



Prolegómenos. Derechos y Valores
ISSN: 0121-182X
derechos.valores@umng.edu.co
Universidad Militar Nueva Granada
Colombia

Salazar Londoño, Eleonora del Pilar
INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN NORMATIVA
Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XV, núm. 29, enero-junio, 2012, pp. 55-66
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87625419004>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN NORMATIVA

Eleonora del Pilar Salazar Londoño*

Fecha de recibido: 30 de septiembre de 2011

Fecha de aprobación: 12 de junio de 2012

Artículo resultado de reflexión

*... dijeron incluso que la ley cuando nace es igual para todos
y que la democracia es incompatible con tratos de favor.*

*José Saramago**

Resumen

El objetivo del presente artículo es reflexionar sobre el fenómeno de la interpretación en la norma jurídica. Por esta razón, se construye un diálogo con diversos horizontes teóricos que se sitúan entre los teóricos del derecho de un pensamiento iuspositivista e iusnaturalista, dentro de teorías constructivistas, como Dworkin y Hart, teoría argumentativa como Alexy y Habermas, positivistas puros como Kelsen, entre otros. Todos alimentan el discurso hermenéutico con nuevos conceptos de interpretación, como nuevas tendencias de interpretaciones jurídicas. El diálogo entre los teóricos se dirige a través de preguntas para resolver el problema de la interpretación en el tema de *los principios y la integración normativa*.

Palabras Clave

Integración normativa, Principios, Argumentación, Interpretación, Hermenéutica

INTERPRETATION AND INTEGRATION NORMATIVE

Abstrac

The aim of this paper is to reflect on the phenomenon of interpretation in the rule of law. For this reason, to construct a dialogue with various theoretical horizons are among the legal theorists of natural law and legal positivist thinking within constructivist theories such as Dworkin and Hart, argumentative theory as Alexy and Habermas, pure positivists as Kelsen, between other. All feed hermeneutic discourse with new concepts of interpretation, as new trends in legal interpretations. The dialogue between theorists is routed through questions to solve the problem of interpretation on the issue of integrating the principles and rules.

* Licenciada en Filosofía y Letras de la Universidad Santo Tomás de Aquino. Especialista en Investigación y pedagogía Universidad Gran Colombia, especialista en Seguridad Social Universitaria Agustiniana. Actualmente cursa cuarto semestre en la Maestría Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica en la Universidad Libre de Colombia. Profesor-investigadora de la Universidad Católica de Colombia

** Esta expresión es tomada del libro *Ensayo sobre la ceguera* de José Saramago.(p.168). Premio Nobel de Literatura 1998

Key words

Integration rules, principles, arguments, Interpretation, Hermeneutic.

NORMATIVA INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO

Resumo

O objetivo deste trabalho é refletir sobre o fenômeno da interpretação da regra de direito. Por esta razão, nós construímos um diálogo com vários horizontes teóricos estão entre os teóricos do direito da lei natural e pensamento positivista legal dentro das teorias construtivistas Tal como Dworkin e Hart, a teoria argumentativa como Alexy e Habermas, entre positivistas, como Kelsen. Todo o discurso de alimentação hermenêutica com novos conceitos de interpretação, como as novas tendências em interpretações jurídicas. O Diálogo Entre os teóricos é encaminhado através perguntas para resolver o problema da interpretação sobre a questão da integração dos princípios e regras.

Palavras-chave

Regras de integração, princípios, argumentação, Interpretação, Hermenêutica

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Cada vez que se indaga sobre la teoría de un pensador es imperioso contextualizarla para lograr una aprehensión ajustada a la realidad. El escrito en cuestión, busca poner a dialogar a doce pensadores ubicados entre los siglos XVIII y XXI, frente al tema de los *principios y la integración normativa*¹. Para ello, es importante conocer de cada uno cual es su estructura de pensamiento y si existe un punto de encuentro o desencuentro entre ellos, tanto en el tiempo como en sus tesis, y así congregarlos de acuerdo a sus ideologías dentro del contexto histórico, político, social y jurídico.

Así que, tenemos en el S. XVIII a Adam Smith economista y filósofo; luego, entre el S. XIX y XX está Hans Kelsen, filósofo y abogado; ya el siglo XX es más nutrido de representantes y nos topamos con Hart, filósofo y abogado; Faucault, filósofo, arqueólogo y psicólogo; Luhmann,

sociólogo; Poulantzas, sociólogo; para finalmente encontrarnos con los llamados modernos del S. XX y S. XXI como Rawls, filósofo; Habermas, filósofo y sociólogo; Dworkin, filósofo y abogado; Robert Alexy, filósofo y abogado; Oscar Mejía Quintana, filósofo y abogado y Gunther Teubner, sociólogo y abogado. Lo anterior permite hacer una lectura epistemológica de cada representante, pues si bien es cierto el 90 por ciento de los invitados son filósofos también les acompaña en un gran porcentaje la ciencia del derecho y en menor proporción la sociología, la economía y la psicología, ciencias que imprimen un alto compromiso con los problemas de la humanidad y que nos van a entregar teorías que permitan responder a nuestra pregunta y así tomar una postura clara y coherente con el discurso iusfilosófico.

De ahí que, se ubiquen entre la teoría del derecho, la filosofía del derecho y la sociología jurídica. Pero siempre con una tendencia ideológica, ya sea idealista o realista y iusnaturalista o iuspositivista. Por ejemplo, dentro de teorías re-constructivistas - positivistas, están Dworkin y Hart; teoría argumentativa Alexy; teoría crítica,

¹ La cursiva es para indicar que ese va a ser el tema central a desarrollar.

Habermas; positivista, Kelsen; filosofía de la realidad, Foucault; liberalismo económico, Adam Smith; liberalismo político, Rawls; sociología sistemática, Luhmann; derecho reflexivo Teubner; sociología política, Poulantzas y posestructuralista, Mejía Quintana; todos alimentan nuevos conceptos de interpretación como nuevas tendencias de interpretaciones jurídicas. El diálogo que se quiere construir tiene como punto de encuentro el tema que se mencionó al comienzo y es el de los *principios y la integración normativa*. Para ello es importante tener presente la teoría de la argumentación, porque como Aristóteles lo manifiesta en la Retórica, la facultad de teorizar lo adecuado en cada caso para convencer (p.173) y como proceden los hombres por costumbres, o espontáneamente para sostener sus puntos de vista.

De manera que, en la cotidianidad los hombres entregan nociones de lo que creen es la verdad de las cosas (hechos, sucesos, fenómenos) para sustentar sus opiniones y así, hablar se les convierte siempre en el significado de decir algo. Ya Platón, expone que una palabra en sí misma no es ni verdadera ni falsa, aunque una combinación de palabras puede significar algo aun cuando no haya captado fenómeno alguno. Entonces, no es la palabra lo que importa, es la oración. Quiere decir que, el problema radica en el lenguaje que significa algo distinto a la capacidad general de hablar o a la capacidad común para expresarse verbalmente.

A medida que pasa el tiempo, los juristas viven argumentando para solucionar sus disputas, y lo hacen a través de las sentencias que son entidades complejas que contienen normas individuales como generales. Es en los considerandos, que el juez da las razones que justifican su decisión, son razones que requieren de argumentos que expresen el contenido de la decisión para entregar la respuesta correcta o mejor la que consideran correcta. Claro está que esa decisión puede estar contaminada de una ideología política o económica, ya que es una interpretación autónoma y voluntaria que plasma la preferencia de un juez o una corte en un lugar y un momento determinado.

Otro punto que merece atención es el de la interpretación fundada en principios y reglas. Hablar de principios es hablar de derecho natural que es lo mismo que hablar de derechos humanos y de reglas jurídicas que le dan un valor a las conductas específicas de un grupo social determinado.

Ahora bien, si el problema que se quiere resolver con los teóricos antes mencionados es el de la interpretación y la integración normativa, hay que formular unas preguntas que nos conduzcan a direccionar el diálogo. ¿El juez decide de manera discrecional? ¿Hasta dónde está permitido el uso discrecional? ¿El derecho es coherente en tanto que responde a la moralidad política presupuesta por las normas e instituciones de la comunidad? ¿Qué se busca con la interpretación de la norma? ¿Por qué los principios tienen que ver con la integración normativa? ¿Las decisiones son ideológicas? ¿Interviene el estado a la hora de interpretar?

HIPÓTESIS

El derecho está cambiando en América Latina. Las teorías que sustentaron la práctica jurídica durante tanto tiempo están en proceso de crítica y reformulación. Las ideas teóricas que Kelsen expuso se aprendieron como una teoría implícita, pero ya se revelan contenidos nuevos que la filosofía del derecho y la sociología jurídica han ido fundando para demostrar que el derecho no está tan lleno de imparcialidad y que puede constituirse en un arma más para solucionar los conflictos a la humanidad. Los juristas empiezan a absorber esa valoración creciente del derecho constitucional frente al derecho codificado. Con la constitución del 91 el estado colombiano dejó de ser un estado de derecho positivo organizado en la norma jurídica ajena a toda ideología y de todo elemento científico natural, para convertirse en un estado social de derecho con instituciones organizadas en los principios de libertad y la diferencia, de cada uno de los grupos que hacen parte los individuos y las personas políticas. Respaldado en el modelo capitalista-liberal que busca legitimar los principios para legalizar la conducta por medio de la norma jurídica,

esto implica que el juez entre en el juego de la interpretación determinado por el poder de decisión que le entrega su voluntad y autonomía.

DESARROLLO

Muchos han sido los intentos del hombre por llegar a la verdad, verdad que a veces se torna esquiva, por el manejo de las piezas que se acometen armar y llegar a conclusiones satisfactorias y, si de justicia se trata, a decisiones justas y adecuadas a las necesidades de bienestar que reclama la sociedad.

Ha sido una concepción generalizada atribuir la hermenéutica exclusivamente al juez, cuando la realidad es que la vida es por sí, una cadena de interpretaciones de orden artístico, afectivo, científico, legal y literario, entre otros. No obstante, para facilitar la ejecución en este artículo, se acudirá a la interpretación jurídica, mediante su integración normativa, con base en principios que correspondan al jusnaturalismo moderado racionalista, alejado de las políticas hermenéuticas basadas en el positivismo, y con la convicción de que el origen de los principios morales se encuentra en la estructura o naturaleza de la razón humana y trata de axiomatizar esos principios subyacentes que permiten derivar el resto de las normas.

Por regla general, le es más fácil y, quizás cómodo para el responsable de aplicar la norma, acudir a su literalidad, mediante el llamado fetichismo a la letra muerta, sin riesgos de creación jurídico filosófica que le permita llegar a conclusiones racionales y humanas que coincidan con la intelectualidad y sensibilidad del operador jurídico, coherente con las necesidades reales de los destinatarios de justicia, como dando a la norma un espíritu finalista, más que mediador; esto es, justicia de personas para personas. Y, justamente, este es el ideal de una sociedad que estructura el concepto de paz sobre la base de una justicia lógica y racional.

Dworkin (1997) por ejemplo, ha desarrollado la tesis de que en la interacción de normas y principios el juez utiliza implícita o explícitamente

“teorías políticas” con el fin de justificar la decisión en los “casos difíciles”. De forma más general, se pueden reconstruir “teorías” de la realidad social a partir de las normas legales, de las decisiones de los tribunales y de consideraciones doctrinales, lo que a su vez sirve como una clase de información orientativa, o usando una frase de la hermenéutica, como “pre comprensión” (*Vorverständis*). Así como, los conceptos legales de contrato, de asociación o de las relaciones sociedad-Estado tienen un gran arraigo en percepciones típicamente legales de la realidad social, estas percepciones son significativas en nuestra comprensión diaria de estos fenómenos y también en las teorías económicas o sociológicas. Una de ellas planteada en el libro *La construcción social de la realidad de* (Berger y Luhmann, 1966) que se ve claramente como el sistema legal desarrolla algunas construcciones específicas con el objeto de decidir conflictos sociales bajo el control de normas legales. Asimismo, al crear su propia realidad desde la perspectiva que impone la resolución de conflictos, el sistema legal crea de manera abstracta modelos de mundo altamente selectivos descuidando de esa forma muchos elementos relevantes como la política, lo económico y lo social.

De manera que, estos modelos cambian su carácter en el curso de la evolución legal, y habrá covariación entre la construcción del modelo legal y los tipos de racionalidad legal. Siendo así, queda la pregunta de cómo la “rematerialización” ha forzado al derecho formal a cambiar sus percepciones de la realidad social, para también identificar la clase de forma de construcción de modelos legales exigida por la racionalidad legal reflexiva. (Teubner, 2000).

Es de gran trascendencia saber qué tipo de pensamiento jurídico se impone en un determinado tiempo y en un determinado pueblo. Puesto que, un estado está determinado por la forma de pensar y del accionar jurídico. Si el derecho se piensa como norma-legal, decisión y orden concreto (reglas y leyes). Además, principios y norma jurídica, tienen un valor jurídico que se encuentra en un acto de voluntad, como el caso

del decisionismo que Thomas Hobbes entrega las facultades al soberano que no es un monarca sino que decide soberanamente.

Schmitt (1996) aclara “*Derecho es ley y ley es el mandato decisivo para el conflicto jurídico: Autoritas, non veritas facit legem (La autoridad, no la verdad, hace la ley)*”... Quien instaura la paz, la seguridad y el orden es el soberano y tiene toda la autoridad” (p.29-30).

Quiere decir que, el orden se concreta con el poder que se le ha dado al soberano, un poder emanado de la voluntad de los súbditos que en últimas lo que quieren es proteger su seguridad para sentir que se les está protegiendo la propiedad y la vida, y el soberano lo consigue no con la norma ni con el orden concreto sino con la decisión. Es un estado absolutista, dictatorial, que se aprovecha del estado de naturaleza e inseguridad de los hombres y toma decisiones como crear la ley y el orden. O sea, la decisión soberana es el principio absoluto, porque el estado de naturaleza es un estado que genera inseguridad y los hombres requieren de protección a su propiedad y su vida.

Mientras que el normativista y el decisionista son tipos del pensamiento jurídico que siempre se repiten no se puede considerar la combinación de decisionismo y normativismo en la que consiste el positivismo del siglo XIX como un tipo jurídico ni originario ni eterno.

Para Schmitt (1996) la propuesta es un orden y configuración de contratos. A partir del acto de voluntad y de autoridad. A esto nos dice: “*El ordenamiento jurídico (l'ordinamento giuridico) es una entidad esencial, una entidad que en parte se mueve según reglas, pero que sobre todo mueve ella misma las reglas como figuras de un tablero; por eso las reglas representan el objeto o mejor el medio del orden jurídico y no un elemento de su estructura*” (p. 25).

Y añade: “*Las normas y las reglas, con las cuales tiene que ver la fundamentación jurídica de la decisión, se convierten así en meros puntos de vista*

para orientar las decisiones sobre conflictos, en un material de ciencia jurídica para fundamentar una decisión judicial”. (p, 32)

Ahora bien, el positivismo científico jurídico del siglo XIX se forma en una legalidad normativa que se asemeja al derecho, es un positivismo puro, que responde a una sociedad científica que exige la comprensión de las cosas a través de la razón, única fuente de la verdad y del raciocinio lógico, en el caso del derecho, su objeto de estudio es la norma y su método el exegético, por eso hay un sometimiento a la voluntad de la norma, de la ley y el sujeto se somete a la norma. Así las cosas, se piensa en un derecho objetivo y certero. A lo que Schmitt (1996) complementa: “*La fundamentación jurídica de ese positivismo legal ha recorrido tres estadios: primero; se atuvo a la voluntad del legislador; después, para no caer en investigaciones subjetivas y psicológicas, se habló, de modo aparentemente objetivo, de la voluntad de la ley; finalmente, se dice que basta la ley sola como norma autosuficiente...*” (p, 34) Quiere decir que, la formulación de la racionalidad dentro de un contexto histórico se explica dentro de un modelo, que va a concretar su validez y obtener el resultado que se busca. Claro está, que si la racionalidad solamente resuelve parte de los problemas, hay que buscar otras racionalidades que estén por el mismo corte científico. El problema es si con esa racionalidad hay legitimación a la legalidad y es Habermas quién hace la pregunta.

¿Son realmente los aspectos formales los que podrían prestar fuerza legitimadora a la legalidad en una dominación ejercida en forma de derecho? ...la racionalidad formal del derecho aparece como un instrumento esencialmente burgués a través del cual los valores de libertad e igualdad se imponen en la sociedad capitalista favoreciendo el contrato como medio de organización de la sociedad... racionalmente presupuesta en cada sujeto, y el respeto a la propiedad privada como una extensión de la propia individualidad del sujeto. (Teubner, 2000, p. 38)

Por ahora, se puede inferir como el discurso Habermasiano, nos lleva a desentrañar el fin de la racionalidad formal dentro de un estado capitalista que busca el bienestar del individuo que cree ser libre e igual ante los otros. Igualdad que busca la justicia dentro de lo desigual, ya lo anotaba Tomás de Aquino, al definir la justicia. Todo por proteger unos intereses políticos y económicos. El tema es, si hay o no legitimidad en cada uno de los principios que reposan en la constitución y esa situación les da el carácter de legalidad, para que puedan ser cumplidos. O será que es tarea de la interpretación abarcar buscar la génesis del principio para realmente hablar de justicia, igualdad y libertad.

Revisemos que nos dice Schmitt (1996)

...Los más sencillos problemas de la interpretación y de la prueba deberían enseñarnos ya que la fijeza y la seguridad incluso de un código escrito con todo cuidado y detalle, permanecen a pesar de todo muy discutibles. La letra y el sentido, la génesis, la conciencia jurídica y las necesidades del tráfico hacen surgir, al aclarar el contenido “cierto” del texto jurídico, complejas cuestiones acerca de la prueba y de la determinación de los “hechos” para la calificación “puramente jurídica” del caso. Se puede entender la protesta del positivismo fanático de la seguridad legal, Jeremías Benthan, contra la mera palabra interpretation. (p, 37)

Ahora bien, el derecho positivo genera seguridad y certeza en la decisión jurídica, pero, no hay que olvidar que el contenido de la norma está hecho de principios morales y es allí donde cabe la interpretación como medio para entregar una respuesta correcta o buena de acuerdo al caso, ósea, es el uso de la voluntad ya no de la norma como en el positivismo puro sino del jurista. Aunque Schmit (1996) aclara... ”Cuando el jurista se atreve a interpretar la ley atribuyéndose ese poder, entonces todo se convierte en una completa arbitrariedad imprevisible. Con estos métodos no existe seguridad” (p, 38)

Aquí sería pertinente detenernos para revisar porque al pensar en el uso de la interpretación en el derecho se pierde la seguridad jurídica si acaso en el momento que el juez o jurista va a interpretar una norma, regla o principio lo hace con discrecionalidad, y es ella la que le da un margen de libertad para decidir, pero lo hace con un raciocinio jurídico con el buen uso del razonamiento jurídico que voluntariamente lo lleva a dar la seguridad que le permite hacer uso de su voluntad y autonomía, delimitada por la misma norma, regla o principios; que por el solo hecho de estar contenidos en una constitución ya hacen parte de un órgano jurídico. Hart (2004) en cambio, si considera que debe existir esa discrecionalidad, pues si la respuesta no la tiene la norma o hay ausencia de ella, debe irse a las reglas y en especial a la regla de reconocimiento, pues cada caso obedece a un contexto específico, que aunque o deben ser universales, se limitan al campo social.

Claro está que Dworkin (1997) y Kelsen (2000) no están de acuerdo con la discrecionalidad, para Kelsen no existe ya que la respuesta objetiva o correcta se encuentra en la norma y si no encuentra la respuesta va hasta a la norma superior y para Dworkin (1997) está en los principios pero los que están contenidos en la constitución. “...Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido” (p.77) y aquí ya tiene un límite, solamente se puede hablar de autonomía y voluntad es a la hora de decidir por un principio que previamente ha tenido que sustentar con razones lógicas porque ese principio le sustenta su fallo o decisión. Es lo que hoy nuestras cortes llaman la ponderación. Si esto es lo que permite no dar seguridad, entonces no podríamos creer en ningún sistema jurídico ya que las normas son creadas por los hombres y estos legisladores también están influenciados por las conductas morales colectivas.

Además, los principios se diferencian de las normas, porque “los principios tienen una

dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia" (Dworkin, 1997, p.7). Así las cosas, interpretar con principios es preguntar por lo que es correcto o no es correcto, por lo que para la sociedad es válido o no es válido, si al tomar tal o cual principio se está aplicando justicia o injusticia teniendo en cuenta los parámetros jurídicos que el sistema político exige o si es justo o injusto como lo tomaría el afectado por la no correcta escogencia del principio. Y añade "las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes" (p. 78).

Ya Kelsen (2000) lo dejó claro al pensar el derecho como una ciencia pura ajena a toda ideología política y de todo elemento científico natural, metafísico y moral. Por eso le entrega al derecho un objeto y método de estudio para positivizar su científicidad y evitar caer en falsos raciocinios impregnados de moralismos religiosos y culturales. "Una norma jurídica solo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. ... validez y eficacia de una norma jurídica tampoco coinciden temporalmente." (Kelsen, 2000, pp. 24-25) "Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir antes de ser obedecida y aplicada...." (p. 25) Sin embargo, está posición kelseniana tiene un cambio y es Mejía (2009) quien aclara:

... En 1960 aparece la segunda versión de la Teoría Pura del Derecho donde es evidente un giro substancial: a diferencia de la del 34, el juez aquí aparece como creador de derecho, no solo de normas generales sino particulares, de una parte y, de otra, se morigera la vertical afirmación de la inexistencia de lagunas y antinomias al interior de un sistema jurídico. La razón del giro no puede explicarse sino por la apuesta de Kelsen a que la discrecionalidad del juez evite, en caso de injusticia extrema como la que se había presentado durante el genocidio nazi... (p. 93-94)

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

Un tribunal, en especial, un tribunal de última instancia, puede estar facultado no solo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente... Ese carácter de precedente puede atribuirse a una sentencia judicial, cuando la norma individual establecida con la sentencia no tiene predeterminado su contenido por una norma general producida por legislación o costumbre, o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación... (Mejía, 2009. p. 258)

Y más adelante dice:

Para un sistema de democracia parlamentaria, "...tiene el inconveniente de una falta de flexibilidad. En cambio, tiene la ventaja de la seguridad jurídica..." Mejía (2009, p. 260) esto quiere decir, que lo planteado por Truber al señalar como un estado de derecho responde a un sistema y para un Estado ideal "Se caracteriza por su gran flexibilidad, pero carece de toda seguridad jurídica" (Mejía, 2009, p. 260). Con esta aseveración es imposible dejar de lado a los teóricos reconstructivistas como Dworkin (1997) y Hart (2004) pues son ellos los encargados de reconocer la discrecionalidad tanto en el reconocimiento de las reglas como de los principios. Y finalmente, Kelsen (2000) nos ayuda con esta afirmación:

“... Y como todo derecho sólo tiene un carácter individual, la resolución judicial de casos concretos no debería en forma alguna estar ligada a normas generales.” (Mejía, 2009, p. 261)

Perfeccionemos la idea con, Dworkin (1997)

... de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”, ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que “ejerza su discreción”, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente (pp.65-66)

Incluso Austin, también está de acuerdo que los jueces tengan discrecionalidad siempre y cuando el soberano lo autorice, porque la norma se debe obedecer por ser un mandato siempre y cuando se presenten casos difíciles, porque en los fáciles está la norma.

Teniendo en cuenta lo anterior surgen varias preguntas, primera; *¿Qué hacer con la norma fundamental?*

La respuesta la tiene (Mejía, 2009) al decir:

En efecto, el no reconocer el contenido material de la norma fundamental tiene dos órdenes de consecuencias para la teoría kelseniana: la primera, que la legitimidad tiene que ser meramente procedural ya que, al ser vacía, no requiere la norma básica ningún tipo de congruencia con la eticidad que se busca regular. Y que la obediencia a la norma es imperativa y absoluta y descansa básicamente en la coacción y no en el reconocimiento a la autoridad de la misma. Y, segunda, que el juez, al no poder acudir a un contenido

específico de la norma fundamental en casos de injusticia, lagunas o antinomias del sistema jurídico, dada su vaciedad, tiene que acudir o a su propio catálogo de valores, recayendo en el iusnaturalismo, o a su discrecionalidad subjetiva, recayendo en el realismo (p. 97)

Y seguimos por el sendero de las preguntas, segunda; *¿la discrecionalidad nos distancia de la seguridad jurídica?* Esta pregunta la responde (Dworkin, 1997) así:

El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada... La discreción como el agujero en una rosquilla, no existe... es por consiguiente , un concepto relativo. Siempre tiene sentido preguntar “Discreción, ¿según qué normas?” o: Discreción, ¿según qué autoridad? (Dworkin, 1997, P. 84)

De manera que, la discrecionalidad está sujeta no al punto de vista del intérprete sino a lo que está acordado por el legislador. Esto quiere decir que, hay dos puntos de vista en juego, el del legislador y el del juez, por lo tanto, la discrecionalidad en últimas debe responder a lo teleológico de los principios, las reglas y la norma. Para Dworkin (1997) estará en los principios, que se encuentran enmarcados dentro de la constitución de cada estado y a su vez su génesis se pertenece a los artículos sustentados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pero no es una interpretación coloquial se requiere de unos pasos para alcanzar el verdadero sentido de lo que se busca, en el texto *La Decisión Judicial*, Dworkin citado por Rodríguez (2002) propone tres fases para el proceso de interpretación de las prácticas jurídicas, a saber:

...- preinterpretativa- el intérprete identifica las reglas y principios que hacen parte de esas prácticas. El criterio de identificación es la aceptación general de las reglas y principios por parte de los miembros de

la comunidad jurídica.... –interpretativa – , el intérprete debe ofrecer una justificación moral y política de los elementos de la práctica jurídica identificados en la primera fase... La justificación no tiene que encajar... – por lo general no es posible que lo haga, porque existen reglas y principios contradictorios... – y –posinterpretativa–, el intérprete formula reformas a la práctica jurídica existente, con el fin de acercarla a los requerimientos de la justificación desarrollada en la fase interpretativa. (p.63)

Se puede hablar de un acuerdo teórico entre Kelsen (2000) y Dworkin (1997), porque si Kelsen (2000) reconoce la interpretación como ya se citó arriba, Dworkin (1997) lo afirma cuando dice: “...volver a la doctrina de la discreción judicial de los positivistas... si un caso no está controlado por una norma establecida, el juez debe de decidir mediante el ejercicio de la discreción” (p.86) que no es otra cosa que dejar la última palabra al juicio racional del juez, atendiendo a lo ordenado por la normatividad.

Ahora bien, hay una diferencia entre Dworkin (1997) y Hart (2004) ya que Hart considera que lo que le hace falta al positivismo kelseniano es sustentar los casos difíciles en las reglas pues ellas si contienen obligatoriedad, son legales, a diferencia de los principios que no son legales jurídicamente pero si moralmente y el solo hecho de estar enmarcados en un orden jurídico ya son vinculantes y permanecen en el tiempo, la regla desaparece cuando la comunidad ya no la encuentra válida a sus necesidades e intereses. Por lo pronto, dejemos que sea Hart el que nos ilustre frente al tema:

Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación,

tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. (Hart, 2004, p. 145)

Es claro que para Hart (2004) la existencia de un sistema jurídico depende necesariamente de la utilización compartida de criterios de validez jurídica por los integrantes de gobierno y los jueces.

Para Habermas (1998) es una interpretación de consenso, de comunicación.

...El rasgo peculiar positivista consiste siempre en el interés por la seguridad objetiva, la fijeza y la previsibilidad de lo que vale como objetivamente obligado, ya sea la decisión del legislador, ya sea una ley procedente de esa decisión, ya la decisión jurídica previsible procedente de esa ley. El valer “positivo” de esa ley es, a diferencia de otros modos de validez, siempre algo objetivo, exigible de modo inmediatamente fáctico por el poder humano (p.40)

De acuerdo con lo anterior, el positivismo sigue demostrando que su propuesta es la más apropiada para cualquier sistema de estado, ya que si reconoce la existencia del principio y regla es porque considera que es el intérprete el encargado de asumir una posición objetiva y válida para la comunidad. En cambio, para Alexy (1995) la interpretación jurídica se presenta cuando hay debilidad en las diferentes concepciones y modelos; como solución propone cuatro clases de argumentos jurídicos “argumentos lingüísticos, genéticos, sistemáticos y práctico-generales” (p. 55). Se puede hacer uso de ellos tanto para los casos fáciles como los difíciles, lo importante es que van a arrojar un resultado objetivo. Veamos lo que define cada uno:

Argumentos lingüísticos se apoyan en la constatación del uso de un idioma existente de hecho....Entonces la decisión únicamente podrá fundarse con ayuda de otros argumentos. ...Argumentos genéticos apuntan a la voluntad real del

legislador histórico. ... Los argumentos sistemáticos se apoyan en la idea de la unidad o de la coherencia del sistema jurídico. ... Los argumentos prácticos generales... Estos pueden dividirse en argumentos teleológicos y deontológicos. (Alexy, 1995. p. 55- 58).

De manera que, para Alexy (1995) los principios y los valores tienen la misma estructura, por lo tanto, excluye a los valores y su sistema lo conforma con normas y principios. Porque, los valores, al igual que Habermas (1998) son entes objetivos ajenos a la racionalidad. De ahí la necesidad de saber utilizar los argumentos en cada situación concreta, para darle un nuevo contenido a la norma.

Es muy importante, dejar hablar a Poulantzas (1969), porque deja ver que el Estado capitalista moderno “se presenta, pues, como encarnación del interés general de toda la sociedad, como materialización de la voluntad del “cuerpo político” que sería la “nación” (p. 150). Pero, antes ha dicho:

Este Estado se presenta como un Estado-popular-de-clase. Sus instituciones están organizadas en torno de los principios de la libertad y la igualdad de los “individuos” o “personas políticas”. ... La legitimidad de este Estado se funda sobre el conjunto de los individuos-ciudadanos formalmente libres e iguales,... (Poulantzas, 1969, P.149)

Hay que ver cómo, todos los estados ven la necesidad de acomodar los principios a su discurso teórico para demostrar que realmente su interés está en las personas y no en las entidades, es un acomodo político y económico y lo mejor del caso es que promulgar la libertad y la igualdad les ha permitido perdurar en el tiempo. En fin, seguirá la historia nutriendo sus Estados con principios como el de la igualdad y libertad, convertidos en pilares de una sociedad panóptica, con una vigilancia individual y permanente sobre los individuos, toda para castigar, corregir y recompensar, por alguien que tiene el poder y

control de las normas. Dejemos que sea el mismo Foucault (2008) que no lo describa y cierre este encuentro de pensadores:

... El Panóptico es un lugar privilegiado para hacer posible la experimentación sobre los hombres, y para analizar con toda certidumbre las transformaciones que se pueden obtener en ellos. El Panóptico puede incluso constituir un aparato de control sobre sus propios mecanismos. Desde su torre central, el director puede espiar a todos los empleados que tiene a sus órdenes: enfermeros, médicos, contramaestres, maestros, guardianes; podrá juzgarlos continuamente, modificar su conducta, imponerles los métodos que estime los mejores; y él mismo a su vez podrá ser fácilmente observado. (Foucault, 2008, pp. 207-208).

Aún así, después de leer a Foucault, queda la sensación de si el interpretar también está controlado.

CONCLUSIÓN

No cabe duda de que las tradicionales prácticas judiciales y administrativas se han inclinado por la aplicación positivista en el ejercicio hemenéutico, apoyados por las teorías kelsenianas que facilitan tal labor la que, de contera, exige mínimo esfuerzo para administrar justicia o emitir juicios administrativos. Pero, también fuerza reconocer que ello obedece a la falta de exigencia de los sistemas para abrir el abanico interpretativo e integrador entre normas de diversa jerarquía. Apenas hace unos años, las facultades de derecho están integrando a sus currículos la asignatura de Filosofía del Derecho, no es que antes no existía, sino que, ya se le está dando la importancia que exige y demanda la formación jurídica, por su importancia epistemológica y fuente inspiradora del derecho.

Antes, se preparaba a los futuros abogados, en el aula, para ser lectores de la norma y aplicadores de la misma, con un criterio de norma

sustentado en órdenes generadas y respaldadas por amenazas, emitidas por un soberano. Con esta premisa, leer la norma textualmente y aplicarla silogísticamente, resulta suficiente ejercicio para dirimir un conflicto, declarar un derecho o ejercer autoridad sancionatoria, sin más reflexiones ni consideraciones de orden moral o axiológico.

Teniendo en cuenta las lecturas que nos acompañaron por el sendero de la interpretación y los diferentes enfoques que cada pensador sugiere, consideramos que, la interpretación jurídica es una solución a los problemas que cada día aquejan a la sociedad. Por eso, hay que acudir a la razonabilidad, sin que ello pueda calificarse como justicia discrecional. Para Dworkin, interpretar significa mostrar el elemento interpretado como lo mejor que puede ser, de esta manera, interpretar una novela es mostrarla como la mejor novela que podría llegar a ser, sin dejar de ser la misma novela.

Por tanto, los jueces, deben manifestar que la interpretación que proponen se ajusta mejor a los hechos relevantes de la práctica jurídica que, al mismo tiempo, constituye la mejor justificación de esos hechos. Para lograr esto, se requiere una teoría normativa que permita juzgar cuándo una interpretación resulta ser la mejor justificación de la práctica jurídica.

Es significativo aclarar que los principios permanecen en el tiempo, no son desecharables, sencillamente si no se utilizan no es por su ineficacia o caducidad, sino porque no alcanza a tener las razones suficientes para mantenerse en ese caso, en cambio las reglas y normas tienen un tiempo y espacio delimitado, se pueden derogar como se pueden abolir, y surgen otras nuevas. Bien decía ya Agustín de Hipona, las leyes son temporales pues son creación de los hombres y por lo mismo imperfectas y esa imperfección genera errores e inseguridad, así que es más seguro pensar en un derecho interpretativo, argumentado en razones lógicas, sustentadas en conceptos de peso para proteger lo que realmente le pertenece a los hombres, sus principios (derechos humanos), indiferente a su ideología política y condición

económica o cultural, son inherentes, le pertenecen no tiene porque pedir permiso, ni agradecer que se los están respetando, ni suplicar porque se los tengan en cuenta.

Para llegar a ese campo de aplicación de la norma en pos de una justicia razonable, con tendencias jusnaturalistas moderadas, se requiere fortalecer la formación de las facultades de derecho en competencias argumentativas e interpretativas, para que se aprehenda a tomar decisiones razonables, con argumentaciones que, per-se, justifiquen la decisión con la fuerza de la razón y la integración normativa como un tejido integrador que constituye el sistema jurídico de una sociedad.

Finalmente, todos están protegidos por el velo del positivismo “suave” como lo ha denominado Hart, y claro, la constitución tiene un contenido valorativo que hace la diferencia entre lo justo y lo injusto; entre la justicia y la injusticia.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. (L. V. Borda, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Berger, Peter y Luhmann, Niklas. (1966) *La construcción social de la realidad*.

(Silvia Zuleta, Trad.) Buenos Aires: Amorrortu.
Dworkin, Ronald. (1997). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.

Foucault, Michel. (2008). *Vigilar y Castigar*. (A. G. Camino, Trad.) México: Siglo veintiuno editores.
Habermas, Jürgen. (1998). *Facticidad y validez*. España: Trotta.

Hart, Herbert L. (2004). *El concepto de Derecho*. (G. R. Carrión, Trad.) BUENOS AIRES, Argentina: Abeledo- Perrot.

Kelsen, Hans. (2000). *Teoría pura del derecho*. (R. J. Vernengo, Trad.) México: Porrúa.

- Luhmann, Niklas. (2008). *El derecho de la sociedad*. España: Herder.
- Poulantzas, Nicos. (1969). *Poder político y clases sociales en el esatdo capitalista*. (F. M. Turner, Trad.) méxico: Siglo XXI editores.
- Mejía, Q. Oscar. (2009). *Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo*. Bogotá: Ibañez.
- Rawls, John. (2002). *Justicia como equidad*. Madrid: Plaza edición.
- Rodríguez, Cesar. (2002). *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores.
- Teubner, Gunther y Bourdieu Pierre. (2000). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Saramago, José (2007). *Ensayo sobre la ceguera*. México: Punto de lectura.
- Schmitt, Carl. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. (H. Monserrat, Trad.) Madrid: Tecnos.