y del Semillero Chioventa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Atlántico., albertosi@289@yahoo.es

is confronted for the future. - the commuting of the path of the interpretation puts of present that today is not possible to defend a radical jusnaturalismo, nor an old woman's formalist positivism sepal.

KEY WORDS: Interpretation, naturalism, positivism, discretion, judicial decision

INTRODUCCIÓN

La hermenéutica en general y la interpretación jurídica (legal y constitucional), es un tema que ha adquirido tal dimensión para el derecho en el Estado social de derecho, que aunado al tema de la argumentación jurídica y la justificación de las decisiones judiciales, se ha tornado obligatorio para todo doctorado, maestría, especialización e incluso en los pensum de pregrado en ciencias jurídicas, que se incluya una asignatura al respecto. Así mismo, un operador judicial, cualquier abogado, estudiante o profesor universitario se ve obligado a ponerse a tono con las nuevas corrientes y pensamientos hermenéuticos y argumentativos, so pena de pasar por fuera de contexto e incluso quedar en desventaja en el ejercicio profesional.

Por ello, este trabajo, pretende, aunque sea de manera esquemática hacer un recuento de la gran corriente y orientación que ha seguido la hermenéutica y la interpretación del derecho, a partir del estallido de la Revolución francesa y la destrucción con ella de la sociedad feudal, caracterizada por una profunda estratificación social, jerarquizada y económicamente parasitaria, para dar origen a la época conocida en la historia como la era moderna, que no es otra cosa que el surgimiento de la sociedad capitalista, precedida por tres grandes corrientes: el liberalismo económico, el contractualismo social y el libre albedrío moral.

Interpretar significa en el campo jurídico comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido;

Emilio Betty lo define como la “acción de explicar haciendo explícito y claro el sentido de la ley”¹.

Esta acción de interpretar ha tenido en la historia jurídica diversas justificaciones y propuestas metodológicas para su realización y es precisamente ello el objeto de este artículo: el hacer una descripción de esa trayectoria justificativa de la interpretación realizada por las diversas escuelas y corrientes jurídicas, a lo cual procedemos en 6 pequeños apartes.

DESARROLLO

1. EL IUSNATURALISMO VS POSITIVISMO JURÍDICO

Antes de la Revolución Francesa, el pensamiento jurídico reinante es el Iusnaturalismo, el cual se caracterizaba por la relación íntima y dependiente de las tres leyes: la divina, la humana y la de la naturaleza, ello se debe a que Dios creó al hombre a su imagen y semejanza mediante la inflación de su espíritu santo. Si ello fue así, fácil es concluir que el hombre y su ley debe participar del ordenamiento divino y de la naturaleza, sometida aquella, en su existencia y validez a la jerarquía de la ley de Dios. La ley humana tenía una existencia mediata, es decir, condicionada a que su contenido correspondiera a la legalidad superior de carácter religioso, careciendo de autonomía y soberanía. Por ello, para este

¹ Betty, E.: Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Pág. 75

periodo se confundía el carácter ontológico del derecho con los valores religiosos.-

Desde el punto de vista político se tenía que el poder del monarca no podía ser cuestionado por sostenerse en una fuente sobrenatural: provenía de Dios y era recibido a través del papa, por lo que se entiende la gran unidad que para esa época existió entre el reino terrenal (monarca) y el espiritual (el papa), siendo la iglesia la encargada de legitimar el poder político.-

De las características de unidad de la iglesia, como una y única cultural e ideológicamente, inmutable en el tiempo y universal en el espacio; el iusnaturalismo asumió sus connotaciones de ser la concepción del derecho, caracterizada por valores inmutables y universales que debían orientar y guiar el derecho y las leyes de manera que toda norma que no fuera irradiada por tales valores, debía tenerse como no escrita.-

Así lo resumió el teólogo Alfonso de Castro:

“Estoy dispuesto a compartir libre y amistosamente con los juristas peritos en el derecho humano la materia de la interpretación de estas leyes de tal manera que los teólogos dejen a ellos (los juristas) la interpretación de las leyes humanas. Pero ello, los juristas, deben conceder a los teólogos disputar acerca de la potestad y justicia de las leyes humanas, porque aquellos, sin el conocimiento de la ley divina en modo alguno se puede concebir rectamente”.

Este esquema Iusnaturalista sufriría un profundo proceso de transformación a partir de la ocurrencia de la revolución francesa, que orientada por las corrientes sociales, políticas y filosóficas, que se pregonaban: todos somos libres para realizar la

actividad económica que nos interese y no necesariamente debemos permanecer atados a la tierra como único medio de producción; ¿por qué existe ésta sociedad tan estratificada?, ¿por qué nos obligan a someternos a la tierra?; si todos somos iguales, es decir, no tenemos por qué doblar la servidumbre ante otros, que aunque sea monarcas son iguales a nosotros, entonces: ¿por qué solo un sector de la sociedad lleva sobre sus hombros el peso de la producción de la tierra y el otro sector vive a costas de ese trabajo?, además, cada uno al ser libres e iguales, nos obligamos cuando, donde y como queramos, es decir, nuestro único norte obligacional es nuestra propia voluntad de hacerlo, entonces, desde que nacemos, ¿por qué tenemos que soportar cargas obligacionales no contraídas por la generación presente?

Si esa era la propuesta de los guías de la revolución francesa, no se podría entonces seguir defendiendo la idea de que el poder viene de Dios y que él nos quería a unos como esclavos de la tierra y a otros como dueño de la misma de manera absoluta; tampoco podría seguirse defendiendo la idea de que las obligaciones eran para un sector de la sociedad, porque siendo iguales y libres, las obligaciones solo podrían generarse del acuerdo entre ellos, quienes contaban con libre albedrío para escoger con quien contraer vínculos jurídicos y las circunstancias de tiempo, lugar y modo para tales ataduras.

Y si somos iguales, libres y con una voluntad individual cuyo límite era ella misma, lógico era entender que el Iusnaturalismo no podría continuar siendo el sistema que explicara la nueva situación, especialmente la de control del poder político y de creación de los derechos, como de las obligaciones que se imponían a la sociedad. Por consiguiente, todo

ese síndrome de cambio generado por las transformaciones económicas y políticas debía reflejarse en el derecho y esa expresión no podría ser otro que el condicionante para el surgimiento del positivismo y especialmente el surgimiento de la corriente por la codificación, de la cual el Código de Napoleón es la obra emblemática.

Sin embargo, la codificación en sí misma, no garantizaba el respeto por el triunfo ganado, pues era necesario, además, que las normas expedidas que integraban el código, fuesen respetadas por todos, es decir, el monarca y el pueblo; en consecuencia, el juez al administrar justicia, estaba obligado a decir el texto de la ley sin mayor interpretación, su papel quedaba reducido a ser la boca del legislador, generándose la primera escuela del positivismo que se conoció como la exégesis, la cual comprendió el periodo inicial de la idealización de la codificación, se caracterizó por la explicación del articulado de la ley, así como extensas enciclopedias que estudiaban uno a uno los artículos del Código Civil. Basta mirar en Francia para recordar los textos de Baudry-Lacantinerie; en nuestro país, sin ser propiamente expresión clásica de la escuela de la **exégesis** de origen, se publicaron obras jurídicas de ese tipo, como fue el extenso Estudio sobre derecho Civil Colombiano del Doctor Fernando Vélez (1926) y el tratado de derecho civil Colombiano de Edmond Champeau y Antonio José Uribe (1899).

En síntesis debemos subrayar, que la escuela de la exégesis se caracterizó por pretender realizar el objetivo que se propusieron los hombres de la revolución, consistente en reducir el derecho a la ley, y más especialmente, el Derecho Civil al Código de Napoleón. Como decía el Decano Aubry en un informe oficial sobre el estado de la enseñanza de la

Facultad de derecho de Paris, fechado en 1857: "Toda la ley, tanto su letra como su espíritu, con una amplia aplicación de sus principios y el más completo desarrollo de las consecuencias que de ello derivan, pero nada más que la ley. Tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón."², para ello, siendo que el triunfo se recogía en esas obras jurídico políticas, la única forma de garantizar ese triunfo en los términos del acuerdo obtenido para regular el mundo de relaciones, era impidiendo que el aplicador del mismo, so pretexto de interpretar la norma, la falseara. Se acuñó la expresión, se estudia el Código no el derecho, como expresión de la idealización de la norma, de la ley y su reducción del derecho a lo expresado en la norma.-

El exégeta Mourlon, exclamó un cierto día: "Todos los días vemos a los jueces tratar por medio de vanas sutilezas de las soluciones del derecho positivo y pervertirlo a fuerza de equidad, esos son los malos jueces"³, para concluir, que en este primer periodo del positivismo no era posible admitir que el juez tuviese oportunidad de interpretar la ley, porque toda solución debía encontrarse en la norma y nada más que en ella y "los códigos no dejan nada al arbitrio del interprete" como lo rezaba Laurent (1878).-

Este periodo se caracteriza fundamentalmente por cuatro puntos a resaltar: 1) El culto al texto de la ley, ésta no tiene ya por misión hacer el derecho, el derecho está hecho, no existe incertidumbre, pues el

² Perelman, Ch.: La lógica jurídica y la nueva retórica. Traducción de Luis Diez Picazo. Editorial Civitas S.A. pag.37

³ Bastidas Freixedo Xacobe (2001): El silencio del emperador. Universidad Nacional de Colombia. Pag. 39

derecho está escrito en los textos auténticos; 2) Predomina la intensión del legislador en la interpretación del texto de la ley; 3) Al colocar todos el poder de la ley en la vocación del legislador, como el creador del mismo, le da al derecho un fuerte carácter estatal, al extremo que es el único derecho reconocible; 4) En materia de interpretación y argumentación, la justificación de autoridad jugaba un poder determinante en las decisiones, especialmente las citas de la misma ley y de los comentarios efectuados por los grandes cultores de la ley.-

Como representantes de este periodo del positivismo se menciona en el plano filosófico a Montesquieu y en el doctrinario, en materia propiamente interpretativo, a Cesar Beccaria, en su texto *De los Delitos y las Penas*, del cual se extraen las siguientes frases:

“Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales pueden residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores”.

“Cuando el juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la puerta de la incertidumbre”

“No nada más peligroso que el axioma común de que es necesario consultar al espíritu de la ley”

“Veríamos, pues, los mismos delitos castigados en diversas forma por el mismo tribunal en diversas oportunidades, por haber consultado, no la voz constante y fija de la ley, sino a la errabunda inestabilidad de las interpretaciones”

“Un desorden que nace de la rigurosa observación de la letra de la ley penal, no es

comparable con los desórdenes que nacen de la interpretación”⁴.

2. EL PROFESOR CARLOS DE SAVIGNY Y EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.

La primera crítica a este sistema, generado por la exégesis, provino de Savigny, quien vio en el derecho no solo la norma, sino el carácter ontológico de ese derecho positivo, entendiéndolo como experiencia de naturaleza histórica, por lo que para fundamentar su postura contra la doctrina del derecho natural acudió al estudio del derecho romano, caracterizado por su practicidad y por concebir el derecho como instrumento para solucionar las controversias generadas por la vida en relación. Esta idea es tomada y profundizada por Kant, quien consideraba que toda ciencia, excepto las matemáticas, debe apoyarse siempre y en todo momento en la experiencia.

Y desde esta orbita, fue Savigny el primero que propuso una especie de hermenéutica crítica y habla de la interpretación de la ley de igual manera como se interpreta cualquier otro tipo de pensamiento expresado en o por medio del lenguaje, como el teológico. De él es la frase de que la interpretación “es un arte que se aprende”.

Pues bien, Savigny propuso como instrumentos para la interpretación, los conocidos métodos o técnicas de interpretación gramatical: lógico, histórico y sistemático; que Andrés Bello tomó del Código Civil de Louisiana, para el Código Civil Chileno y de

⁴ Beccaria, C. : *De los delitos y las penas*. Segundo Capitulo, páginas 6 a 9

allí paso al colombiano, habida cuenta que el Código Napoleónico no traía artículo alguno sobre interpretación de la ley, aunque sí del contrato. Al ser el derecho expresión histórica de la experiencia de la vida en comunidad e instrumento para la solución de las controversias nacidas de esas relaciones, el derecho no puede entenderse solo como norma o reducirlo a las normas legales, sino que debe servir para resolver los problemas no contemplados en la ley misma, dado que el legislador no tiene posibilidad de regular todas las vicisitudes de los actos de los hombres individual y colectivamente realizados y si ello es así, la ley debe ser interpretada, siendo entonces, necesario los métodos para llevar adelante el “arte” interpretativo, a efecto de que esa operación no quede a la total arbitrariedad de los operadores de la ley. El autor denominó elementos constitutivos de la ley, así:

“El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras ⁵de que el legislador se sirve para pronunciarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

“El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.-

“El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que el precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer “.

“Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos, tanto ese conjunto como los hechos históricos, y por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquen claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema”⁶

Pero este aporte de Savigny, al no estar precedido de una real investigación sobre el carácter ontológico inevitable del derecho, ni existir una coincidencia entre los tratadistas respecto de cómo y porque aquella naturaleza; cada país de avanzada de la época tomó el camino que el estado del desarrollo de las ciencias tenía para aquellos momentos y así justificar o tratar de justificar esa naturaleza experimental del derecho y el positivismo en general; Así tenemos que en Alemania, donde estaba a sazón el desarrollo de las matemáticas, se asimiló el derecho a esta ciencia, lo que condujo que de la expresión positivista, el hecho de la ley, se le dio prevalencia al extremo ley en deterioro de “hecho”, entendiéndose como objeto del derecho no la experiencia en sociedad sino a la norma, generándose el racionalismo lógico en el derecho, que en el campo filosófico desarrollaron Leibniz, Woolf, Hegel y Kant.

Esta manera de entender el derecho se extiende con el surgimiento de Ihering, en el Espíritu del Derecho Romano, en el que sostiene la tesis central de que toda experiencia humana, puede conceptualizarse y por tanto, es igualmente posible la creación de una teoría general de la experiencia,

⁵ Savigny M. F. C. (2005): Sistema del derecho romano actual. Traducción de M.CH Guenoux. Editorial Comares S. L .Granada. Aparte 33.

⁶ *Ibidem*

surgiendo la teoría general del derecho, y hecho ello, condujo en Alemania, a la concepción que se podría conocer el derecho e interpretarlo, conociendo e interpretando la norma, es decir, como un objeto ideal, como un concepto que a su vez permite conocer lo comprendido en él, de manera idéntica a como se conocían y estudiaban las matemáticas. En Francia, por el contrario, dada su tradición cultural de inclinación hacia las ciencias naturales, recordemos los enciclopedistas, la ciencia que orientaba su cultura era la psicología, la mecánica y la biología de los evolucionistas, por esa vía se ingresó a la jurisprudencia, lo que permitió orientarla en la búsqueda de la interpretación de la ley desde el ángulo de la intención del legislador. Entonces el derecho es una ciencia de realidades, de la experiencia y tiene como objeto la ley, siempre y cuando se capture la intención vertida en ella. Luego para esta corriente jurídica era indispensable la interpretación del derecho, tradición que influyó enormemente en nuestra formación jurídica, habida cuenta de la casi exclusiva incidencia que el derecho francés ejerció en nuestra formación jurídica; finalmente, en Inglaterra, al llegar el positivismo jurídico, su interpretación tomó el camino histórico; por su carácter practicante, el inglés no admite la construcción del derecho de manera intelectual, conceptual, sino que lo entiende como un instrumento de lo concreto, de la experiencia particular, de la solución de problemas, lo que a su vez explica el fracaso de la codificación en ese país. En Inglaterra, la ley era un factor secundario de generación de derecho, porque allí pesaba el precedente de casos afines, es decir, una interpretación por casos.

La situación entonces, pone históricamente de presente que la ontologización del derecho, traicionada por las tendencias que asumió el

positivismo en los tres principales países del momento, (el racionalismo lógico alemán, el empirismo o derecho como un hecho psicológico y el historicista casuístico), tuvo su crisis con el surgimiento en Alemania de la jurisprudencia de intereses de Philip Hech y las últimas obras de Ihering, quienes sostenía que el derecho cuenta con tres elementos: a.) Los mandatos del ordenamiento jurídico; b.) Los intereses existentes en el mismo; y c.) Las expresiones conceptuales usadas por el legislador. Esta crisis de racionalismo alemán fue acelerada igualmente por la Escuela del derecho libre (Kantorowicz) y la Sociología jurídica encabezada por Ehrlich, ambas inclinadas por la corriente del derecho libre.

Así mismo en Francia, el empirismo psicológico cayó en crisis con la aparición de las ideas de Saleilles, quien comenzó a plantear que el derecho era temporal históricamente y producto de la evolución social, tendencia que luego fue reforzada por los partidarios de la Investigación científica del derecho de la que participaba Geny, Duguit y Haurion, quienes expresaban:

“No se opone derecho y equidad. La norma reposa siempre en la necesidad social y en el sentimiento de equidad existente, una regla que no es conforme a la equidad no es una regla jurídica. Una regla legal puede no ser conforme a la equidad, pero tampoco es una regla jurídica.”(Duguit)

“Las instituciones representan en el derecho, como en la historia, la categoría de la duración, de la continuidad y de lo real; la operación de su fundación constituye el fundamento jurídico de la sociedad y del Estado”(Hauriou)

Por otro lado, en Inglaterra surgen las ideas de Salmond y en los Estados Unidos, Holmes, Gray,

Cardozo, Roscoe Pound y Jerome Frank, quienes defienden la conocida como la concepción sociológica del derecho y particularmente el practicismo jurídico como una versión de aquella, quienes defienden el punto de vista de que el derecho no es concepto, sino experiencia vivida y su objeto no es la norma sino que ésta solo es el recogimiento conceptual de una realidad y esa realidad no es otra que la vida social misma.

Estas tendencias se fueron extendiendo a todo el orbe, de tal manera que el exégetismo normativista quebró totalmente y con ello, el juez y la hermenéutica tomaron la importancia que hoy pone de presente el estudio del derecho, especialmente porque se entendió que el sistema jurídico es uno y único, precisamente porque existen jueces que tienen el trabajo de darle la actualidad que el derecho debe brindar a la solución de las controversias que son puestas a conocimiento del aparato estatal judicial y en esa actividad crear, no solo ejecutar, derecho.

3. NUEVOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN Y SUS INCONVENIENTES

Dentro de este proceso de entender el derecho no solo como norma, sino como sistema jurídico, y producto del gran debate anterior acerca de la naturaleza del derecho, como norma o como hecho, los diversos doctrinantes propusieron completar los criterios interpretativos iniciados por Savigny, como lo era el finalista y el consecuencial, lo cual, a su vez generaba nuevos problemas a la ciencia del derecho, como lo manifiesta Robert Alexy en su texto acerca de la Argumentación:

“Pero, hasta su número es discutido. Así, Savigny diferencia entre el elemento gramatical,

lógico, histórico y sistemático de la interpretación. Según Larenz, hay cinco criterios: 1) el sentido literal; 2) el significado de la ley según su contexto; 3) las intenciones, metas e ideas normativas del legislador histórico; 4) los criterios teleológico-objetivos; 5) el mandato de interpretación conforme a la Constitución. Woolf, por mencionar otro ejemplo, conoce la interpretación filológica, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética y teleológica.

“Más importante que el problema del número de los cánones, es el problema de su ordenación jerárquica. Diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes. Atendiendo a este hecho, solo se pueden considerar adecuados para fundamentar con seguridad un resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su ordenación jerárquica. Esto no se ha logrado, hasta hoy.-

“Otro problema es su indeterminación.-Una regla como “interpreta cada norma de manera que cumpla su objetivo” puede conducir a resultados contrapuestos si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objetivo de la norma en cuestión.-

“Esta debilidad de los cánones de la interpretación no significa que carezcan de valor, pero impide el considerarlos como reglas suficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas”⁷.

⁷ Alexy, R. (1997): Teoría de la Argumentación Jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centros de Estudio Constitucionales Madrid – España.

4. CONTRA-ATACA EL POSITIVISMO FORMALISTA: H. KELSEN Y HART

Lo anterior condujo a un nuevo planteamiento, nacido desde el positivismo respecto de la interpretación, como lo es la postura de H. Kelsen y H.T. Hart; el primero, el gran expositor del positivismo, con su texto *La Teoría Pura del Derecho*, en la que dedica un capítulo especialmente a la interpretación, expresa:

“Cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas. La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. En el caso en que más se piensa cuando se habla de interpretación, es en la interpretación de la ley, por lo que se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la norma individual de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho concreto”⁸

Kelsen no solo admitía interpretación de la Ley, sino igualmente de la Constitución y en general “una interpretación de todas las normas jurídicas, en tanto deben recibir aplicación”⁹, además acepta el autor que el juez al aplicar el derecho al caso concreto, no solo aplica el derecho sino que crea derecho, porque “la interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho”, lógicamente en menor escala de la fuente

interpretada, con lo que se desmiente la creencia generalizada en nuestro ámbito jurídico de que Kelsen es partícipe de la exégesis, cuando en realidad es un punto de vista de avanzada con respecto a aquella escuela. La posición kelseniana corresponde a la respuesta del positivismo a las críticas y debilidades puestas de presente por las corrientes sociológicas, la jurisprudencia de intereses, la investigación científica del derecho y el realismo jurídico norteamericano e inglés, pero igualmente al realismo jurídico que lideraba Hermann Kantorowicz.

El fenómeno de recepción del pensamiento kelseniano en Colombia es uno de los fenómenos más interesantes de nuestra formación jurídica y punto de vista, lo cual ameritará un estudio especial, ya que él llegó a través del pensamiento de Carlos Cossio y la Teoría Ecológica, con quien Kelsen sostuvo un agudo y profundo debate, del cual participo un sector de la academia y tratadistas colombianos, generándose una comprensión del más grande jurista de la época no de manera cómo se entendió en los países europeos, sino como un aspecto de la teoría del profesor argentino; de ahí que el pensamiento de Kelsen en Europa sirvió para combatir las ideas del realismo jurídico y los aportes de Geny; en Colombia esa misma teoría sirvió para atacar y contener los aportes del Carlos Cossío, quien sostenía que el derecho es una ciencia ontológica que se podría definir diciendo que es la ciencia que regulaba la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, “porque las normas jurídicas son sólo conceptos con los que aquella conducta es conocida como conducta. Las normas son simplemente los conceptos con los que pensamos esa conducta. Ellas en sí, en tanto que conceptos, son objetos ideales de tipo lógico como todos los conceptos; de ahí que el estudio de la norma esté a cargo de la lógica jurídica formal, sobre lo cual las

⁸ Kelsen H. (1995): *Teoría Pura del derecho*. Traducción de R. j. Vernengo. pág.349

⁹ *Ibidem* pag 349

investigaciones de Kelsen que se conocen con el nombre de Teoría Pura del Derecho, contiene los lineamientos y fundamentos generales. ¹⁰, he ahí la explicación del doble carácter de la posición de Kelsen y su especial concepción en nuestro país y en general en América Latina, que desde otra justificación trata el profesor Diego López en su texto *La teoría impura del derecho*(2004)

Respecto de los llamados métodos de interpretación, Kelsen expresa que “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 de conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico” y concluye que “todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca un único resultado correcto”¹¹, pero tal interpretación solo puede generar derecho si es realizada por un órgano jurídico(el juez), más no cuando ella viene de la doctrina o de la ciencia jurídica.-

Pero, ¿en qué consiste la interpretación de la ley?, En descubrir de parte del operador jurídico las opciones que la ley le permite y de ellas escoger, mediante un acto de voluntad, la que a criterio del funcionario llene una mayor integración con el sistema y la solución del caso, porque 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.”¹².

Mas modernamente y suavizando el rigor de la pureza de la teoría de Kelsen, el positivismo presentó una versión más actual y dinámica, encabezada en Hart, quien en su texto *El Concepto del derecho* (1963), hace una propuesta conocida como de la corriente del derecho analítico, que tuvo sus orígenes y principal exponente en Austin, quien en materia de interpretación sostiene a manera de conclusión que los jueces, en los casos difíciles, es decir, aquellos que no se estructuran de manera clara en el texto de la ley, cuenta con un margen de discrecionalidad para la toma de la decisión al momento de dar respuesta a el caso concreto. Porque para ello debe acudir a aspectos externos a la propia norma, pero dentro del sistema, ello, especialmente por la textura abierta del lenguaje que utiliza el legislador.

Así, expresa Hart:

“En todos los campos de la experiencia, no solo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por ciertos casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. Es indudable que un automóvil es un vehículo, Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquella se

¹⁰ Cossío Carlos. (1944): *La teoría ecológica y el concepto jurídico de libertad*, pág. 26

¹¹ *Ibíd*em pág. 354

¹² *Ibíd*em pág. 351.

aplica o no (“La palabra vehículo, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplano, bicicleta, patines?”).

“Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que solo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otras. Los cánones de interpretación no pueden eliminar, aunque si disminuir, estas incertidumbres, porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren de interpretación. Los casos claros, en que los términos generales no parecen necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios”¹³

Lo anterior ha permitido explicar que el criterio interpretativo que asume, con Hart, el positivismo, siguiendo su posición analítica del lenguaje, es que toda norma tiene un núcleo de aplicación que abarca un número determinado de casos en los que no existe dada alguna que se encuentran expresados o representados por el sentido de dicha norma; es lo que se ha llamado casos fáciles, su forma de resolver es mediante el método del silogismo jurídico o subsunción, en donde la premisa mayor sería la norma y la menor los hechos probados en el proceso constituyendo la síntesis o parte resolutive la conclusión. Y entonces, ha de reconocer que el caso en estudio cabe perfectamente en el núcleo de

significación normativa o zona de seguridad positiva.

Pero, también la experiencia viva ha puesto de presente y día a día así se demuestra, que existen casos que definitivamente no pueden considerarse como pertenecientes a la regulación normativa en cuestión, y entonces serían casos excluidos de dicha seguridad normativa, que el tratadista español Manuel Atienza llama, casos trágicos.

Sin embargo, la norma tiene un espacio que sin ser del núcleo de seguridad normativa, tampoco entra en los casos trágicos, pese a guardar relación en algunas características a los primeros, cuentan con aspectos que ponen a dudar sobre su naturaleza normativa, lo cual constituye, lo que se ha hecho llamar zona de penumbra, clara-oscura. A esta zona, es a la que se ha dicho que forman parte los llamados casos difíciles y es precisamente en ellos que el silogismo jurídico no genera la certeza del primer grupo, porque la subsunción no es de aplicación en la solución del caso en estudio, incluso, en estos casos es frecuente que la solución implique el cruce de diversas normas y fines.

La doctrina, entre muchos ejemplos para graficar esta situación, trae a colación estas dos situaciones de actualidad: Matar a un niño que está naciendo y asoma su cabeza o sus piernas implica cometer un delito de homicidio en cualquiera de sus modalidades o más bien supone la comisión de un delito de aborto en la medida que todavía no se ha independizado un instante de la madre; si mediante jeringa se infecta a una persona del virus del sida corresponde determinar si estamos en presencia de lesiones personales o delito de homicidio dado que es una enfermedad hoy incurable y mortal.

Entonces, siguiendo a Hart, en este último grupo de casos la discrecionalidad del juez es amplia y debe

¹³ H.L.A. HART (1961): El Concepto del derecho. Traducción de Genaro Carrio. Editora Nacional, México

proceder a resolver porque el sistema jurídico le exige que no puede existir casos sin solución, porque estaría en curso en denegación de justicia, pero tampoco encuentra la resolución del mismo en una norma, por lo que debe acudir a la hermenéutica jurídica, a los principios del sistema, a las consecuencias del mismo, a la integración del sistema y a los intereses que el legislador vertió en la ley. En resumen, Hart, pone en manos del operador judicial todas las armas e instrumentos que el sistema jurídico brinda para que la discrecionalidad que ha de ejercer en la solución de esta clase de casos no sea arbitraria, sino reglada y dentro del ámbito brindado por el propio orden jurídico. Recuérdese que este autor, si bien es cierto expresa que el derecho no es solo mandato y coerción, lo entendió integrado solo por reglas (primarias, secundarias y de reconocimiento) y como tales, establecidas dentro del sistema positivo normativizado. Y si ello era así, los instrumentos de interpretación no podrían ser otros que los generados por el mismo sistema, de manera que la discrecionalidad no desbordara la finalidad del propio orden buscado por el derecho; de ahí, que se incluya a Hart, dentro de los positivistas excluidos, es decir, de los positivistas que entienden el derecho y la moral separados, de manera que la moral servía al derecho para criticarlo, para valorar su justeza, pero no para determinar su existencia dentro del mismo derecho.

5. CONTRA-ATACA EL IUSNATURALISMO: RONALD DWORKIN

Este paso interpretativo e integracionista del derecho y la moral se viene a obtener con el surgimiento del punto de vista de Dworkin, quien considera que el derecho no solo está compuesto de

reglas, sino también de principios y políticas públicas, lo que en materia de interpretación se pone de manifiesto en los casos fáciles, que se han de resolver con las reglas, mientras que los casos difíciles o surgidos por controversias que participan del estado de penumbras, por lo general, han de resolverse por la aplicación de los principios y en tal ámbito la subsunción no constituye un instrumento suficiente para obtener una adecuada solución a los mismos; Es más, sostiene este autor, que no existe un procedimiento específico para obtener la solución de estos casos y que solo será posible mediante la interpretación.

Dworkin diferencia en la interpretación la que llama conversacional y la interpretación constructiva, siendo esta última la que se aplica en el campo artístico y la comprensión de la ciencia social, la que apoya en lo que él llama la teoría de los derechos para expresar con ello, en pocas palabras que los derechos individuales no pueden ser limitados ni aun por la regla de la mayoría establecida por la democracia, ya que son pre existentes a la legislación y son absolutamente independiente de ella. Por tanto, Dworkin defiende la tesis de que aún en los casos difíciles, el juez debe argumentar de tal manera su decisión, que la apoye sobre principios, ya que son precisamente difíciles por no contar con una regla positiva y clara en tal resolución.

La concepción de este autor, podemos resumirla, en cuanto se opone al positivismo en los siguientes aspectos:

El derecho no es solo reglas, sino que también lo integran los principios; igualmente forma parte del derecho las directrices políticas, que son aquellos objetivos colectivos, mientras que los principios adjudican derechos y generan obligaciones.

Las diferencias entre las reglas y los principios se encuentran entre otras: Los principios no establecen una consecuencia jurídica clara y precisa respecto de un caso, como si ocurre con respecto de las reglas. Los principios no determinan unívocamente la solución y ello se debe a su indeterminación o apertura de lenguaje con que se redacta. Por lo general, en la solución de un caso difícil concurren dos o más principios que impone ponderar para que sean aplicados en la mejor forma como principio de optimización que son, como expresa Alexy.

Por otro lado, se dice que los principios tienen “peso” y ese peso no lo establece ninguna norma sino la argumentación o test argumentativo de ponderación, en relación con los otros principios que entran en la solución del caso, lo cual se adiciona con el criterio que se ha denominado el peso abstracto de los principios, que es el determinado por su trascendencia, por la cultura de la comunidad, Por ejemplo, se tiene establecido que el derecho a la vida es el que cuenta con el mayor peso.

La reglas se han de aplicarse “en todo o nada” mientras que los principios no tienen esa estructura porque su no aplicación a un caso no implica el aniquilamiento del principio, que para el caso concreto no tiene la característica de haber sido el prevalente para la solución concreta, pero guarda su validez.

Pero es más, los principios son los que permiten justificar el sistema jurídico existente y ello es posible por su naturaleza moral y subyacen al sistema jurídico positivo.

Al estar integrado en el derecho lo jurídico y lo moral, el juez, conocedor de todo ese bagaje cultural, científico, social y político, lo ha de conducir al encuentro de la única solución correcta para el caso

al integrar ese mélange brindado por el sistema jurídico lo que le impide que se vea obligado a crear derecho, sino descubrirlo y aplicarlo; de ahí, que la discrecionalidad que el positivismo defiende en cabeza de los operadores jurídicos para resolver los casos difíciles, en Dworkin, tal discrecionalidad debe entenderse como que el juez debe buscar el equilibrio de los principios y para ello tal funcionario debe ser prudente y sensato en su actividad interpretativa.

Ya en el campo propiamente de la interpretación, Dworkin en el Libro *Los Derechos en serio*, expresa 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 cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos”¹⁴, en la que la doctrina y comentaristas encuentran reflejada la tesis de la única respuesta correcta que los operadores judiciales deben encontrar para los procesos en su conocimiento.

Dworkin no plantea un método para el estudio e interpretación del derecho en general, sino exclusivamente para las sociedades que han desarrollado una actitud interpretativa respecto del derecho y este método lo expone el autor como integrado por tres pasos o etapas interpretativas que denomina: pre interpretativa, mediante la cual el operador resuelve el problema de identificación del derecho en controversia; etapa interpretativa,

¹⁴ Dworkin, R. (2002): *Los derechos en serio*. Barcelona – España. Traducción de Marta Guastavino.-Quinta reimpresión. Pág. 146.

mediante la cual el operador buscará el significado en el sistema del derecho en controversia, su peso y su cobertura; y una tercera pos interpretativa, que consiste en colocar el resultado de las ponderaciones de derechos al caso y que ha de conducir a una reformulación concreta del derecho en controversia. Pero todo este método, se mueve dentro del marco que el propio Dworkin estableció: la reconstrucción que hace el juez en el proceso es idéntico al desarrollado por diversos escritores a quienes se les impone la tarea de la elaboración de una novela, en donde quien continua debe tomar la obra en el estado real en que la dejó el anterior y la segunda, que el juez debe ser a semejanza de Hércules, el juez imaginario del autor, dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas. Sin estas condiciones, la interpretación estaría condenada al fracaso.

Al lado de toda esa tendencia hermenéutica e interpretativa, de la cual se ha presentado de manera esquemática una panorámica en este artículo, desarrollando una alternativa interpretativa con base en la llamada teoría de la argumentación, desde Perelman y la teoría del auditorio; Theodor viefweg y su Tópica; Niel MacCormick y finalmente la Teoría de la argumentación de R. Alexy de la cual igualmente se presentará una panorámica en próximo artículo, para dejar a futuras publicaciones entrar al estudio particularizado de estos autores, con sus correspondientes críticas y una investigación más de fondo acerca de la formación de la tradición jurídica local. Pero ello será cuestión del futuro.

CONCLUSIÓN

Este recorrido concreto acerca de la trayectoria de la teoría de la interpretación nos permite arribar a las

siguientes primeras conclusiones, igualmente genéricas.

a.-) Ha quedado plenamente establecida la profunda relación e incluso dependencia que existe entre el concepto de derecho que se tenga y la posición que se maneje en materia de interpretación. Si bien evidentemente se trata de dos cuestiones diferentes, están profundamente ligadas, ya que el criterio acerca de interpretación que tengamos depende, en gran medida, del concepto de derecho que se asuma. Así lo evidencia el recorrido histórico expuesto en el artículo.-

b.-)El desarrollo doctrinario de la teoría de la interpretación, parodiando al Humberto Eco, se ha movilizado de manera pendular, es decir, definiendo los extremos opuestos: Iusnaturalismo y positivismo, a partir de Savigny, lo que ha ocurrido es un proceso de acercamiento y lucha entre esos dos extremos en la búsqueda angustiada, pero progresiva, de acercamiento entre esos dos extremos: la Codificación y el realismo jurídico; los métodos interpretativos y el derecho libre; el sociologismo jurídico y la investigación científica del derecho; Hart y Dworkin. Es decir, es una tendencia que se ha desarrollado dejando una tendencia marcada por la permanente acción y reacción de aquellos dos polos opuestos, para encontrar un término de equilibrio entre los dos, lo cual se concreta en la argumentación de Alexy y macCormick.

c -) El derecho, hoy no se discute ello, no es otra cosa que un hecho cultural y por lo tanto su naturaleza histórica y valorativa es evidente, siendo imposible la separación tajante que hace algunos años entre derecho (norma) y justicia, dado si el valor buscado por aquel es la justicia, ninguna decisión o

interpretación puede girar en sentido contrario el mismo propósito del derecho.

d.-) Los avances en la teoría de la interpretación progresó agigantadamente con el surgimiento de la corriente constitucional que a partir de la década de 1920, y a raíz del sufrimiento generado al mundo por las dos guerras mundiales, en las cuales no solo se estableció un catálogo de derechos fundamentales sino que se reguló las acciones constitucionales, la creación de Tribunales y Cortes constitucionales y con ello la interpretación constitucional, que se desarrolla fundamentalmente en la solución de choques de principios y por el carácter irrigador de dichos principios y valores han permitido que dicha interpretación se traiga a la interpretación de la ley en la solución de los conflictos de orden legal judicial.

e -) Los métodos de interpretación y la teoría de la argumentación, acompañado del tema de la justificación de las decisiones judiciales, constituyen hoy temas de las más importancia porque a su vez comportan un progreso de la democracia en la sociedad y la comunidad de hoy es más crítica y participativa del control de las decisiones que toman cada uno de los órganos del poder público, del cual lógicamente forma parte el poder judicial.

f.-) Todo el proceso descrito en este artículo respecto de la trayectoria de la teoría de la interpretación, pone de presente lo chocante que se manifiesta la decisión jurídica judicial que sin advertir los criterios prácticos de los fines del derecho para resolver las controversias intersubjetivas, tratan de justificar sus decisiones con apoyo en el puro formalismo alejados de los efectos sociales y políticos de las mismas, generando una sensación de frustración en la comunidad. Si el derecho es

instrumento de solución de conflictos, la ley debe interpretarse fundamentalmente en punto de obtener tal finalidad, lo que impone sacrificar las formas o por lo menos adecuar lo instrumental a ese valor porque de lo contrario, el proceso, se torna lo contrario: otra fuente de frustración y conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1997): *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid España.

Atienza Manuel (1993): *Las Razones del Derecho Teorías de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.

Bernal Pulido Carlos (2005): *El derecho de los derechos*. Universidad externado de Colombia

Carbonell Miguel (2007): *El principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia.

Castillo Alva, Lujan Tupez Manuel, Zavaleta Rodríguez Roger.(2007): *Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de la Resolución de las Resoluciones Judiciales*. Ara Editores Axel Editores Segunda edición. Bogotá Colombia

Cossío Carlos. (1944): *La Teoría Ecologica del derecho y el concepto jurídico de la libertad*. Editorial Losada S.A. Buenos Aire Argentina.

Diez-Picazo Luis María (2006): *El Oficio de Jurista Siglo XXI*. España Editores: Madrid

Dworkin, R. (2002): Los derechos en serio. Barcelona – España. Traducción de Marta Guastavino.-Quinta reimpresión.-

Dworkin, R. (1988): El imperio de la Justicia. Traducción de Claudia Ferrari. Gedisa Editorial: España.

Marmor Andrei (2000): Interpretación y Teoría del Derecho. Serie Cladema Filosofía del Derecho. Gedisa Editorial: Barcelona-España.

Dworkin, R. (2002): Los derechos en serio. Barcelona-España. Traducción de Marta Guastavino.- Quinta reimpresión.

Dworkin, R. (1988): El imperio de la Justicia. Traducción de Claudia Ferrari. Gedisa Editorial, España.

Guastini Riccardo (1999): Distinguiendo Estudios de teoría y metateoría del derecho. Gedisa Editorial.

H.L.A. HART (1961): El Concepto del derecho. Traducción de Genaro Carrio. Editora Nacional, México

LOPEZ Medina Diego Eduardo (2006): El derecho de los Jueces. Universidad de los Andes. Editorial Legis, Segunda Edición. Colombia.

Molina Galicia René (2008): Reflexiones sobre una nueva visión constitucional. Segunda edición Ediciones Paredes. Caracas – Venezuela.

Nino Carlos Santiago. (1991): Introducción al Análisis del derecho. Barcelona - España

Perelman CH. y L. Olbrechts Titeca: Tratado de la Argumentación. Traducción de Julia Sevilla Muñoz. Editorial Románica Hispánica. Madrid-España.

Recasens Siches Luis (1980): Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho Tercera edición. Editorial Porrúa S.A México

Savigny M. F. C. (2005): Sistema del derecho romano actual. Traducción de M.CH Guenoux. Editorial Comares S. L .Granada

Vernengo R (1977): La interpretación Jurídica. Universidad Nacional Autónoma de México. México.