



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

# **Problemas de la interpretación y aplicación del Derecho en la era de la globalización.**

Arístides Dalmiro Heredia Sena

Director:  
Dr. Luis Garagalza

2019

**“Problemas de la interpretación y aplicación del Derecho en la era de la globalización”.**

# ÍNDICE

<b>“PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN” .....</b>	<b>2</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>6</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I: ¿QUÉ ES EL DERECHO? .....</b>	<b>12</b>
1.1 INTRODUCCIÓN .....	12
1.2 ENFOQUE POSITIVISTA .....	27
1.3 ENFOQUE IUSNATURALISTA.....	35
1.4 CARACTERÍSTICAS DE LAS REGLAS DEL DERECHO.....	40
1.5 DERECHO Y LENGUAJE.....	46
1.6 DISTINCIÓN ENTRE NORMAS Y PRINCIPIOS .....	50
1.7 ASPECTOS DE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO .....	52
<b>CAPÍTULO II: LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO .....</b>	<b>57</b>
2.1 ASPECTOS GENERALES DE LA INTERPRETACIÓN.....	57
2.2 INTERPRETACIÓN Y COMUNICACIÓN.....	66
2.3 NOCIÓN DE HERMENÉUTICA .....	71
2.4 EL CÍRCULO DE LA INTERPRETACIÓN.....	75
2.5 LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA .....	78
2.6 EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO .....	84

2.7 NECESIDAD DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	92
2.8 FUNCIONES DE LA INTERPRETACIÓN.....	105
2.9 MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA .....	110
2.10 INTÉRPRETES Y ORDEN DE INTERPRETACIÓN.....	117
2.11 EL RAZONAMIENTO JUDICIAL .....	121
<b>CAPÍTULO III: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO.....</b>	<b>126</b>
3.1 ÓPTICA DEL JUEZ .....	129
3.2 IMPACTO SOCIO–ECONÓMICO DERIVABLE DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL.....	135
3.3 SUBJETIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA .....	144
3.4 LA DESIGUALDAD ECONÓMICA EN EL ÁMBITO MATERIAL Y PROCESAL .....	151
3.5 SEGURIDAD JURÍDICA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL.....	159
<b>CAPÍTULO IV: APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS .....</b>	<b>169</b>
4.1 NOCIÓN DE APLICACIÓN .....	169
4.2 DERECHO Y ARGUMENTACIÓN.....	178
4.2.1 <i>La subsunción judicial</i> .....	182
4.2.2 <i>La ponderación</i> .....	186
4.3 IMPACTO DE LAS ESCUELAS DEL DERECHO EN LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA...	194
4.4 FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA EN REPÚBLICA DOMINICANA.....	201
<b>CAPÍTULO V: FORMAS EN QUE LA GLOBALIZACIÓN IMPACTA AL</b>	
<b>DERECHO .....</b>	<b>206</b>
5.1 DIMENSIONES DE LA GLOBALIZACIÓN .....	209
5.1.1 <i>Dimensión económica</i> .....	210
5.1.2 <i>Dimensión social</i> .....	215

5.1.3 <i>Dimensión política</i> .....	218
5.1.4 <i>Dimensión educativo-cultural</i> .....	220
5.1.5 <i>Dimensión ecológica</i> .....	222
5.1.6 <i>Dimensión ética</i> .....	224
5.2 EL CONSUMIDOR COMO SUSTITUTO DEL CIUDADANO.....	226
5.3 MULTICULTURALIDAD, INTERESES Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO.....	229
5.4 <i>LEX MERCATORIA</i> .....	233
5.5 <i>POP LAW</i> .....	239
5.6 GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	241
5.7 PÉRDIDA DE PODER DEL ESTADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN.....	244
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>252</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>258</b>

## RESUMEN

*Problemas de la interpretación y aplicación del Derecho en la era de la Globalización* es título de la presente investigación en la que se trata de realizar una aproximación a los problemas que presentan la interpretación y aplicación del Derecho de cara a la globalización. El objetivo fundamental de esta tesis es el determinar los problemas que ofrecen la interpretación y aplicación del derecho en la era de la globalización, identificando las principales corrientes jurídicas y cómo éstas influyen en la interpretación y aplicación del Derecho en la era de la globalización. Se abordan las principales corrientes jurídicas, los métodos de interpretación y los diversos impactos en el mundo globalizado.

A pesar de que la interpretación jurídica tiene varias vertientes: judicial, legislativa, doctrinal, del abogado consultor o litigante, solo se abordan las dificultades que se suscitan en la función interpretativa del juez a partir del Derecho vigente en varias dimensiones de la globalización, acudiendo de forma general, a las nociones de *soft law*, *pop law* y *lex mercatoria* como formas que ha adoptado el Derecho en la era de la globalización. El respeto a los derechos fundamentales no es tema prioritario en la agenda económica mundial, por tanto, hay una nueva forma de ver el Derecho, no centrado en sus corrientes tradicionales, sino en el impacto que tiene su interpretación y aplicación en el mercado. El Derecho y con él su interpretación y aplicación, tienen que adaptarse a la sociedad, pero en especial, al mercado.

**PALABRAS CLAVES:** Aplicación, derecho, globalización, interpretación, mercado.

## **ABSTRACT**

Problems of the interpretation and application of the Law in the era of Globalization is the title of the present investigation in which it is about making an approximation to the problems presented by the interpretation and application of Law in the face of globalization. The main objective of this thesis is to determine the problems offered by the interpretation and application of law in the era of globalization, identifying the main legal currents and how they influence the interpretation and application of law in the era of globalization. The main legal currents, the methods of interpretation and the various impacts in the globalized world are addressed.

Although the legal interpretation has several aspects: judicial, legislative, doctrinal, consulting lawyer or litigant, only the difficulties that arise in the interpretive function of the judge from the law in force in various dimensions of globalization are addressed, going in general, to the notions of soft law, pop law and lex mercatoria as forms that Law has adopted in the era of globalization. Respect for fundamental rights is not a priority issue in the global economic agenda, therefore, there is a new way of looking at the Law, not centered on its traditional currents, but on the impact that its interpretation and application has on the market. The Law and with it its interpretation and application, have to adapt to society, but especially to the market.

**KEY WORDS:** Application, law, globalization, interpretation, market.

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación trata de realizar una aproximación a los problemas que presentan la interpretación y aplicación del Derecho de cara a la globalización. Por tanto, se abordarán las principales corrientes jurídicas, los métodos de interpretación y sus diversos impactos en el mundo globalizado. A pesar de que la interpretación jurídica tiene varias vertientes: judicial, legislativa, doctrinal, del abogado consultor o litigante, solo se abordarán las dificultades que se suscitan en la función interpretativa del juez a partir del Derecho vigente en varias dimensiones de la globalización, además, se analizará el aspecto económico como propulsor de una parte significativa de los cambios normativos, verificándose la permeabilidad del Derecho por parte de la economía. Asimismo, se establecerá como hipótesis central la cuestión de que, en una sociedad globalizada, la tradicional actividad judicial de interpretación y aplicación del Derecho se complejiza por los distintos factores que es preciso tomar en cuenta al tiempo de dictar sentencia.

Con el propósito de abordar los problemas actuales de interpretación y aplicación del Derecho, se realizará un recorrido histórico, guiado por la tradición romanista, sus glosadores y escuelas. Ya establecidos estos antecedentes, nos centraremos en las distintas concepciones del Derecho, surgidas en el siglo XX, período en que el positivismo y el naturalismo arrojan el quehacer jurídico ampliando la dogmática.

El enfoque económico del Derecho viene a brindar ciertas respuestas a las consecuencias negativas que se derivan de los procesos judiciales. Pero no se trata de analizar esta corriente de pensamiento que mide el costo del proceso o el impacto que tiene el Derecho en el aspecto económico, sino que se buscará medir el impacto que tiene el neoliberalismo en la formación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

En el desarrollo de la investigación nos basaremos en el método documental, donde se pretende recuperar las técnicas y críticas que han servido de fuente al problema de la interpretación y aplicación del derecho; por lo que se realizará una búsqueda documental exhaustiva, con la que trataremos de obtener las distintas teorías y aspectos legales relativos al problema objeto de investigación.

El contenido estará compuesto por cinco capítulos, abordados de manera concisa, por la naturaleza misma de la investigación, correspondiendo al capítulo primero, la interrogante *¿Qué es el Derecho?* En él veremos los planteamientos de diversos doctrinarios que centran su atención en los problemas que tiene la definición (Atienza, 2004).

El capítulo segundo tratará sobre la interpretación en el Derecho, explicando la necesidad de que todo lenguaje, aun el jurídico, sea interpretado. Por lo que se precisará realizar una clasificación de los más relevantes métodos de interpretación jurídica, tipos de interpretación y sus intérpretes. Abordaremos también el problema derivado de la realidad de que la propia norma interpretada no explica el criterio o método de interpretación a ser utilizado por el juez para encontrar su mejor sentido al momento de dictar sentencia.

La interpretación como proceso será analizada en el contexto de la teoría hermenéutica gadameriana, especialmente en el círculo de la comprensión, resaltándose las subjetividades del autor y del intérprete. Se pide al juez que sea objetivo y que abandone todo prejuicio en la solución de los conflictos. Su argumentación no debe estar contaminada con criterios personales; en cambio, subjetividad e interpretación judicial hallan un terreno común en la propuesta de Hans-Georg Gadamer y otros hermeneutas. El proceso de interpretación gadameriano no excluye la subjetividad como elemento esencial en el intérprete o autor del texto.

El capítulo tercero se consagrará al tratamiento de los problemas frecuentes en la interpretación y aplicación del Derecho, en el que se presentará, en esencia, el objeto de

la interpretación como mecanismo necesario para llegar a la aplicación. Los problemas se centrarán en el contexto judicial y en las consecuencias económicas y sociales de ese razonamiento jurídico, aplicable a los casos en concreto; por tanto, la labor del juez, que concluye con la sentencia, se desarrollará en un contexto complejo, marcado por la multiculturalidad y pluralidad de intereses.

El capítulo cuarto versará sobre la aplicación judicial del Derecho. Aquí se presentará una propuesta distintiva sobre la identificación del último intérprete de la norma jurídica que abarcará el más autorizado para hacerla; nociones estas que entrarán en conflicto con las ideas tradicionales de los doctrinarios constitucionalistas, los que han calificado al constitucionalismo o neoconstitucionalismo como el máximo logro posible de lo jurídico.

Finalmente, en el capítulo quinto se abordarán los posibles impactos de las dimensiones de la globalización en la interpretación del Derecho. Estas dimensiones de la globalización marcan el rumbo de lo jurídico, produciéndose una transformación paulatina del Derecho y la forma de entenderlo y aplicarlo. Además, este capítulo tratará, lo relativo a la *lex mercatoria* como área del Derecho y de la Economía que se encarga de asegurar, de una forma rápida, las transacciones efectuadas por los comerciantes, el lenguaje común utilizado y sus fuentes. Esta *lex mercatoria* se convertirá en el lenguaje jurídico común para los comerciantes y por vía de extensión para todas las partes en el contexto global; como técnica servirá para la solución de los problemas jurídicos que tienen las grandes empresas, asegurando la igualdad para los iguales y un clima de seguridad económico-jurídica. El crecimiento del *soft law* y el *pop law* abriga la esperanza de la construcción de reglas e interpretaciones más flexibles, que no solo se apliquen en el ámbito de la economía, sino también extensible a todas las acciones de la ciudadanía.

# **CAPÍTULO I: ¿QUÉ ES EL DERECHO?**

---

Sumario: 1.1 Introducción. 1.2 Enfoque positivista. 1.3 Enfoque iusnaturalista. 1.4 Características de las reglas del Derecho. 1.5 Derecho y lenguaje. 1.6 Distinción entre normas y principios. 1.7 Aspectos de la teoría tridimensional del Derecho.

---

## **CAPÍTULO I: ¿QUÉ ES EL DERECHO?**

Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres (Cúneo Machiavello, 1990, p. 112).

### **1.1 Introducción**

La noción de norma jurídica proviene de una noción superior: las normas. Las normas, en general, tienen muchas formas de manifestarse; en cada una de ellas está presente la idea de “prescripción de lo debido para alcanzar un fin”. La anterior aproximación al concepto de norma es insuficiente para explicar lo que ocurre en el ámbito jurídico. Regla y norma se utilizan de forma indistinta; la norma se emplea con más frecuencia en la tradición continental, en cambio, el concepto regla es más aplicada en el ámbito del derecho anglosajón (rules), por tanto, es más frecuente el uso del concepto “norma”, en este análisis, que el de regla, pero nos referimos a la misma noción. Para el estudio de la interpretación en el derecho es preciso que analicemos ciertas explicaciones del concepto de derecho, para luego pasar a la noción de normas jurídicas.

Definir es delimitar o deslindar un concepto; es “señalar los límites de una cosa para distinguirla de las demás” (Mans Puigarnau, 1985). La construcción de una definición es una labor puramente intelectual y conlleva una serie de dificultades. Cualquier persona que intente hacer una definición completa, o lo más completa posible, se enfrenta a

muchos problemas, el primero de los cuales consiste en que existe el riesgo de dejar fuera de dicha definición aspectos fundamentales. Otro problema consiste en que la brevedad exigida en la definición imposibilita la construcción de una perfecta.

La actividad de “definir” es cada vez más compleja; discurre en el desacuerdo teórico. La definición está constituida por términos. Los términos van evolucionando y así adquiriendo distintas connotaciones, bien sea en su uso individual como en los distintos contextos en que se presenten. Cada uso de los términos se traduce en la posibilidad de nuevos significados, debido a la evolución misma de la lengua o al contexto en que se utilizan los términos. La etimología es la disciplina que se encarga de esta evolución. Las acepciones son más numerosas.

Definir el derecho es también una actividad compleja. La definición de derecho debe presentar un componente conceptual que permita comprender los elementos básicos necesarios para la aprehensión de los principios de esta disciplina. Si el derecho fuese un edificio, la definición tendría doble función: a) la de servir como zapata ideológica sobre la cual han de ser entendidos los demás conceptos relacionados; y b) la de marcar los límites superiores e inferiores que conducen a la comprensión de todo lo identificado o por identificar en el campo de esta ciencia social. Una buena edificación debe partir de una zapata que reúna unas condiciones mínimas. Así la comprensión del derecho debe partir de una definición que permita la aprehensión de sus principios fundamentales.

En un intento por dar respuesta a la anterior pregunta, Squella (2011) acude al lenguaje coloquial y al técnico. En el primero asigna a la palabra derecho diversos sentidos, tales como: a) lo opuesto a izquierdo –hombro *derecho*–, b) una dirección –siga *derecho*–, c) una posición –ponte *derecho*–, o una cualidad moral del hombre –hombre *derecho*–. En estos casos no se percibe una ambigüedad del término derecho, sin embargo, se revela distintos usos cotidianos (p. 21).

De forma cotidiana se utiliza la palabra derecho en el sentido jurídico, en situaciones tales como “tengo derecho”, “me han violado mis derechos”, “en este país no hay derecho”, “el derecho dominicano, argentino, mexicano...”, entre otras formas. De los usos anteriores puede deducirse que el “derecho” es una realidad presente en la sociedad, es decir, la afecta a diario (Álvarez Ledesma, 2001).

El derecho también puede ser presentado como “razón” o “razón necesaria”; lo jurídico aquí es el producto de la razón. Se supone que las soluciones derivadas del derecho siguen un análisis y resultado lógicos. Lo irracional es contrario al derecho. Si la ley misma no es razonable entonces tiene que ser excluida del mundo jurídico, es lo que Robert Alexy reconoce como la no admisibilidad de la injusticia legal; más aún, indica que “El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador”, situando así al derecho y a la justicia por encima de las leyes (Alexy, 2004). El derecho como razón se aparta de las tendencias jurídicas que conciben el derecho como hecho o norma, lo que analizaremos en otra parte de este trabajo.

Otra forma de abordar el derecho –institucionalmente– es como aquel conjunto de normas y principios que tienen vigencia anterior al Estado y que derivan de la divinidad o de la razón o de la propia naturaleza. La anterior definición está enmarcada en los postulados generales del derecho natural, cuyo contenido es relevante para esta investigación.

Robert Alexy (1997) revela la importancia que tiene en la teoría del derecho la noción aquí analizada, al punto de expresar: “la cuestión consiste en saber qué concepto de derecho es correcto o adecuado”. Conviene estudiarse previamente el contexto en el que se emplea el término derecho, ya sea en el lenguaje natural o en el sentido técnico–jurídico. En todo caso, hay que situar a los distintos autores, a partir de las corrientes filosóficas que han adoptado o en sus contextos jurídico–nacionales, a fin de comprender las verdaderas razones de sus definiciones de “derecho”.

En realidad, ¿podría construirse una correcta definición de derecho? ¿Podría identificarse, desde la óptica platónica, lo esencial del derecho, en un intento de relacionar lenguaje y realidad? ¿Al momento de brindar una definición universal del derecho, se cumple con los postulados del realismo verbal, que aprehende lo esencial del derecho? (Álvarez Ledesma, 2001, p. 42). La construcción de una definición correcta del derecho depende de múltiples factores, entre ellos la corriente en la que se enmarque, ya que para unos teóricos y filósofos del derecho lo determinante es el contenido textual de la norma, en cambio otros dan relevancia a la intención de la ley–legislador, o a los fines del derecho que pueden ser hallados aun fuera de las leyes existentes.

Nino (1980) señala que los problemas en la definición del derecho derivan de la concepción adoptada por las personas (sus operadores jurídicos) respecto a la relación que existe entre realidad y lenguaje. Este jurista argentino sitúa estos problemas en tres niveles: Presupuestos, técnicas y consecuencias, al instante de definirse la expresión lingüística indicada. El problema de la definición del derecho y de la selección de los criterios que le definen sirve de fundamento para interpretar el contenido del derecho mismo. Primero hay que saber qué es la cosa y luego saber cómo interpretarla. En otras palabras, la construcción de una definición del derecho sirve para predecir el contenido y principios jurídicos que le sirven de soporte.

El realismo verbal se opone al convencionalismo verbal; el primero asevera la existencia de una conexión necesaria entre realidad y lenguaje; es propia de la concepción platónica (Nino, 1980); en el segundo, son las propias personas –los juristas en el caso del derecho– quienes consienten el uso y significado de determinadas palabras. Las características y la selección de las palabras constituyen un acuerdo entre las personas, convenio que va modificándose con el paso del tiempo. Por ejemplo, una cosa es el concepto “nave” en el siglo XV, al tiempo del descubrimiento de América, y otra muy distinta resultaría si se le analiza en la actualidad, en el siglo XXI; en la evolución se

pasa de una embarcación marítima, una nave como interior de un templo e incluso una transporte –nave– espacial.

En la teoría y filosofía del Derecho se identifican diversas contradicciones en la determinación del carácter científico del derecho (y su contenido), aunque para algunos parezcan triviales. El jurista Carlos Santiago Nino (2003, p. 11) cree que “ni los físicos, ni los químicos, ni los historiadores, etc., tendrían tantas dificultades para definir el objeto de su estudio como tienen los juristas”. Este problema en la determinación del objeto permite cuestionar el enfoque científico del derecho, ya que propone una variedad de objetos de estudio que no pueden ser claramente abarcados y aplicados en el contexto global. Por lo que las reglas o principios emanados en el ámbito jurídico tienen tantos enfoques y hasta contradicciones, dependiendo de la época, lugar, sistema, ideología jurídico–política y cultural en el que se les sitúen.

Varios problemas surgen en la determinación de una definición aceptable de derecho; Mora Restrepo agrupa dichos problemas en tres niveles y les denomina saberes o saber jurídico, que son: a) la perspectiva filosófica, en la que se busca la comprensión de la realidad jurídica para aprehender las razones más radicales así como los principios supremos en que se funda esa realidad, b) la perspectiva científica, que es la dimensión científica del Derecho que está vinculada al análisis de las verdades jurídicas aplicadas al plano local, en las dimensiones de la justicia y de lo debido; y c) la realización de lo jurídico, a través del arte del derecho y la prudencia, que tiene como fin la producción de resultados prácticos. En una de estas perspectivas se observa el derecho como un producto –desde afuera– y en otra se enfoca en la moralidad de quien realiza el acto (Mora Restrepo, 2004, pp. 288–298). Los tres enfoques centrales del Derecho, conforme a la propuesta de este jurista colombiano son: el filosófico, el científico y el práctico. Cada corriente del derecho que haya existido o que existirá tiene que correr, al menos, por algunos de estos surcos.

Pero ¿para la construcción de una definición aceptable de derecho solo nos debemos circunscribir a la cuestión del lenguaje utilizado? El lenguaje es fundamental, mas no es la única área de dificultad. El buen uso de conceptos y proposiciones jurídicas contribuyen al entendimiento de las normas jurídicas; aunque no es solo el problema del lenguaje, es necesario situarse en distintas ideologías económicas, sociales y políticas que sirvan para explicar el fenómeno jurídico. Por tanto, es normal encontrarse con definiciones de derecho que estén impregnadas de elementos puramente morales, religiosos, culturales, entre otros, aunque esos elementos sean extraños al derecho. En palabras de Kelsen, la presencia de esos elementos “lo que ha provocado es la ruina de la verdadera ciencia jurídica” (Kelsen, 1982). Los niveles locales, regionales y globales de aplicación de las normas jurídicas reducen la posibilidad de crear una definición de lo jurídico que sea aceptada por todos. Estas particularidades y usos le van quitando carácter científico al derecho, a la vez que imposibilitan una definición clara y universal del mismo. Continuando con Kelsen, y al tenor de las consideraciones que realiza el jurista mexicano Preciado Hernández, el derecho tiene categoría de medio [...], lo que podríamos llamar fundamentos reales del derecho cae dentro del ámbito de lo sociológico, a la vez que los fines del derecho, corresponden al campo de la ética y de la política” (2008, p. 46): son por tanto, elementos metajurídicos, encontrados fuera del ámbito del derecho. El jurista vienés estudia el derecho como una estructura a la que hay que conocer sus características (p. 47); esa estructura es formal y lógica, vista desde sus distintas manifestaciones. El estudio de la teoría kelseniana del derecho abre paso a una serie de estudios particular respecto del funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Más aproximado a la precisión conceptual, Squella (2011, p. 24) identifica el problema principal de la conceptualización del derecho, al estimar que los dogmáticos y los demás integrantes de la sociedad confunden el objeto de estudio con el saber de ese objeto de estudio. Así la palabra *derecho* sirve para describir el objeto de estudio con los saberes construidos sobre dicho objeto. Para salvar esta confusión, Squella propone que sea denominado “derecho” al objeto por conocer (reglas objetivas que rigen la vida de las

personas dentro de una sociedad) y en cambio, designar dogmática jurídica o ciencia del derecho al conjunto de saberes sobre el derecho.

Squella (2011) propone la construcción de una definición del derecho a partir de la Teoría General del Derecho y de la Filosofía del Derecho. La primera de estas dos disciplinas presenta el derecho “como un dato o fenómeno real y comprobable, que es posible encontrar en toda experiencia de vida social del hombre” (p. 24). De su lado, la Filosofía del Derecho identifica criterios o ideales de justicia para la determinación del derecho ideal. La Filosofía del Derecho tiene tres tareas fundamentales: a) construir un concepto universal del derecho, b) identificar las causas genéricas del derecho, y c) valorar éste según el ideal de justicia propuesto por la sola razón. Ante esta problemática, este jurista chileno, intenta construir una noción idealista del derecho con un enfoque científico, pero deja de lado las cuestiones particulares, es decir, el impacto que tiene el derecho en los casos específicos, como es el ámbito de la aplicación judicial del derecho.

Por otro lado, Atienza (2004, p. 16) concibe el derecho como un fenómeno omnipresente en toda sociedad. Esta afirmación parte de la posición de Nino, cuyo enfoque busca afirmar dos cuestiones relevantes: a) que el derecho es un factor común de todas las sociedades del mundo, ya sea del pasado, presente o futuro, y b) que todos o casi todos los aspectos de la vida social se encuentran, de una forma u otra, regulados jurídicamente; posición que puede ser calificada como universal, y que se transforma en un eslabón necesario para la construcción de un derecho global (Nino, 1980).

La omnipresencia del derecho no es un fenómeno exclusivo de la actualidad. Desde la antigüedad, ya Aristóteles había afirmado que la condición humana por defecto es la de estar asociada a otras personas (Aristóteles, 2004). De modo que la capacidad dialógica es natural, en mayor o menor proporción. Esa forma de comunicación –lenguaje– la asoció a la ley y la justicia que sirvieron de presupuestos para la construcción de las nociones de orden y organización. El derecho, por tanto, tiene una presencia en todos los

contextos humanos, llegando a afirmarse globalmente que donde quiera que haya una sociedad existe la presencia del derecho (Nino, 1980).

Atienza asevera que “lo jurídico es solamente un aspecto de lo social, del que no podemos prescindir si queremos entender algo del mundo que nos rodea” (2004); se identifica con Carlos Santiago Nino en el sentido de la presencia global del fenómeno jurídico, pero que todo lo social se convierta en un problema jurídico, sería tornarse en reduccionista, al estilo de Atienza, pues habría que olvidarse de los demás ámbitos sociales si se considera que cualquier noción puede encontrarse inserta en una categoría jurídica, siendo este uno de los principales temores de Hans Kelsen (1982, p. 19) en su *Teoría pura del derecho*; es posible predicar la universalidad del derecho, ya no como ciertas reglas idénticas vigentes en tiempo y espacio, sino como unas reglas que imponen un cierto orden social. Así las cosas, la globalización, en sentido general, podría ser estudiada desde el ámbito jurídico.

Para Atienza, las informaciones que aparecen en las noticias tienen un matiz jurídico en su totalidad, ya sea un secuestro, un accidente, una huelga, un atentado terrorista, unas elecciones o la liberación de unos presos. Esto conlleva a que mayor número de casos se judicialicen y pasen a una etapa de insostenibilidad en la administración de justicia por el cúmulo de expedientes en fases de instrucción y fallo. La ruina del sistema de justicia viene dada tanto por su efectividad como por su ineffectividad (Atienza, 2004). Si las peticiones hechas a los jueces son atendidas con retardo, se incurre en denegación y en un acto de injusticia; en contraste, si son atendidas de forma acelerada, se acusa de falta de ponderación y prudencia, lo que conllevaría a dos caminos posibles: a) desconfianza en el sistema o b) sobreconfianza en el sistema que genera más casos de los que podrían atenderse y resolverse efectivamente. Es como si inevitablemente se hiciera una apuesta segura al fracaso del sistema judicial.

Esta presencia del derecho en todos los actos de la vida es identificada por Nino (2003) como la omnipresencia del derecho que va desde los actos más simples hasta los

más complejos, pasando por la afectación de las personas y sus intereses. Se encuentra allí un conflicto cotidiano, en el seno del propio individuo, al tratar de reconocer si una determinada acción u omisión está regulada por alguna norma jurídica. Aunque las personas no tengan definición adecuada del derecho, sí asumen que tienen que vivir conforme al mismo.

El afán por positivizar todas las conductas humanas conduce a que cualquier acción esté prevista en las leyes o en proyecto de ser incluida. Por tanto, al realizar una acción u omisión, sea voluntaria o involuntaria, se espera que exista una regla de derecho que la regule, ya sea tornándola como obligatoria, prohibida o permitida. La labor legislativa –y aun la interpretativa por los tribunales y demás intérpretes del derecho– intentan ver desde el ángulo de la ley (en sentido amplio) si la conducta humana conlleva algún tipo de reproche o respaldo jurídico. Como ejemplo se citan los derechos o caracteres de la personalidad, de las personas morales y físicas, cuentan con un nombre, un domicilio, una nacionalidad y un patrimonio (Butten Romero, 2001); si se presenta alguna situación en la que se encuentre en peligro alguno de estos caracteres, o si al menos es cuestionado, inmediatamente será invocada una regla del sistema jurídico. Esto así para intentar encontrar los límites permitidos y la correspondencia con el orden jurídico imperante en una determinada sociedad.

El derecho está constituido por reglas, pero aun así, su contenido no es unívoco. Suele confundirse las nociones de ley y derecho, caminan juntas, pero en muchas ocasiones dichas nociones no coinciden; el derecho no es un fenómeno que aparece por el solo hecho de invocársele; no aparece de la nada; por lo que el reconocimiento como tal corresponderá a una realidad determinada, ya sea local o global.

La vida social tiene una dimensión antropológica, bajo el entendido de que, si hay personas, hay sociedad. Por lo visto, el ser humano es conforme a la sociedad en la que se desarrolla; desde otro ángulo, la sociedad se estructura, desarrolla y evoluciona conforme a las personas que la integran. La sociedad moldea el carácter de la persona; las personas

cambian el curso de lo social. Las cuestiones jurídicas no quedan de lado en esta labor social de crear una persona, conforme a prejuicios, ideologías, preferencias y necesidades. Estas son algunas de las razones por las que se ha concluido *que el hombre es un ser social por necesidad y naturaleza*.

El ambiente juega un rol fundamental en el individuo y su cultura jurídica. El análisis del ambiente está relacionado con las vivencias y los fenómenos físicos que usualmente observa el individuo. Se admite que ambos aspectos son relevantes en la vida de cada individuo: la herencia, por la dotación de cromosomas que da características similares entre ascendientes y descendientes; y el ambiente, por ser el conjunto de sucesos que permean al individuo (García Gómez, 2009). La noción de lo jurídico está claramente permeada por el ambiente, por el conjunto de hechos que son juzgados o no, acatados o no por las personas.

La sociedad no brinda únicamente protección a sus integrantes; la sociedad brinda cuestiones negativas que surgen por los intereses individuales y particulares de las personas. No siempre el fin individual coincide con el bienestar general de la sociedad. De ahí que el derecho viene a regular esas conductas individuales. Tiene el derecho una función: la de regular la convivencia social; Álvarez Ledesma (2001) cree que esta es la función original del derecho. Ella consiste en ver el derecho como un instrumento para la regulación de las acciones sociales de las personas con la finalidad de garantizar la convivencia y supervivencia de sus intereses primigenios.

Los intereses primigenios vienen dados por la necesidad de sobrevivir; pasando por el libre albedrío y la autonomía del establecimiento de fines propios; tales intereses tienen que ser garantizados en el seno social. El derecho, sea como sea concebido, tiene la misión de garantizar formal y materialmente esos intereses. Cada individuo – virtualmente– se integra a la sociedad con sus propios intereses, asume el contrato social sin olvidarse de los intereses particulares. Hay una moralidad en el contrato social, en el que les conviene regirse por algún estatuto. La sociedad está mejor resguardada

apegándose a la ley que actuando fuera de ella, aun cuando se trate de una norma injusta y no estén de acuerdo con ellas (García Gómez, 2009).

A partir del análisis que realiza Juan Antonio García Amado de la obra *El señor de las moscas* de Sir William Gerald Golding, se estudia la situación de las personas en un estado de naturaleza, en igualdad de condiciones y sin prejuicios; las personas dejan su estado de naturaleza y se unen a la comunidad por un fin o beneficio, que no lograrían individualmente. Se trata de una visión contractualista, en la que los individuos fungen como partes en un contrato y manifiestan su voluntad al ceder ciertos derechos con la finalidad de que la sociedad misma se los garantice, de forma más organizada. La posición de Golding es contractualista y, como tal, utilitarista, en el sentido de que el individuo busca un bien no colectivo, o sea individual; cada individuo tolera ciertas limitaciones a sus derechos y prerrogativas, ya que las ventajas serían mayores y mejores. En la unidad está la fuerza. El contrato social es el resultado del abandono de la autonomía individual y la libertad que brinda el estado de naturaleza; dicho contrato es el fundamento de las sociedades modernas (García Amado, 2014).

En el estado de naturaleza no existen limitaciones; la anarquía reina. El abandono de esta anarquía que brinda el estado de naturaleza induce al individuo a buscar su seguridad. La protección y defensa se les delega a otros –autoridades o gobierno–, que se denominan El Soberano; este Soberano es quien brinda seguridad a sus súbditos frente a las demás personas. La libertad individual se convierte en colectiva, se pasa del yo al nosotros (García Amado, 2014).

En la novela *El señor de las moscas*, se nos presenta un escenario en el que se trata de construir una sociedad a partir de personas en igualdad de condiciones –en su caso, casi la totalidad está integrada por niños y adolescentes– que interactúan entre el interés individual o grupal, el miedo, el liderazgo y la fuerza; se encuentran en estado de naturaleza aparente y ceden sus propios intereses, agrupando esfuerzos para asegurar la

subsistencia de cada miembro del grupo (García Amado, 2014). Las normas, así creadas, cumplen ciertos rasgos comunitarios de la teoría de John Rawls (Rawls, 2006).

La noción de justicia en John Rawls es distributiva. Se reparten las cargas, como los bienes y los beneficios. El orden prima por encima de todo (Rawls, 2006). La justicia tiene una carga emotiva positiva. La justicia se dirige al bien común. La determinación de las porciones específicas que se van a atribuir es esencialmente obra humana. La justicia es obra del razonamiento humano, por tanto las formas que adopte la justicia deben ser cognoscibles para los seres humanos.

En *El señor de las moscas* se muestran varios elementos a ser utilizados en la creación de un nuevo orden, entre ellos: las amenazas, los prejuicios, el uso de la fuerza y los ideales de justicia que tienen sus integrantes. Las amenazas resultan determinantes para la construcción de un sistema socio-jurídico, puesto que es en función de ellas que se adoptan numerosas reglas que solo se justificarían si se consideran tales amenazas.

La construcción del sistema jurídico, según el modelo de Rawls, requiere que los individuos que participan en su formación, abandonen su estado natural. Los integrantes de la nueva sociedad no deberían estar motivados por sus impulsos primarios y, por tanto, quedaría prohibido que cada quien busque su supervivencia a expensas de las demás personas. Es irracional que las personas empleen medios que violenten el orden social. La construcción de la sociedad implica el abandono del estado salvaje, al menos en su expresión más extrema, manteniendo cada quien el instinto de autoconservación. En el caso del nuevo orden, si la nueva sociedad así construida no le garantiza la protección, este individuo volverá a su estado natural y buscará a toda costa su autoconservación, retornando al caos original.

El hombre tiene que dominar la primera naturaleza, a la que se ha denominado estado natural, para avanzar hacia otro estadio: la sociedad. Manuel Cruz sugiere que si se quiere dominar el estado natural, hay que seguir la siguiente receta: la racionalidad económica, la libertad individual y la universalidad de la ley (Cruz, 2002, p. 140). La

libertad individual cede ante la sociedad y las personas se convierten en especie de esclavos; a estos asociados se les exige obediencia extrema y a falta de esta sumisión, se les impondrán las sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

La forma en que se aborda la interpretación y aplicación del derecho contribuye, como función del Estado, a restringir cada vez más el estado natural de las personas (Cruz, 2002). El yo –el propio individuo– se encuentra con otros yoes –las demás personas–. El individuo que abandona su estado natural lo hace quizás por las mismas razones que lo hacen las demás personas. Todos comparten, más o menos, las mismas necesidades e inquietudes.

La idea de estado natural sugiere que lo común es vivir en estado salvaje. Si se sigue la concepción aristotélica de que el hombre es un animal político o animal cívico, habrá que entender que lo natural en los seres humanos es vivir asociado entre ellos. En definitiva, ¿es natural vivir asociado o lo natural es vivir en estado salvaje?

El ser humano tiene muchos fines, tales como la felicidad, ambición, protección personal; para lograr esos fines crea la agrupación política, educativa, económica, entre otras, que adoptan el nombre de cooperativismo y sindicalismo que son formas de manifestación del comunitarismo (Rodríguez–Arias, 1995, p. 6). La agrupación brinda apoyo a sus asociados en la consecución de sus objetivos, que de una forma u otra, tienen un matiz económico, sobre todo si se considera que el ejercicio del conjunto de libertades se desarrolla con más facilidad si se cuenta con recursos. Las condiciones económicas de las personas tienen una relación directamente proporcional con la seguridad jurídica, es decir, a mayor cantidad de recursos económicos los individuos obtendrán mayor respaldo de las autoridades.

La noción de dignidad humana nacida del cristianismo y transformada por las corrientes racionalistas tiende a ser vista como individualista, ya que da por supuesto que cada persona cuenta con la misma dignidad humana. Si el ser humano es el ser superior por antonomasia, gracias a su condición humana y pensante, se plantea la interrogante

respecto de ¿quién o quiénes son superiores entre todas las personas humanas? ¿Existe alguna diferencia de grado o de clase entre las personas? La modernidad y posmodernidad están fundadas en esta dignidad humana, y se ha propuesto el principio de solidaridad como valor que le sirve de contrapeso a la dignidad humana (Rodríguez–Arias, 1995, p. 7). La solidaridad es la otra cara de la moneda frente a la dignidad humana. La dignidad humana colectiva prima por encima de la individual.

El principio jurídico fundamental, o uno de los más fundamentales, que dirige la vida moderna es el de la dignidad humana. Éste ha tenido que ir transformándose para pasar de un ideal, a un derecho y finalmente a un derecho–deber. Esta nueva forma de abordar la dignidad humana trae consigo la no subordinación de una persona hacia otra. Todos somos iguales en dignidad. Debe existir igualdad entre los asociados. La subordinación tiene que ser justificada por fines superiores (Rodríguez–Arias, 1995); solo caben las diferencias fundadas en los talentos y las virtudes (Constitución dominicana, 2010: Art. 39.1). El logro de la persona, basada en esa dignidad humana, busca más la satisfacción individual y por ende, cualquier interpretación que se le da a las normas jurídicas estará en tensión entre el bien individual y el colectivo, la dignidad del individuo y la dignidad de todos los integrantes de la sociedad.

La vinculación de las personas en el mundo global rompe con el esquema tradicional del principio de territorialidad, obligando al derecho internacional a ampliar horizontes entre las reglas claramente establecidas y aquellas que se imponen derivadas de la razón misma, aunque no hayan sido discutidas, aprobadas, firmadas o ratificadas por los Estados. Se trata del denominado *soft law*, que será analizado más adelante.

El derecho no es el único instrumento que regula conductas sociales; existen otros mecanismos de regulación de las conductas humanas. Sin embargo, es el derecho el mayor regulador, ya que las normas jurídicas –principal material del derecho– contienen las permisiones, obligaciones o prohibiciones generales. Sirve, pues, el derecho, como regla de medida de los demás instrumentos. La libertad de expresión, la libertad de cultos

y la libertad de tránsito están reguladas por el ordenamiento jurídico; las normas religiosas y sociales operan en campos paralelos al jurídico. Es por esta razón que esta investigación relaciona de manera principal, lo jurídico con lo económico, analiza los problemas que acarrea la globalización a la actividad interpretativa del derecho, actividad que de por sí misma es compleja.

Conforme a Álvarez Ledesma (2001, p. 41) la falta de precisión en razón del género y especie en que se ha de enmarcar el Derecho, trae consigo un problema de indeterminación. A partir de las múltiples definiciones y discusiones en la construcción de un concepto o teoría común del Derecho, retoma importancia la noción de la indefinición, aunque ella misma no explica la razón por la que no puede superarse tal problema epistemológico.

Lo jurídico está presente en toda actividad humana, en todas las comunidades del mundo; esta omnipresencia del derecho se entremezcla con muchas culturas y conduce a su transformación. El impacto de la cultura en el derecho es inevitable y necesario a la vez. Cada sociedad tiene sus propias culturas, así el derecho que las regula tiene que pasar por cierto localismo. En muchos contextos el localismo se opone a las corrientes globalizadoras, cada uno persigue sus fines propios. Es la lucha entre lo global y lo local. Se utiliza como herramienta auxiliar al derecho, sea interno, internacional o comparado.

En adición a las culturas de los pueblos, existen unas corrientes jurídicas que van matizando el sentido de la interpretación y la aplicación del derecho. Estas tendencias sirven como verdaderas guías para el intérprete de la norma jurídica. Aunque en la actualidad existen diversas corrientes del derecho, aquí solo van a ser valoradas las que más han entrado en conflicto durante el siglo XX, a saber, el iuspositivismo, el iusnaturalismo y sus respectivas derivaciones. La teoría y filosofía del derecho elaboran planes comunes para el estudio de la noción de derecho, a partir de los caracteres intrínsecos del mismo.

## 1.2 Enfoque positivista

En la Teoría del Derecho, este se aborda a partir de distintas concepciones. Una concepción del derecho es una forma de ver el fenómeno jurídico, distinguiéndolo de los demás o simplemente resaltando lo que es o debe ser. Entre esas concepciones suelen citarse: iuspositivismo, iusnaturalismo, utilitarismo jurídico, pragmatismo jurídico. Sin embargo, en esta investigación solo se hará referencia a los planteamientos preliminares de las dos tendencias más relevantes: iusnaturalismo e iuspositivismo.

Atienza no comparte la idea de que las dos tendencias a estudiar, por contraposición, sean el iusnaturalismo o el iuspositivismo, sino que amplía la discusión a tres, que son: realismo, normativismo y el iusnaturalismo (2004, p. 275). La posición de Atienza es compatible con la mayoría de las propuestas dentro de la teoría general del derecho, en el sentido de que el iuspositivismo suele ser abordado a partir del realismo jurídico –basado en precedentes– y del normativismo –basado en leyes–. No se trata de una diferencia sustancial sino conceptual, esto así porque el normativismo y el realismo son una manifestación del derecho positivo que, en buena sustitución de términos algebraicos, quedaría reducida al iusnaturalismo y al iuspositivismo como tendencias a estudiar. La historia del pensamiento jurídico filosófico se centra en los enfoques positivistas y naturalistas del derecho. La adopción consciente o inconsciente de una de estas dos tendencias por parte del juez, inclinará su balanza en un sentido o en otro, al instante de dar fallo; ya que los parámetros a ser utilizados en la interpretación del derecho están indudablemente basados en su concepción del derecho.

El enfoque positivista, también denominado derecho positivo o iuspositivismo, parte de la tesis de que el derecho proviene del hombre, es decir, es una construcción humana y en sentido amplio, es el resultado de la actividad legislativa estatal. Esta corriente del pensamiento jurídico filosófico propone que únicamente puede denominarse derecho a aquella regla que emana de un legislador, con autoridad para ello o si dicha regla proviene de otra norma superior (Cruceta, 2004).

El positivismo jurídico tiene dos vertientes principales: la formalista y la normativista; estas dos subtendencias del positivismo jurídico también se subclasifican, dependiendo del interés, del origen y del lugar en donde se apliquen. La Teoría y la Filosofía del Derecho tratan de una universalidad de conceptos jurídicos, entre los que se va llegando a un consenso, pero, aun así, dista de llegar a un acuerdo pleno.

El formalismo jurídico surge de la forma sistemática de elaborar, aplicar e interpretar el derecho. Se habla de un racionalismo formal. Atienza estima que es posible ser positivista y no ser formalista; cita a los positivistas analíticos y a los realistas (Atienza, 2004). Lógicamente, es una forma muy peculiar de presentar una clasificación que parte del mismo tronco, máxime si se admite como positivistas a las corrientes formalistas. Frente a lo que cree el jurista Manuel Atienza, es posible ver tanto al formalismo como al realismo jurídico dentro de una misma rama común: el positivismo. En el positivismo, por tanto, no importa si se es normativista o formalista, en cualquier caso, esas tendencias están incluidas en el enfoque positivista.

Es preciso señalar que el formalismo puede seguir tres caminos: el formalismo conceptual, el legal y el jurisprudencial (Atienza, 2004). En el primero, el derecho se reduce a conceptos desligados de la historia y del resto de la formación del ordenamiento jurídico; en cambio, el segundo, advierte únicamente como derecho aquello que proviene del Estado que ha sido creado a través de los mecanismos competentes. Finalmente, el formalismo jurisprudencial estima como derechos aquellas reglas y principios tratados en diversos casos judiciales de interés general.

Entre las características del formalismo jurídico, suelen citarse: a) la completitud y coherencia del derecho, b) solo es derecho aquello que es legislado, c) el derecho válido está integrado por reglas generales, d) el derecho es estático y no se aparta del ya vigente, e) es más perfecto y estático mientras más general sea la norma jurídica y f) las normas jurídicas tienen una justificación intrínseca y se llega a la solución del conflicto a través de deducción lógica, por lo que, finalmente, se respetará la seguridad jurídica a través de

una conclusión necesaria (Atienza, 2004). La justicia toma la forma del silogismo aristotélico dentro del positivismo jurídico.

El formalismo jurídico trata de presentar el derecho como un fin en sí mismo, cuyo objeto principal es la regulación de las conductas humanas y que también se autorregula, produciendo sus reglas de cambio, al estilo hartiano. La visión formalista del sistema jurídico es conservadora, que no tiende a producir cambios significativos, y que mucho menos estará preparada para abordar –desde el espacio de las normas– los cambios que se producen en el mundo globalizado. El formalismo no da cuenta del poder de la economía sobre el derecho, en tanto que quien tiene el control del mercado lo tiene de la producción normativa, entonces el sistema formalista solo responde en su propio seno y no en los fenómenos que le dan origen a las nuevas normas.

Frente a los postulados formalistas ha sido formulada una tendencia realista, denominada realismo jurídico, la cual busca conectar la sociedad con el derecho (Atienza, 2004). Ya no es lo que el legislador ha establecido previamente, hay otros elementos sustanciales. Estados Unidos ha sido el lugar donde más se ha cultivado esa forma de realismo jurídico, derivado de la aplicación constante de los principios relevantes extraídos de la jurisprudencia. Se cita al juez Oliver W. Holmes como el iniciador de la tendencia antiformalista. El realismo jurídico encuentra dos tendencias marcadas: a) la americana y la escandinava.

El realismo jurídico americano, propugnado por Karl Llewellyn o por Jerome Frank, predomina en la práctica del derecho en Estados Unidos. La verdad sería algo consensuado y con carácter instrumental. Se propone un instrumentalismo en la interpretación y aplicación judicial del derecho. El derecho, para el realismo jurídico americano, es lo que dicen y hacen los funcionarios en relación a los casos planteados. El derecho es una maquinaria que está compuesta por reglas formales e informales, intereses, fines y valores sociales y otros elementos sociales (Atienza, 2004). El derecho

no es más que la profecía de cómo serán resueltos los casos por parte de los jueces en la concepción de Oliver Wendel Holmes Jr.

Las ideas fundamentales del realismo jurídico norteamericano son las siguientes: 1) Se propone un escepticismo de las normas generales para la obtención de una sentencia adecuada, en el plano particular; 2) existencia de una marcada relatividad en cuanto a la certeza del Derecho; 3) los factores externos al Derecho son también tomados en cuenta – realidad circundante–, 4) vinculación con los factores jurídicos que se acatan en la sociedad, para decidir en esa misma dirección y sentido (Plazas Vega, 1998). El Derecho centra su atención en la labor científica de la jurisprudencia, superando los problemas tradicionales del análisis del deber ser jurídico.

La tendencia escandinava del realismo jurídico propuesto por Alex Hägerström, y seguido por Alf Ross, identifica como convencionalistas las nociones empleadas por el derecho y no tienen como base una realidad objetiva (Atienza, 2004). El realismo escandinavo persigue la superación de la noción reduccionista del derecho donde el mundo jurídico es independiente de los demás mundos posibles: el derecho ya no es una sola realidad independiente. La corriente escandinava sitúa la ética y la religión como órdenes normativos que parten de una realidad, y el derecho quedaría reducida a esa realidad como sucede en la ética y la religión.

El realismo jurídico ha ido incorporando otras formas como las propuestas de Giovanni Tarello seguida de los juristas Paolo Comanducci, Riccardo Guastini que construyeron las nociones del realismo genovés. Luego, desde Francia se aporta el realismo jurídico de la interpretación, a cargo de Michel Troper (Bonorino, 2011). Más aún, los postulados sostenidos en el análisis económico del derecho y las teorías feministas podrían ser incluidas en las teorías realistas del derecho.

Por otro lado, el normativismo centra su atención en las normas. Se reconocen dos tendencias: la formalista, de Hans Kelsen, y la analítica de Herbert L. A. Hart. Kelsen

(1982), la cual identifica, de forma absoluta, el derecho y las normas jurídicas. El derecho es el producto legislativo –principalmente– y no lo que las ciencias y diversas corrientes del derecho intentan que sea. La Teoría Pura del Derecho no es más que el reflejo de esa exigibilidad y coercibilidad de las normas jurídicas frente al derecho ideal, subjetivo e individualista.

Kelsen se sitúa en el normativismo jurídico; únicamente las normas jurídicas son las que integran el derecho; lo demás es objeto de otras disciplinas, pero no del derecho. Kelsen aboga por la no inclusión de principios extralegales o morales en la interpretación y aplicación del derecho. Todo valor moral o ajeno a las normas jurídicas tienen que ser tenidos como extraños al derecho, aunque guarden cierta relación.

La moral, según este normativismo, no es definitoria de lo jurídico. En cambio, en un enfoque no positivista el análisis de lo moral será relevante para el entendimiento de lo que es el derecho. El pensamiento jurídico, si bien es más amplio que la contraposición iusnaturalismo–iuspositivismo, no puede dejar de lado el enfoque que se hace a partir de esta comparación y, de forma específica, en la relación que existe entre el Derecho y la moral (Bonorino & Peña Ayazo, 2006).

El alemán Robert Alexy (1997) afirma que el problema principal que se suscita en la comprensión del concepto de derecho viene dado por la distinción entre el derecho y la moral. Propone dos tendencias opuestas: la separatista y la de vinculación. La tendencia separatista afirma la inexistencia de conexión conceptual necesaria entre derecho y moral. En cambio, el enfoque integrador o de la vinculación propugna por una relación necesaria entre ellos, es decir, entre lo jurídico y lo moral. No importa el contenido de la norma jurídica, si ese contenido respeta la legalidad existente en determinado ordenamiento jurídico, ha sido aprobado por la autoridad competente y se encuentra vigente, dicho contenido se tendrá como parte del derecho objetivo.

Referirse a un derecho positivo, en una sociedad globalizada, tenderá a ser un problema dada la pluralidad cultural y la multitud de normas jurídicas que en todos los niveles van a servir de parámetros a las personas en una determinada comunidad. La construcción de una teoría de la interpretación jurídica no es una tarea sencilla, toda vez que la fijación de “lo jurídico” presenta un problema que va más allá del simple consenso estatal.

Navarro (2005) critica fuertemente las distinciones y clasificaciones que se han formulado sobre el positivismo, entre ellas el positivismo blanco *–soft–* y el duro, el simple y el sofisticado, el positivismo positivo y el negativo ya que no se advierte una discusión seria entre las distintas propuestas iuspositivistas (p. 12). De su lado, H. L. A. Hart defiende como tesis central la moralidad en el positivismo al que se ha denominado tesis de la separación. La tesis hartiana de la separación sostiene la diferencia *–separación–* entre derecho y moral como el núcleo duro del positivismo jurídico. La posición hartiana es criticada por Navarro, al señalar que adolece de falta de claridad en las propuestas separatistas. En su caso, Navarro propone unas características esenciales del positivismo: a) el Derecho impone obligaciones, b) tales obligaciones no son deberes morales, c) esas obligaciones han sido elaboradas por una autoridad (p. 13). El positivismo duro al que Navarro contrapone la posición hartiana no comparte la idea de que en ausencia de una norma jurídica, se tiene que seguir una norma moral para la solución del caso dado (p. 14).

Algunos, como Salmond, han apreciado que las órdenes derivadas del derecho son a fin de cuentas, las expectativas del comportamiento moral de los destinatarios de las normas; para Salmond, el Derecho y la moral tienen conexión necesaria y por tanto, diluye la tesis de la separación, pero esta posición de Salmond conduce a desvirtuar fuertemente la discusión existente dentro del positivismo jurídico sobre la separación del derecho de la moral (p. 14).

La fuerza moral de las normas jurídicas ha dado paso al positivismo ideológico; no se trata de la congruencia entre iuspositivismo ideológico y su opositor el iusnaturalismo jurídico. En el positivismo ideológico se sostiene unas consecuencias morales en la aplicación de las normas jurídicas. La justicia se obtiene por la aplicación de las normas aprobadas por autoridad competente y siguiéndose el procedimiento previamente establecido, luego esas normas jurídicas así creadas tienen unas consecuencias morales que se verifican tanto en su interpretación como en su aplicación. Si el derecho es fuente de seguridad personal, entonces ese apego a las normas jurídicas es una noción moral. El derecho es parte de esa moralidad general del individuo y de la sociedad.

El positivismo conceptual, de su lado, niega que la validez de las reglas dependa de la moral. Lo justo es lo que expresamente indica la norma; se llega a la justicia positivista con el apego a lo jurídico, no a lo moral; lo injusto para el positivismo conceptual es aquella interpretación o aplicación de una disposición normativa en total contradicción al contenido de la norma; pero es preciso indicar que las normas jurídicas han sido elaboradas por personas imperfectas; esta imperfección humana se traduce en la construcción de muchas normas jurídicas que aunque busquen la justicia positivista, solo tengan como resultado un acto desproporcional e irracional. Esta última es la posición del positivismo ideológico.

Dworkin (2002), en una crítica al positivismo, opina que:

...cuando decide si sería prudente seguir su propio juicio, un hombre debe considerar qué harán los tribunales, ya que es posible que por hacerlo pueda sufrir la cárcel, la bancarrota o el oprobio. Pero es esencial que distingamos el cálculo de prudencia de la cuestión de qué es lo que, en cuanto a buen ciudadano, es correcto que haga (p. 313).

Finalmente, otra noción del positivismo es aquella en que las normas son autónomas y no dependen de los hechos; los hechos que aquí se presentan son aprehendidos como entidades físicas o mentales (Tuori, 1997, p. 164). No existe conexión entre el derecho y la moral; además el derecho es el producto de la actividad humana; el derecho radica en

el mundo del deber ser, pero no todo sistema de normas forma parte del derecho, como son las normas morales, sino que su validez depende, según Kelsen, de otra norma jurídica.

El positivismo de Augusto Comte, según narra Rafael Preciado Hernández en su *Lecciones de Filosofía del Derecho*, aboca que solo el conocimiento verificable en la experiencia tiene validez científica (p. 13). La experiencia sensible, aquella que cae bajo el dominio de los sentidos de las personas, es la única objeto del estudio científico, dejando de lado las causas primeras y todo lo que constituya parte de la Metafísica. Sólo admite la intuición sensible que llega a comprender que no es lo mismo el todo y la parte, la sinceridad y la hipocresía, lo verdadero y lo falso (Preciado Hernández, 2008).

Este positivismo jurídico reconoce como derecho únicamente aquello que ha sido objeto de construcción humana, dejando a un lado aquellas consideraciones que pretendan tener el carácter jurídico, pero sin norma que la ampare.

El jurista mexicano Rafael Preciado Hernández nos aporta la siguiente reflexión:

¿Qué es el derecho y para qué es el derecho? A estas preguntas se puede contestar con relativa facilidad, mencionando las leyes y reglas de conducta social que el poder público dicta y cuyo cumplimiento trata de asegurar valiéndose del aparato coercitivo de que dispone, con miras a establecer el orden en el seno de una sociedad determinada. Pero una respuesta semejante, apta para satisfacer la curiosidad ingenua de un niño resulta inaceptable y superficial a un espíritu maduro y despierto. El poder público que dicta esas leyes y vela por su observancia ¿es entonces el creador del derecho? (p. 29).

Si el derecho está constituido por normas y la elaboración de las mismas está a merced de la voluntad omnímoda del legislador, luego ¿puede afirmarse válidamente que todo aquello que el legislador incluya en las leyes es parte del derecho? El referente principal del derecho son la justicia y la paz social, pero muchas reglas no aportan a la obtención de dichos fines, por tanto, a partir de otras corrientes del derecho no sólo será

válido –jurídicamente– lo que apruebe la autoridad competente, sino aquellas normas que aun no siendo aprobadas previamente, siguiendo el procedimiento establecido, obtengan un resultado justo. Aquí se da paso a la otra corriente del derecho: el iusnaturalismo.

### **1.3 Enfoque iusnaturalista**

El iusnaturalismo o derecho natural parte de la idea de que el derecho no es la ley; el derecho no se reduce a lo que las autoridades competentes han adoptado como norma válida, sino que toma en cuenta una serie de principios morales caracterizados por la universalidad y la inmutabilidad asociados a la justicia. En palabras de Ruiz Miguel (2009) la primera teoría de la justicia –iusnaturalista racional– está asociada con la filosofía griega:

La primera teoría de la justicia que merece tal nombre está asociada al proteico concepto de derecho natural. Teoría de la justicia y derecho natural nacen con la filosofía griega, en un esquema idealizado y, por tanto, simplificador de la evolución de la filosofía griega a propósito de la idea de justicia y del derecho natural, se puede tomar como central lo que se ha llamado “modelo aristotélico” de justicia iusnaturalista” (p. 17).

El derecho es la justicia. La justicia (Diké) se encuentra representada por una virgen, esto sugiere la idea de pureza, la justicia es pura y no está contaminada con elementos que le sean extraños; quien se aparte de la justicia sufrirá diversos males naturales, es decir, la propia naturaleza se encargará de castigarle: “El necio aprende con el sufrimiento”. Hesíodo, poeta griego de finales del siglo VIII a.C., ya resaltaba la idea de justicia como sinónimo de derecho: “olvídate por completo de la violencia, escucha la voz de la justicia”, porque los dioses solamente le dieron a los hombres la justicia, distinto a los animales (Ruiz Miguel, 2009).

El derecho natural pasa por tres etapas: clásica (visión griega), media (visión teocéntrica) y moderna (visión racional). El desarrollo de las distintas teorías sobre el derecho natural está guiado por la filosofía griega. Las nociones de justicia *-iustitia-* y derecho *-ius-* se confunden en principio. En la época clásica del derecho natural, existe una indistinción entre la naturaleza o *phýsis* y la sociedad o *nómos* (normas). Naturaleza y humanidad se confunden; se humaniza a la naturaleza y se naturaliza al hombre; las leyes naturales son las mismas que regulan la vida humana (Ruíz Miguel, 2009).

Los sofistas aportaron nuevos elementos en la relación entre derecho, justicia y naturaleza; separan lo natural de lo legal. Por ejemplo, Platón, en uno de sus diálogos, planteaba a través de Hippias, lo siguiente:

Amigos presentes, dijo, considero yo que vosotros sois parientes y familiares y ciudadanos, todos, por naturaleza (*phýsis*), no por convención legal (*nómos*). Pues lo semejante es pariente de lo semejante por naturaleza. Pero la ley, que es el tirano de los hombres, les fuerza a muchas cosas en contra de lo natural: Protágoras, 333c-d (Ruiz Miguel, 2009, p. 21).

En la anterior cita se puede captar el concepto de *nómos* en Platón; dicho concepto no viene de la naturaleza, no es percibido como lo natural, como aquello que tiene una existencia desde el principio, sino como una fuerza que obliga a hacer cosas o a abstenerse de hacerlas, en contra de la libre voluntad de las personas. El objetivo de la ley es la organización de la sociedad; que la ley organice y sancione ciertos actos en la sociedad no es necesariamente la opinión de la mayoría de personas; el legislador actúa en representación del pueblo, luego de que esas normas son aprobadas se convierten en obligatorias para los ciudadanos, tanto para aquellos que votaron por las autoridades actuales, para los que no votaron, así como para aquellas personas que formarán parte de la sociedad. La noción de ley no es sinónima de regla deseada y acatada por la mayoría; esto es en el plano estatal; ya en el plano universal, la construcción de un derecho global se realiza en un terreno de contradicciones suscitadas tanto en la adopción, interpretación, como en la aplicación individual y judicial de las normas jurídicas.

Por el contrario, en Sócrates se ve la obediencia al derecho como una especie de contrato social; escapa a la visión de derecho natural e impuesto por los dioses. Las normas tienen que ser obedecidas aun cuando sean injustas o exista alguna discrepancia moral (Ruiz Miguel, 2009). La respuesta de Sócrates iba en el sentido de acogerse a la sentencia aunque fuese evidentemente injusta, puesto que la ejecución del fallo injusto era necesaria en tanto que implicaba el respeto al orden social. Sócrates es contrario a la anarquía. La no aplicación voluntaria de la sentencia equivale a la desobediencia del derecho.

Zagrebelsky (2008), respecto al análisis de la visión objetiva del Derecho, argumenta que:

La concepción antigua no se conforma con esto (derechos orientados a la libertad al estilo kantiano). A sus ojos, la voluntad individual es un permanente y latente peligro para el orden social. La llamada a un orden objetivo, verdadero y justo, a una –legalidad– independiente de los sujetos, como límite intrínseco a la voluntad individual, constituye una necesidad inexcusable (p. 87).

Contrario a las garantías y libertades individuales propugnadas en el liberalismo, luego de la Revolución Francesa, las nociones antiguas de derecho iban dirigidas a anular toda posibilidad de que el individuo se expresara libremente y actuara conforme a su propia ética. Para su accionar existía la ley. La ley le restringe de muchas cosas. Ley y libertad individual son categorías opuestas. Quien interpreta las normas no tiene ni la libertad ni las herramientas del ordenamiento jurídico para realizar un argumento *contra legem*.

Con el cristianismo se produjo una teologización del pensamiento, en el sentido de que toda idea tenía que ser enmarcada en el pensamiento cristiano, caracterizado por el teocentrismo. El problema principal es la no admisión de los contraargumentos, característica de la intolerancia religiosa. El monopolio de las ideas estancó la libre expresión de las personas. No hay intérpretes que puedan expresarse sin que tengan las represalias inquisidoras en su contra. El derecho mismo se halló estancado; su evolución

ha sido más lenta que en todos los demás tiempos, debido a la influencia cristiana-religiosa; el derecho estatal primó por encima del derecho natural (Ruiz Miguel, 2009), ya que el teocentrismo estaba basado en la estructura nacional. Los aportes del derecho germánico, esencialmente consuetudinario, rompían con la tradición jurídica del momento: el derecho estatal.

El derecho internacional, aunque positivo, permite que resurjan en el siglo XX nuevas discusiones sobre el derecho natural. El derecho es más que lo que establece el legislador; el derecho es racional; toda teoría del derecho tiene que pasar por algún test de racionalidad. Ruiz Miguel (2009) plantea:

La teoría racional del Estado y del derecho racional en que converge el iusnaturalismo racionalista producirá, ya al final de todo el período moderno, dos fenómenos decisivos y de duradera influencia posterior no solo para el Derecho y el Estado mismos, sino también para la teoría jurídica: la codificación y el constitucionalismo. La codificación comienza en Europa a finales del siglo XVIII, [...] se desarrolla en el ámbito del Derecho privado [...] La codificación tiene su correlato en el ámbito del Derecho público y político a través del constitucionalismo, esto es, la de la regulación jurídica del poder político, con su limitación mediante declaraciones de derechos [...] (p. 269).

El iusnaturalista define el derecho por su fundamento racional o la naturaleza propia de las cosas, sirviéndose de fuentes formales y no formales, tales como la ley, la jurisprudencia, la costumbre, la razón, entre otros; en cambio, en el iuspositivismo se sustenta solo en fuentes formales del derecho, es decir, en aquellos actos humanos de creación del Derecho. El derecho positivo se centra en un homocentrismo enmarcado en la voluntad de las personas de ser las autorreguladoras de su vida en sociedad.

El iusnaturalismo tiene su fundamento en la justicia, la que deriva de la ley natural o de la divinidad. Justicia y ley natural tienen un punto común en el que las normas no son solo declaraciones de la voluntad del legislador autorizado, sino que existe una razón suprahumana que se impone ante la formalidad del derecho legislado. Norberto Bobbio,

un destacado positivista italiano, cree que el problema no queda resuelto con limitar la justicia a la ley natural, en vista de que ambos conceptos no quedan lo suficientemente claros o que tienen significados equívocos (Plazas Vega, 1998).

El Derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un ‘legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera’ significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal verdaderamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídicas. Justamente la época del régimen nacionalsocialista, en Alemania, ha enseñado que también el legislador puede imponer lo injusto (p. 15).

Este argumento ha sido rendido en una decisión del año 1968, en ocasión de una acción que tenía como objetivo la no aplicación de la Ley de Ciudadanía del Reich del 25 de noviembre de 1941 (Alexy, 2004, p. 15). El referido Tribunal Constitucional negó que fuesen parte del derecho las normas aprobadas por autoridad competente durante el régimen nacionalsocialista; eran leyes pero no formaban parte del derecho. Se declaró en la citada sentencia que la ley era contraria al derecho, aun cuando haya tenido todas las características del derecho positivo (y por así decirlo, todas las características de una ley estatal). Se declaró la nulidad *ab initio* de la ley objeto de la acción, y al hacerlo, se incluyeron cuestiones valorativas dentro del concepto de derecho. El derecho moderno no puede estar apartado de la justicia material y de la razón.

Si bien las tendencias positivista y naturalista del derecho no son excluyentes; sus fuentes y enfoques se alejan en determinados aspectos. El monismo propuesto por el iuspositivismo únicamente le dará cabida a las reglas formales impuestas por la autoridad competente para crear dicha norma; el iusnaturalismo hace una propuesta distinta, dualista e integradora que permitirá– la incorporación de reglas aprobadas por el legislador y también aquellas que se deduzcan de la razón o de la naturaleza de las cosas, aunque no hayan sido objeto de legislación.

Las distintas corrientes del derecho permiten la construcción de numerosas interpretaciones. Quienes justifican una determinada concepción del derecho, no dudan en dar razones de su pertinencia; probablemente buenos argumentos de la razonabilidad de su uso. Las normas jurídicas son utilizadas como material de trabajo por las corrientes del derecho, ya sea distinguiendo las normas válidas de las inválidas, y al hacerlo recurren a postulados ideológicos que estarán ligados al sistema hermenéutico jurídico imperante en dicho momento. Las escuelas de pensamiento jurídico abordan de forma similar el tema de la norma jurídica, pero el uso de esas normas varía bastante, dependiendo de la ideología en la que esté sustentada el intérprete o aplicador de la misma.

#### **1.4 Características de las reglas del Derecho**

Antes de establecer las características de las normas jurídicas es preciso establecer algunas cuestiones esenciales sobre la noción de normas jurídicas. La norma jurídica es un tipo especial de norma, y como tal, comparte unas características comunes a las demás. Ya se trate de normas religiosas, morales o jurídicas, las normas apuntan a un tipo de comportamiento esperado o ideal para la obtención de un fin. Toda norma tiene tres elementos constantes que son el carácter, el contenido y la condición de aplicación (Bonorino Ramírez, 2011). Las normas jurídicas tienen otros elementos, entre ellos la autoridad que las dicta, los destinatarios, la sanción y la promulgación. Para Kelsen la palabra norma hace alusión a un comportamiento humano que deba ser o producirse (Kelsen, 1982), y al cual se le imputan determinadas consecuencias; así, el derecho es lo que el legislador expresamente ha establecido como tal. Esta es una noción de norma a partir del positivismo kelseniano.

Squella distingue las normas jurídicas de los demás tipos de normas, a través de ciertos criterios que incluyen la perspectiva del creador de la norma y sus destinatarios; la

forma en que se diferencian las normas jurídicas de las demás está en su exterioridad–interioridad, autonomía–heteronomía y unilateralidad–bilateralidad de las reglas jurídicas.

El primer criterio consiste en la exterioridad–interioridad de las normas; allí se busca identificar los motivos que ha tenido una persona para actuar. La exterioridad toma en consideración las manifestaciones de voluntad del actor, dejando de lado el fuero interno. La interioridad implica que el alcance de la norma va más allá de lo objetivamente observable, llegando hasta las motivaciones que ha tenido el individuo para la ejecución de sus acciones (Squella, 2011, p. 79).

La norma jurídica es exterior si regula el comportamiento de las personas, a saber, de los destinatarios de las normas. Los actos humanos son medibles en la medida en que son exteriorizados. El individuo puede estar afectado por diversas motivaciones, pero el derecho mide esas motivaciones a partir de la exteriorización de sus actos. En el aspecto moral, únicamente se tomará en cuenta la buena o mala voluntad del individuo. En el derecho penal, así como en algunas instituciones del derecho civil, se torna importante la manifestación de la intención, aunque finalmente solo se pueden medir los actos exteriorizados. Tanto lo interior del individuo como sus actos solo puede ser evaluado jurídicamente a través de sus acciones (y omisiones conscientes).

El segundo criterio indicado por Agustín Squella (2011) consiste en la autonomía y heteronomía de las normas, medida desde el autor o destinatario de las normas. Una norma será autónoma si es creada por el propio destinatario. La heteronomía, como indica Squella, “es la sujeción al querer ajeno, al querer de otro” (p. 80). La heteronomía rige en las normas jurídicas, ya que las autoridades están colocadas en un lugar distinto del destinatario. El propio legislador aprueba normas que regulan su propia función, como lo es la reelección legislativa, las normas sobre declaración jurada de patrimonio, el lavado de activos, la seguridad social, entre otros aspectos relevantes. Aquí se cuestiona

si siempre la norma jurídica aprobada por el legislador es siempre heterónoma, en vista de que se le puede aplicar a sí mismo.

El tercer criterio, la unilateralidad y la bilateralidad, es muy útil para distinguir las normas jurídicas de las demás normas sociales. La unilateralidad se da cuando no existe una persona encargada de hacer cumplir la norma, salvo el propio obligado; en cambio, la bilateralidad se da cuando existe una persona encargada de obligar al destinatario de la norma, en caso de incumplimiento. Las normas sociales pueden funcionar con una autorregulación o unilateralidad, no así, las reglas jurídicas cuyo acatamiento estará vigilado por una persona distinta, y hasta superior, al obligado.

Finalmente, el cuarto par de criterios empleados por Squella es la coercibilidad y la incoercibilidad de las normas. De su lado, asevera que esa coercibilidad es el respaldo de la fuerza prestada por la sociedad para hacer cumplir la norma; y por argumento a contrario, si no se tiene el respaldo de la fuerza pública la norma será incoercible.

La fuerza para el cumplimiento del derecho viene dada por una necesidad de hacer respetar esas reglas sociales, útiles para la convivencia de las personas en un espacio territorial determinado. La fuerza o la amenaza del uso de la fuerza es un elemento común a todos los sistemas jurídicos. La coercibilidad, por tanto, es esa posibilidad de acudir a la fuerza que tienen las normas jurídicas; en caso de incumplimiento, se aplica la coacción o fuerza de cumplimiento que generalmente es la sanción establecida.

Otra forma de identificar las características de las normas jurídicas está en si estas son utilizadas para ejercer un derecho o si, simplemente, rigen la conducta del individuo dentro de la sociedad (deber). Las primeras son sustantivas o materiales y se refieren a las reglas del derecho penal, civil, comercial. Las segundas son adjetivas o formales y tienen como objeto principal la facilitación de los medios para hacer cumplir y ejecutar los derechos de las personas.

El enfoque hartiano de las reglas de derecho distingue normas primarias y normas secundarias. Las secundarias atribuyen poderes o facultades. Las primarias están representadas por las normas de conducta que se tienen por obligatorias, permisivas o prohibitivas; son las que crean obligaciones e imponen deberes. Hart intenta superar la concepción kelseniana sobre las normas jurídicas, dotándolas de funciones específicas y diferenciadas. Las normas secundarias, para Hart, son reglas de adjudicación, reglas de reconocimiento y reglas de cambio.

Las reglas de adjudicación son aquellas normas que crean los órganos estales destinados a la solución de los conflictos; también están integradas por las normas adjetivas o de procedimiento. Las reglas de reconocimiento, conforme a la teoría de Hart, aportan los criterios para la identificación de las reglas que integran un sistema jurídico (Bonorino, 2014).

Las reglas de cambio son aquellas que gozan de la característica de ser útiles para modificar o eliminar las normas vigentes en un ordenamiento jurídico determinado. Con estas se determina quiénes están habilitados para producir esas modificaciones en el sistema jurídico nacional, así como el procedimiento de reforma legislativa y constitucional.

Cada país tiene un sistema jurídico. El sistema es un conjunto con relación específica entre sus elementos (Navarro, 2005, p. 17); la forma en que se relacionan los elementos entre sí, va a definir la estructura del sistema. La relación entre normas – principios– derivadas queda más claramente definida con los criterios de legalidad y deducibilidad. La legalidad implica que la validez de la norma se retiene porque ha sido elaborada por la autoridad competente; en cambio la deducibilidad radica en que la norma creada –generalmente por interpretación extensiva– es el producto de la derivación lógica. En el ámbito del derecho comparado no se estudian cada uno, sino que para facilidad del análisis se han estructurado en categorías, a partir del origen, evolución y funcionamiento, categorías que han sido identificadas como familias, familias jurídicas o

familias de Derecho. La filosofía del Derecho, a su vez, tampoco puede hacer un análisis particular de cada ordenamiento jurídico si no se le contrasta con un conjunto de teorías y propuestas.

Trías Monge (2003) en su *Teoría de la adjudicación* plasma una concisa evolución de las escuelas iusfilosóficas, indicando lo siguiente:

El hecho de la importancia de condiciones de tiempo y lugar en la formación de las diversas escuelas filosóficas sobre el Derecho no significa que cada una vaya suplantando la otra sin que quede rastro de la anterior, que todo es relativo y que no hay hallazgo que perdure o deba perdurar, que cada sitio y momento tiene que hacerse de su propio derecho sin que la visión de otras sociedades y épocas pueda serle de valor (p. 7).

El estudio de las figuras e instituciones jurídicas confirma la tesis de que existe una notable diferencia entre las concepciones del derecho. Una misma noción jurídica se interpreta y aplica de forma distinta de un sistema jurídico a otro. La universalidad del derecho no se basa en las mismas interpretaciones, sino en el objetivo general de regular las conductas en la sociedad. Las diferencias que exhiben las normas jurídicas pueden estar sustentadas en las bases ideológicas del sistema jurídico o en su evolución histórica.

Conforme a la posición de Trías Monge, la adopción de normas y su aplicación depende en gran parte a factores externos al derecho. Las necesidades y aspiraciones de las personas son mudables, así la creación de las normas jurídicas no son más que un reflejo de esas necesidades. Trías Monge destaca que las escuelas de pensamiento iusnaturalista salen a flote en tiempos de tiranía, en el que se exige el respeto a los derechos fundamentales.

Aun en derecho comparado, el intento de usar normas de otros sistemas jurídicos se hace con sumo cuidado; no siempre una norma eficaz en una sociedad lo será en otra. El derecho comparado como ciencia jurídica es más que observar, imitar, comparar y adoptar; la labor del comparativista no se limita a una tarea mecánica. Sirvent (2011) ha

presentado como objetivos del derecho comparado los siguientes: 1. Comprender y mejorar el funcionamiento de un sistema jurídico determinado, y 2. Llegar a la unificación del Derecho. El Derecho Comparado, es quizás, el motor que impulsa la creación de un derecho global, o al menos, que funcione en la era de la globalización.

En el año 1900 se produjo un gran intento por la universalización de los derechos, con la realización del Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado; en esta ocasión y a partir de diversas propuestas de los más destacados comparativistas, se clasificaron los sistemas jurídicos en familias *jurídicas*; se promovieron fórmulas para la unificación del Derecho legislado en todo el mundo. Los intentos fueron serios, pero no logró ir más allá de la Segunda Guerra Mundial (González Martín, 2006).

La idea de unificación tendrá que superar varios niveles de obstáculos: a) iniciando con el contexto del derecho nacional que se diferencia de los demás sistemas, cada Estado tiene al menos un sistema jurídico; b) las diferencias y similitudes del derecho extranjero que queda en manos del derecho comparado; c) las nociones de familia jurídica que caracterizan los sistemas jurídicos nacionales; y sin dejar de lado, d) los aspectos políticos, económicos, sociales y religiosos entre los países.

La realidad jurídica de cada país es compleja; la investigación jurídica tiene que ser abordada atendiendo a múltiples factores, que en muchos casos escapan al ámbito jurídico. Witker critica la investigación jurídica en América Latina en la forma de abordar los problemas, mostrando los siguientes obstáculos: i) predominio del positivismo jurídico, donde lo formal es lo esencial; ii) la separación conceptual y material del Derecho de las demás ciencias sociales, lo que resulta pertinente en la elaboración de una teoría pura del Derecho, pero no en la aplicación práctica de las normas jurídicas; iii) la segmentación de los problemas jurídicos entre práctica y teoría, ser y deber ser, que limita el alcance del análisis (Witker, 2008).

## 1.5 Derecho y lenguaje

El diccionario *Diccionario Vox* define el lenguaje como esa capacidad propia del ser humano en expresar sus pensamientos o sentimientos a través de la palabra; pero no solo es una capacidad del individuo, es también un sistema de signos utilizados por los integrantes de una comunidad para comunicarse de manera oral o escrita (Vox, 2007). Si los conceptos reflejan cierta esencia de las cosas, entonces las palabras serían los vehículos que lleven hasta la apreciación del concepto mismo. Por tanto, debería existir una relación estrecha y necesaria entre la realidad misma y las expresiones lingüísticas. Las dificultades a las que se enfrenta el jurista para definir “derecho” tienen su origen en la relación existente entre lenguaje y la realidad (Nino, 1980).

En el plano de la filosofía del lenguaje cuyo material de trabajo es el signo lingüístico utilizado en la comunicación, transmisión de contenidos y mensajes relativos a experiencias humanas interpretadas en el ámbito humano, la comprensión del derecho y de las diversas normas que lo integran generan diversos problemas, entre ellos: un problema de ambigüedad y otro de vaguedad.

Betegón y otros (1997) estiman que la mayor parte de las personas ven el derecho, o una parte de este, como indescifrable porque sus normas no nacen de prácticas sociales ni del lenguaje común; por otro lado, la producción normativa de leyes, jurisprudencias, decretos y otras normas obligatorias es muy activa, al punto de que al ciudadano común, y al jurista, se le hace imposible su memorización.

La crítica realizada por Betegón y otros al lenguaje jurídico es amplia. Estos llegan a afirmar que los juristas son un gremio con rituales iniciáticos y con un lenguaje específico (Betegón et al., 1997). A fin de presentar las principales dificultades que tiene el lenguaje jurídico señala dos aspectos: a) el problema de ambigüedad y b) el problema de la vaguedad; aunque propone que el problema de la comprensión del Derecho no solo es una cuestión del lenguaje.

La ambigüedad viene dada por la diversidad de significados que puede dársele a una norma jurídica o a un concepto jurídico, sin que pueda deducirse con precisión cuál es el verdadero sentido esperado. Por otro lado, la vaguedad no sugiere significados, sino ausencia de los mismos. La vaguedad y la ambigüedad conducen a la indeterminación del derecho.

Arango (2004) agrega a la lista de problemas surgidos en la interpretación y aplicación del derecho, los relativos al vacío o ausencia de normas para ciertos casos, las contradicciones entre normas de igual o distinta jerarquía, así como la no aplicación de normas casos en concreto; este último aspecto se encuentra en el terreno de las excepciones, directa o indirectamente expresadas.

Manuel Atienza (2004, p. 25), respondiendo a la pregunta de ¿qué es el Derecho?, afirma que no hay en realidad una manera expeditiva de contestar a esa pregunta y agrega que se está lejos de llegar a un consenso teórico porque no hay un procedimiento idóneo que permita encontrar una respuesta razonable. El Derecho se expresa por medio del lenguaje. Todo lenguaje necesita ser interpretado (Betegón et al., 1997). Se requiere dar un significado al derecho y, de manera específica, a las normas jurídicas o a aquello que se le conceda esa categoría.

Álvarez Ledesma (2001) sitúa al derecho en el aspecto social de una comunidad; el derecho viene a regular las acciones u omisiones que allí se suscitan. Los aspectos regulados con tendencia social son: la supervivencia, el libre albedrío y autonomía de la persona.

La forma de observar el derecho como una institución (teoría institucionalista del derecho) data del 1945 gracias a la propuesta de Santi Romano, contenida en su obra *L'ordinamento giuridico*. Esta teoría es considerada como una respuesta crítica a la Teoría de la normatividad que defiende Norberto Bobbio en su *Teoría general del*

*Derecho.* Para Bobbio la experiencia normativa es la que describe más adecuadamente al derecho. El derecho en Bobbio no es más que un conjunto de prescripciones mandatos.

La teoría institucional es un producto de diversos filósofos como Romano y otros; allí se consideran las ideas de sociedad, orden y organización como los componentes necesarios integrantes del derecho. Los tres elementos señalados configuran las columnas de la institución –del derecho–. Bobbio critica la teoría institucional del derecho ya que estima que una asociación de malhechores –para delinquir– también cuenta con esos tres pilares, deviniendo en inconcebible la idea de derecho como institución.

A la teoría institucional del derecho le sigue una teoría estatalista que lo representa como el producto normativo derivado de la monopolización de la producción jurídica. Es el Estado quien elabora y ejecuta las normas jurídicas; sin embargo, en el plano internacional se hallan otros centros de producción jurídica; pero no solo a nivel supraestatal, también en ámbitos municipales y de comunidades autónomas; otros bloques se incluyen, como los de integración de entidades públicas o privadas.

El aspecto normativo se manifiesta en las funciones de ordenar, determinar, prescribir las conductas sociales que los hombres deben adoptar en función de preservar o proteger ciertos intereses. Como intuye Álvarez Ledesma “El modo característico de las reglas de Derecho es el normativo, que busca ordenar, determinar, prescribir las conductas sociales de las personas con el sentido teleológico de preservar y proteger ciertos intereses” (2001, p. 11). El lenguaje normativo no solo se utiliza en el derecho, tal y como se había advertido, está presente en casi todos los ámbitos de la vida en sociedad, es a lo que Bobbio identificaba como experiencia normativa.

Peces Barba (1998) recorre diversos caminos para definir el derecho, tal es el caso de la raíz indoeuropea *reg* cuyo significado es enderezar y la raíz aria *dr* ó *dhr* relativo a solidez y firmeza, luego busca sentido en la raíz latina *ius* aplicada al derecho, de la que también se derivan *iustitia*, *iurisprudencia*, entre otros, con los que pretende desentrañar

el significado de la palabra derecho. Peces Barba acude a la consideración actual del concepto, descartando la condición natural del derecho; centra más su definición en ser creación humana.

Álvarez Ledesma (2001) al referirse al lenguaje del derecho, retoma la función principal que tienen las normas jurídicas, y lo hace en el siguiente sentido:

El Derecho se ocupa de facilitar la necesaria vinculación o colaboración social, y por supuesto, el garantizar que no se interfiera con la realización de tales intereses primigenios. Esta garantía implica una regulación, el establecimiento de un determinado orden que formalice con precisión las facultades y los límites de quienes conviven en sociedad. ¿De qué medio se vale el Derecho para facilitar la vinculación o colaboración social necesaria, y garantizar la no interferencia entre los fines e intereses individuales y/o colectivos? Pues bien, el Derecho utiliza un lenguaje, es decir, posee un modo de expresarse, al igual que sucede con las otras formas de regular conductas... (p. 10).

El modo de expresión del derecho es a través del lenguaje normativo, que busca un resultado en los destinatarios de las normas, algunas veces un hecho positivo (por ejemplo: Pagar impuestos, pagar una pensión alimenticia) y otras veces una abstención (por ejemplo: No cruzar el semáforo en luz roja, no contaminar el medio ambiente). Álvarez Ledesma (2001) refiere que el derecho o las normas jurídicas no son más que el lenguaje del Estado:

La aparición del Estado aporta nuevos elementos al análisis del Derecho y de su función primigenia, porque en la medida en que las sociedades se van haciendo más complejas, las normas jurídicas pasan de ser un lenguaje puramente social (...) a ser el lenguaje del Estado, de la autoridad. Es decir, se produce un avance que hace del Derecho no solo un lenguaje que prescribe las conductas debidas entre individuos, sino que legitima y justifica los actos de la propia autoridad (p. 15).

De su lado, Kant presenta el derecho como un conjunto de condiciones en las que el arbitrio de una persona se pone o se puede poner en común acuerdo con el arbitrio ajeno, de conformidad con la ley universal de libertad. El derecho es obra individual que se lleva a un terreno colectivo. El derecho es el producto de la razón misma, de una razón universal y a la vez individual.

### **1.6 Distinción entre normas y principios**

El derecho está constituido por normas y principios. Las normas adoptan la forma de principio y viceversa. Se requiere una distinción aceptable entre normas y principios. Agustín Squella (2011, p. 108) ofrece una definición de norma jurídica como la regla aprobada por una autoridad competente que ordena la conducta de las personas dentro de una sociedad determinada y cuyo cumplimiento será asegurado por una autoridad social.

Jerónimo Betegón y otros, en su *Teoría general del derecho* reconocen que los principios son un tipo de normas jurídicas; consideran que los principios son normas apócrifas, admitidas o creadas para solucionar diversos problemas en la interpretación de las verdaderas normas jurídicas –las leyes– (Betegón y otros, 1997). Así, la diferencia entre normas y principios sería de grado. Estos autores señalan, haciéndose eco de los ejemplos de Ronald Dworkin y de Robert Alexy, que un principio puede fungir como regla. Así sucede en el caso del respeto a la vida, a la dignidad humana o a la igualdad, que están contenidos en las constituciones de los Estados y, si bien son verdaderas reglas jurídicas, aprobadas por la autoridad competente, no menos cierto es que son principios que guían el ordenamiento jurídico (Betegón et al., 1997).

En la aplicación judicial del derecho se puede verificar que la norma jurídica se utiliza en todo o en nada (la norma es observada o no es observada), en cambio, los principios tienen grado de aplicación; y más aún, no pueden establecerse las excepciones a la aplicación de los principios, como sucede en muchos casos de las demás normas

jurídicas. Así, el principio tiene una textura abierta, a diferencia de las normas jurídicas, cuya estructura es cerrada. Robert Alexy (1993) en su *Teoría de los derechos fundamentales* resalta las discusiones hechas en el seno del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre los principios y reglas iusfundamentales; los principios se conciben como las garantías directamente estatuidas por disposiciones; en cambio, las reglas devienen de la determinación de condiciones de precedencia, como resultado de ponderaciones.

Este filósofo del derecho identifica tres modelos en que pueden ser utilizados los principios o reglas iusfundamentales, a saber: el modelo puro de principios, el modelo puro de reglas, y el modelo combinado (reglas–principios). En el primer caso, el modelo puro de principios, lo único que prioriza es la ponderación a la vinculación; por ello, advierte que no se toma en serio la Constitución escrita (Alexy, 1993). El modelo puro de reglas plantea que las normas de derecho fundamental son aquellas que posiblemente requieren complementación, pero libres de ponderación, bajo el amparo de los tradicionales métodos y técnicas hermenéuticos. Allí la ponderación es sinónimo de arbitrariedad e inseguridad en el resultado de la interpretación.

El modelo puro de reglas es sostenido por Robert Alexy en tres contextos distintos, a saber: cuando los derechos fundamentales son otorgados sin reserva alguna, con reserva simple, o reserva calificada. Alexy considera el modelo combinado principios–reglas como el ideal, califica de insostenibles las teorías puras de principios o reglas; por ser o muy abierta o muy cerrada en su aplicación, por lo que prefiere una combinación de ambos modelos, extrayendo así lo mejor de cada uno.

En esta temática sobre el análisis del concepto de derecho, se tendría que indicar que no se puede dar respuestas a la pregunta de qué es el derecho ni solo con las reglas ni solo con los principios. Esa respuesta tendría que ir más allá del positivismo normativo o ideológico, para centrarse en uno que extraiga principios, aun del propio sistema normativo, a la manera en que Dworkin los aborda, es decir, unos principios jurídicos que

no devienen de la moral universal ni de la divinidad, sino derivables del propio sistema jurídico.

De su lado, Aulis Aarnio (1997) propone la tesis de la demarcación, con la finalidad de dejar resueltas las diferencias entre normas y principios. La tesis de la demarcación consiste en afirmar o negar la similitud entre normas y principios a partir del análisis que realiza Aarnio, dejando por sentado que si se asume en sentido amplio, los principios y las normas sólo tienen diferencias de grado, pero son igualmente normas jurídicas. Desde el punto de vista de Aarnio la separación o vinculación entre las nociones de normas y principios no explica las diferencias existentes ni aporta al debate jurídico-filosófico, planteando la necesidad de hacer un híbrido de ambas teorías iusfilosóficas.

### 1.7 Aspectos de la teoría tridimensional del Derecho

Miguel Reale, notable jurista brasileño, intenta construir una definición del derecho a través de su teoría tridimensional. Contempla el derecho como un fenómeno que tiene tres dimensiones interrelacionados entre sí: el derecho como hecho social, como norma jurídica y como valor (Álvarez Ledesma, 2001, p. 59). La teoría tridimensional trata de rescatar una forma integral y global de abordar el fenómeno jurídico. La idea de un derecho global y su correspondiente interpretación y aplicación hoy día no puede ignorar esta propuesta de Miguel Reale. La teoría tridimensional es una concepción del derecho, que pretende ser integradora.

<b>Dimensión del Derecho</b>	<b>Contexto de entendimiento</b>
<b>Hecho social</b>	Relacionadas a la antropología, historia, psicología, sociología, entre otras.
<b>Norma jurídica</b>	Ontología, dogmática, teoría y filosofía del Derecho.
<b>Valor</b>	Bajo el dominio de la axiología.

Fuente: Álvarez Ledesma, M. I. (2001). *Introducción al derecho*. México: McGraw-Hill Interamericana de México, p. 59.

El objeto de la teoría tridimensional del Derecho, puede ser recogido en tres sentidos: 1) Busca resaltar que la definición de derecho no sucumba en un ámbito social. 2) Identifica los rasgos principales del concepto de derecho. 3) Pueden hallarse definiciones del derecho en una o varias dimensiones, que válidamente pueden coexistir. El derecho sirve como instrumento de regulación de conductas.

Álvarez Ledesma (2001) aporta una definición de derecho en los siguientes términos:

El Derecho es un sistema normativo de regulación de la conducta social, producido y garantizado coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegura la convivencia o cooperación social, y cuya validez (obligatoriedad) está condicionada por los valores jurídicos y éticos de los cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinados (p. 61).

El concepto de derecho brindado por Álvarez Ledesma rescata las tres dimensiones sostenidas por Miguel Reale y su teoría tridimensional; pero solo abraza la espacialidad, territorialidad y temporalidad de la ciencia jurídica, a tal punto que las normas en desuso no formarían parte del derecho. Es una construcción híbrida, muestra eticidad y normatividad (norma y justicia), con el fin de generar un control social determinado. El Derecho como sistema es similar a la teoría institucional o estatal del Derecho.

Finalmente, adoptamos la definición de derecho que consideramos más idónea para sus fines; es el derecho un conjunto sistematizado y jerarquizado de normas (Álvarez Ledesma, 2001, p. 27). Esta jerarquía supone la existencia de coordinación –igual nivel– y subordinación –normas sujetas a la validez de otras–. Necesariamente existe una identificación con el positivismo jurídico, con miras a la búsqueda de la objetividad y universalidad de las reglas jurídicas. La construcción del derecho global no debe depender de la subjetividad, sino de la objetividad que únicamente viene dada por el positivismo jurídico.

En resumen, la discusión sobre el concepto de derecho es extensa; las distintas propuestas surgen en tiempos y lugares determinados; los aspectos filosóficos, sociales, religiosos y culturales aportan elementos sustanciales en la adopción de la definición perseguida.

Todo sistema jurídico está obligado a adoptar, para su supervivencia, dos características: la estabilidad y el cambio. La estabilidad aporta al sistema la garantía de los principios de objetividad, predictibilidad y seguridad jurídica, imprescindibles en la era de la globalización. El cambio o la posibilidad de cambio, abraza la idea de la necesidad de que el sistema vaya transformándose para dar solución a los problemas y situaciones jurídicas que se suscitan con el pasar del tiempo. Trías Monge (2003) plantea la tensión entre la estabilidad del sistema jurídico y la necesidad de cambio, en la siguiente forma:

En todo sistema de Derecho hay tensión entre la necesidad de estabilidad y la de cambio. Cuando un orden social comienza a resquebrajarse se aceleran necesariamente los procesos de cambio, bien para intentar evitar transformaciones mayores o para adaptar el Derecho a las nuevas realidades (p. 9).

En su obra *Teoría de la adjudicación*, Trías Monge (2003) sostiene que todo sistema jurídico tiene que estar dotado de las reglas de cambio y de estabilidad; entiende que la estabilidad brinda al sistema el orden y el grado de predictibilidad, y a su vez garantiza a las personas la seguridad jurídica; del otro lado, el cambio es el que permite a la sociedad adaptarse a las condiciones que surgen, a la evolución misma de esas circunstancias. Trías Monge advierte que “sin atención a la necesidad de cambio, al relativo compás con lo que sufre el cuerpo social, el sistema jurídico decae y degenera hasta perder su condición de tal” (p. 9).

El iusnaturalismo se centra en la justicia como carácter fundamental que define el concepto de Derecho; el realismo jurídico propugna la primacía de la realidad de los hechos, para adecuar la norma jurídica (Plaza Vega, 1998). Se trata de una especie de

teoría de observación del fenómeno jurídico; lo principal en esta última tendencia sería el contexto social en que se vive, para así dar una interpretación y adecuación al texto normativo.

El iusnaturalismo y el realismo jurídico han sido clasificados como concepciones unidimensionales, a diferencia de la teoría tridimensional del Derecho, que lo contempla como un hecho, como valor y como norma (lo que en palabras de Mauricio Plazas podría sintetizarse en tres dimensiones que son deontológica –axiológica–, nomológica y fáctica).

La labor del intérprete, que ha de ser analizada más adelante, no es estática ni está centrada en una corriente de pensamiento jurídico; tiene que apoyarse en las distintas concepciones del Derecho, pero de manera principal, en aquella que toma en consideración las tres dimensiones de dicho fenómeno: los hechos, las normas y los valores, para llegar a la justicia.

La historia de la humanidad es, también, historia del derecho, del concepto de derecho y de las distintas interpretaciones y aplicaciones del derecho. Visto el desacuerdo teórico en la construcción de una definición de derecho que sea incluyente de las diversas teorías existentes; sin ánimos de haber acabado la discusión sobre la noción de derecho, que es interminable como la historia misma, pasamos al siguiente nivel, el de la interpretación y aplicación del derecho, identificando los principales problemas que plantean las normas jurídicas tanto al jurista como al no jurista.

## **CAPÍTULO II: LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO**

---

Sumario: 2.1 Aspectos generales de la interpretación. 2.2 Interpretación y comunicación. 2.3 Noción de hermenéutica. 2.4 El círculo de la interpretación. 2.5 La interpretación jurídica. 2.6 Evolución de la interpretación en el Derecho. 2.7 Necesidad de la interpretación jurídica. 2.8 Funciones de la interpretación. 2.9 Métodos de interpretación jurídica. 2.10 Intérpretes y orden de interpretación. 2.11 El razonamiento judicial.

---

## **CAPÍTULO II: LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO**

Interpretar no es, pues, para el ser humano, una posibilidad entre otras muchas, sino su posibilidad de ser...(Garagalza, 2014, p. 30-31).

### **2.1 Aspectos generales de la interpretación**

La interpretación es acción y efecto de interpretar (Vox, 2007). Interpretar es dar un sentido adecuado a algo. Se interpreta un contenido separado y separable del intérprete, para representarlo en una forma distinta en la que es presentado. En el texto, la interpretación crea un contenido distinto del texto objeto de interpretación.

Hallivis Pelayo (2012) escribe sobre la interpretación, aunque su fuerte está en la interpretación jurídica, y plantea lo siguiente:

“La interpretación...constituye un arte y su técnica, como toda técnica, supone el correcto empleo de una serie de medios, para obtener los fines pretendidos, por lo que resulta indispensable estudiar sus métodos y técnicas, ya que, en última instancia, el éxito de la actividad interpretativa depende de la idoneidad y buena utilización de los procedimientos que se utilicen”... se siguió un estricto criterio cronológico, con la idea de probar que la evolución de la interpretación ha sido

cíclica en ciertos aspectos fundamentales y ahora se están repitiendo patrones que habían sucedido” (p. 320).

La interpretación puede ser abordada en dos formas: a) como un proceso y b) como el resultado del proceso, es decir, como el producto de la actividad interpretativa. Este doble enfoque arroja una noción equívoca de la interpretación, en la que no se identifica con claridad *prima facie* si se trata de una actividad en curso o acabada, y del otro lado, un producto que podría ser mejorado. Entre actividad en curso y producto acabado podría haber una tensión, máxime cuando el intérprete esté frente a una actividad inacabada o en una interpretación errónea o incompleta. Es evidente que el contexto en el que se sitúe el intérprete (actividad o producto) le ayudará a distinguir esas dos formas de aproximación a la interpretación.

El proceso de interpretación se compara al camino cuyo recorrido depende de su extensión, al transitar del punto “A al punto “B” el caminante entiende que ha llegado a su destino; si considera que el punto “C” es su destino, entonces cuando cruce por “B” seguirá su trayectoria hasta llegar al punto “C”. Lo propio ocurre en la interpretación: hay un intérprete que se satisface con su actividad interpretativa momentánea y asume que ha llegado a su destino, a la comprensión de un objeto, por tanto, el proceso de desentrañamiento del sentido termina allí cuando el intérprete así lo decide. Si surgen nuevas preguntas, el proceso sigue su curso o al menos se reabre en un transcurrir de pasos. El proceso de interpretación acaba cuando el intérprete considera que ha comprendido el objeto interpretado.

La interpretación como proceso, tiene por finalidad el responder al problema del entendimiento (Picontó Novales, 1992); busca explicar o al menos declarar el sentido del objeto interpretado. En principio se interpreta lo que previamente no se entiende. Así el objeto de ese proceso interpretativo consiste en entender o tratar de entender algo específico. Para lograr ese entendimiento, el intérprete tendrá que ir pasando por varias etapas que transcurren de forma consciente o inconsciente. El fin del proceso

interpretativo está en manos del intérprete; si ha considerado que entiende plenamente el objeto, entonces en ese instante termina el proceso. El proceso hermenéutico es voluntario. En cambio, si el intérprete asume que entiende plenamente lo que está interpretando, entonces su actividad se reduce a una mera formalidad, acogiéndose así a la máxima *in claris non fit interpretario*. Más aun, Novales plantea que el entender está relacionado con el lenguaje, en el que el intérprete, en su interior, comprende el objeto interpretado y luego lo expresa hacia afuera, como si se tratase de un proceso de dos vías: el objeto interpretado afecta al intérprete y este lo exterioriza.

El intérprete es la persona llamada a entender esto o aquello, de una manera voluntaria. La voluntariedad está relacionada a la íntima convicción del intérprete, es decir, a su libre pensamiento. La voluntad del intérprete sugiere que a este no se le impone una camisa de fuerza para llegar a la comprensión del objeto interpretado. La admisión de un tipo de ideología en un sentido específico, sin dar oportunidad a la respuesta individual, bajo la autonomía de la propia voluntad, excede al sentido más estricto de la interpretación, es decir, de entender algo. En otras palabras, si el intérprete tuviese que optar por una sola forma de razonamiento, el resultado no sería producto de la reflexión voluntaria, sino de un acto de imposición o de necesidad. Se requiere, en todos los casos, un intérprete pensante, capaz de pararse frente al objeto y decidir el camino a seguir entre los posibles.

Havelock reflexiona en cuanto al individuo pensante, maduro, con conciencia propia para expresar sus reflexiones personales alejadas de las influencias impuestas, en el siguiente sentido:

El descubrimiento del yo solo podía ser obra del yo pensante. La “personalidad”, tal y como en principio la inventaron los griegos, para luego ofrecerla a la contemplación de la posteridad, no podía consistir en esa conjunción de respuestas motrices, reflejos inconscientes, pasiones y sentimientos, incontables veces movilizadas para ponerla al servicio del proceso mnemotécnico. Muy al contrario: precisamente en esto último radicó el mayor obstáculo para la maduración de la

conciencia propia, libre de los condicionamientos de la cultura oral (Havelock, 2002, p. 189).

Rafael Hernández Marín sostiene las siguientes tesis fundamentales en la teoría de la interpretación del Derecho: 1) interpretar el Derecho es describir el sentido total que tienen los enunciados jurídicos; 2) la tarea interpretativa se encarga de formular enunciados interpretativos que tienen una naturaleza asertiva, no jurídica y metajurídica; 3) el enunciado interpretativo explica que el enunciado jurídico –objeto de interpretación– es igual al sentido de otro enunciado –el enunciado interpretante–, en otras palabras, la expresión interpretada tiene igual sentido y alcance que la expresión interpretante (Bonorino, 2003).

Picontó Novales (1992), citando al jurista italiano Emilio Betti, identifica tres elementos esenciales en el intérprete: a) el espíritu viviente y pensante del mismo, b) una espiritualidad que se ha objetivado en una forma representativa y c) las formas representativas; estos elementos calificados como esenciales representan un avance en los postulados de Havelock. La interpretación está relacionada con el problema epistemológico del entender y, por tanto, es un proceso cognoscitivo, integrado por los tres elementos indicados por Picontó Novales.

Con la interpretación se buscan dos aspectos centrales: La comprensión y la explicación. La comprensión opera únicamente a lo interno del intérprete; le da la facilidad para percibir las cosas, teniendo una idea más o menos clara. La explicación opera en dos sentidos, hacia lo interno del intérprete –explicarse algo– o hacia el exterior del intérprete –explicar algo a alguien– a través de un conjunto de enunciados. Gadamer (2005, t. I, p. 12) considera que la “comprensión no es uno de los modos de comportamiento del sujeto, sino el modo de ser del propio estar ahí”. El intérprete tiene su propia visión del mundo y dirige su interpretación conforme a su propia experiencia.

Von Wright en su texto *Explicación y comprensión* hace referencia a dos tradiciones en la investigación científica, que son: a) el escrutinio y el descubrimiento y b) la

construcción de hipótesis y teorías, esta última guarda relación con esta reflexión, en tanto y cuanto sirve para “explicar o hacer inteligibles hechos ya registrados” (Von Wright, 1979, p. 17). Von Wright clasifica la explicación en causal o mecanicista y teleológica o finalista. La causal busca explicar y predecir fenómenos; en la teleológica se centra en la comprensión de los hechos de un modo finalista (p. 20).

La explicación causal, conforme a von Wright, es “la subsunción de casos individuales bajo leyes generales hipotéticas de la naturaleza, incluida la naturaleza humana” (von Wright, 1979, p. 22). En su reflexión sobre los antipositivistas como Dilthey, Max Weber, Rickert, advierte que estos han impugnado la idea de explicación, resaltando la visión del alemán Droysen, de que se comprendía a través de la historia, pero se explicaba a través de las ciencias naturales y sus métodos.

La comprensión, de su lado, tiene un alto contenido psicológico, que a veces carece de explicación (von Wright, 1979, p. 24). Está vinculada a la intencionalidad, a diferencia de la explicación; más aún, considera que uno puede comprender el propósito del agente, pero aun así, no pueda explicarse.

La visión de von Wright se enmarca en la experiencia del intérprete, uno del tipo racional. En cambio, Gadamer se vale del análisis del arte y de la historia para recuperar los elementos universales de la hermenéutica que van más allá de la sola experiencia del intérprete. El análisis de la obra de arte está guiado por los elementos que reconstruyen el contexto histórico de la misma, pero que no son suficientes. El intérprete está siempre ligado a la historia, no puede salirse de ella para contemplarla desde afuera (Garagalza, 2002, p. 32). Está, en cierto modo, condicionado entre su historia y la actualidad, convirtiéndose su situación en una especie de barrera, en un círculo sin salida. Con probabilidad se trata de dos cabos extremos que el intérprete debe unir en su tarea de desentrañar el sentido de la cosa. La fusión de horizontes no es más que eso, ese choque de perspectivas entre la experiencia del intérprete con la cosa interpretada –el texto–. La finitud del intérprete ya no es histórica sino lingüística, en palabras de Garagalza “el

lenguaje es ahora el médium en el que acontece toda interpretación... es el hilo conductor” (p. 37), convirtiendo la lingüística en principio hermenéutico de la comprensión humana.

Wittgenstein reflexiona sobre el lenguaje, atreviéndose a afirmar que “el límite del lenguaje es el límite de mi mundo”; aunque esta expresión ha sido objeto de una extensa discusión, y sin ánimos de terminar dicha reflexión, asumo que aquí es abrazada una postura solipsista, en la que el límite del mundo es el individuo y su razonamiento, y del individuo su lenguaje. La noción de *mi mundo* es confusa y ha sido interpretada en múltiples sentidos; pero, a partir de esta reflexión sobre la interpretación, es preciso señalar que el límite del mundo es la interpretación que se tenga de éste. El mundo global es, en esta secuencia de ideas, aquel que queda comprendido por la interpretación de dicho mundo. Sólo puede extender mi interpretación hasta donde alcance el límite de mi lenguaje; en ese constante ir y venir de las cosas, mi lenguaje estaría sujeto a una transformación permanente, de igual forma la interpretación de las cosas.

Interpretar es una acción que nunca termina. Es una labor que no tiene un fin último, es decir, no posee un punto de llegada último, es siempre incompleta. Como ejemplo se cita la interpretación de la obra de arte, de la que se puede afirmar que “no es una actividad que persiga encerrar una verdad inmutable”; por el contrario, sirve como una extensión de la obra misma, es lo que el autor de la obra quiso expresar y lo que el intérprete percibe. El intérprete nunca habrá dicho todo de una obra. Cada contemplación abre paso a nuevas formas de abordar la obra. Es, por tanto, la interpretación de la obra de arte el modelo ideal útil para explicar el proceso infinito de la interpretación humana. Cada vez que el intérprete actual vuelve al texto tendrá una nueva experiencia, y quizás una mejor comprensión.

Precomprensión y prejuicios se utilizan de forma similar en el ámbito de la filosofía hermenéutica. Según Tomasz Gizbert-Studnicki la precomprensión puede ser entendida en los siguientes sentidos: a) gnoseológico o psicológico, visto como el saber del

intérprete, sus intenciones y expectativas; b) relativo al texto interpretado o de lo que éste trata (Zabala Blas, 2015). Se requiere identificar en todos los casos en cuál de los sentidos se está utilizando el concepto “precomprensión”. En la precomprensión se identifican el intérprete, su condición histórica, y el objeto interpretado. Este objeto no es una realidad pura e independiente del mundo; la precomprensión anticipa el significado de ese objeto. Es por estas razones que la precomprensión se identifica con los prejuicios del intérprete, es la realidad misma del intérprete y es su forma de ver la vida, son sus propios prejuicios formados a través de la historia. Toda interpretación pasa por un proceso de fricción de la cosa interpretada y los prejuicios del intérprete.

De forma ordinaria puede predicarse que un prejuicio es un juicio formado antes del tiempo adecuado, sin el conocimiento oportuno. Si bien se afirma que los prejuicios son negativos, en este contexto se refiere a una idea previa antes de entrar en contacto con la cosa a interpretar; el juicio propio, de su lado, está relacionada a la intuición, a la capacidad que tiene el individuo de resolver los problemas, en fin, de desenvolverse en la vida cotidiana. Prejuicio y juicio propio entran en juego en el proceso interpretativo.

Todo escritor se convierte en emisor, porque intenta transmitir un mensaje, no en tiempo real, pero que de alguna manera llegará a un público determinado. Como emisor expresa algo, con la finalidad de convencer, rechazar o informar a otras personas. El autor-emisor quiere convencer o persuadir a otras personas, con unos argumentos que personalmente le parecen razonables. El diálogo se torna infructuoso cuando ninguno de los hablantes admite los argumentos del contrario.

Conforme al tipo de análisis que realiza Gadamer en su libro *Verdad y método*, no está en juego “lo que hacemos ni lo que debiéramos hacer, sino lo que ocurre con nosotros por encima de nuestro querer y hacer” (2005, t. 1, p. 10). Con esto Gadamer se aleja de las concepciones psicologistas de la interpretación y defiende el carácter científico de la hermenéutica. Las concepciones psicologistas reducen el pensar filosófico a la psicología, por encima de la lógica y la teoría del conocimiento.

Otro aspecto, en adición al juicio propio, viene dado por la respuesta que se da a una pregunta, aunque no se esté formulando en el momento de la actividad interpretativa; lo hermenéutico siempre ha de surgir como respuesta a una pregunta específica ¿qué quiere decir esto? ¿cuál es el sentido con el que ha sido expresado? ¿qué quiso decir el autor en su momento con eso? Así como ¿qué significa eso en la actualidad?. En palabras de Luis Garagalza (2002, p. 7): “Entender lo que alguien dice no será, pues, captar (abstractamente) su opinión personal–privada, sino reconstruir la pregunta a la que está respondiendo, una pregunta que ya no es meramente ‘privada’ puesto que en ella está implicado también, y al menos, el intérprete”.

Gadamer sugiere que no puede atribuirse un papel moralista al investigador, en cuanto y tanto busca desentrañar el significado de algo (2005, t. I, p. 11). El científico, en su condición de intérprete, no puede alejarse de la razón y de la intuición; en el contexto del investigador hay una historia que lo moldea y condiciona su análisis. Su posición está ligada a su historia. El presente se entiende a través del análisis interpretativo de la historia, esto último se le ha denominado conciencia histórica. Ya Manuel Martín Serrano había afirmado que “En cada época histórica existen unos determinados saberes que es necesario fundamentar teóricamente para que el conocimiento siga prosperando” (Serrano, Piñuel Raigada, Gracia Sanz, & Arias Hernández, 1982).

La racionalidad atribuida al proceso interpretativo ha permitido que se sitúen distintas fases, aquí presentamos dos que consideramos fundamentales: una precognitiva y la otra es la cognitiva. La precognitiva está integrada por dos elementos esenciales: La lógica de la lengua (interpretación filológica) y la lógica de la materia (historia y técnica) en la que se esté aplicando (Picontó Novales, 1992). Ambos contextos servirán de base para el intérprete; la lengua y el carácter de la materia en que se realiza la interpretación tienen características especiales que solo podrían ser desentrañadas por el intérprete.

En la fase cognitiva se toma en consideración la lógica propia del contexto de lo que se interpreta, como sucede en el ámbito del derecho, que tiene sus formas particulares de abordaje derivadas de las funciones y aplicaciones de las normas jurídicas. En lo jurídico existe un doble enfoque: sistemático y teleológico, pero sin tomar en consideración la voluntad del legislador (Picontó Novales, 1992), que tiende a ser reduccionista frente a la dinámica social y únicamente se validaría en el silogismo aristotélico que solo admite el método deductivo en el razonamiento jurídico. El silogismo aristotélico está integrado por tres juicios: dos premisas y una conclusión necesaria. La primera de las premisas es la mayor o regla general; la segunda premisa es la menor o caso dado, y la conclusión es la relación que por deducción se extrae de las dos premisas. En el Derecho, la ley es la premisa mayor, el hecho analizado es la premisa menor y la conclusión es una relación necesaria entre la ley y el hecho.

Picontó Novales (1992) advierte la existencia de una interpretación reconocitiva que se centra en el libre examen de las etapas por las que ha pasado el objeto interpretado. La interpretación reconocitiva es histórica y filológica; la autora la compara con un proceso filológico, cuya finalidad es reducir al mínimo el grado de incertidumbre de una norma jurídica; este estudio del texto jurídico pretende dar seguimiento desde su origen y evolución, partiendo de las ideas iniciales –previo a cualquier discusión legislativa–. Es evidente que los materiales jurídicos utilizados – constitución, leyes, decretos, tratados internacionales, entre otros– en el razonamiento jurídico, en tanto que escritas, tienen que ser pasadas por el test de validez y por la razón que pueda brindar la jurisdicción competente. La validez implica el análisis de la norma jurídica que explica si una norma está o no vigente, que resulta de fácil consecución; en cambio, las razones que pueda dar la jurisdicción para justificar una decisión, podrían llevarlo a admitir una fuente del derecho, incluso de origen no legislativa así como excluir en su calidad de legislador negativo alguna fuente que sea considerada vigente en el ordenamiento jurídico.

Una forma de llegar a desentrañar el sentido de la cosa es utilizando la deducción, el intérprete realiza su labor yendo desde lo general o conocido hasta lo particular o asunto por conocer; pero por otro lado, si lo que se busca es la creación de una teoría o una regla general, entonces las acciones irán de lo particular a lo general. Con el tránsito del todo a la parte se ilustra la forma en que se desarrolla el proceso interpretativo. Se puede entender una parte y con ello, aproximarse al resto del texto, diálogo o hecho. En una obra literaria, una parte sería incomprensible si se obviara el resto de la obra, que le sirve de complemento. Ya sea en el derecho como en otras disciplinas, un principio puede ser entendido si se tiene una visión de conjunto, lo que significa que la parte se interpreta al considerar el todo.

## **2.2 Interpretación y comunicación**

Serrano y otros afirman que “la comunicación es un tipo de relación alternativa a la fusión de identidades en un único organismo o supraorganismo; el requisito de la comunicación es la distinción entre los actores... La relación comunicativa permite interacciones alternativas a la mera apropiación del otro como objeto y a la confusión con el otro como sujeto...” (1982, p. 39, 40).

La comunicación es un elemento fundamental en la cotidianidad de todo individuo (Santos García, 2012). Aristóteles afirmó que el hombre es un ser vivo que ha sido dotado de razón. Ese logos o razón convierte a la persona en individuo *rationale* porque es pensante (Gadamer, 2006). Además, estableció que los animales también se entienden entre sí, pero no tienen el logos o razón para poder realizar juicios justos, de ahí que el logos es esa condición humana que conduce a la materialización de la justicia.

Respecto de los animales es posible afirmar que “...son capaces de captar la conveniencia o peligro de una realidad exterior, de tal manera que su conducta se adecúa a dicha captación” (García Cuadrado, 2014, p. 63); esta captación no es más que la

valoración de la realidad exterior que constituye el primer paso de la dinámica instintiva, afirma García Cuadrado. Esta breve reflexión sobre la condición de los animales revela muchas de sus acciones como el peligro que percibe la oveja cuando se da cuenta de la presencia del lobo, el ratón frente al gato, y así sucesivamente. La forma en que se percibe el mundo circundante sirve de parámetro para la acción, en especial, para interpretar ese mundo en el que actuamos.

En el ámbito humano, esa estimación del mundo circundante “está revestida de una mayor riqueza porque está impregnada de racionalidad y de libertad” (García Cuadrado, 2014, p. 63), denominada cogitativa o razón particular, atribuida a René Descartes, filósofo francés, fino representante del racionalismo, que propone la duda metódica, universal, con la que se puede dudar de todo, menos de que se está pensando (siendo racionalista), “ya que dudar es una manera de pensar, porque el pensamiento lo es todo... es como el mismo lenguaje y sin éste nada puede existir” (Merejo, 2007, p. 29).

El ser humano comunica sus pensamientos a la vez que consigue evitar la transmisión de esas informaciones de las que no quiere hacer partícipe a los demás. El lenguaje es un agente que moldea el pensamiento. El logos aquí descrito por Aristóteles en la Retórica se asemeja al lenguaje: piensa y habla (Gadamer, 2006). Es el lenguaje el que indica lo que es provechoso o perjudicial (Aristóteles, s/f). La transmisión del pensamiento identifica a los seres humanos, es decir, a seres de una misma especie. La forma en que interactúan las personas permite que existan ideas comunes, lo que podrían ser llamados como *topos* (*topoi* en griego o *locus* en latín). Estas ideas usuales permiten un mayor y más rápido entendimiento entre las personas.

La comunicación es esencial en la vida en sociedad. Como instrumento de interacción, la comunicación lleva consigo el proceso de interpretación en todas las fases y quizás más identificable en la decodificación del mensaje. No es posible la vida en sociedad sin el proceso interpretativo. En cada instante se lleva a cabo la actividad interpretativa entre las personas.

La comunicación entre los seres humanos no es absoluta, esto se debe a múltiples obstáculos que están presentes en el proceso comunicativo, uno de ellos es la coexistencia de distintos idiomas. Las barreras de los idiomas obligan a los individuos a valerse de la actividad de traducción, si se trata de personas que pretenden realizar un acto de comunicación y que no comparten el mismo idioma. Aun tratándose del mismo idioma y hasta de un mismo país, las expresiones utilizadas en una región (regionalismo) podrían ser interpretadas de otra forma por otras personas que pertenezcan a otra región.

La comunicación humana puede ser escrita u oral, entre otras clasificaciones; es un tema muy amplio por lo que solo nos dirigimos a establecer la relación entre comunicación e interpretación de las normas jurídicas para llegar a desentrañar su verdadero sentido. El jurista utiliza como material de análisis el texto escrito –normas jurídicas– tales como leyes, doctrina y jurisprudencia, con la finalidad de desentrañar su sentido. Cada uno de esos materiales jurídicos obliga al jurista a situarse en la posición de intérprete, por lo que se enfrenta a lectura de normas que pueden ser oscuras, ambiguas y vagas. El emisor es la norma jurídica (y por vía de extensión, el legislador que ha dictado la norma), el intérprete es el jurista –o persona interesada en su interpretación–. Cada enunciado de la norma es reelaborado por el jurista y presentado como un enunciado nuevo, como una regla mucho más clara y específica. Esta forma de abordar los enunciados jurídicos trae consigo el problema del lenguaje utilizado tanto por el legislador, por el juez como por el jurista; a fin de cuentas cada vez que se desarrolle una nueva interpretación estarán presentes los problemas del lenguaje aquí señalados.

Los problemas de entendimiento se enmarcan en la actividad lingüística. Las dificultades de comprensión de un texto podrían superarse a través de soluciones lingüísticas. El lenguaje está expresado más claramente en el diálogo. Suele identificarse como oralidad dialéctica (Reale, 2017, p. 43). Los diccionarios y textos de gramática no pueden recoger la totalidad del lenguaje; en cambio, el diálogo es la actividad en la que puede apreciarse de forma más compleja el lenguaje; el lenguaje no se limita al diálogo,

pero se perfecciona y evoluciona con este. La tecnología de la información va dando la razón al encuentro humano como forma de avance del lenguaje, ya sea en tiempo real, diferido o presencial, las personas intercambian sentimientos e informaciones. La relación más estrecha se tiene en la autocomprensión de signos y símbolos, es decir, en aquella reflexión que hace cada persona sin que tenga que comunicarla a otra, pero esos signos y símbolos no pueden ser evaluados objetivamente, de forma unilateral, hasta tanto se entre en contacto con otras personas, por tanto, la trascendencia del diálogo cobra vigencia. La interpretación de los símbolos se estudia más a fondo en otra disciplina, que resulta apasionante y difícil (Garagalza, 2002).

Giovanni Reale (2017) cree que "Platón no solo fue un gran escritor, sino que también defendió la escritura contra sus detractores, y formuló con precisión cuáles deben ser las reglas del buen escribir. Pero al mismo tiempo Platón declaró que la oralidad es superior a la escritura. Las cosas de mayor valor Platón las reservó para la oralidad" (p. 42).

Toda pregunta supone una o varias respuestas; hay toda una discusión sobre las preguntas y respuestas. La pregunta guía al diálogo, guía también la interpretación. La interpretación toma un sendero como si se tratara de dar una respuesta a cada detalle necesario para entender al autor y su texto. En lo normativo, el intérprete se hace preguntas que debe ir respondiendo en la medida en que avanza en la comprensión del texto. Si se busca una interpretación más completa tiene que hacerse una revisión de lo ya analizado, con la finalidad de ver la compatibilidad de cada sentido otorgado. La respuesta escoge un camino, y al hacerlo así descarta otros caminos, otras posibilidades. La posibilidad implica que algo pueda ser o existir. Cada interpretación responde a una o varias preguntas; si el intérprete deja de hacer preguntas al texto, puede que haya llegado a la comprensión del texto o que se niegue a seguir analizándolo.

El silencio es una forma de responder a la pregunta formulada. El silencio sugiere ya sea falta de conocimiento, la insignificancia de lo preguntado o de la posible

respuesta; quien no responde puede considerar que la respuesta es obvia y que todas las personas tienen una idea clara y común del objeto; en fin usualmente se ha afirmado que el silencio es más elocuente que muchas palabras. En ciertas normas se le da al silencio la categoría de aceptación, en otros de negación de lo pedido.

Siguiendo con el análisis de la pregunta de interpretación, es preciso señalar que, los problemas de aplicación de los preceptos legales se transforman en preguntas sobre el significado de los mismos (Cover, 2002, p. 19), tales como ¿en qué circunstancias se aplican tales conceptos?, ¿cuál es el alcance de los conceptos?, entre otras preguntas. Aplicación e interpretación tienen una relación tan estrecha que podría estudiárselas juntas sin que haya inconveniente epistemológico relevante. Con la pregunta se busca al menos una respuesta. Con probabilidad, la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin, analizada en otra parte de este trabajo, recrea la actividad en la que el intérprete se hace una pregunta y busca entre las posibles respuestas. La respuesta obedece a una pregunta; la interpretación por lo visto siempre obedece a unas preguntas formuladas, dichas preguntas dependen del intérprete y su realidad previa. Lo propio sucede en lo jurídico, el profesional del derecho pasa a formular una lluvia de preguntas al texto jurídico; la lógica de la pregunta pasa a compartir los mismos rasgos que en la lógica de la interpretación jurídica.

La interpretación sigue la lógica del diálogo. El intérprete ahora se encuentra en un diálogo. Como informa Garagalza interpretar es dar respuesta a una pregunta no formulada, para explicitarla y adoptarla como una pregunta propia. De estas ideas parte el autor para establecer que la hermenéutica de la tradición va quedando atrás sin que desaparezca, mientras se abre paso la hermenéutica filosófica (Garagalza, 2002, pp. 14–15). El diálogo interpretativo saca al individuo de su aislamiento y lo introduce en el campo de las ciencias humanas.

### 2.3 Noción de hermenéutica

La hermenéutica es ciencia y arte, según Mauricio Beuchot (2016, p. 15), el cual defiende esta postura basada en las nociones de ciencia y arte de Aristóteles. Para Aristóteles la ciencia es un conjunto estructurado de conocimientos, donde sus enunciados están regulados por principios. La hermenéutica es también arte porque enseña a aplicar de forma correcta la interpretación. Beuchot dedica al derecho parte de su obra, *Hechos e interpretaciones*, donde advierte la hermenéutica como disciplina de interpretación de textos, no solo escritos, sino también aquellos que son hablados, actuados, y aun de otros tipos. Pone como ejemplo un poema, una pintura, una pieza de teatro, por tanto, la interpretación de textos equivale a la interpretación de todos los hechos humanos o naturales. Garagalza, de su lado, nos dice que “Hermenéutica es una bella palabra que pertenece a un campo semántico muy extenso” (2014, p. 15), asociado en principio al dios Hermes, al mensaje de ultratumba para convertirse en la interpretación de la vida misma.

Mauricio Beuchot (2016) presenta el acto o acontecimiento hermenéutico, siguiendo a Gadamer, como aquel integrado por tres elementos: el texto, el autor y el intérprete. El autor es quien ha ideado el texto. El intérprete es ese destinatario o quien accede al texto, y que tiene la función de descifrar lo expresado por el autor. Beuchot ya nos informaba que:

Hay, pues, dos intencionalidades básicas que están en juego en el acto hermenéutico: la del autor y la del lector, y a veces pelean a muerte en la arena del texto, tratan de destruirse; pues la intencionalidad del autor lucha por ser respetada (el autor quiere que su texto se entienda como él lo expresó), y la del lector por inscribir su creatividad (el lector no siempre entiende el texto, según lo que pretendió su autor)...Autor y lector pelean por su reconocimiento (Beuchot, 2016, pp. 14–15).

Es preciso resaltar que el lector trata de situar al autor en su propio contexto. El texto (texto prescriptivo) no está en el mismo contexto en que fue creado. El texto se

aplica a nuestro contexto, tal y como lo indica Gadamer (2006) en su obra *Verdad y método*.

La hermenéutica jurídica apunta a la interpretación de textos jurídicos, que en palabras de Agustín Pérez Carrillo (2006) está integrada por el conjunto de “interpretaciones jurídicas sobre el mismo texto legal, ninguna de las cuales excede el ‘marco’ de la norma jurídica y no obstante son incompatibles entre sí” (p. 2); agrega que para la comprensión de la noción de interpretación se requiere el estudio de las teorías del significado que están enmarcadas en la filosofía del lenguaje. Mora Restrepo (2005) critica este planteamiento, en el sentido de que reduce el problema jurídico a la ley, a las normas jurídicas; explica que es un problema de los abogados que reducen el problema jurídico a la hermenéutica de las normas, equiparando la justicia con la ley, como si se tratara de la única forma de hacer las cosas.

Agustín Pérez Carrillo (2006) distingue entre interpretaciones jurídicas compatibles e incompatibles; la existencia de estos tipos de interpretaciones sugiere la concurrencia de elementos incompatibles y que hay que descartar unos para la obtención de un resultado plausible. El contexto en que se realiza esta actividad sugiere que el resultado de la interpretación sea admisible o no; por tanto, existen interpretaciones incompatibles con su finalidad y contexto. Desde el punto de vista jurídico, Pérez Carrillo califica esos elementos como transgresiones del derecho (p. 1). Las concepciones del derecho abordan este aspecto como interpretaciones no admisibles o racionalmente imposibles de ser admitidas.

La interpretación jurídica también es interpretación del texto. La aplicación de la teoría hermenéutica gadameriana concibe la comprensión del texto como un movimiento, tanto de la tradición como del intérprete (Picontó Novales, p. 239). Las leyes no son simples textos estáticos, que permanecen inalterables en el tiempo y el espacio. El contenido material de las normas es más o menos estático, varían según los criterios de ciertas instituciones estatales, corrientes del derecho y diversas circunstancias, no

obstante el significado de esas mismas palabras va adaptándose a una serie de situaciones que incluso el propio legislador no tenía idea que tendría cabida; el legislador tiene una misión profética cuando dicta una norma; se espera que ese contenido sea útil en la actualidad y en el futuro, aunque cambien las circunstancias que dieron origen a la norma.

La obra de Gadamer influye en el jurista de forma significativa, especialmente por la relevancia que tiene la interpretación de textos. La práctica y la teoría del derecho concluyen en la interpretación. El derecho se va explicando y a la vez construyendo a través de las distintas interpretaciones, de las que resultan unas admisibles y otras inadmisibles. En el sistema judicial la jerarquía de los tribunales está concebida con el propósito de revisar esencialmente la interpretación por el tribunal anterior, de donde provienen las sentencias objeto de impugnación. No es posible entender una norma aislada, sin que se haga un recorrido fuerte, tanto del texto, su contexto, el autor y su entorno. “El conocimiento del derecho tiene lugar mediante la interacción valorativa de la *ratio legis* y el contexto” (Rodríguez–Puerto 2010). No hay interpretación jurídica adecuada, sin la debida consideración eso dos elementos señalados.

El carácter ontológico de la interpretación en Gadamer se presenta como la fusión de horizontes y la inmersión del intérprete en el asunto interpretado (Rodríguez–Puerto, 2010, p. 323); esta propuesta filosófica atrajo la atención de los juristas que no estaban conformes con los métodos tradicionales de interpretación del derecho, específicamente, con los criterios de jerarquía y especialidad de las normas jurídicas, no porque estos últimos no fuesen útiles sino porque no eran suficientes.

Nuevamente viene a colación el tema de las críticas del positivismo jurídico o sistema de normas coherentes, sistemáticas y completas; es en ese sistema positivo en el que se sugiere que toda acción u omisión ya está previamente tipificada en la norma jurídica; la hermenéutica vino a romper esos esquemas. Si bien el positivismo jurídico no era suficiente, nunca lo fue, pero ahora con la filosofía hermenéutica se llega a

comprender las razones de esa insuficiencia. El derecho pasa de ser un objeto cerrado a una actividad que busca la comprensión de los actos humanos y la forma de regularlos, a veces observando únicamente un acto individual, otras veces observando más allá, es decir, los motivos internos del agente. En este caso nos referimos al agente como una persona que realiza o realizará una acción determinada relevante para la sociedad y, en consecuencia, tiene que ser regulada a través de las normas jurídicas.

En la teoría gadameriana la interpretación no es una actividad subsidiaria o secundaria, sino principal; en el derecho se sigue esta visión en la que la actividad interpretativa es principal. Si bien la aplicación de la norma por parte de los jueces y otros operadores jurídicos es lo esencial del derecho, para luego pasar a la aplicación normativa. El derecho no es solo normas, es más interpretación que normas jurídicas, en dicho contexto se interpretan hechos, valores y normas. Los nuevos casos suscitados en la sociedad impiden que el derecho sea un sistema estático y cerrado en la regulación de los actos humanos. En palabras de Winfried Hassemer “la ley no puede asegurar por sí misma su aplicación” (Rodríguez–Puerto, 2010).

Finalmente, Mora Restrepo (2005, p. 2) critica la visión de muchos abogados al considerar que sus interpretaciones son las únicas válidas y racionales, puesto que solo ven el contenido de la ley específica y el caso propuesto. El problema es que los abogados son muchos, y cada uno puede tener una idea distinta de la ley, lo propio ocurre con los jueces, aun cuando utilicen los mismos métodos de interpretación jurídica, llegan en muchas ocasiones a interpretaciones incompatibles con las de sus homólogos. La visión unívoca de la interpretación jurídica no es más que una herencia positivista y cerrada arraigada en el colectivo de los intérpretes de las normas. En el plano jurídico, el abogado emplea la retórica principalmente en los medios de defensa del cliente, con la finalidad de convencer al jurado o al juez de que tiene que recibir una sentencia favorable con sus intereses. Con la retórica, vista desde Platón, no se realiza un verdadero análisis del material jurídico (hechos y normas), sino que se apelaba a las pasiones, al carácter y a

lo verosímil. Para Platón ese convencimiento debía estar inspirado en datos verdaderos (episteme) y no en pura opinión (doxa) (Aguilar Prado, 2013).

## **2.4 El círculo de la interpretación**

Hans-Georg Gadamer (2006, t. II) planteó que la actividad interpretativa es como un proceso en el que se corre de un punto X a otro Y; las distintas fases del proceso interpretativo son importantes; no se debe obviar la idea del autor de la norma –y su contexto– ni las ideas previas –prejuicios– del actual intérprete de la norma aprobada –y su contexto–. A ese movimiento de ir de la idea del autor a la del receptor del texto, se le denomina circular, de ahí que la actividad interpretativa se convierta en círculo hermenéutico, en un ir y venir de las ideas o prejuicios del autor a las del intérprete. Para lograr la mejor comprensión del texto (texto normativo, en el caso del derecho) es necesario adoptar una visión global del texto (contenido de la norma jurídica y de todo el sistema jurídico); se trata, por tanto, de ir del todo a la parte y de la parte al todo. El movimiento del todo a la parte y viceversa le da una característica de circular al proceso hermenéutico; se representa a un intérprete activo y jamás como observador teórico, siendo la experiencia hermenéutica perteneciente a la totalidad de la vida (Gadamer, 2006).

El círculo hermenéutico es, por tanto, una metáfora. Está integrado por varios principios, que son: i) la explicación del todo por la parte y viceversa; ii) comprensión de los prejuicios del autor; iii) la subjetividad del intérprete siempre está presente, es decir, cada vez que se realiza una interpretación se hace desde el horizonte personal; iv) es preciso poner en contacto los prejuicios del intérprete y los del autor; v) el texto forma al lector y viceversa; vi) comprender el texto implica la autocomprensión; vii) la comprensión del texto no tiene fin (Gadamer, 2006, t. II).

El espíritu de la ley es el primer objeto de atención por parte del intérprete. Es el baremo para confrontar los prejuicios en sentido gadameriano; este papel de la ley diferencia la hermenéutica jurídica de la propiamente filosófica, y ha sido olvidado, según Osuna, por Gadamer. La ratio de la ley ocupa una posición ineludible como valladar para el casuismo radical (Rodríguez–Puerto, 2010, p. 335).

La idea del círculo hermenéutico sugiere una visión de continuidad, de infinidad de interpretaciones; luego, cada vez que el intérprete se emplea en esa actividad –interpretativa– produce nuevas interpretaciones, nuevos sentidos que posiblemente no imaginaba en anteriores interpretaciones. Las nuevas interpretaciones se convierten en prejuicios respecto de las siguientes interpretaciones. Los pasos ofrecidos por Gadamer son: a) la pre–comprensión, o idea previa antes de entrar en contacto con el texto interpretado; b) reconocer los prejuicios, que equivale a la identificación de los prejuicios propios y los del autor del texto, tratando de ser un tanto objetivo; c) la fusión de horizontes y contextos, en la que se contempla el tiempo y los eventos que influyeron en el autor del texto, así como los que influyen en la mente del intérprete, en su actualidad; d) oír el texto, dejarse decir algo del texto, ponerlo como si fuera otra persona que nos hablara; e) aplicar el sentido, o prueba de validez del sentido adoptado por nosotros.

Es compatible con la teoría gadameriana, la idea de que la actividad interpretativa es un proceso constituido con pasos sucesivos, cuyo resultado puede convertirse fácilmente en material para nuevas interpretaciones; en lo jurídico la interpretación no se agota con la exteriorización del sentido de la norma –me refiero a la más reciente interpretación– no constituye el final del entendimiento teórico–práctico; nuevas lecturas darán adicionales interpretaciones. Así la interpretación sigue esta metáfora, un tanto circular, bajo el ideal de que la interpretación no tiene un final, que no existe un último intérprete. Con cada interpretación se está en la posibilidad de generar otras variantes de la misma y hasta contrarias. La experiencia y contexto del intérprete servirán de matices fundamentales para generar el interminable círculo interpretativo. La vida no termina, la posibilidad de

generar nuevas interpretaciones tampoco termina. Las interpretaciones futuras tendrán como presupuestos las actuales interpretaciones que sirven como prejuicios.

Este círculo hermenéutico no es solo respecto del texto o de algún texto específico; existe antes de todo proceso interpretativo (Gadamer, 2006). Se interpreta porque hay algo que se dirige al individuo –el intérprete– y lo obliga a responder a través de una pregunta. Así no puede hablarse de un círculo hermenéutico como un método de la comprensión, sino de la forma de ser de las personas. Un modo de ser vinculado a la finitud de las personas. La finitud humana hace de la tarea interpretativa una tarea infinita. Se pasa de una hermenéutica que solo cobra vida cuando se quiere desentrañar el sentido de algo, para convertirse en el modo de ser del individuo, en su quehacer continuo. La fusión gadameriana de horizontes se realiza gracias a un interlenguaje o lenguaje intersubjetivo, en el que el intérprete pone en juego sus propios conceptos a fin de comprender el texto que tiene de frente. Esto ocurre en distintos ámbitos en que se realiza alguna interpretación, lo que conduce a afirmar que el círculo hermenéutico puede ser estudiado en el ámbito de lo jurídico, y que en la interpretación jurídica se parte de los prejuicios del intérprete para desentrañar el sentido de las normas y de los hechos jurídicos. El sujeto así visto es un ser hermeneuta.

Manuel Cruz (2002) considera que el círculo hermenéutico comporta varios sentidos: 1) tiene una inevitable circularidad ya que la comprensión de una parte del texto –o emisión humana– se derivará de la comprensión general, de la totalidad; 2) por otra parte, la comprensión del todo se hace en función de cada una de las partes que la componen. Ahora bien no se deja claro desde dónde parte el círculo y mucho menos el punto de llegada, tampoco se fijan los parámetros de cómo establecer esos puntos, lo que sí se ve claro es el constante movimiento del todo a las partes y viceversa (p. 222). El fenómeno hermenéutico tiene la forma de una conversación, en que las manifestaciones van y vienen, entre emisor y receptor, cada uno tiene una percepción del contexto, la que comparte y va cambiando en la medida en que avanza el diálogo; lo mismo sucede en la

interpretación, cuando el intérprete progresa en el texto, su comprensión del texto va modificándose, ya sea que acepte lo que va entendiendo o no.

El círculo hermenéutico gadameriano tiene un enfoque dialéctico. La relación parte–todo produce una sinergia en el que el intérprete alcanza mayor comprensión de la parte si se le relaciona con el todo; de forma inversa, se domina más ese todo si se comprenden cada una de sus partes. Así un concepto se explica dentro del juicio u oración; los juicios a su vez se comprenden a partir del párrafo o razonamiento, y así sucesivamente, esto así basado en la lógica formal. Lejos de describir el círculo hermenéutico como cerrado–vicioso, es preciso abordarlo como abierto e infinito que busca “la elaboración del tema científico desde la cosa misma” (Gadamer, 2005, p. 332, citando a Heidegger). El jurista tiende a buscar una jurisprudencia o razonamiento que sea válida y que se imponga en todos los casos o al menos en la mayoría. El hallazgo de una interpretación judicial o doctrinal se celebra como una victoria epistemológica e interpretativa; aun así, al hallar esa mejor o única respuesta correcta el jurista reconoce que más adelante esa interpretación no será suficiente para resolver otros casos o el mismo caso en el futuro.

## **2.5 La interpretación jurídica**

En el campo jurídico, interpretar es dar un sentido adecuado a la norma jurídica. Este juicio genera ciertas conjeturas que van desde ¿qué es lo adecuado? ¿Quién mide lo que es adecuado? ¿Existen parámetros generales para establecer lo que es adecuado? Luego, si esos parámetros son encontrados ¿quién mide el sentido de lo interpretado? Son muchos los aspectos que requieren explicación en la búsqueda del sentido de lo adecuado.

En el ámbito jurídico, interpretar es desentrañar el significado y sentido de un texto normativo descubriendo y explicando el lenguaje utilizado (Badeni, 2006a). La posición de Badeni se sitúa en el ámbito procedimental, es decir, concibe la interpretación como un proceso en el que suceden varias etapas para conseguir un resultado específico. El resultado obtenido del proceso de interpretación es a la vez una interpretación.

Hallivis Pelayo (2012) indica lo siguiente:

...en las primeras escuelas de la interpretación, el objeto de la interpretación se reducía al puro texto y el intérprete debía “explicar” la intención del legislador, o cuando mucho, “aclarar” la intención de la ley. Un ejemplo es el llamado “modelo napoleónico” un sistema cerrado y deductivo, que dio lugar a la “dogmática” jurídica, y a la mera aplicación silogística del Derecho, en la que la ley es “...la premisa mayor, el caso juzgado la premisa menor y la sentencia la conclusión de la inferencia (p. 320).

De acuerdo a Lifante Vidal (1999) la interpretación jurídica también es denominada interpretación del derecho; es una tarea valorativa y no descriptiva. Tarello, citado por Lifante Vidal, sostiene que la interpretación no es una categoría unitaria, ya que se ve matizada por diversos enfoques, por tanto, para Tarello no es lo mismo hablar de interpretación de contratos que de interpretación del derecho, de los convenios colectivos, o del acto administrativo (p. 14).

Conforme a la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, se interpretan tanto las leyes como los negocios jurídicos. Toda norma jurídica es objeto de interpretación, no importando que se trate de una norma jurídica general (leyes) o normas jurídicas particulares (sentencias judiciales). Para Kelsen (1982) el procedimiento utilizado en la interpretación es de carácter espiritual –mental– y siempre acompañará al acto de aplicación del derecho; así, previo a toda aplicación normativa se tendrá que pasar por el proceso de interpretación.

La actividad interpretativa es realizada por todas las personas. No solo se atribuye a los órganos de aplicación del derecho como los tribunales, poderes estatales o supraestatales, sino que también incluye a individuos que están obligados al acatamiento de determinada conducta. La experiencia normativa con la que Bobbio identifica el diario vivir apoya la universalidad de la experiencia interpretativa; en ambos casos todos estamos obligados a acatar ciertas conductas y para ello se requiere una fase previa: la interpretación.

En este punto corresponde citar la propuesta de Peter Haberle sobre la comunidad abierta de intérpretes. Haberle es un jurista alemán especializado en el derecho constitucional y en ese contexto elaboró una teoría sobre la pluralidad de intérpretes que tiene la Constitución, y con ella, todas las demás normas. Haberle se sitúa desde la óptica del intérprete de la Constitución, sus funciones, objetivos y métodos de interpretación. El grupo de intérpretes es amplio, pluralista y difuso; esta variedad de intérpretes está asociada a la democratización de la actividad interpretativa, y es contraria a la concepción de sociedad cerrada de intérpretes, con un procedimiento especial y unos órganos muy puntuales. Esto, probablemente se debe a la incorporación de las ciencias sociales al universo jurídico. No hay, en la actualidad, un *numerus clausus* de los intérpretes de las constituciones (Haberle, 2013). Peter Haberle califica de gremio a ese conjunto finito de intérpretes de la Constitución (p. 64).

Las interpretaciones constitucionales son el producto de la sociedad pluralista y democrática; ya no dependen exclusivamente de un órgano constituido. Las fuerzas de producción interpretativa ahora están integradas no solo por tribunales, sino también por grupos, ciudadanos, la vida pública u opinión pública; estos grupos o individuos, de una forma u otra, se constituyen en intérpretes –en sentido amplio–. (Haberle, 2013, p. 65). La actividad interpretativa es, al parecer, de fácil acceso. Toda persona que esté en contacto con las normas jurídicas, se convierte en intérpretes de ellas.

En la concepción dworkiniana, el proceso interpretativo corre varios caminos, pero entre ellos, hay uno que es la opción ideal. A la propuesta de Dworkin se le ha denominado como la tesis de la única respuesta correcta, la que ha servido de base para la elaboración de una teoría denominada derecho como interpretación (Arango, 2004). Entre todas las posibles interpretaciones y aplicaciones de una norma jurídica ha de tomarse la más idónea, que vaya con los principios generales del Derecho derivado del sistema positivista. Los jueces no pueden crear el Derecho en casos difíciles, solo pueden ir en busca de la mejor respuesta entre las distintas que se hallan en el ordenamiento jurídico. Es difícil clasificar a Dworkin como positivista, ya que refiere en sus propuestas la existencia de unos principios que están por encima de las normas (más cerca del iusnaturalismo), pero esos principios no los sitúa en la naturaleza de las cosas ni en la divinidad, sino en el propio sistema. Son principios derivables del propio sistema jurídico positivista, y como tal se le sitúa en el grupo de los positivistas o neopositivistas, en tanto que advierte la existencia de unos principios y directrices que se imponen a las normas escritas, que están basados en la equidad y la igualdad (Plazas Vega, 1998), aunque, siempre extraídos del ordenamiento jurídico –principios intrasistémicos–. La interpretación implica una labor consistente en resolver casos en concreto, desentrañando el sentido y objetivo de la ley ya que puede contener expresiones oscuras, ambiguas o contradictorias (Monroy Cabra, 2006).

La propuesta de Dworkin encuentra sentido solo en la jerarquía de los tribunales que imponen, de forma obligatoria, su jurisprudencia, por consiguiente, la mejor respuesta jurídica es la última sentencia que generalmente pone fin al proceso (último intérprete). En la práctica no siempre el tribunal que tiene a su cargo la última palabra y por ende, última interpretación judicial, es el que ha aplicado la hermenéutica jurídica de forma adecuada y racional.

La interpretación jurídica abarca normas y hechos; no solo se interpretan normas jurídicas en concreto, ya que la actividad interpretativa en el derecho recorre todos los

campos existentes. En el sentido jurídico, la labor de interpretación va más allá del texto de la ley (leyes y constituciones), incluye cualquier análisis de sentencias, cualquier tipo de norma y hechos relevantes en el derecho.

La interpretación, de conformidad con el *Diccionario Jurídico de Valleta* (2009), es definida como la explicación o declaración del sentido de una cosa y principalmente, el de textos faltos de claridad. Agrega, además, que es precisa la aclaración del texto y del espíritu de la ley a fin de conocer el verdadero sentido que el legislador quiso darle. La claridad de la ley implica que sean entendidas todas las ideas contenidas en el texto normativo. La claridad normativa sitúa el orden en el que deben ser comprendidas las disposiciones normativas. La claridad exige buena sintaxis, ortografía, contenido preciso, fácil comprensión, sin repeticiones innecesarias y otros vicios de la escritura. Existen muchos tipos de interpretaciones, no haremos un recorrido en ellas, pero sí mencionaremos las principales, más bien, las más vinculadas a esta reflexión.

La interpretación auténtica, en el ámbito jurídico, es la realizada por el órgano que dicta la ley a través del propio acto de legislación o por una norma posterior, un ejemplo claro se da cuando el legislador define el aborto, el contrato o el daño en la propia legislación. Fuera de la labor legislativa, el diccionario, los abogados, jueces y la propia sociedad sobre la que se sustenta el derecho podrían tener definiciones e interpretaciones distintas a las dadas formalmente por el legislador. La interpretación es extensiva cuando amplía el significado de las palabras de la ley. La interpretación judicial es la adoptada o creada por los jueces y tribunales al decidir los casos a ellos sometidos. La interpretación es restrictiva cuando se reduce al significado único de las palabras contenidas en la ley. La interpretación teleológica es la realizada con la intención de conocer y realizar los fines que la ley contiene teniendo dichos fines como valores objetivos.

Kelsen (1982), en la parte final de su *Teoría pura del derecho*, propugna dos tipos de interpretaciones: La auténtica y la no auténtica. Esta clasificación se aprecia en función de quién realiza la interpretación, es decir, del intérprete, ya sea un órgano oficial

o un particular. Esta división parte de su idea fundamental de las normas jurídicas, las que identifica como aquellas prescripciones que son acompañadas de sanciones y que han sido dictadas por autoridad competente; así una ley o su equivalente, una sentencia o su equivalente, siempre que sea interpretada o explicada por su propio autor, será la auténtica, en cambio, si lo hace un particular o una autoridad distinta a su autor se estaría en el terreno de la interpretación no auténtica.

Con Kelsen se trae a colación los aspectos de la determinación en el sistema jurídico; sostiene que una norma superior determina el contenido y sentido de la norma jurídica inferior. El tránsito de una norma superior a una inferior se aprecia en lo que se ha denominado como la determinación; Kelsen (1982) supone la existencia de indeterminación relativa en el acto de aplicación, en vista de que no pueden ser abarcados todos los casos posibles, todas las opciones, todos los caminos, en fin, todos los sentidos posibles, sino que la norma superior ofrece una especie de marco, de extremos en los que se puede dar sentido al acto normativo inferior. No es posible que la prescripción pueda incluir todas las circunstancias en que se determina el paso de la norma superior al acto de aplicación.

La indeterminación está vinculada a la falta de determinación. En el derecho “el problema de determinación es un tema de permanente debate dentro de la teoría jurídica. Las tesis que se defienden y se rechazan al respecto, están sustentadas en argumentos de muy diversa naturaleza” (Redondo, 1997, p. 177). Si las normas por sí solas son indeterminadas, las interpretaciones que de ellas surjan serán también variadas y variables. La indeterminación cruza por la inestabilidad, la maleabilidad y la discrecionalidad de las decisiones judiciales. La discrecionalidad tiene una misión legislativa y opera en cada acto de decisión judicial (Kronman, 2007).

El lenguaje en que son expresadas las normas son fuentes de indeterminación; en adición al lenguaje de las normas, se admite un segundo sentido de indeterminación que viene dado en la intención del legislador; la intención o voluntad regula una parte del acto

jurídico, pero deja a la discrecionalidad del ejecutor (juez, ciudadano, y cualquier otro intérprete) la escogencia de distintas consecuencias jurídicas. Es una discrecionalidad débil porque le trazan al individuo o institución las opciones y las pautas a escoger. Por otro lado, se muestra una indeterminación no intencional del acto de aplicación, que se da cuando tal vacío o falta de precisión no ha sido dejado voluntariamente por el órgano productor de la norma superior. Las posibilidades de esta *no intencionalidad* se reducen a la ambigüedad de la norma o al sentido de las disposiciones normativas.

Kelsen asume una interpretación necesaria entre expresión lingüística y voluntad del órgano productor de la norma jurídica (1982). La forma ideal para la configuración de la propuesta de Kelsen sucede cuando una misma norma jurídica contiene dos disposiciones contradictorias entre sí, pero con el mismo grado de validez. Estas disposiciones normativas pueden estar en contradicción total o parcial. Respecto de lo anterior, Hans Kelsen estima que resulta una pérdida de tiempo –específicamente le denomina *inutilidad*– el hecho de que se justifique la aplicación de una norma, entre dos normas válidas, con igual grado de especialidad y jerarquía. La labor de justificación sobre la prevalencia de normas igualmente válidas resulta inútil conforme lo considera dicho jurista. En tal caso advierte que aunque el juez pueda realizar tal labor de ponderación para escoger una norma y descartar otra, sería una actividad inadecuada e improcedente.

## **2.6 Evolución de la interpretación en el Derecho**

La historia de la interpretación es la historia de la humanidad; todo hecho humano está ligado a la actividad interpretativa. Resulta muy pretenciosa la elaboración de una historia seria de la interpretación, por lo amplio de la misma. Tan amplia es la historia de la interpretación general que a lo sumo aquí se analizan algunos aspectos relevantes, quizás no los más relevantes, pero sí útiles en esta tarea reflexiva. Igual sucede con la interpretación jurídica, aunque es un campo dentro del estudio general de la interpretación, pero que a la vez goza de esa amplitud; el análisis de la interpretación jurídica traspasa las barreras de la territorialidad y la temporalidad. Solo es posible llegar

a una aproximación de la historia de la interpretación jurídica, si se toman en cuenta la historia de las escuelas de la interpretación del derecho.

Hallivis Pelayo (2012) identifica como corrientes de la interpretación jurídica: 1) las objetivistas–subjektivistas y 2) las cognitivistas–formalistas. En el primer grupo sitúa: a) la filológico–histórica diferenciada y b) la lógico–sistemática. La interpretación filológico–histórica se enfoca en el texto de la ley; en esta no es necesario que se investigue la voluntad del legislador, lo que el legislador quiso decir ya está plasmado en la letra de la ley; en cambio, en la lógico–sistemática es fundamental la voluntad histórica del legislador, en la que se realiza un análisis a partir de los intereses de los autores de esas normas; la intención del legislador es material fundamental para poder entender los enunciados jurídicos. A la voluntad del legislador o de la ley, se le conoce como subjetiva, en tanto que busca la voluntad política del legislador al momento de dictar la norma. Esa voluntad *legislatoris* revela los sentidos que hay que desentrañar situados detrás de la norma; se basa en un principio de legalidad inmutable que no puede desconocerse buscando la razonabilidad en una fuente distinta que no sea de su autor. La interpretación objetivo–sistemática es mucho más restrictiva que la subjetivo–filológica, abogando por la no interpretatividad de las leyes, así la intención *legislatoris* se encuentra previamente inserta en la misma norma y no hay que realizar esfuerzo alguno en el desentrañamiento de su sentido.

La corriente lógico–sistemática es también conocida como objetiva. Niega la voluntad del legislador para la interpretación de las leyes; esta corriente afirma que el legislador histórico, que participó en la creación de la ley, no tiene la potestad actual e inmediata sobre la norma previamente aprobada; su función es instantánea en su compromiso al momento de la aprobación de normas jurídicas. El legislador no tiene la obligación de justificar cuál es o era su intención al momento de adoptar la norma; si así fuese, el llamado más idóneo para extraer la voluntad *legislatoris* sería el conjunto de legisladores que votaron la norma, ya sea que estén activos o no. La corriente subjetiva

resulta carente de utilidad y practicidad cuando se producen cambios en el cuerpo legislativo, por eso la corriente lógico–matemática ve la norma como el producto maduro de la voluntad *legislatoris*, en tal sentido, no hay que buscar aspecto psicológico o subjetivo alguno, el vínculo legislador–norma en cuanto a su interpretación, desaparece al momento de la aprobación y promulgación de la ley.

El segundo grupo de corrientes de interpretación está integrado por las cognitivistas–formalistas las cuales se oponen a las antiformalistas, escépticas y realistas, para las que el derecho se descubre o se crea. El formalismo predica la reducción de las premisas jurídicas a juicios susceptibles de ser clasificados como verdaderos o falsos (derecho que se descubre); del otro lado, se sitúan las teorías de la interpretación que adoptan la discrecionalidad judicial como el motor que impulsa la creación del derecho. Solo en los casos fáciles ambas teorías adoptan igual solución, ya que tanto el hecho como la norma se corresponden sin que exista un juicio profundo de valoración. Si el caso es difícil (por la norma o los hechos) entonces ambas corrientes van a debatirse entre una solución formalista o antiformalista.

El jurista alemán Robert Alexy propuso una división sobre el modo de abordar el concepto de derecho; lo hizo a partir de la perspectiva del positivista y del no positivista. Al positivista lo enmarca en la óptica del observador, el observador no cuestiona sobre cuál es la decisión adecuada en un sistema jurídico determinado; en cambio, la perspectiva del participante argumenta sobre las cosas permitidas, prohibidas u obligatorias. A partir de la óptica del participante, el legislador ha plasmado su intención en la ley, convirtiéndose en una obligación del intérprete de la misma el descubrir su sentido; los jueces realizarían su actividad interpretativa mediante la razón –ejercicio de razonabilidad– más que en la intención del legislador o de la ley. Informa Hallivis Pelayo (2012) que tanto los intencionalistas como los constructivistas tienen una visión limitada, la cual puede llevarse a un punto ideal o punto medio, y es tomando en consideración ambos planteamientos, integrados en una teoría mixta de interpretación.

Guastini agrega tres corrientes al debate hermenéutico; éstas son la escéptica, la cognitiva y la mixta. La corriente cognitiva supone la interpretación como una actividad mental, esencialmente cognitiva, cuya verificación es posible a través de un juicio valorativo; se analiza el objeto de la ley y la voluntad del legislador. En la corriente escéptica se niega que la actividad analizada sea un problema gnoseológico o epistemológico, más bien se centra en la valoración y la política; esa corriente sitúa al intérprete como un creador del Derecho más que en el contexto del descubrimiento.

La historia de la interpretación está ligada a la de los intérpretes, porque sin intérprete o traductor no se consolida la interpretación. Los magos y sacerdotes eran los encargados de traducir, comunicar e interpretar la voluntad de la divinidad a los demás miembros de la sociedad (Hallivis Pelayo, 2012).

Entre las primeras manifestaciones de la interpretación del derecho romano se cita la labor de los glosadores y sus diferentes escuelas; entre los glosadores aparecen las discusiones entre la escuela de los proculeyanos fundada por Marco Antistio Labeón y la de los sabinianos fundada por Casio Ateyo Capitón (Sirvent, 2011). Se cree que los sabinianos fueron favorecidos por el *ius publice respondendi*, otorgado por el emperador Augusto. Como intérprete de la norma y favorecidos por el emperador romano Augusto, la tendencia sabiniana era conservadora, es decir, adoptaban interpretaciones con pleno apoyo a la postura del emperador del momento; esto se debía quizás, a que tenían la intención de recibir el apoyo de la autoridad imperial que se situaba por encima de las demás autoridades existentes.

Por otro lado, la actividad interpretativa de los proculeyanos se enmarcó en el ámbito liberal, fuera de toda sumisión a la autoridad imperial. Sus postulados seguían las libertades logradas en la época de la república en Roma. Se toma en consideración este período de la historia de Roma para ilustrar el esplendor del Derecho, y la desconcentración del poder y del derecho, que sale de la mano de un *rex* o *interex* hacia

unos magistrados y una serie de instituciones que dan paso, mucho tiempo después, a la división de poderes.

Las técnicas interpretativas de los glosadores fueron ampliadas por los postglosadores, quienes tampoco tenían adecuados métodos de interpretación del derecho. Más tarde se agregaron los comentaristas; constituyen un paso de avance a las propuestas de los glosadores y postglosadores; la labor de los comentaristas se redujo a la realización de diversas anotaciones carentes de metodología. Los métodos y técnicas de interpretación empleados por los comentaristas no fueron superados por las críticas posteriores, surgidas en el Medievo, hasta llegar a la Edad Contemporánea. No aparecen métodos de interpretación específicos aplicables al derecho, las escuelas solo se preocupan por desentrañar el sentido de las normas jurídicas, de forma aislada.

En la Edad Media se formó la Escolástica, que es una escuela de pensamiento dirigida a convencer con argumentos teológicos y filosóficos. La razón de ser de una interpretación podría ser refutada por otras formas de abordar el problema. En la *Summa Theologiae* advierte de la posibilidad de que concurren varias interpretaciones admisibles. La propuesta de Santo Tomás de Aquino es compatible con la concepción aristotélica respecto del uso de la razón para llegar a la justicia. Sólo se llega a lo que es justo a través de la razón (Hallivis Pelayo, 2012, p. 103). A los anteriores avances le sigue, de forma notable, la Escuela del derecho natural, con los postulados de Hugo Grocio, que ve el derecho como el resultado directo de la razón humana, solo hay que descubrirlo, partiendo de criterios de justicia.

Con la crisis del derecho natural, la interpretación buscaba nuevos senderos que brindaran mejores sentidos, al menos más acordes con la sociedad moderna. De ahí surge el formalismo jurídico, que es una corriente jurídica que observa con alto rigor las normas vinculantes. Éste sigue la tradición romana, transformándose en formalismo legal en Francia, en el que se funden en una misma noción el derecho y la ley; el formalismo

conceptual (en Alemania) con la escuela histórica del derecho y la pandectística, así como la escuela de la jurisprudencia analítica (Hallivis Pelayo, 2012, p. 77).

El formalismo tomó varios caminos: a) el formalismo de la propia interpretación o formalismo interpretativo, que es de naturaleza literal y sistemática; b) la forma de teorizar respecto a la interpretación o formalismo teórico que reduce la actividad interpretativa a una del tipo intelectual y nunca jamás un acto de voluntad y c) la forma de argumentar la decisión interpretativa o formalismo argumentativo que se ocupa más bien de la justificación de la solución a partir de la norma misma o conjunto de normas sin recurrir a valores extrasistémicos (Lifante Vidal, 1999, p. 28).

La escuela de la exégesis francesa propugnaba por el formalismo jurídico, vino a reforzar las ideas de Napoleón Bonaparte de que el Código Civil o los códigos no se perdieran en la obra de los juristas. Se fortalece la idea de que solo se acude a la interpretación en caso de oscuridad de las normas (*in claris non fit interpretatio*). Para lograr obtener una respuesta adecuada era menester aplicar de forma positiva las normas adoptadas por el legislador. Se hizo plasmar en el Código Civil francés o napoleónico la obligatoriedad de los jueces en fallar aun en caso de oscuridad, ambigüedad o falta de norma, aunque no se le decía específicamente cómo solucionar el problema.

Los principios trazados por la escuela de la exégesis, en el derecho civil, son los siguientes: a) El derecho positivo lo es todo, y está únicamente contenido en la ley, la costumbre no es fuente normativa, b) la interpretación se limita a la búsqueda de la voluntad del legislador, c) si se tiene esa voluntad *legislatoris* entonces solo le resta al jurista –y al juez en específico– aplicar deductivamente esa voluntad al caso específico, d) la argumentación jurídica corre por el terreno de los argumentos de autoridad y analógicos, las lagunas y antinomias jurídicas solo pueden resolverse a partir de las mismas normas (Lifante Vidal, 1999). La ley es su propio intérprete, que no era más que el análisis de ciertos artículos a partir de otros artículos de la misma ley. Los operadores jurídicos solo declaran lo que la ley ha dicho o ha querido decir. Si se da una respuesta

incompatible con el sistema es un problema de mala interpretación y falta de dominio de las técnicas jurídicas.

En el siglo XX se presentan enfoques más acabados de las distintas concepciones del derecho. Entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo se cubre el quehacer jurídico del siglo pasado; la dogmática jurídica se amplió considerablemente. Surgen grandes discusiones sobre el concepto de derecho y normas jurídicas, pasando a las normas objeto de interpretación. La guerra y la política reenfochan el derecho. Ya el positivismo y sus propuestas resultaban insuficientes para regular las relaciones internas y externas al contexto normativo nacional. La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos es la propuesta que fungió como eje central en la humanización y socialización del derecho. Las corrientes de pensamiento obligan a la aplicación de técnicas y métodos idóneos para la protección de los derechos humanos.

Hallivis Pelayo (2012) sintetiza la interpretación del derecho en la siguiente forma:

Una primera conclusión que se deriva casi evidentemente de estos antecedentes, es algo que también desprenderemos del análisis de las diversas escuelas de interpretación, el que la historia se inicia con una interpretación muy estricta, sacramental, respetuosa y hasta temerosa del texto de la ley, que, con el paso de los tiempos y mediante la intervención de los estudiosos, va evolucionando hacia una interpretación creadora, es decir de un mero explicar o “aclarar” a asignar o “atribuir” dicho contenido normativo a las disposiciones jurídicas, a reformular el propio texto y, en su caso, a determinar las consecuencias (p. 105).

En esta etapa de evolución se negó la posibilidad de la interpretación de las normas constitucionales, por entenderse que la constitución era de cumplimiento estricto, hasta que llegó la etapa de la humanización del derecho con el predominio de ciertos principios del derecho natural, en los llamados derechos humanos o fundamentales. El enfoque del derecho basado en la dignidad humana apunta a la transformación del sistema jurídico, y con ello se pone de relieve la importancia que tienen las personas físicas frente al Estado.

Esa humanización del derecho parece paralizarse por instantes, debido a la relevancia de los factores económicos, que también entran en juego en la discusión teórica y práctica de los derechos fundamentales, como el derecho a la propiedad, al trabajo, a la empresa, entre otros. La globalización ha impuesto y sigue imponiendo nuevas reglas, unas en forma de normas jurídicas positivizadas, otras informales.

La interpretación del derecho podría diferenciarse válidamente de la interpretación de la ley; La interpretación de la ley únicamente toma en consideración la ley, pero la interpretación del derecho es más amplia, incluye más fuentes de normatividad que el solo contenido de la ley, como son: la razón, la jurisprudencia, las costumbres y los principios generales del derecho no positivizados; en la interpretación de la ley únicamente se observa lo dicho textualmente por el legislador –el texto de la ley–, por tanto, es la única fuente de derecho que los ciudadanos, juristas y jueces deben de reconocer como obligatoria.

El desarrollo industrial y el progreso de la tecnología han servido como formas de conectar mundo, a través de bienes y servicios. El mercado genera una nueva interpretación del derecho, más bien nuevos contextos, nuevas formas de ver el fenómeno normativo en la sociedad. Las corrientes del derecho no centran sus enfoques en el análisis del derecho a partir de la globalización, sino que lo hacen en un ambiente cerrado: solo se observa el problema moral como distinción fundamental entre iuspositivistas e iusnaturalistas, pero en la mayor parte de los casos no se brinda una noción de derecho que esté conforme con la realidad económica; esto puede ser una manifestación continua del recelo analítico de Hans Kelsen al establecer una teoría del derecho a la que denominó *Teoría pura del Derecho*, un derecho definido y definible fuera de los demás contextos sociales y científicos.

## **2.7 Necesidad de la interpretación jurídica.**

Según Prieto Sanchís (1993) la interpretación del derecho constituye uno de los objetos centrales de los juristas (p. 12); se puede afirmar que el saber jurídico se emplea a fondo en la actividad interpretativa. Para los no juristas la labor de interpretación jurídica es difícil, ya que desconocen los contenidos de las normas, los principios jurídicos, los métodos y técnicas de interpretación aplicados al derecho. Las dificultades en la interpretación jurídica también están presentes en el jurista, ya que pasa por las dificultades prácticas del desentrañamiento del sentido de la norma; pero no basta con encontrar una posible forma de abordar el contenido normativo, también hay que considerar los problemas propios de la aplicación. Ya se ha advertido que tras la interpretación jurídica viene la aplicación.

En la actualidad, constituye una regla sólida de que la ley surge para ser aplicada y previamente debe ser interpretada (Monroy Cabra, 2006). La interpretación es previa a toda aplicación. La interpretación es enfocada por Gregorio Badeni (2006a) como una técnica que se aplica a todas las normas, no importando que sean del tipo de las que no presentan dudas al momento de entender su significado. La cuestión radica en que el supuesto normativo o enunciado establecido en la norma es solo eso, una hipótesis del posible comportamiento de las personas, comportamiento que deberá ser adecuado a la realidad, a los hechos, pasando por las pretensiones de quien lo invoca. Para Gregorio Badeni siempre hay que acudir a la interpretación del derecho previo a toda aplicación.

El proceso de globalización apunta a la unificación del derecho y como tal se aparta de la tradición jurídica. Si el legislador es un representante de una determinada sociedad, confunde su misión cuando se aleja de dicha sociedad para abrazar corrientes globales que en nada satisfacen las necesidades locales de creación, interpretación y aplicación del derecho. El legislador adopta modismos jurídicos extranjeros, a veces por moda, otras por desconocimiento del funcionamiento del sistema jurídico local y otras por presión internacional (a lo cual nos referiremos más adelante, en otro capítulo), pero

independientemente de estas formas de adopción de la legislación comparada, que traen consigo inconsistencias y antinomias en el ordenamiento jurídico nacional, también puede verificarse en las propias normas ciertos problemas de claridad en su redacción.

Las normas jurídicas tienen que ser dictadas con la mayor claridad posible, en vista de que los destinatarios no siempre tienen el dominio técnico de las cuestiones jurídicas. Los ciudadanos no tienen que ser técnicos del derecho para interpretar y aplicar – aplicación voluntaria– las normas jurídicas. Los destinatarios de las normas son los ciudadanos; estos tienen la obligación de comprenderlas y cumplirlas; de ahí surge la necesidad de entender el significado o sentido de las reglas de derecho. Pero tal y como se ha expresado, se requiere un proceso racional para desentrañar el sentido de las normas jurídicas visto desde la práctica y los hechos. La actividad interpretativa está ligada, en ese sentido, a la racionalidad.

Entre los problemas de la interpretación y aplicación del derecho se encuentra la vaguedad y ambigüedad de las normas jurídicas. Se advierte claramente que un individuo en particular puede hacer algo prohibido creyendo que la conducta que está ejecutando no está prohibida o no se subsume en la norma dada. De ahí que tanto para los juristas como para las demás personas, la interpretación es un paso necesario entre prescripción normativa y acto de ejecución (aplicación por parte del individuo). Otro aspecto fundamental es la limitación que tiene el legislador para abarcar todos los casos en que se aplicará la norma. Es una tarea imposible, dejándose el resto a los abogados y jueces, y por qué no, a los últimos destinatarios de las normas, que en este caso son todos los individuos integrantes de una sociedad determinada.

El legislador tiene diversas obligaciones, tales como representar su comunidad, legislar con interés en su comunidad, en la región y en el territorio nacional, así como en la creación y votación de normas que interesen a los ciudadanos. El Poder Legislativo es uno de los tres poderes del Estado, forma parte del gobierno de la nación y, por consiguiente, tiene obligaciones políticas, que debe exteriorizar en todas las normas

jurídicas de interés general. Su acto legislativo guiará la vida de toda una sociedad, e incluso de algunas personas que se encuentren de tránsito o en calidad única de residentes. La norma no solo debe ser justa y equitativa para los habitantes del territorio nacional, sino que tiene también que enfocar una cierta reciprocidad civil o moral, visualizándose la aplicación global del derecho nacional. El legislador es un intérprete obligado de las normas jurídicas existentes; en una gran proporción, el legislador no es un profesional del derecho; no es un estudioso de la teoría y filosofía del derecho.

Al abogado no se le perdona su desconocimiento de las técnicas, métodos y principios de interpretación aplicados al derecho. El dominio de estos mecanismos le dará un mejor campo de acción, en el quehacer jurídico. La dogmática jurídica va creciendo, no tanto por el aporte sistemático de los jueces, como por la dedicación de los abogados que llevan los casos ante los tribunales, y que luego son admitidos o rechazados por los jueces. La actividad constante del abogado, en la búsqueda de soluciones jurídicas, obliga a los demás actores del sistema jurídico –en especial a los jueces– a adoptar ciertas posiciones, respecto de determinadas normas existentes, por lo que la interpretación que haga el abogado impulsa las demás interpretaciones posibles de los distintos actores.

Así que el juez será, en el orden primario de la actividad interpretativa, quien dará lo que se conoce como ‘el último sentido de la norma’ o ‘la última palabra’; este aspecto es criticable, ya que si el juez da la última visión del derecho (su interpretación y aplicación), entonces el sistema sería estático o poco cambiante. Convendría considerar si el destinatario de la norma o el juez –en las corrientes realistas– es el último intérprete de la norma jurídica. Para dicha corriente, quien decide de último tiene mayor capacidad para la interpretación de las normas jurídicas (por capacidad entendemos aquí el acto de dar sentido a las normas y a los hechos jurídicos con el mayor grado de certeza y racionalidad. Los motivos que conducen al juez a dictar una sentencia con probabilidad no son los mismos motivos que mueven a las partes que acuden al tribunal en busca de esa solución judicial. El motivo personal mueve la interpretación. El motivo constituye,

en materia de interpretación jurídica, la guía en busca del desentrañamiento del sentido de las normas y hechos jurídicos.

Chacin Fuenmayor (2013) advierte que "La actividad interpretativa constituye un proceso de vital importancia en el desenvolvimiento del derecho que permite la realización práctica del mismo, es decir, la aplicación de la norma jurídica general a la experiencia real y concreta". No es posible aplicar el derecho sin antes pasar por el proceso interpretativo. La aplicación estricta de la norma conlleva un grado mínimo de interpretación, máxime si se quiere cumplir o hacer cumplir textualmente lo que establece la ley.

Al momento de aplicar el derecho, se ha cuestionado si existe una respuesta correcta o una mejor respuesta con preferencia a las otras posibles interpretaciones, con la que se puedan eliminar la indeterminación de lo jurídico. Aquí aparece la tesis de Ronald Dworkin, quien afirma que lejos de optar por un escepticismo respecto a la corrección de la respuesta dada mediante interpretación y aplicación judicial del derecho, es posible llegar a ella a través de los principios. En tanto que el derecho viene a regular la vida de las personas en sociedad, podría simplemente relacionarse el interés comunitario para así crear esa fórmula general; pero esa salida no ha sido respaldada por los juristas no realistas. El criterio mayoritario no siempre estará ligado a la verdad, a la verdad jurídica, al sentido de justicia; es por esta razón que José Alberto Cruceta afirma que los jueces no deben rendirse ante el interés público del momento (Cruceta, 2004). El interés público es mediático, circunstancial y no contribuye a la ciencia jurídica ni al desarrollo jurídico-institucional de un Estado.

Las normas jurídicas se utilizan como fundamento de las acciones humanas; las acciones se analizan antes o después de realizarse. Las normas también se utilizan como parámetros de lo que es justo y útil. Las normas jurídicas constituyen un cuerpo de verdades cuasi infalibles que guían la conducta humana. En tanto que la verdad y el conocimiento de lo jurídico se relacionan estrechamente, al grado que si no se puede

acceder al conocimiento pleno de lo 'legal', tampoco se puede acceder a la verdad jurídica plena. La realidad jurídica solo es posible a partir de la posibilidad de conocimiento de la realidad general. También depende de si el conocimiento jurídico es práctico o teórico, es decir, si se hace referencia a problemas teóricos o prácticos. El jurista se enfrenta a ambas clases de problemas en la interpretación y aplicación del derecho. De su lado Mora Restrepo afirma que el bien es el que determina el fin en el derecho, por lo que los medios no justifican el fin, sino a la inversa. Las interpretaciones adecuadas van de la mano de los fines del derecho; por tanto, un buen argumento si se aparta del orden social, del bienestar de la colectividad, entonces tiene que ser desechado por los intérpretes y aplicadores de las normas jurídicas.

Rodolfo Arango aboga por las teorías semánticas del derecho, siguiendo la proposición de Dworkin, en las que el derecho y su contenido resulta evidente; las disputas de los juristas se reducen a desacuerdos teóricos sobre los conceptos utilizados, constituyendo dichos desacuerdos en pseudodisputas (Arango, 2004). Arango sostiene la posición Dworkin, respecto a la insuficiencia de dichas disputas, propugna porque solo deberían servir para interpretar una parte del problema, en el ámbito histórico, incluyendo elementos evaluativos en adición a los descriptivos, propios de las teorías semánticas, entre las que se encuentran el positivismo, iusnaturalismo y el realismo jurídico.

Las normas jurídicas guardan una relación unas con otras. La constitución política es una norma; es la de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico de un Estado; como norma pasa por un proceso de formulación, aprobación y promulgación. La formulación de la norma constitucional es el procedimiento intelectual por el cual una idea se exterioriza públicamente por su autor, asentándola en un texto normativo (Badeni, 2006a). Este procedimiento se aplica a todo tipo de norma, ya que cualquier norma va de una fase interna del autor a una fase externa de discusión y aprobación, llegando a su positivización.

Gregorio Badeni establece que para la formación de la norma constitucional, se deben observar los siguientes elementos: a) finalidad, b) prudencia política, c) realismo, d) tradiciones y costumbres, e) estabilidad, f) flexibilidad, g) generalidad, h) lenguaje común, i) claridad y concisión (Badeni, 2006b). Las normas son instrumentos utilizados por el gobierno para el mantenimiento del orden interno; éstas contienen un fin en sí mismas.

Aun cuando se esté inmerso en un sistema dominado por el formalismo jurídico, resulta peligroso la realización de una interpretación literal sin considerar los sentimientos de los destinatarios de las normas, las costumbres y las tradiciones del entorno; más recientemente se adiciona la prudencia de las autoridades, tanto en la fase de creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, con el fin de obtener un resultado favorable para la sociedad; es como si la interpretación tuviese una finalidad en sí misma, se trata, de una interpretación obligatoria en la interpretación jurídica. La prudencia aquí es tenida como la capacidad de obtener información, formular juicios de conocimiento y vislumbrar una posible solución antes de llegar a expresarla. Si el derecho busca el establecimiento de la paz social, eso mismo debería buscarse y desentrañarse en el proceso de interpretación jurídica.

La estabilidad, flexibilidad y generalidad dan a las normas jurídicas la posibilidad de ser variables en el tiempo, más bien adaptables a las circunstancias del momento, mediante a la adopción de procedimientos flexibles y con un enfoque aplicativo lo más incluyente posible. Esta inclusión tiene la idea de participación ciudadana y de racionalidad, que adoptan la forma del principio de igualdad, así la interpretación deberá concretizar ese principio de igualdad, ya sea igualdad material o procesal; el respeto a la igualdad es una vía para la validación de la interpretación jurídica.

En cuanto al lenguaje, éste permite la comunicación entre las personas; si las normas están dictadas para que las personas las entiendan y obedezcan –aplicación voluntaria–, entonces el lenguaje de las normas tendría que ser el natural, utilizado por las

personas comunes, en tanto que puede ser entendido desde distintos niveles de formación académica. Un lenguaje claro y conciso será necesario para expresar en pocas palabras el contenido normativo.

Se plantea la idea de que la interpretación tendría que correr ese mismo camino, el del lenguaje común. Las observaciones que le son impuestas al legislador en la fase de creación normativa, tendrían que ser traspasadas por analogía y conveniencia, al intérprete de esas normas. El legislador debe estar apegado a la legalidad – constitucionalidad, así mismo el juez debe estar guiado por este sentido de lo constitucional y razonable. El criterio de apego a la ley en el momento de interpretarla no es suficiente para dar un sentido más o menos adecuado en el contexto en que se desenvuelva; varios factores se traspan del legislador al juez, tal y como Badeni advierte (2006), entre los que se encuentran la finalidad de la norma, la prudencia y otros elementos extrajurídicos relativos a la moral.

En la práctica los jueces, abogados y usuarios no se entienden, porque manejan lenguajes distintos. Los jueces manejan el lenguaje del derecho, que es el propio de los órganos productores de normas jurídicas, atribuible también al Poder Legislativo; el lenguaje de los juristas es el adoptado por los abogados, especialistas de un área de la ciencia y práctica jurídicas. Los usuarios de la justicia acuden al lenguaje de las normas; los juristas, en cambio, aplicando una hermenéutica práctica, adoptan un lenguaje denominado de los juristas.

Atienza (2005) cita un caso de analogía en la interpretación, que podría conducir a destinos distintos:

Pero la analogía se usa en otras ocasiones para resolver un problema de interpretación (cfr. MacCormick y Bankowski, 1989a). Por ejemplo, de acuerdo con determinada ley, el delito de incendio se agrava cuando hay una persona dentro de la vivienda. Pero, ¿qué pasa si el que está dentro es el propio autor del incendio? El abogado defensor (en el caso R. contra Arthur [1968] 1 Q. B. 810)

sostuvo (lo que fue aceptado por el juez del caso) que este supuesto debía quedar excluido, pues en una ley promulgada precisamente en el mismo año que la anterior, se castigaba la acción de causar daño a otra persona, y dicho artículo nunca se había entendido en el sentido de incluir también los supuestos en que uno se causa daño a sí mismo. Aquí, por tanto, no hay duda de cuál sea la norma aplicable, sino de cómo debe interpretarse uno de sus términos (p. 122).

Con esta analogía Atienza nos muestra que no hay soluciones jurídicas únicas, y que utilizando el mismo método, es posible llegar a soluciones distintas y hasta incompatibles. Es posible dar una interpretación adecuada del derecho en una comunidad determinada, aun cuando con el paso del tiempo esa misma conveniencia se torne inadmisibile; es una verdad absoluta para un tiempo determinado. Si el intérprete observa los parámetros anteriormente señalados por Badeni, hará posible una aplicación judicial adecuada y prudente de las normas jurídicas. La interpretación prudente no suele seguir los métodos de interpretación, sino que está más vinculada a las costumbres y tradiciones de una determinada comunidad. La prudencia como parámetro para la interpretación se aleja de la construcción de un derecho global. Hay una realidad en las sociedades culturalmente globalizadas o en proceso de mayor apertura cultural, económica, política, social y, en especial, jurídica, en las que se torna difícil o casi imposible la construcción de un derecho e interpretación globalmente aceptada. Los contextos socioeconómicos e históricos son variados, cambiantes y hasta opuestos.

El objeto de la interpretación no es un hecho físico, sino una representación, una forma de expresar ese objeto a través del lenguaje (Ramírez Aissa, 1998). Ramírez Aissa considera que interpretar y crear operan en el mismo ámbito de cosas, son sinónimos. Allí el intérprete presta atención no solo a lo externo sino que incluye lo interior, pasando de lo subjetivo, dado por la experiencia previa del intérprete, a la exteriorización de lo interpretado.

En todo acto humano hay un grado de mayor o menor subjetividad. La interpretación es un acto humano intencional. Ya sea en la fase interna o externa de la

interpretación, anteriormente señaladas como precognitiva y cognitiva, se configura un alto grado de subjetividad que podrían encontrar validez en diversas circunstancias; podría hablarse de la validez de la interpretación, llegando a un consenso o admisión relativa de cierta verdad.

Conviene preguntarse ¿existen interpretaciones falsas? Para algunos, es posible plantear una interpretación falsa. Otros, en cambio, consideran que toda interpretación tendrá una diferencia de grado, pero todas tendrán algún sentido utilitario. El análisis de la falsedad o no de una interpretación trae consigo el tratamiento sobre lo erróneo y lo indebido. En la teoría del derecho procesal han sido diferenciadas ambas expresiones. Se está en el terreno de la interpretación errónea de la norma sí y solo sí el tribunal –refiriéndose a la interpretación judicial casacional– escoge entre posibles sentidos, uno que no es adecuado para el caso en concreto (Pico Mantilla, 2006); lo adecuado se refiere al espíritu de la norma, lo que antes ya se ha hecho referencia como el espíritu del legislador.

Admitir que una interpretación es falsa, implica afirmar que hay interpretaciones correctas; nos atrevemos a afirmar que una interpretación correcta tiene que ser acorde con el ordenamiento jurídico existente, y especialmente, con la Carta Magna. La interpretación falsa es contraria al sentido de la norma misma, basado en “X” se obtiene un resultado “Opuesto a X”. La admisión de un sentido verdadero nos muestra que aunque existan varias interpretaciones admisibles, hay otras que son totalmente incompatibles con el sistema jurídico.

La aplicación indebida es definida, en el derecho procesal, en los siguientes sentidos: a) se le da un sentido a la norma que no aplica al caso en concreto, b) si la norma utilizada se ha interpretado adecuadamente pero no aplica al caso particular; c) el sentido interpretado ha sido excesivo, desnaturalizando la aplicación de la norma (Pico Mantilla, 2006, p. 75). Las nociones de interpretación errónea –*escogencia de una solución no adecuada*– e interpretación indebida –*utilizada para un caso que no aplica*–

no responden a la pregunta de si existe una interpretación falsa. La tesis de la mejor respuesta de Dworkin tampoco soluciona el caso, ya que tratándose de un modelo puro de principios, la interpretación tiene una textura muy abierta, y admite cierta ideología por parte del juzgador (en el caso de la interpretación judicial).

Los juristas intentan aportar nuevas formas de explicar el fenómeno jurídico. Las nuevas formas no deberían apartarse rotundamente de la tradición histórica-jurídica, sino valerse ella para ampliar el edificio jurídico, lo que obliga a que se esclarezcan cada vez más los contextos en que se aplican las normas jurídicas existentes.

Neil MacCormick presenta cuatro problemas elementales del derecho: de relevancia, de interpretación, de prueba y de calificación. Los problemas de relevancia e interpretación giran en torno a las normas; en cambio, los problemas de prueba y calificación versan sobre los hechos o premisas fácticas (Atienza, 2004). El de relevancia se limita a la escogencia de las normas apropiadas para el caso en concreto; el de interpretación tiene que ver con el sentido dado a los términos o enunciados jurídicos previamente seleccionados. Aquí se ve el paso de la relevancia a la interpretación de los enunciados jurídicos.

El tercer aspecto apunta al problema de la prueba. Una vez superados la selección de materiales y el sentido que se le ha de otorgar en el caso en concreto, surge un tercer problema jurídico: la prueba de los hechos, la prueba de la tesis propuesta, en el cual, en la generalidad de los casos, el que reclama un hecho tiene que aportar las pruebas apropiadas y legales que sustenten sus pretensiones.

El cuarto problema surgido es el de calificación. Ya más minuciosamente un enunciado normativo escogido, con un sentido desentrañado, y con las pruebas apropiadas, sirven o no de sustento para el caso específico. Aquí se ponen de frente el supuesto jurídico con el hecho dado.

De los cuatro problemas propuestos en la filosofía del Derecho se destaca con mayor dedicación el de la interpretación. Estos problemas son retomados por Manuel Atienza y los sitúa junto a la discusión entre los casos fáciles y difíciles. Por tanto, conforme a la complejidad de los hechos y de las normas, hay otras cuestiones que dificultan la interpretación y aplicación del derecho. Esa diferencia entre casos fáciles y difíciles es abordada por Manuel Atienza en los siguientes términos:

Ahora bien, la justificación deductiva tiene sus presupuestos y sus límites. Un primer presupuesto es que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del Derecho válido; sin entrar en la naturaleza de dicho deber, lo que parece claro es que la justificación deductiva se produce en el contexto de razones subyacentes (cfr. Páramo, 1988) que justifican la obligación de los jueces en cuestión (por ejemplo, la certeza del Derecho, la división de poderes, etc.) y que, en ocasiones (como en el caso antes comentado) pesan más que el deber de hacer justicia (digamos, justicia en abstracto). Un segundo presupuesto es que el juez puede identificar cuáles son las reglas válidas, lo que implica aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces. Pero, además, la justificación deductiva tiene sus límites en el sentido de que la formulación de las premisas normativas o fácticas puede plantear problemas. O, dicho de otro modo, además de casos fáciles..., a los jueces se les pueden presentar también casos difíciles (Atienza, 2005, p. 111).

Por último, se propone la tradición como el elemento más importante de la interpretación, ya que conecta la realidad presente y venidera con las vivencias de una determinada sociedad. El contexto en que se realiza la actividad interpretativa es determinante. Intérprete y destinatario de la interpretación condicionan el sentido de lo

interpretado, consciente o inconscientemente. La tradición se entiende como una comunidad de interrogación (Garagalza, 2002, p. 13).

El cuarto supuesto, además, viene dado por la existencia de varias normas aplicables para el caso concreto. Kelsen no comparte la idea de la única respuesta correcta, ya que le da igual grado de validez, y por tanto, tienen el mismo valor normativo. Luego critica que exista una sola interpretación válida, es decir, una forma de manifestar el proceso de esclarecimiento o comprensión de la norma jurídica, lo que da paso a los métodos de interpretación (Kelsen, 1982).

Las teorías silogísticas reducen la interpretación al desentrañamiento del sentido de la norma jurídica, que se deriva por la sola verificación del caso y de la ley aplicable. Se observaría una proposición universal tipificada en el contenido normativo vigente, luego la proporción particular sería el caso dado en concreto; finalmente, la conclusión se deriva de la relación siempre necesaria entre las premisas mayor y menor, a saber, la relación ley–caso (Hallivis, 2012).

**La hermenéutica jurídica.** Una vez advertido que la hermenéutica se encarga de la interpretación de los textos en el ámbito jurídico, se ha configurado la hermenéutica jurídica en cuyo propósito y objetivo se enmarca el de desentrañar el significado de las normas jurídicas. La elaboración y selección de técnicas y métodos en el proceso interpretativo de las normas del Derecho corresponden a la hermenéutica jurídica.

La interpretación como proceso pasa por distintas etapas, que son: a) una preinterpretativa, b) una interpretativa y c) una postinterpretativa, etapas que son reconocidas por el jurista Ronald Dworkin en su explicación del fenómeno jurídico (Lifante Vidal, 1999). En su pretensión de explicar el fenómeno jurídico Dworkin parte del análisis de que existen desacuerdos teóricos y empíricos; los primeros se fundan en teorías y razones; los segundos, en cambio, se basan en la verificación de la realidad, con el fin de constatar si las condiciones del derecho se encuentran presentes en el hecho

dado; como si se tratara de la antigua discusión de los penalistas sobre los errores de hecho y los errores de derecho, más recientemente calificados como *error de prohibición*.

Para Dworkin los problemas que se suscitan en la teoría del derecho son desacuerdos teóricos, en la búsqueda de los materiales considerados como jurídicos. Lorena Ramírez Ludeña afirma que hay instituciones y hechos que difícilmente puedan ser objeto de controversia en cuanto y tanto al fenómeno jurídico (Ramírez Ludeña, 2012). El análisis que realiza Ramírez Ludeña sobre los desacuerdos en el derecho está fundado en el debate Hart–Dworkin. Por un lado Dworkin critica el positivismo de Hart, al advertir que los jueces no cuentan con la discrecionalidad judicial, y que en los casos difíciles la solución –interpretación y aplicación– se halla inmersa en el propio sistema jurídico, especialmente en los principios derivables de las normas jurídicas positivas.

Los desacuerdos teóricos se suscitan cuando la regla de derecho no esté expresada de forma clara; La interpretación se reduce al momento en que no haya acuerdo sobre la forma y alcance de una norma jurídica, como es el caso cuando una determinada conducta está claramente prohibida (Lifante Vidal, 1999). Los desacuerdos en Dworkin son importantes porque de allí se pasa a analizar los distintos problemas del derecho para la solución de los casos (Lifante Vidal, Tesis doctoral titulada La interpretación en la Teoría del Derecho Contemporánea, 1997).

La cuestión de polarizar los desacuerdos teóricos con los desacuerdos empíricos no queda del todo clara, al menos, para Hart en el que la regla de reconocimiento, parte de una idea admitida por una determinada sociedad (Lifante Vidal, 1999), es decir, está constituida por el acuerdo de los miembros de esa sociedad, como perteneciente a lo jurídico, por lo que, si pasa la prueba de la regla de reconocimiento, luego ya quedaría resuelto el problema de su admisión como parte del derecho.

En la etapa preterinterpretativa se analiza el objeto interpretado, ubicándolo en el horizonte de lo necesario e idóneo para pasar a una segunda etapa, la interpretativa, en la

que se toma en consideración el objeto interpretado como propio del contexto social, es decir, se otorga un sentido particular derivado del todo, buscando una finalidad, una sistematización, un sentido de lo particular adecuado a lo general.

Finalmente, en la etapa postinterpretativa, que se nutre de la etapa interpretativa, es donde se evalúan los diversos sentidos y aplicaciones que pudieron conocerse, y que válidamente pueden admitirse en el ordenamiento jurídico. De entre las posibles interpretaciones se evaluará y escogerá la más apropiada, siempre que cumpla con los estándares de ser genéticamente, sistemática y jurídicamente posible.

## **2.8 Funciones de la interpretación**

Bajo la denominación de funciones de la interpretación, Piconó Novales (1992) ha señalado la importancia que reviste la interpretación, así como los campos en que opera. Sigue la clasificación de Emilio Betti que las ha agrupado en tres: a) reproductiva o representativa, b) meramente reconocitiva y c) normativa. La función reproductiva o representativa consiste en un tipo interpretativo cuya finalidad más elevada es comunicarla. Distingue la existencia necesaria de un intérprete que comunica a otras personas una forma de representación equivalente.

La función reproductiva o representativa tiene una naturaleza dinámica, en donde el intermediario, es decir, el destinatario de la interpretación, está ahí no por mera casualidad, sino por necesidad. La función reconocitiva, o desentrañamiento del sentido para un autoconsumo, no tiene como propósito necesario la exteriorización del sentido, sino que tiene una finalidad en sí misma. El intérprete observa el texto, lo descompone y lo recompone en un nuevo texto ya interpretado. Es una labor de entendimiento y readecuación a la nueva realidad. No toma en cuenta un público para comunicar lo interpretado.

La interpretación normativa va ligada a la práctica, a la acción; cualquier sentido que se obtenga en este tipo de interpretación, servirá como soporte para la toma de decisión. Es eminentemente práctica. Se basa en los criterios comúnmente admitidos en una comunidad determinada, para orientar el sentido que se pretende expresar (Piconó Novales, 1992). La interpretación normativa se configura más claramente en la interpretación jurídica.

La voluntad del legislador ha sido sostenida como la única vía, el único método, la forma exclusiva de llegar a la correcta interpretación de las normas jurídicas; esta visión de la voluntad del legislador defendida por diversos iuspositivistas que reniegan al uso de métodos y técnicas de investigación distintas a la intención que tuvo el legislador en un momento dado, para incorporar al sistema jurídico una determinada norma. Trías Monge (2000) critica la idea de intención legislativa, como sigue:

La intención legislativa es a menudo pura fábula. En buena parte de los casos no se tuvo en mente proveer para la situación en controversia. En otros la “intención” es incierta o su aplicación produce resultados indeseables o insensatos. La teoría que albergue el juez sobre su función y sobre el método de interpretación más aceptable afectará el resultado. Aquel convencido de las bondades de atenerse por encima de toda otra consideración a la intención original de los constituyentes llegará a menudo a conclusiones distintas de las que alcance aquél que guarde mayor estima por las circunstancias sociales en que ha de aplicarse la norma (p. 11).

Como ha sido advertido en otra parte de este trabajo, si el intérprete se basa en la intención del legislador adoptaría una posición psicologista, la que es criticada por Gadamer, ya que lo que el autor del texto –jurídico– pensara en su momento ya no es relevante en la actualidad; para llegar a la comprensión no se requiere entrar a la mente del que lo pensó. La voluntad del legislador no es lo fundamental, es solo una parte que puede tomarse en cuenta. Gadamer se aleja de la posición psicologista en la interpretación decimonónica caracterizada por Dilthey y Schleiermacher. Luego de la

creación de la obra, vendrán los intérpretes, uno tras otro, a desentrañar la intención del autor, pero cada interpretación abre un campo nuevo, como si se constituyera en una obra nueva, que también es objeto de interpretación; lo propio ocurre con cualquier otro intérprete que haya realizado un trabajo pasado (Cruz, 2002, p. 226).

El legislador se vale de los métodos y teorías de la interpretación para poder ejercer sus funciones. Podría afirmarse, siguiendo a algunos autores como Plazas Vega, que el propio legislador no puede ejercer su función de creación de normas, si no entra en contacto con la interpretación misma de la Constitución y de las demás leyes (Plazas Vega, 1998). Una regla que está presente en la Carta Magna de cada país es la supremacía de la Constitución. Este principio tiene muchas implicaciones: a) superioridad de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, b) establecimiento de los principios jurídico-políticos que guían la interpretación de todas las normas del sistema jurídico.

El principio de supremacía de la Constitución deriva del principio de jerarquía de las normas el cual establece que una norma inferior carece de validez si contradice una norma superior (Álvarez Vélez et al., 2008). Esta primacía es igualmente válida para el juez como al legislador. La supremacía está presente tanto al momento de la interpretación judicial como al tiempo de la producción legislativa de normas. El legislador tiene la obligación de observar las reglas preestablecidas, para ello recurre a la interpretación de normas, ya sean de fondo o de procedimiento, de fácil o difícil comprensión. Lo que aquí se pretende indicar es que la interpretación es utilizada, por los órganos de producción del Derecho, como lo son el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional. Producen derecho porque se encargan de crear reglas que serán vinculantes para los habitantes del territorio nacional. Las decisiones del Tribunal Constitucional, conforme al ordenamiento jurídico dominicano, son vinculantes para todos los poderes públicos –y habitantes– del territorio nacional (República Dominicana, 2010, 26 de enero).

La interpretación está presente en todo momento que se esté en contacto con normas jurídicas. Así al momento de crearse una norma, modificarse otra o en una reforma constitucional, será preciso acudir a las normas existentes en el ordenamiento jurídico con la finalidad de identificar las normas a ser derogadas y las que entren en contradicción con la nueva disposición. Pero no solo se trata de prever las posibles antinomias en el sistema jurídico o de nombrar las más recientes, será preciso acogerse al procedimiento previamente establecido para la variación normativa. El sistema jurídico regula su propia modificación. Los iuspositivistas han planteado esta autorregulación más claramente al defender la tesis de que las normas válidas son aquellas que han sido adoptadas por autoridad competente y conforme al procedimiento consagrado en otras normas pertenecientes al sistema. Si bien es una postura claramente expuesta por los positivistas, lo propio ocurre en otros sistemas no positivistas, como es el caso de los sistemas religiosos, en el que cualquier modificación tiene que ser partiendo de su ideología religiosa, conforme a las formas previamente adoptadas.

El método de interpretación es una herramienta de que se vale el jurista para extraer cierto sentido a la norma jurídica. Picontó Novales (1992) se inscribe en la tesis de que para la obtención de una interpretación correcta es preciso observar ciertas reglas, a las que identificó como cánones fundamentales del entender, que no son más que presupuestos de la racionalidad del entender; las reglas a las que hay que adaptarse no son más que las propias de la racionalidad, ya sea la racionalidad práctica o cognoscitiva; en tanto la propuesta de Novales, tomada de Betti, se centra en las formas, en los cánones para llegar a un resultado interpretativo seguro (p. 248); identifica cánones relativos al sujeto y al objeto, como son la autonomía, totalidad, actualidad y adecuación p. 228). La autonomía se refiere al objeto interpretado, a las condiciones propias de lo que se interpreta, según su propia ley de formación; el intérprete se enfrenta al texto –lo interpretado– el cual tiene sus propias reglas de interpretación. La totalidad, conforme Betti, tiene la característica y sentido de cada una de las partes que la componen, formándose un diálogo entre las distintas partes del objeto interpretado, la totalidad y las

personas que intervienen en su interpretación. Tanto la autonomía como la totalidad son relativas al objeto interpretado (p. 229).

En cuanto al sujeto, se identifican la actualidad y la adecuación. La actualidad viene dada por la intervención del intérprete, quien deberá recorrer en su adentro toda una serie de pasos, para lograr entender y así formarse su propio juicio. La adecuación, en cambio, le brinda el límite a la subjetividad, de modo que la propia realidad del intérprete se alinearán con los aspectos que deriven del mismo objeto (p. 229).

La propuesta de Betti se puede catalogar de procedimentalista y afirma que las pautas seguidas (en cuanto a objeto y sujeto) aseguran que se llegará al resultado deseado. Apunta a una interpretación precisa y con el mayor grado de credibilidad si se acatan las pautas sugeridas. Podría compararse la posición de Betti con la Dworkin en el sentido de situar una respuesta adecuada, o la más adecuada, aunque encuentren puntos de conflicto, en tanto que Betti halla una respuesta adecuada, Dworkin considera más de una posible y adecuada, pero advirtiendo que entre las posibles, siempre habrá una respuesta correcta.

La racionalidad y la objetividad son alcanzables, ‘solo se requiere un método que te conduzca a ellas’ es la posición de Betti, conforme a la lectura que le hace Picontó Novales (1992); de su lado Gadamer considera que no se detecta la verdad por el solo empleo de un método, sino en una vinculación entre texto e intérprete cuya relación es más claramente identificable en la teología que en el Derecho. En Gadamer la interpretación más adecuada se extraería no del método en sí mismo, sino de la experiencia del intérprete frente al texto objeto de interpretación. El método no es una fórmula química o matemática cuyo empleo garantiza un resultado adecuado.

En sentido estricto, podría afirmarse que la interpretación tiene las siguientes finalidades (Hallivis Pelayo, 2012):

- a) Sirve como enlace necesario entre norma jurídica y hechos (realidad).

- b) Funge como paso previo a la aplicación de la norma jurídica.
- c) Mantiene viva la norma jurídica, con la labor de adaptar las normas a los hechos (actualización).
- d) Hace entendible (hasta aplicable) las normas jurídicas, ya sea que se trate de normas de simple comprensión y aplicación; como aquellas un tanto más complejas.

## **2.9 Métodos de interpretación jurídica**

El método de interpretación es una herramienta que ayuda al jurista a encontrar el sentido de la norma, y por tanto, darle solución a la dificultad interpretativa. En un ordenamiento jurídico determinado, aunque no sea usual, es posible hallar propuestas de utilización de métodos específicos de interpretación jurídica. Si esta dificultad se proyecta hacia el mundo global, el resultado estaría plegado de incertidumbre y diversos cuestionamientos racionales.

El derecho se vale de los métodos para el estudio de su objeto de estudio. Estos métodos son: exegético, sistemático, de las construcciones jurídicas, dialéctico e histórico. El método exegético analiza las palabras dentro de una norma, especialmente hurgando en su origen etimológico, para finalmente hallar el significado original que le dio su autor; es casuístico y aboga por la creación de tantas normas como casos posibles. El método sistemático propugnaba la agrupación de las normas afines en instituciones jurídicas. El método de las construcciones jurídicas busca la construcción de instituciones jurídicas, pero a partir de la rama del derecho a la que pertenezcan, sus principios y reglas generales. El método dialéctico contrapuso el contenido de la norma con la realidad; la tesis es la norma, la antítesis es el hecho o realidad y la síntesis resulta del análisis y perfeccionamiento de las dos primeras partes (Quisbert, 2011).

Gregorio Badeni propone que los métodos de interpretación en el derecho se apliquen a la interpretación constitucional, pero por la inestabilidad y la amplitud de métodos utilizados en el derecho y para asegurar unos fines específicos, los doctrinarios de esta área del derecho han propuesto unos métodos específicos (Badeni, 2006a). Un método de interpretación no es una prescripción médica o una fórmula matemática que brindará todas las opciones o hipótesis cierta de las cosas. No es un instrumento mecánico, sino vivo, que brinda técnicas y formas para obtener cierto resultado, en este caso, un sentido adecuado de lo interpretado.

Siguiendo la proposición de Betegón Carrillo y otros, entre los métodos de interpretación aplicados en el derecho, se citan: a) la interpretación gramatical o filológica, en la que el derecho se explica con el lenguaje natural, aunque las propias palabras en el lenguaje natural pueden gozar de ambigüedad; b) la interpretación sistemática, que observa el derecho como un sistema ordenado, dotado de principios y valores que el intérprete no puede pasar por alto sin corromper el sistema; c) la interpretación histórica, cuya única misión consiste en conservar el sentido ya dado por el ordenamiento jurídico a las palabras, así no hay creación de sentidos nuevos, a menos que se especifique claramente (Betegón et al., 1997).

Otros, en cambio, proponen como métodos de interpretación del derecho los siguientes: d) el método sociológico, que adapta el sentido de la expresión jurídica al cambio social más reciente; e) el método teleológico, que verifica el fin de la norma específica o en su conjunto; f) método analógico, basado en extender el caso a otro semejante o extender su interpretación para cubrir el vacío de ley.

Finalmente, junto a los métodos se proponen unas técnicas argumentativas o tipos de argumentos, entre ellos: el *a contrario* deduciendo, por suplemento, los casos en que no se aplica la ley en cuestión, *a fortiori*, es una especie de analogía, pero con una valoración de merecimiento y justicia, *psicológico*, acorde con la intención de quien creó

la norma jurídica y *de autoridad*, respetando el precedente y el sentido ya dado a la regla de derecho.

Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona (2003, p. 78) han establecido que solo en el derecho positivo podrían considerarse unos métodos de interpretación específicos, preestablecidos, para obtener el verdadero sentido de las normas. Sin embargo, afirman que ningún método de interpretación podría determinar cuál de los distintos significados lingüísticos es el correcto. No existe fórmula secreta ni método ideal para interpretar normas jurídicas; es necesario, por tanto, que el intérprete seleccione un método de interpretación conforme al contexto de la interpretación y a su propia experiencia. Los indicados autores continúan señalando que los métodos de interpretación conducen a diversos sentidos de la norma jurídica dada, pero no sirven para identificar el sentido único y correcto de la regla de Derecho (p. 53). Estos autores no dejan de reconocer la importancia que tiene la aplicación de los métodos de interpretación, pero resaltan sus límites de crear y encontrar la respuesta única.

Al tenor de la definición de Hallivis Pelayo (2012), la interpretación:

Es la labor ineludible, espontánea o deliberada, que realiza el intérprete para, según el método que suscriba y la técnica que utilice, explicar, descubrir, decidir o atribuir el sentido o directiva de los textos normativos y, en su caso, determinar sus posibles consecuencias jurídicas, para, posteriormente, y justificando el resultado o producto de su labor interpretativa, poderlo exponer, traducir, revelar y/o aplicar, en su caso (p. XIII).

El significado dado a una norma jurídica debe ser acorde al sistema jurídico en el que se realiza, es a lo que se ha denominado integración. Una interpretación que no guarde relación con el sistema jurídico puede fácilmente ser considerada como apócrifa. Una norma se interpreta conforme al contexto no solo de ella misma, sino de todo el ordenamiento jurídico. Esta integración se subclasifica en: autointegración y heterointegración. Cuando la fuerza de integración la brinda el texto interpretado, la labor

del intérprete se reducirá al uso de la analogía. En cambio, si es preciso acudir a los valores y principios del sistema jurídico, entonces se estaría frente a una heterointegración. En ambos casos, tanto en la autointegración como en la heterointegración trazan unos límites, o al menos, unas pautas al intérprete de la norma jurídica, límites que no puede ignorar ni traspasar de forma pacífica. Desde el propio texto no siempre se halla su sentido. La integración normativa no es suficiente para resolver los problemas de sentido de las normas jurídicas. Es necesario proceder a una construcción de sentido, en el desentrañamiento del objeto interpretado. Allí se está en el terreno de la construcción normativa. El intérprete construye, es decir, descubre y explica la intención que ha tenido el autor de la norma.

Según el procedimiento, la interpretación es considerada como literal, extensiva y restrictiva; en cambio, dependiendo de la persona que la realiza, se clasifican en auténtica, judicial y doctrinaria. La interpretación literal es un tanto gramatical, busca el significado de las palabras utilizadas en la norma. Es útil, sí y solo sí, la norma es inequívoca. En la extensiva, la interpretación se aplica a casos no previstos por la norma jurídica, pero que se consideran incluidos por ella. La interpretación restrictiva es aplicada de forma específica y única al caso previsto en el texto normativo.

Para Kelsen los métodos de interpretación no tienen preferencia uno sobre el otro. La fórmula matemático-jurídica no ha sido ni creada ni sugerida para la jurisprudencia, la teoría del derecho o la ciencia del derecho. La superación del conflicto existente entre voluntad y expresión no ha sido posible. El sentido literal –lingüístico– o la intención del legislador –voluntad– entran en conflicto y cualquier aplicación de método interpretativo puede conducir a una respuesta aceptable, conforme al sistema jurídico, pero no a la misma respuesta o a la mejor única respuesta existente en el sistema.

El método opera en el ámbito procedimental, en tanto brinda una serie de pasos para llegar a un destino; es el camino a través del cual se llega a un resultado. Diversas son las clasificaciones de los métodos de interpretación, estos han sido asociados también a los

enfoques interpretativos, a continuación se recogen los principales (Chacin Fuenmayor, 2013):

***Interpretación formal***, se basa en elementos lógico-formales y en la subsunción de los hechos en la norma jurídica; en este enfoque se da privilegio a las normas jurídicas para no desbordarse por un camino hacia la ética o filosofía. Hallivis Pelayo (2012, p. 25) considera a este tipo de interpretación como lógica, la cual cubre tanto el origen como el contenido material de las normas y sus relaciones lógicas.

***Interpretación material***, viene dada de acuerdo al efecto que tiene la interpretación en el plano social, por lo que se consideran tres áreas fundamentales que son: la sociológica, la política y la axiológica.

***El originalismo*** también conocido como interpretativismo, tiene una alta incidencia la intención del legislador, en varias dimensiones, por tanto, al momento de dar la interpretación de la norma, será preciso seguir la intención del legislador. El originalismo es una corriente estadounidense de interpretación constitucional que busca el intento original –*original intent*– del constituyente original; es muy cercana a la teoría del significado original que desentraña el significado de la Constitución a partir de lo textualmente expresado. El *original intent* (intencionalismo) y significado original (textualismo) traen consigo enfoques de la interpretación vinculados al positivismo jurídico, tratado en el capítulo I de esta investigación.

***El no interpretativismo***, extiende la interpretación no a la letra o intención de la norma; va más allá, admitiendo que otros enunciados son parte del ordenamiento jurídico, aunque no estén plasmados directamente en las normas jurídicas.

***Interpretación sistemática***, todo sentido de la norma jurídica tiene que ir acorde a las demás normas y sus respectivas interpretaciones. El ordenamiento jurídico se presenta como un sistema dotado de unidad y coherencia. Hallivis Pelayo (2012, p. 25) tiene la idea de que esta interpretación toma en consideración la unidad que existe entre las

instituciones y reglas jurídicas, al momento de desentrañar el significado de una norma jurídica dada. Es un tipo de interpretación legal y coherente con el resto del sistema jurídico.

***Interpretación evolutiva***, la sociedad va avanzando más rápido que el sistema jurídico; los hechos son más novedosos que las normas aprobadas por los órganos productores de Derecho; es por tal razón que se requiere la adecuación de la norma a la actualidad. La interpretación evolutiva es progresiva, avanza con la sociedad y las facultades de sus intérpretes. Si se quiere hallar, en caso de buscarse la voluntad del legislador, no se buscaría la que históricamente hubiese sido la adecuada, sino que sería preciso situar al legislador histórico en el tiempo presente y preguntarle – hipotéticamente– qué haría en tal situación en la que se aprobó la norma, pero con las condiciones actuales, con causas notoriamente diferentes a las que generó la norma.

***Interpretación mutativa***, que propugna un cambio de curso de la interpretación tradicional, en el ámbito que fuere, ya sea movida por las propias motivaciones del intérprete o que se reconoce su necesidad por los cambios sociales.

***Interpretación pragmática***, se basa en que al momento de realizar la interpretación y desentrañar el sentido de la norma, es conveniente la verificación de los fines de la misma, para la realización de una aplicación efectiva. Tanto la interpretación como la aplicación se suelen confundir en este método.

***Interpretación histórica***, ningún sentido de la norma podrá darse si no se tiene la idiosincrasia del pueblo en el que se aplique. El contexto global tiene su importancia, pero lo dominante es la cultura propia del entorno; el significado que pueda extraerse de una norma no puede venir por adaptación o importancia de reglas extranjeras; lo definitorio se encuentra en la historia. Hallivis Pelayo (2012, p. 25) afirma que esta interpretación permite obtener el espíritu de la ley, como si fuese una fotografía del momento y lugar en que fue dictada la norma.

***Interpretación semántica***, defiende la determinación del significado de las palabras que componen la norma, por el uso común; el análisis semántico determinará, finalmente, el significado general del enunciado normativo. Lo técnico se relega a un segundo lugar, si no se tiene una adecuada interpretación. Por su parte, Hallivis Pelayo (2012, p. 25) agrega la interpretación gramatical, como aquella que se ocupa únicamente del lenguaje utilizado en las leyes.

***Interpretación teleológica***, en ella se busca un fin, en cada caso. Esta búsqueda del sentido de la norma tiene alta relación con la interpretación sistemática; pero, la teleológica puede tener un fin en sí misma, en cambio, la sistemática, no solo se detiene en la norma en cuestión, en su fin individualista, sino que mira hacia el resto del ordenamiento jurídico, como si se tratara de un vagón de un largo tren, cuya velocidad y tamaño guardara relación con los demás vagones del tren.

***Interpretación realista***, en esta hay un enfoque interpretativo en el que el juzgador observará la realidad misma para darle sentido a la norma. Las necesidades y avances de la sociedad son tomados en cuenta.

Pelayo propone, además, otras tipologías de la interpretación, como son la interpretación objetiva y la subjetiva (2012, p. 70):

***Interpretación subjetiva***, está enmarcada en la intención del que ha producido la norma objeto de interpretación; suele manifestar en los mismos términos y condiciones que la interpretación auténtica; está centrada en un aspecto político estatal, en la intención del legislador al momento de dictar las normas; al revelarse la idea del creador de la norma, entonces ya se tendría su sentido adecuado.

***Interpretación objetiva***, se configura en la interpretación estricta de la norma que no puede buscarse en lo que pensó el legislador –o creador de la norma– en su momento, sino que la labor de la norma es reglar la vida de las personas en una sociedad y, por tanto, no hay que buscar en el interior del creador de la norma jurídica.

## **2.10 Intérpretes y orden de interpretación**

Toda interpretación encierra la ideología del intérprete. Ese intérprete es una persona física (abogado, juez, ciudadano), aunque de forma más general y extensiva se le atribuye el resultado de la interpretación al órgano al que pertenece el intérprete (tribunal de primera instancia, de apelación, corte de casación, entre otros). La interpretación es un producto intelectual, en consecuencia, solo las personas físicas son las que realizan esa actividad de desentrañamiento de sentidos. Cada intérprete tiene su propio enfoque y forma de explicar lo que ha comprendido.

El derecho está compuesto por una lucha de intérpretes y de interpretaciones; cada quien desde su óptica exteriorizará lo comprendido, aun en contradicción con otras interpretaciones, ya se produzca una contradicción propia o frente a los demás intérpretes. Cada cual se siente con capacidad mínima para realizar una interpretación jurídica aceptable. Cada abogado, juez o doctrinario se siente en condiciones de ofrecer una respuesta respecto al objeto interpretado. Es en este contexto que se desarrolla la tesis de la mejor respuesta dworkineana. Al momento de señalar la respuesta correcta en el proceso de interpretación, se cae en un vacío. No se puede obtener, mediante interpretación jurídica, la única sentencia correcta en el marco de la ley aplicable (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2003).

Son intérpretes del derecho, tanto el legislador como los jueces, juristas y hasta los particulares. El legislador tiene una limitación mayor que los demás intérpretes, puesto que únicamente entra en contacto con las normas que él mismo vota en el proceso de formación normativa; su compromiso llega hasta la correspondiente aprobación y promulgación; en cambio, el juez está siempre en contacto con las normas y tiene que aplicarlas, resolviendo cualquier tipo de antinomias que surjan en el ordenamiento jurídico.

El Poder Legislativo es el primer poder de la nación. Sus funciones y prerrogativas son tratadas en primer lugar en las constituciones de los países. Esto así porque ya sea un Estado constitucional, social o legal todos están regidos por unas normas vinculantes; corresponde, por tanto, al legislador establecer el marco de constitucionalidad o legalidad en cada Estado. Así las cosas, su compromiso solo llega hasta la aprobación de la ley o su sustitución por una nueva. Los problemas cotidianos no son solucionados por el legislador, ya que su actuación se limita a establecer los límites y alcances de los derechos, a través de las leyes; pero es el juez y los demás destinatarios de las normas que están llamados a ser los intérpretes naturales de las normas jurídicas, por encontrarse más cerca de los problemas jurídicos.

Desde el punto de vista del organismo que realiza la interpretación, podría clasificarse en propia y no propia, más bien, en auténtica y no auténtica. La auténtica la realiza la persona u órgano que creó la norma jurídica; en cambio, la no auténtica es la expresión de una segunda persona u órgano que pretende desentrañar el verdadero sentido del contenido normativo. La interpretación hecha en sentencias se clasifica en no auténtica, mientras que la que realiza el propio legislador es auténtica. Esto no es absoluto, ya que el propio tribunal puede interpretar –explicar– el alcance de su propia decisión en posteriores decisiones y, en su caso, se convertirían en interpretaciones auténticas hechas por el órgano judicial.

La interpretación pretende buscar el sentido de la ley, es decir, eso que ha pensado el legislador en el momento de elaborar y de aprobar la norma. Esta es la forma habitual de abordar la voluntad del legislador; otra forma devendría en que el intérprete suponga que el legislador está presente, en el momento de entender el problema objeto de interpretación, y lo ponga a trabajar, buscando la solución que en este momento el legislador le daría al problema propuesto. Es una forma de buscar el pensamiento del legislador, pero relativizado por las incidencias de la realidad actual.

En la interpretación auténtica se tendrá que buscar la voluntad del legislador. Esta voluntad es problemática (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2003), máxime cuando existen antinomias reales de igual jerarquía y especialidad. No hay un criterio simple para encontrar la voluntad del legislador. ¿Cuál es la intención del legislador cuando en un artículo dispone una cosa y en otro artículo, prescribe lo contrario? La ambigüedad y la vaguedad otra vez minan el terreno de la interpretación de la ley.

Toda interpretación encierra un problema. Sea más o menos de fácil solución. Las normas interpretadas no explican el criterio o método de interpretación a ser utilizado para encontrar su mejor sentido. Ni la regla jurídica objeto de interpretación ni mucho menos la ley o el propio ordenamiento jurídico proponen una fórmula especial que valide el enfoque dado por el jurista (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2003). Las posibilidades de interpretación son infinitas, así el juez al momento de valorar las argumentaciones de los abogados solo tendrá que verificar si el sentido interpretativo va de acuerdo a los valores generales del ordenamiento jurídico particular y general.

Al juez se le sitúa como último intérprete de las normas jurídicas. Esta visión del orden de los intérpretes presenta dos problemas esenciales: 1) alguien tiene que decidir sobre cierta interpretación del Derecho, pero por otro lado, 2) alguien tiene que ejecutar lo interpretado. En este último caso, el acto de ejecución, constituye una verdadera forma de interpretar –aplicar– lo interpretado por el juez. El dispositivo del fallo es para acatarse, pero antes hay que entenderlo. Las limitaciones del entendimiento y de la interpretación se consagran en el proceso de comprensión que pasa de la ignorancia al conocimiento. Cada interpretación pretende superar esa ignorancia (Palencia–Roth, s/f). Se parte de la experiencia previa, de la historia y del contexto mismo del intérprete.

Respecto de la jerarquía de los intérpretes, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, existe una jerarquía de los órganos instituidos, llamados a dar ciertas interpretaciones de las normas jurídicas, ya sea como función de casación o interpretación constitucional. Esto así por la importancia que reviste en el Estado de

derecho el hecho de que haya una libertad de interpretación, pero con cierto control de los valores y principios constitucionales. En el Estado de derecho priman las reglas jurídicas, lo legal –constitucional– mide el alcance de lo permitido y lo prohibido. Gustavo Zagrebelsky (2008) expone:

En el siglo XIX es el siglo del “Estado de derecho o, según la expresión alemana, del *Rechtsstaat*. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de derecho, o “Estado bajo el régimen de derecho” se distingue de *Machtstaat* o “Estado bajo el régimen de fuerza”, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del *Polizeistaat*, el “Estado bajo el régimen de policía”, es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII (p. 21).

Finalmente, conviene entender que el propio Dworkin se pregunta ¿qué es el Derecho para los propios intérpretes? (Arango, 2004). Por tanto, la explicación de qué es el Derecho y de sus distintas proposiciones normativas servirán de base para entender cuál o cuáles son las interpretaciones más acordes con el Derecho.

La interpretación jurisprudencial es el resultado del proceso interpretativo realizado por los jueces; puede ser calificada como mecánica, libre o experimental. Mecánica, concibiendo al juez como boca de la ley y atado a un denominado principio de legalidad, el juez solo debe depender de la ley, cualquier razón fundada en más que la ley, es una corrupción del espíritu del legislador; una interpretación judicial libre, si se le concede al juez esa facultad creadora de Derecho. La interpretación realista conlleva la determinación del sentido con los valores sociales, que los asienta como altamente variables.

Mauricio Plazas (1998, p. XI) en una crítica a la posición formalista de Montesquieu, afirma que ni los jueces ni los agentes u operadores del Derecho son instrumentos inanimados, de los que se vale la ley para expresarse. Continúa afirmando

que tampoco la sentencia puede ser tenida como el silogismo propuesto por Beccaria. Ya no se trata de la interpretación única de las normas, sino también de los hechos dados.

## **2.11 El razonamiento judicial**

El razonamiento es visto como una facultad que lleva a interrelacionar los hechos y normas a través de la ponderación de los mismos. Este razonamiento se exterioriza por medio del lenguaje. El impacto que tienen las decisiones judiciales es significativo. Su contenido ideológico abarca a las distintas partes del proceso, pero, además, a los abogados, a los observadores, a sus familiares y a la sociedad en sentido general; impactando positiva o negativamente a personas que no han intervenido en un proceso judicial.

Las personas llegan a ser afectadas por determinadas interpretaciones judiciales dadas a las normas o a los hechos presentados. Las interpretaciones en el derecho no son pacíficas. Ese desentrañamiento de sentido provoca en el mundo diversos cambios. Las decisiones judiciales se dedican a traducir y aplicar el sentido de la ley a los casos en concreto (Arango, 2004).

Dworkin afirma la existencia de casos fáciles y casos difíciles. En aquellos supuestos en que el juicio se resuelve con la aplicación deductiva determinada estaríamos frente a un caso fácil. En los difíciles el juez tendrá que valerse de unos factores superiores, a los que ha denominado principios (Cruceta, 2004). Aunque se puede ver a Dworkin como un neopositivista, Arango lo considera en la categoría de una teoría jurídica liberal y progresista, que defiende el interés individual frente al colectivo (Arango, 2004).

Dworkin (2002) expresa que:

En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez –de acuerdo con esa teoría– tiene “discreción” para decidir el caso en uno u en otro sentido (p. 146).

La tesis propuesta por Dworkin se le ha considerado como la tesis de la única respuesta correcta en el Derecho. Esta propuesta no ha sido compartida por los realistas, en virtud de la dificultad racional y objetiva que tiene el juez para resolver los casos, específicamente los difíciles (Arango, 2004). En el ámbito judicial, la jurisprudencia sirve para identificar el procedimiento de ponderación que ha sido realizado por otros jueces, en tanto que esta forma de comprensión del razonamiento judicial ayuda a entender qué han realizado los juzgadores, a través de la historia en un contexto geográfico determinado. La interpretación judicial tendría, pues, un sentido instrumental de racionalidad en busca de la verdad.

Surge la pregunta de si la interpretación es un acto de conocimiento o un acto de voluntad (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2003). Aparentemente, la cuestión de la argumentación judicial es un tema central en el ámbito de la administración de justicia. Se entiende que el juez se legitima a través de la justificación que dé a sus fallos. En consecuencia, hay una evidente necesidad de explicación cognoscitiva, en que la sociedad, en sentido general, podrá verificar si la conclusión contenida en la sentencia es el producto de la razón y si ciertamente había justificación para fallar en el sentido en que se hizo. Respondiendo a la cuestión de la correspondencia del acto interpretativo judicial como perteneciente al acto de conocimiento o al acto de voluntad, considero que es más un acto de voluntad. El juzgador tiene la obligación de justificar sus decisiones. Si su objeto es que su decisión cause el menor impacto en el sistema judicial y en especial en los jueces de alzada que tienen la obligación de revisar sus decisiones en fase recursiva, aun así, sigue siendo un acto intencional, un acto político.

A través de la actividad interpretativa puede llegarse a la creación del Derecho y en este sentido Dworkin (2002) plantea que hay una especie de creación judicial del Derecho:

“La conocida actitud de que la adjudicación de competencia debe estar subordinada a la legislación encuentra apoyo en dos objeciones al poder creador de Derecho del juez. La primera sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición... La segunda objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho” (p. 150).

La interpretación judicial ha sido negada por diversos autores, limitando la actividad judicial a ser “solo boca de la ley”; repite lo que el legislador previamente ha aprobado. Para algunos, el razonamiento judicial se realiza a través de un silogismo (Monroy Cabra, 2006), integrado por tres elementos: 1) la ley, en calidad de la ley aplicable, 2) el caso presentado, como premisa menor y, finalmente, 3) la conclusión, que es el fallo. Es un modelo del razonamiento subsuntivo. La atribución de competencia al juez en cuanto a la interpretación de la ley es un avance en la evolución de la interpretación; ya el intérprete no solo repite o traduce la voluntad del autor del texto normativo, sino que también crea significados no pensados por el autor histórico.

Alf Ross (2005, p. 144) al respecto ha indicado que los jueces tienen un rol activo, no como un observador, sino como participantes en la construcción del Derecho vigente. Así afirma: “Tenemos que analizar, por lo tanto, la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios o reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular. Esta actividad es denominada método jurídico o, en el caso de la aplicación de Derecho formulado, interpretación...”. Mientras más inspirada esté su

interpretación política (la del jurista) por el mismo espíritu y estilo que anima el método de los tribunales, mayor será la posibilidad de que estos sean permeables a la influencia de aquellos consejos. La cuestión es que en cada interpretación judicial hay más bien una intención político–jurídica que sirve al mismo tiempo como predicción de las sucesivas soluciones de casos.

El juez como boca muda que pronuncia solo las palabras de la ley es una forma muy simplista de observar y explicar la labor judicial. De ser así, una máquina –computadora– podría sustituir las valoraciones que realice el juez. La labor del juez estaría regulada por unas fórmulas matemáticas o lenguaje de programación. Si así fuese, se le asignaría un carácter lógico–matemático a los procesos judiciales, perdiendo en consecuencia el carácter humano y valorativo presentes en todas las actividades realizadas por las personas. Las propias críticas al silogismo aristotélico y a la lógica formal han traído consigo una fuerte crisis en la idea reinante en un momento dado de la historia, de que el juez no aplica el Derecho influido por la subjetividad propia de todo intérprete.

Sin embargo, para resolver el problema de la vaguedad y de la ambigüedad de las normas jurídicas y, en ese sentido, el carácter indeterminado del Derecho, se requiere un tercero imparcial, el juez, llamado a dar unas interpretaciones que podrían ser objetivas o subjetivas, dependiendo de la sociedad y el momento histórico en que se exprese.

Monroy Cabra (2006) recoge algunos de los problemas principales en la aplicación del Derecho, que son: a) la interpretación de la ley, b) la integración del Derecho; c) los conflictos de leyes en el tiempo, d) los conflictos de leyes en el espacio.

# **CAPÍTULO III: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO**

---

Sumario: 3.1 Óptica del Juez. 3.2 Impacto socio-económico derivable de la interpretación judicial. 3.3 Subjetividad en la interpretación jurídica. 3.4 La desigualdad económica en el ámbito material y procesal. 3.5 Seguridad jurídica e interpretación judicial.

---

### **CAPÍTULO III: LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO**

La tarea hermenéutica se convierte espontáneamente en un planteamiento objetivo y aparece connotada siempre por éste. La empresa hermenéutica alcanza así un suelo firme bajo los pies. (Gadamer, 2006, p. 66).

Toda interpretación ofrece una idea y al menos un sentido del objeto interpretado. El intérprete no debe olvidar la posibilidad de que existan otras interpretaciones, otros caminos para llegar a desentrañar el sentido y su vez, distintos sentidos. Quien adopta una posición en una determinada corriente de interpretación abandona, de forma consciente o inconsciente, los demás aspectos o posibles sentidos. De ahí que la actividad interpretativa sea compleja y nos obligue a reconocer la existencia de otras vías para llegar a la aprehensión de cierta verdad.

La persona que realiza la interpretación se ve en la necesidad de adoptar un camino, de seguir unas pautas y con ello renuncia a las demás, aunque no desconozca su existencia. Sin embargo, al escoger un camino, da a entender que esa es la mejor forma de abordar el problema o la cuestión propuesta. Pero, como esa selección la realiza quien interpreta el problema, entonces, interpretación y decisión son palabras y acciones que están íntimamente relacionadas. El aspecto jurídico no se abstrae de esa realidad. Por el contrario, donde hay mayor oportunidad de ver los distintos puntos de vista de la

interpretación de un texto es en el plano jurídico. En él la pluralidad de intereses y corrientes del Derecho hacen que sus técnicos tengan siempre posiciones firmes y, muchas veces, encontradas. Los métodos y técnicas empleados siempre tienen una vasta justificación.

En este aspecto hay que considerar la formación académica del jurista, las corrientes filosóficas en las que está inscrito, la casuística que presenta el estudio de casos claves y únicos, el interés del intérprete y el objeto de la interpretación. Estos supuestos llegan a entrar en debate, en su punto cumbre, en el foro judicial. Es el escenario ideal para la discusión de argumentos, líneas argumentativas y puntos de vista.

El jurista, que puede fungir como abogado de una parte interesada o situarse en la posición del juez. Como juez evalúa los argumentos expresados por cada una de las partes involucradas en el proceso. Las razones del abogado o de los abogados tienden a ser las escogidas por los jueces para motivar sus decisiones. No se trata de argumentos distintos, por lo que cabe destacar que las grandes jurisprudencias han sido el producto del razonamiento particular del abogado que, al ser presentadas al juez, son calificadas por él como buenas y válidas y, por tanto, como dignas de ser aplicadas. No quiere decir esto que el juez no tenga una corriente de pensamiento o ideas propias, por el contrario, significa que el juez –tal y como se observa en el realismo jurídico- actúa condicionado por una serie de elementos subjetivos que el abogado no puede dejar de lado al momento de elaborar su estrategia de caso.

La interpretación judicial es compleja. La complejidad está evidenciada en los diversos casos en que la norma no es clara o los hechos no son fácilmente subsumibles en la norma. La complejidad de la interpretación judicial obliga a que los jueces sean personas dotadas de un alto nivel de formación profesional y de lógica. En el Estado constitucional se espera que los jueces ofrezcan buenas interpretaciones, capaces de pasar por algún test de lógica. Claro está, no sólo se requiere que las decisiones estén dotadas de racionalidad, se requiere además que el juez falle apegado a ciertos valores de justicia,

moralidad, conveniencia política y económica (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2003).

La apropiación de conocimientos y saberes es cada vez más creciente (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2003, p. 12). El desarrollo de todas las ciencias y su integración al derecho, especialmente a los procesos contenciosos, ha provocado que el juez no sólo domine el arte de juzgar imparcialmente, sino que no debe ignorar el desarrollo de las ciencias. El método de la sana crítica admite como forma de solución (interpretación y aplicación) de los casos y del sentido de las normas, la aplicación de los conocimientos científicos. La globalización y la tecnología de la información hacen que la interpretación judicial sea aún más imprecisa, susceptible de incurrir en graves errores, por el gran volumen de información y de normas jurídicas que ahora tienen que ser acatadas.

En primer término se aborda la visión de la interpretación a partir de la función judicial. El juez es una persona llamada a entender todas las normas jurídicas, sean fáciles o de difícil comprensión. Ya desde la Revolución Francesa se admitía que el juez tiene la obligación de decidir –aplicar las normas– sin que pueda alegar ignorancia o insuficiencia normativas. En el Código Napoleónico de 1804 se plasmó lo siguiente: “Art. 4.– El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”. La anterior disposición fue adoptada por el Código Civil dominicano (República Dominicana, 1884a). En este capítulo se analiza la óptica del juez, luego el impacto económico de sus decisiones, para así abordar la subjetividad del intérprete, la multiculturalidad y pluralidad de intereses como problemas frecuentes en la interpretación y aplicación del derecho. Todo esto desemboca en un problema de seguridad jurídica.

### 3.1 Óptica del juez

La figura del juez es central en la interpretación del derecho. A los filósofos y teóricos del derecho les queda muy claro que el derecho no discurre por un camino estable y unívoco; la actividad interpretativa es tan conflictiva que precisamente se invoca la figura de un tercero imparcial que pueda ofrecer mejores o mayores razones que las ofrecidas por los abogados y demás usuarios de la justicia.

La máxima o principio *in claris non fit interpretatio* evoca, a fin de cuentas, que no es imprescindible la figura del juez; si todas las personas comparten las mismas ideas respecto de una norma o hecho jurídico, y todos encuentran claridad en el sentido que una norma tenga que aplicarse, entonces sobraría la figura del juez; no es necesaria la participación de un tercero que venga a reafirmar lo que todos ya saben de antelación. No sucede así en la práctica. Cada quien sostiene la interpretación que sea más acorde con sus pretensiones e intereses. Ya la interpretación del derecho se convierte en una lucha de intereses, en un afán por establecer las razones dominantes, por lo que a mayores intereses envueltos, mayor impacto tendrá en el sentido en que deba interpretarse las normas jurídicas.

El tema de la interpretación del derecho es abordado como un problema metódico presente en todo momento. Su alcance va más allá de la sola interpretación o desentrañamiento del sentido adecuado de las normas y de los hechos; abarca también la aplicación de la norma que se convierte en una traducción al caso específico; la norma jurídica constituiría una premisa mayor en un razonamiento (Betegón et al., 1997). La interpretación sirve para explicar las razones del comportamiento de las personas – razones de los hechos– y, en el ámbito judicial, para justificar las decisiones, por lo que la interpretación, la justificación y la argumentación estarían, en ese contexto, estrechamente vinculadas.

En ciertas ocasiones son utilizadas en forma análoga la interpretación y la justificación, y estas dos con la argumentación. Si se parte de la idea de que la

interpretación consiste en dar sentido práctico a la norma, con la finalidad de encontrar una solución a un caso específico, se entendería que se está justificando la solución del caso, y en ese devenir justificativo, se estarían dando razones sólidas a favor o en contra de una determinada postura. En la práctica esto es lo que sucede. Se utilizan la justificación, interpretación y argumentación de formas análogas, sin llegar a comprender las fronteras entre ellas.

Tradicionalmente se le da un tratamiento análogo a estos conceptos, sugiriéndose que se trata de una misma actividad, pero en realidad distan mucho de ser equivalentes. La interpretación se sitúa en la necesidad de encontrar un sentido a la norma jurídica; la forma ampliada o resumida de ver un contenido normativo no es por sí sola una justificación o argumento. Luego, es posible incurrir en algún vicio de argumentación en presencia de técnicas y métodos de interpretación. Una buena interpretación no tiene que estar precedida de una buena argumentación. La mayoría de las veces la interpretación judicial se sitúa más próxima al terreno de la interpretación-explicación. No basta con que el juez dé su idea de cómo debe ser interpretada o aplicada una norma jurídica, es preciso, que su interpretación sea detallada y permita que cualquier otra persona pueda llegar a igual conclusión, si considera los elementos utilizados por dicho intérprete –el juez–.

La explicación discurre en el sentido de dar a conocer la causa o motivo de algo (Vox, 2007); así una explicación se produce con la interpretación del hecho o norma, cuya previa comprensión no es clara. En cambio, la argumentación pretende dar razones que justifiquen una determinada postura, en cuanto al hecho o norma. Podría hacerse referencia a la tesis del observador y del participante, sostenida por Robert Alexy (1997) en relación a la postura que se toma frente a las normas y los hechos.

También surge confusión entre argumentar y justificar. No siempre la norma o el hecho quedan justificados en una sentencia judicial, pero sí se pueden ofrecer razones, que den mayor claridad del porqué se ha llegado a una determinada postura en la

comprensión del hecho o del derecho. Arribar a una determinada conclusión, por unas razones dadas, es explicar el problema; en caso de que se niegue cierto juicio y se defienda una postura, se encuentra en el terreno de la justificación. Interpretaciones distintas pueden estar dotadas de justificaciones adecuadas, en cambio, esas interpretaciones puede que sean consideradas incompatibles. No siempre un argumento justifica una postura determinada. La interpretación bien podría estar lejos de la justificación y de la argumentación de las normas y de los hechos. Lo cierto es que el juez utiliza tanto la justificación, la interpretación y la argumentación en el dictado de sus decisiones, aspectos que serán analizados conjuntamente con el razonamiento judicial. Al igual que el juez, el abogado acude a los mismos métodos y técnicas para proponer una respuesta que le sea favorable.

La decisión judicial juega un rol fundamental en el Estado actual. El derecho objetivo regula la vida de las personas en determinado territorio, pero en el diario vivir se observan multitud de conflictos, se estima que a mayor número de habitantes mayor número de conflictos, todos los cuales el derecho regula y pretende dar solución. La solución está vinculada a los mecanismos de solución de conflictos; ya sea por la participación única de los involucrados en el conflicto o a la presencia de un tercero acordado por los participantes o por el propio Estado.

Si la decisión judicial tiene tanta importancia en el Estado moderno, entonces el razonamiento que utilizan los jueces es objeto de estudio de los juristas y no juristas. La forma en que se construye el razonamiento judicial en las sentencias sugiere una actividad racional, cuya finalidad es dar solución a los conflictos; pero es preciso señalar que las leyes constituyen respuestas en sí mismas: son formas en que el legislador interpreta la realidad misma. La construcción de una prescripción jurídica es, por tanto, una forma de interpretar la forma en que se llevarán a cabo las acciones humanas.

Las sentencias judiciales constituyen, por el contrario, respuestas precisas ante conflictos o problemas que se han planteado y que

exigen una respuesta concreta por parte del órgano judicial correspondiente (De Villamor Morgan-Evans, 2001, pp. 26-27).

El silogismo aristotélico se tornaría insuficiente para la solución de todos los casos de conflictos normativos o de interpretación de las normas y de los hechos. La naturaleza de los hechos y de las normas varían los resultados de la actividad interpretativa y argumentativa. Beccaria consideraba que la premisa mayor era la ley, la premisa menor era la acción conforme o no con la disposición normativa y la conclusión era esa consecuencia que implicaba la pena o la absolución del individuo (Bonesana, 1993). El esquema de argumentación deductiva no es suficiente para resolver conflictos jurídicos que no entran en la deducción necesaria.

La Lógica en sentido general, y la Lógica Jurídica, sirve como soporte de las sentencias. La Lógica Jurídica no es exclusiva de los abogados y jueces; ella misma deriva de la Lógica general. Toda interpretación tiene que estar dotada de elementos lógicos y, por así decirlo, respetar los principios básicos de la lógica general. La lógica deductiva quizás es la que más se invoca en los tribunales, pero para ofrecer soluciones en los casos difíciles, es preciso acudir a la inducción: de los casos específicos se extraen principios generales. Se pasa de un modelo de pruebas e indicios, a la prueba indicaria, lo que revela la incapacidad de probar y razonar en sentido deductivo, para abrazar indefinidamente a la inducción.

El pensamiento de Beccaria se dirige en el mismo sentido que el pronunciado por Montesquieu cuando define la posición del juez entre el texto de la norma jurídica y su aplicación. Ya el juez no es un creador del derecho, sino simplemente uno que dice el derecho que otro ha creado –el legislador–. Beccaria estimó que el juez es boca muda que pronuncia la ley (Prieto Sanchís, 1993). Este postulado ha sido adoptado por algunos, pero discutido por otros, en especial por aquellos que propugnan que el Derecho es más que lo pronunciado por el propio juez y, en caso extremo, va más allá de lo que el legislador ha prescrito.

Los problemas tradicionales en el proceso interpretativo son la vaguedad, las lagunas y las antinomias. La vaguedad es una indeterminación semántica que el juez tendrá que vencer. ¿Pero de qué técnicas se valdrá el juzgador para quitar el sentido vago de la norma? Lo cierto es que el propio legislador se ve en la obligación de utilizar el lenguaje natural y, en este, uno muy abierto, en el que quepan diversos tipos de conductas, de hechos o de objetos a describir.

La vaguedad es necesaria, en razón de que una norma puede ser entendida de diversas formas en un tiempo determinado e ir variando conforme a la evolución de la sociedad. Esta característica se amplía en el ámbito de la extraterritorialidad. Las normas son de aplicación territorial, en este caso, por comunidad, región o Estado. La obligatoriedad no puede trascender el ámbito de las fronteras del territorio para las cuales fueron establecidas como obligatorias.

Si el juez observa los problemas de multiculturalidad presentes en muchas relaciones jurídicas que son dilucidadas en los tribunales, entonces podría tener una comprensión del caso en cuestión de una forma más objetiva. Lo cierto es que el juez solo está sujeto a su constitución política y las leyes de su país que integran el ordenamiento jurídico. Aquí está la noción positivista del Derecho, que no permite que el juez pueda observar más elementos que los que el legislador local le ha puesto en sus manos. Estos elementos llegan a conocimiento del legislador de forma tardía y, por tanto, su inclusión en un texto normativo es inoportuna para resolver diversos casos en la esfera judicial.

El apego al ordenamiento jurídico interno es un deber ineludible de los jueces. Se le asigna la función de interpretar y aplicar la norma. El acto de interpretación es previo a la aplicación. No basta con la sujeción al principio de territorialidad en el sentido de que existen otras normas que no han sido producidas en el ámbito nacional, sino que ingresan por el derecho internacional, sea por pertenecer a un sistema multinacional, regional o global.

El legislador tiene límites constitucionales. Esos límites contenidos en el artículo 40.15 de la Constitución están la razonabilidad, la utilidad y el bienestar común. El juez también está apegado al principio de legalidad u obediencia a la norma escrita, y a una serie de principios extrajurídicos que tienen que ser observados.

De lo anterior, sobre la razonabilidad judicial del artículo 40.15 de la Constitución dominicana, se infiere que el juez –al menos el dominicano– no está fielmente ligado a la voluntad del legislador como método de interpretación, se le brinda cierta discrecionalidad como poder creador en la interpretación y aplicación de las normas; se da paso a un juez del tipo hartiano, que se vale de la discrecionalidad para resolver los casos jurídicos, en cuanto a interpretación y aplicación de las normas se refiere. De un sistema jurídico a otro podría variar la vinculación del juez a las normas jurídicas o a principios extrajurídicos. La razonabilidad sirve como freno o equilibrio entre la arbitrariedad de la ley y la discrecionalidad. Ahora bien ¿en qué sentido se permite el uso de la discrecionalidad judicial? ¿Ciertamente los jueces crean derecho en sus decisiones? ¿Pueden los jueces adoptar sentencias sin que existan normas que previamente regulen los casos tratados?

En el quehacer interpretativo, los jueces hablan de interpretaciones posibles e idóneas, y otras que son incongruentes e indebidas, conforme al sistema jurídico y a las corrientes de pensamiento dominante. Sin embargo, no se plantean métodos y técnicas para que el juzgador pueda llegar a una interpretación tenida por los tribunales de alzada y la comunidad jurídica como “posible o idónea”. Hallivis Pelayo plantea la existencia de unas técnicas que sirven para la sistematización y estudio de los medios empleados en la interpretación jurídica. Las técnicas que identifica son: la tópica o arte de invención, los principios generales del Derecho y la argumentación. El método o los métodos o procedimientos mentales de cómo interpretar, son tratados en el capítulo 2.2 relativo a los métodos de interpretación.

### **3.2 Impacto socio–económico derivable de la interpretación judicial**

Los jueces hablan a través de sus sentencias. La interpretación judicial se manifiesta en máxima expresión en el contexto de sus sentencias escritas. Las sentencias representan uno de los medios más idóneos para la solución de conflictos; por lo que representan una causa de lo que ella misma ordena. El principal efecto que tienen las decisiones judiciales está en el plano social y económico. Con Navarro (2005, p. 5) se puede verificar la manera en que se aplica el Derecho, el cual abarca no solo las normas expresamente dictadas por el legislador, sino también las consecuencias lógicas, entendidas estas últimas como aquellas deducciones y aplicaciones que se catalogan como normas derivadas. Estas formas de interpretar y aplicar las reglas de Derecho se les denomina normas derivadas. Las que expresamente dicta la autoridad competente serían normas propias o en sentido estricto, luego, las que se deducen de las primeras, las ha denominado normas derivadas; lo regulado no es solo lo que el legislador ha dicho expresamente; SE admite que las normas derivadas constituyen un complemento necesario para el análisis de la autoridad y alcance del Derecho. El análisis de las razones últimas de las normas es trascendental, no sólo para los iusnaturalistas que buscan principios universales y su teleología, sino también para los iuspositivistas ideológicos y conceptuales. Lo que un iusnaturalista racional capta como un principio universal e inmutable derivado de la razón, es muy similar a la concepción iuspositivista ideológica, en tanto que se interesa no sólo en la letra de la ley, sino en su finalidad y justicia, ambas contenidas en el texto de la norma.

La relevancia práctica del derecho ha otorgado diversas razones para la acción. La visión es, para los positivistas, una amenaza del ejercicio de la fuerza y la fuerza misma de la autoridad en caso de no acatar el mandado jurídico. Los positivistas contemporáneos no comparten la idea del castigo y la amenaza estatal, sino que observan otras ópticas no positivistas (Navarro, 2005), en consecuencia el Derecho no es más que el resultado de una acción social determinada que crea normas para la acción. La interpretación judicial de las normas jurídicas cumple varias funciones, de las cuales

puedo destacar el esclarecimiento del sentido de la norma oscura, la forma en que oficialmente va a ser entendido y resuelto un conflicto jurídico, entre otras razones. Cada proceso contiene sus propias dificultades.

En los procesos judiciales están vinculados al interés social (en su mayoría). En las *litis* sobre derechos inmobiliarios, relaciones laborales o, en especial, las acciones públicas en los procesos penales, obligan a que el juzgador no solo verifique el contenido formal de las normas, sino también los intereses de las partes y de la sociedad general. La solución del caso se mira desde la óptica global del ordenamiento jurídico. Lo global va más allá del territorio nacional, se encuentra inserto en el ámbito internacional. El interés individual se mide en función del interés general y viceversa.

En la globalización, cuyo eje central es el capital privado, se le otorga una cuota importante de participación a la inversión extranjera; esa presencia es mayoritariamente de naturaleza económica. Los acuerdos que involucran grandes capitales extranjeros obligan a que se apliquen las mejores garantías y en toda etapa procesal. Las garantías de las grandes empresas inician con la protección estatal contemplada en los contratos que le habilitan su participación en el mercado nacional. Esas garantías alcanzan niveles exorbitantes que hasta se les da la razón por encima de cualquier otra razón de importancia.

La globalización es la interdependencia económica creciente de todos los países, caracterizada por el aumento de transacciones de bienes y servicios, a través de las distintas fronteras, es una integración de los mercados internacionales (Mochón, 2005, p. 537). El comercio, como toda actividad realizada en sociedad, tiene sus reglas, unas que le son propias –intrínsecas– y otras por la regulación que imponen las autoridades locales y no locales. La globalización tiene varios indicadores que van desde la reducción de los costes de transporte, disminución de las barreras al comercio internacional, aumento del espacio del mercado y de la tecnología, a lo que se ha ido sumando la movilización de las personas, sobre todo como mano de obra, el impacto de las grandes compañías, la

inversión extranjera. Esta es al menos la visión de Francisco Mochón respecto de la globalización para la década del 90 e inicios del 2000.

La inversión externa va en crecimiento; las multinacionales consiguen una desregulación del mercado, o de una parte de este. Esta desregulación se caracteriza por la eliminación de reglas, a las que se les considera como barreras para la inversión extranjera directa (Mochón, 2005). En ese sentido, Mochón considera que la capacidad de un país en captar capitales provenientes de multinacionales, es esencial para su integración al mercado internacional. Las formas de inversión se darán a través de franquicias, instalaciones de empresas locales y la adquisición de empresas ya existentes.

El Derecho regula la vida de las personas en sociedad, al punto de que se afirma que en toda sociedad existe la presencia del derecho (*ubi societas ibi ius*). La anarquía es lo opuesto a este sistema normativo. La anarquía es la vía más idónea para la destrucción de la sociedad. Una sociedad sin reglas está destinada a desaparecer. Ahora bien, el material jurídico no es probablemente lo más indispensable para la pervivencia de la sociedad. El mundo de las normas no es sólo de las normas, involucra todo el espectro social, al punto que el legislador al dictar una norma reconoce la importancia del capital privado. Capital y normas jurídicas irán de la mano, al menos así se proyecta en el ámbito legislativo.

El Estado, a través del Poder Legislativo, creará las condiciones normativas idóneas para que la inversión extranjera directa sea cada vez más creciente. Lo anterior implica exenciones y reducción o eliminación de las barreras arancelarias que permiten mayor competitividad entre las grandes empresas. Esas barreras no solo son de naturaleza económica; tienen relación con el orden jurídico interno. De ahí que un país o una transnacional que exija la eliminación de diversas normas por considerarlas discriminatorias a sus propósitos, impactaría de forma directa el orden jurídico-económico del país destinatario de la inversión. El legislador aprueba reglas que aseguren esa inversión extranjera, el problema estará en los jueces, que con su posibilidad de argumentar en cuestiones claramente consagradas en las leyes, podrían crear una

jurisprudencia que se aparte de esos propósitos proteccionistas. Por razones variadas, no necesariamente el legislador exhibe el sentir del pueblo. El interés social se mueve más rápido que la labor legislativa a la hora de adoptar una regla-ley que satisfaga ese interés o necesidad social.

Dependiendo del sentido que un juez le dé a una norma jurídica podría desalojar una comunidad entera, cuyo derecho de propiedad no haya sido regulado con anterioridad, de modo que la sentencia judicial, como instrumento que conlleva la interpretación y aplicación del Derecho, tiene un alto impacto en la vida de las personas en una comunidad determinada.

Lo económico va ligado a otros ámbitos de la vida social. Un ejemplo ha sido el proceso de herencia en el caso Elmer. Este caso también conocido como “Riggs vs Palmer o del nieto desesperado”, trata sobre la herencia de Elmer E. Palmer por parte de su abuelo. El abuelo, luego de realizar el testamento, es asesinado por su nieto Elmer E. Palmer, cuando se entera que el abuelo tenía la intención de modificar su última voluntad y excluirlo de la herencia. Su estrategia era simple: darle muerte al abuelo antes de que modifique el testamento. Una vez que mató al abuelo, fue condenado penalmente, pero quedó pendiente el tema del testamento y la posibilidad de recibir la herencia. Se discutió en el proceso judicial si era válido o justo el otorgarle la herencia al nieto asesino. Se desató una polémica discusión en el Estado de Nueva York en la década de los 80s del siglo XIX (Cruceta, 2004).

En el caso Elmer los criterios estuvieron divididos entre un iuspositivismo normativo que defiende el otorgarle la herencia al nieto que acaba de matar a su abuelo antes de que cambiara el testamento; un iuspositivismo ideológico –y hasta iusnaturalismo racional– que parte de la idea de que nadie puede aprovecharse de su propia falta, y que el hecho de darle muerte al abuelo no puede servirle de causa lícita para recibir la herencia. La forma en que se abordan las normas jurídicas podría estar matizada por las consecuencias socio-jurídicas de la decisión judicial.

El juez, al expresarse a través de sus decisiones, realiza interpretaciones de las normas jurídicas y de los hechos sometidos. El criterio consecuencialista es observado por abogados y jueces que podrían deducir el efecto de ciertas interpretaciones del Derecho. En el caso Elmer se advertía que si un nieto mataba a su abuelo para impedirle que modificara el testamento que le beneficiaba, entonces ningún abuelo o padre estaría seguro ante la posibilidad de que fueran objeto de homicidio agravado para llegar a la sucesión de bienes. La figura denominada “indignidad sucesoral” no estaba contemplada en la legislación de Nueva York para esa época, pero se dedujo de un principio general del Derecho de que nadie puede aprovecharse de su propia falta. La decisión de la corte de New York se enmarca en el criterio consecuencialista en el que el juez se pregunta ¿qué conlleva o hacia donde conduce este nuevo criterio?

El criterio consecuencialista es abordado por Neil MacCormick en su teoría integradora de la argumentación jurídica. El argumento consecuencialista tiene sentido en relación al sistema y al mundo (Atienza, 2005, p. 123). Junto a los criterios consecuencialistas, propone los criterios de universalidad, consistencia y coherencia. MacCormick diferencia entre resultado y consecuencia. El resultado es la solución al caso específico; las consecuencias van más allá, son los estados de cosas luego de resuelto el caso, es a qué conlleva tal solución para los demás casos que se suscitarán, en el futuro cercano.

Dentro del territorio de un Estado no solo los poderes Ejecutivo y Legislativo toman decisiones que afectan la inversión extranjera, es decir, que tienen repercusiones económicas y políticas. De una manera subsidiaria, el Poder Judicial tiene su parte en esta complicada tarea; es complicada porque se requiere la inversión extranjera para producir riquezas y servir de fuente de empleo; pero no todo es impacto positivo, luego se citan el daño al medio ambiente, la salud y la injusticia social que provocan o podrían provocar esas empresas. A través de las sentencias los jueces solucionan conflictos. Es compartido por todos que los jueces no son moralmente neutrales (como los científicos) sino que han adoptado una ideología que hacen valer en cada uno de sus razonamientos. A los jueces

se les exige prudencia, en tanto y cuanto sus sentencias tienen un gran impacto en la vida económica y política de una nación; las consecuencias del fallo afectan directamente a las partes e indirectamente a toda la sociedad.

En el reconocimiento del valor utilitario que tienen las decisiones judiciales, y en el caso dominicano, el expresidente de la Suprema Corte de Justicia, Jorge Subero Isa afirmó que la sentencia del caso *Sun Land*, dictada en el año 2008, fue una decisión política que marcó negativamente la trayectoria de los jueces que habían sido designados en 1997. Ha habido presión política para el dictado del fallo. (Molina, 2013). En el contexto justificativo, se ha apartado del Derecho, tomando otros elementos no medibles por lo jurídico. El caso de la *Sun Land* trataba sobre un contrato firmado en el año 2006 entre el Estado dominicano y la empresa *Sun Land* por un préstamo ascendente al monto de 130 millones de dólares, en el que se aseguraba la no intervención del Congreso en la aprobación del indicado préstamo hacia el Estado dominicano, lo que es contrario a la Constitución política vigente.

La cuestión no ha quedado del todo clara, Julio César de la Rosa, un dirigente de una organización que se encarga de perseguir la corrupción, cuyo nombre es Alianza Dominicana contra la Corrupción (o sus siglas Adoco), ha indicado que en el caso de la *Sun Land* ha habido prevaricación, estimando como irresponsables y vergonzosas las declaraciones del expresidente de la Suprema Corte de Justicia, así como el fallo en dicho caso. Agrega que los jueces actuaron respondiendo a los intereses de quien los había designado en el cargo y no en función de lo que dictan las leyes, por lo que ese accionar constituye una prevaricación (Molina, 2013).

¿Cómo, en el ámbito jurídico, podrían haber unos valores políticos, que influyan directamente en una decisión judicial? Ha sido determinante el impacto económico, político y social para fallar en el sentido expresado en la decisión del caso *Sun Land*. En palabras del propio expresidente de la Suprema Corte de Justicia: "un caso eminentemente político al que se le dio una solución política" (Subero Isa, 2013).

La propuesta decisionista de Carl Schmitt entra en vigencia en los casos en que está envuelto el interés del gobierno de la nación; la posibilidad de ser neutro en un ambiente de decisión política es casi imposible. Las “circunstancias críticas schmittianas” obligan a adoptar una posición de defensa del interés del gobierno, que no siempre coincide con el interés de los ciudadanos. La decisión moral depende del Soberano, en este caso, manifestada a través de la interpretación judicial.

En caso Sun Land, no es más que el contrato realizado entre el Estado dominicano y la empresa Sun Land Corporation, cuyo objeto era construir varias obras. En principio se incluyeron varias obras, luego administrativamente se redujeron de 12 a 5, y finalmente se dejó sin efecto el contrato. No se dio explicación con cargo al Presupuesto de la Nación, ni tampoco lo que sucedió con el dinero envuelto, es decir, si esa resolución de contrato implicaba algún pago por parte del Estado. Los jueces encargados de resolver el conflicto fueron los de la Suprema Corte de Justicia, y aquí nueva vez se configura la teoría schmittiana aplicada en este caso a los jueces: el decisionismo judicial. Es evidente que la sentencia del caso *Sun Land* no está centrada en un caso difícil o *hard case*, al estilo de Ronald Dworkin, sino que se evidenciaban las consecuencias políticas que traería aparejada si se retenía algún tipo de reproche jurídico-político al Presidente de turno, y su consecuente impacto en el ámbito social, económico y jurídico, si a la vez se considerada lo cercano de las elecciones presidenciales que se realizarían en el año 2008, y una decisión contraria al gobierno de turno cerraría, virtualmente, la posibilidad de la reelección.

La presión política es un elemento que ha estado presente en el fallo. La forma de interpretar la norma no es racional; allí no ha operado el espíritu libre y pensante del intérprete. El interés jurídico-político está más presente que la libre conciencia del intérprete. No es un criterio de deducción y análisis del contenido de la sentencia, sino por las declaraciones dadas por alguno de sus redactores, posteriores al fallo. Las razones observadas en el texto de la sentencia del caso Sun Land son de naturaleza político-económicas. Hay mucho más que el interés en las elecciones; se considera también el

clima para la inversión extranjera; si una transnacional cae, producto de un fallo judicial, las demás reconocerían la fragilidad del entorno comercial, y como tal, apelarían por mayor seguridad jurídica.

La globalización es vista como una creciente integración de países y regiones en un sistema mundial. En política se habla de integración de regiones, en Sociología se refiere a la existencia de un mundo único (Altvater y Mahnkoff, 2002). La globalización económica y social ejerce una notable influencia en el sentido en que son dictadas las sentencias relevantes. El mercado tiene su impacto en la interpretación judicial. La filosofía y teoría del Derecho proveen los materiales para la construcción de estos fallos, sin embargo, la ideología decisionista schmittiana explica el porqué de ciertos fallos, en los que el Soberano impone la solución; la solución es más acorde a los intereses neoliberales que a los simples ciudadanos. El mercado va ganando la batalla frente al Derecho.

En Colombia, en 1991, con el auge de la reflexión iusfilosófica se aprecia una variación en la interpretación del Derecho, pero no solo por la búsqueda de sentido de las normas válidas, también se incluye el alcance de las sentencias y el correspondiente contenido social de las normas. Lo propio sucede en gran parte de América Latina (Plazas Vega, 1998). El derecho tiene un nuevo enfoque, visto desde los tribunales; se habla de la democracia a partir de las sentencias, de la administración pública regulada en último grado por los jueces. Los anteriores elementos sirven para sentar las bases del gobierno de los jueces.

El gobierno de los jueces representa un reto contra la democracia. Un número reducido de jueces decide el destino de una nación; califica aquello que no es democrático; la ideología de estos jueces puede que esté en contra de la mayoría de los ciudadanos. En los tribunales supremos y constitucionales suelen hallarse decisiones de alto impacto social con una votación de 6 contra 5; y en otros casos, con igual número de votos, acogéndose el criterio donde aparezca el voto del presidente –voto de calidad–. La

mayoría judicial no es la mayoría de la ciudadanía. La decisión dada no es necesariamente el sentir del pueblo, sino de unos pocos. La razón dominante es la razón judicial, la del Soberano, y no de aquellos que dicen ser la base de la soberanía estatal: el pueblo.

Otro problema que ha surgido en la adopción de un determinado criterio, es quién interpreta primero y quién al final, prevaleciendo el criterio de la persona u órgano que decide en último lugar. El orden de prelación lo establece la propia Constitución. Los tribunales de menor grado hasta llegar al Tribunal Supremo o al Tribunal Constitucional. El órgano que decide en último lugar, es quien tiene la última palabra. Así se ha denominado esta discusión la “última palabra”, y quién la posea determina la ideología jurídico-política dominante.

La actividad judicial es constante tanto en el ámbito del Poder Judicial y de los tribunales constitucionales extrapoder, en los que se trabaja por crear nuevas formas de ver las normas jurídicas, ligadas más a la persona y al funcionamiento económico de las instituciones. El sistema normativo es constantemente ampliado, modificado o limitado; cada vez ofrece nuevos caminos a ser recorridos en la interpretación de las normas jurídicas: nuevas normas y nuevas interpretaciones. La actividad interpretativa sale de lo tradicional y llega a alcanzar una categoría global, al producirse la recepción de criterios expuestos por tribunales extranjeros; la labor del Derecho Comparado es invaluable. Los criterios locales traspasan la barrera de lo nacional, convirtiéndose en los nuevos paradigmas regionales o globales del Derecho. El tránsito de las reglas de derecho va en dos vías, de lo nacional a lo global, y de lo global a lo nacional.

En el texto *La normatividad del Derecho*, Kaarlo Tuori escribe una sección del mismo titulada “Validez, legitimidad y revolución”, en la que aborda la discusión de la última palabra, pero lo hace desde la óptica de las corrientes del Derecho. Tuori advierte que las razones dadas por los órganos superiores son las que, a fin de cuentas, configuran el fundamento de la validez del sistema jurídico (Tuori, 1997, p. 161). Estas razones son

objeto de cambio, a partir de diversas circunstancias que motivan la adopción de nuevos criterios. Cuando se produce el cambio se da una ruptura de las razones que sostienen el sistema. A la ruptura se le ha denominado revolución, y ella da paso a nuevas razones que sustituyen las anteriores.

Kaarlo Tuori retoma la noción de validez de Weber, clasificándola en ideal y real. La validez ideal deriva de la ciencia jurídica; la real es abordada por la sociología. La validez ideal está fundada en el presupuesto epistemológico del deber ser, que representa un mundo independiente de los hechos o del ser (Tuori, 1997).

La validez empírica de Weber tiene dos sentidos; uno de esos sentidos es conocido hoy día como la eficacia del Derecho, en el que se mide la obediencia a la norma, sin que se tome en consideración las motivaciones jurídicas o fácticas. El segundo sentido de la validez weberiana, según Tuori (p. 162) – tiene que ver con la motivación que tiene o recibe el destinatario de las normas. La propuesta de Weber es considerada como integral, en tanto que considera la eficacia de las normas –es decir, que las normas sean obedecidas por ser normas– y la legitimidad de las normas –el destinatario las asimila y luego las obedece.

### **3.3 Subjetividad en la interpretación jurídica**

La noción de subjetividad ha sido abordada por muchos pensadores desde Aristóteles, pasando por Descartes, Freud, Foucault y otros, ya sea para diferenciar lo objetivo de lo subjetivo o para analizar al sujeto mismo en el ámbito social o su simple comportamiento individual (Fernández Rivas, 2015).

Si se parte de un criterio en relación a la conciencia del intérprete, la interpretación tendría dos modalidades: la subjetiva y la objetiva. La subjetiva parte de la manipulación: el intérprete realiza sus propios movimientos y jugadas, sin que sea relevante la opinión

de los demás; es una apreciación individual y parcializada. En cambio, el criterio objetivo tiende a estar ligado a la apreciación pura y simple de los hechos. En el criterio subjetivo se parte de la experiencia individual (De Zutter, 1993).

Tanto la subjetividad como la objetividad cumplen un rol en la interpretación de los hechos y normas. Pierre De Zutter (1993) ha afirmado que en América Latina no se da espacio suficiente a la subjetividad, por la condición de pobreza de esta región y por la posición dominante de grandes naciones y empresas. Las fuerzas en la globalización imponen un ritmo así como las formas de abordar los problemas suscitados en el contexto jurídico. Las ideologías universalizantes estaban relegadas a ciertos sectores, pero debido al derrumbe de algunos modelos económico-políticos dio paso a nuevas formas de abordar la realidad.

Un peligro de la subjetividad ocurre al encerrarse en la propia opinión, descartando las experiencias y saberes particulares de los demás. Se construye un individualismo peligroso, que solo reconoce su propio mundo, al punto de convertirse en la única razón existente en el universo o, al menos, en el centro del mismo. La validez se juzga por opiniones personales; se advierte una visión individualista y alejada de la integración.

La interpretación en el contexto subjetivo, conforme a la apreciación de algunos, no busca compartir saberes o formas para la acción, sino que el individuo se encierra en sus propias ideas, negando la posición de los demás. La característica de exclusividad que tiene la subjetividad en el plano de la interpretación ofrece un perfil humano del intérprete. La cosa interpretada pasa por la mente del individuo y es transformada, de acuerdo a su propia esencia.

Interpretación y conocimiento subjetivo van de la mano. Ambos parten de los criterios y vivencias del intérprete. El conocimiento subjetivo es el conocimiento acerca de nuestros propios contenidos mentales. El conocimiento subjetivo no requiere evidencia ni explicación. El análisis de la subjetividad humana tiene un fuerte

fundamento en Descartes, al momento de brindar las bases del conocimiento; existe un yo que tiene ideas y que puede causar ideas (Galisteo Gámez, 2013).

Contrario a las ideas de la subjetividad cartesiana, el segundo Wittgenstein está convencido de que no existe conocimiento cuando se está en el plano de lo subjetivo, en la mente. Solo existirá conocimiento si se está en la posibilidad de sustentar con evidencias, pruebas para comprobar el error o dudas que se tengan del objeto (Galisteo Gámez, 2013). De Zutter, por otro lado, considera que Wittgenstein no niega la subjetividad en sí misma, sino en la forma en que tradicionalmente se le concibió (De Zutter, 1993).

La relación jurídica y mercantil aparece como un espejo, con una realidad falta sobre la que hay que trascender para ver su realidad (Hinkelammert, 2012). Más aun, afirma que la subjetividad se ha hecho tan patente que se ha convertido casi en una realidad objetiva; para llegar a dicha conclusión utiliza la parábola de la caverna de Platón y la teoría del espejo de Marx. La visión subjetiva del mundo no es más que la visión a través del espejo como lo indicara San Pablo. Observar el mundo a través de un espejo, con la deficiencia de que no se aprecia la realidad misma, apunta a que el intérprete no puede captar la totalidad del objeto interpretado.

Siguiendo a Marx, Hinkelammert (2012, p. 177) sostiene que la forma de abordar el mundo depende del marco jurídico-económico. La propiedad privada es el indicador principal en esta visión. No se trata de sombras como en la metáfora de la caverna sino de un drama que se observa.

Toda interpretación pretende llevar una verdad, vista desde la óptica del intérprete. Esa verdad, aunque tiende a ser subjetiva, se pretende validar con unos matices de objetividad. La objetividad es observada en este punto como la imparcialidad con que se trata o se considera un asunto prescindiendo de las consideraciones y los criterios personales o subjetivos (Vox, 2007). La determinación de lo objetivo y lo subjetivo en las

acciones humanas devendría en un interesante estudio que podría caer en la especulación, por lo entremezclado que aparecen dichas manifestaciones.

No puede pasar desapercibido que la subjetividad pretende destacar a la persona de forma integral (Capote González, 2014). La realidad no puede ser estudiada sin incluir al individuo mismo. En lo jurídico, psicológico y sociológico se analizan tanto al individuo como al grupo social, el mundo interno y el mundo externo de la persona. El mundo externo lo condiciona y transforma, influye sobre las acciones del individuo. El intérprete no escapa a esta realidad. Su forma de abordar ciertas interpretaciones va ligada a su ambiente y contexto en el que se sitúa.

Por otro lado, la subjetividad implica unas percepciones, sus argumentos y el lenguaje utilizado a partir del punto de vista de quien los expresa. Esa percepción particular ahonda el problema de la interpretación del Derecho. Si cada abogado puede emplear métodos idénticos y llegar a conclusiones distintas, lo mismo sucedería con cada juez, que da sentidos distintos a unos supuestos fácticos y normativos. El juez valora elementos objetivos y no da cuenta –a propósito– de los elementos subjetivos, con la finalidad de imprimir un matiz más justo y hasta científico a sus decisiones. Existen razones que no se plasman en las decisiones, probablemente las más relevantes, las que constituyen la *ratio decidendi* en la mente del juzgador.

Como intérprete, el juez podría ser analizado desde dentro, como si se practicara un psicoanálisis a sus decisiones; en su forma de abordar las interpretaciones de normas y hechos revelaría los verdaderos motivos que lo conducen a adoptar ciertas decisiones. Es la tarea del realismo jurídico antes citado. El Derecho es visto como lo que deciden los jueces, y de ahí el notable interés por analizar la figura del juez como forma de predecir las futuras interpretaciones y aplicaciones de normas jurídicas.

Si la lengua se estudia de un modo regional, dentro de un mismo Estado, luego la jurisprudencia podría ser analizada, conforme a las distintas comunidades que integran cada país. Al partir de la idea de que los jueces tienen que fijar domicilio –legal–, en el

lugar donde prestan sus servicios, luego, el legislador ha tenido en mente que cada juzgador conozca de la idiosincrasia de las personas que habitan en un espacio determinado y cuya comprensión no podría ser apropiada, si no se está cerca de esa comunidad. Hechos y normas quedan subsumidos en la cultura del lugar; el juez como intérprete estará en la obligación de observar, en cierto grado, cada factor aquí indicado.

Estos problemas se dan de comunidad en comunidad, dentro de un mismo país. El problema es mayor cuando se pretende dar unas interpretaciones abiertas, que incluyan a todas las personas nacionales y extranjeras ante una misma norma jurídica, aunque con culturas jurídicas distintivas. El Derecho viene a servir, en la era de la globalización, como un instrumento para regular relaciones eminentemente económicas, perdiendo así la naturaleza tradicional que había tenido desde sus inicios.

Es en ese escenario que Aníbal Torres Vásquez (2001) propone la vuelta al formalismo jurídico por la necesidad de una organización sistemática de las normas jurídicas a partir de la monopolización de la producción del Derecho por parte del Estado. Citando a Ihering en su texto *La jurisprudencia en broma y en serio* afirma que existen unos elementos subjetivos que proclaman unos intereses particulares que, a veces, se oponen a esos elementos objetivos consagrados como fines generales de las normas.

No es factible mantener unas reglas estándares, inmutables en el tiempo y en el espacio, cuando la sociedad va cambiando. El Derecho no debe constituir el freno al desarrollo social. No puede invocarse una norma y su interpretación como si fueran fórmulas matemáticas. Así la jurisprudencia tiene, necesariamente, que recurrir a las experiencias del juez y de las partes que acuden a él con el fin de determinar qué será más conveniente en cada caso. La sustitución de jueces por máquinas lógico-matemáticas será imposible en el estadio actual de la sociedad.

Cover (2002, p. 19) considera que Gadamer ofrece una visión parcial de la interpretación jurídica. Su enfoque es estatalista y no analiza las posiciones frente a otros sistemas normativos; conforme a los fines del Estado, se deriva una hermenéutica con

enfoque reducido. Además, Cover critica a Gadamer en lo relativo al distanciamiento insuperable entre norma general y caso particular, por los problemas hermenéuticos que se suscitan. Lo que existe por parte de los órganos estatales es un compromiso interpretativo, donde se separan la finalidad del Derecho del deber ser de la norma jurídica.

La posición de Cover se deriva de una tradición en el universo normativo. No se trata de una sola tradición, sino que está presente en todo sistema. La tradición está integrada por normas, el lenguaje y un *mythos* o contexto práctico entre mundo físico y normativo. A través de esta cultura se deducen las reglas de acción que van evolucionando conforme a los casos dados. El Derecho así planteado estará en constante movimiento (Cover, 2002, p. 23), conforme al medio cambiante. Habermas, refiriéndose a la necesidad de considerar a la Constitución como progresiva, afirma: “las mismas normas constitucionales establecen el procedimiento según el cual ellas mismas se ‘concretan’ a luz de circunstancias cambiantes” (Habermas, 2011, p. 60); se resalta aquí la realidad cambiante como objeto de estudio, sirve como un referente esencial para la aprehensión del Derecho que debe ser aplicado, y no el que fue pensado razonablemente por el legislador histórico.

El Derecho, según aprecia Cover (2002), no es el derecho ideal, por ser una utopía, pero tampoco se limita a describir lo que hay en el mundo físico. Sale de las posiciones extremas de los teóricos para abrazar una posición intermedia; tiene más relevancia la voluntad del intérprete o aplicador de la norma.

El *nomos* tiene como objetivo el control social (p. 25). Un control que va cambiando en cuanto a las situaciones concretas. La sociedad local y la global sufren transformaciones respecto a sus necesidades y visiones; el Derecho le sirve a una y a otra como mecanismo de legitimación del uso de la fuerza.

Cover concibe el *nomos* sin el Estado. Trata de realizar una teoría pura de la interpretación en la que la *polis* no es imprescindible. La interpretación y aplicación del

Derecho no dependen de la estructura estatal, necesariamente. Cover (2002, p. 25) critica la tesis del Derecho como institución o emanada propiamente del Estado. El Derecho no tiene que valerse de instituciones para su existencia, según su posición. El medio idóneo no es el estatal sino el cultural. En tanto que lo importante es la cultura, puede existir ese *nomos* sin una *polis*. Los sistemas estatalistas parten generalmente de una constitución. El vivir en sociedad implica una transformación de sí mismo, para adaptarse a las condiciones de su entorno. Esta forma de asociarse implica la existencia de ventajas y, en principio, no sugiere el abandono de la libertad individual.

Ya Rousseau (1999) explicaba lo siguiente:

No veo en cada animal más que una máquina ingeniosa dotada de sentidos por la naturaleza para elevarse ella misma y asegurarse hasta cierto punto contra todo aquello que tiende a destruirla o desordenarla. La misma cosa observo precisamente en la máquina humana, con la diferencia de que solo la naturaleza lo ejecuta todo en las operaciones del animal, mientras que el hombre atiende las suyas en calidad de agente libre. Aquél escoge o rechaza por instinto; este, por un acto de libertad; lo que da por resultado que el animal no puede apartarse de la regla que le ha sido prescrita, aun en el caso de que fuese ventajoso para él hacerlo, mientras que el hombre se aparta con frecuencia y en su perjuicio (p. 26).

El hombre, como sujeto pensante, actúa como agente, es decir, tiene la capacidad de suplir sus necesidades conforme percibe el mundo. Es un agente libre, es autónomo, se percibe a sí mismo frente a las reglas, pero puede actuar de forma contraria a dichas reglas, aun conociendo las consecuencias de sus acciones. Como agente intenta transformar al mundo, al menos su propia vida.

### 3.4 La desigualdad económica en el ámbito material y procesal

Si se hace referencia al tema de la desigualdad, de forma obligatoria tiene que plantearse el de la igualdad. Igualdad y desigualdad constituye un par obligatorio, como conceptos relativos entre sí. En primer lugar, se aborda la noción de igualdad y de igualdad jurídica a la vez que se analiza el origen de esas desigualdades y sus posibles formas de abordarse en el mundo global, a partir de su mención en el campo de la interpretación jurídica.

La igualdad ha sido tema de interés para la humanidad en todos los tiempos. Se han ido acumulando las obligaciones específicas que derivan del concepto de igualdad (Pérez Portilla, 2007). Pérez Portilla hace mención de la condición de las personas en Roma, donde los tres status existentes (*libertatis, civitatis y familiae*) daban a entender que no todos los individuos eran considerados como personas ni tenían las mismas prerrogativas. El dar a cada quien lo suyo, deriva de un pensamiento alejado de la igualdad, quizás se le vea hoy día más vinculado a la equidad y al trato correcto. Por tanto, el trato correcto no tiene que ver con la igualdad (p. 23).

La igualdad es un concepto amplio, tiene una carga emotiva enorme. Se asocia a diversas ideas jurídicas y políticas. Los ordenamientos jurídicos tienen como norte la adopción, interpretación y aplicación que guarden el principio de igualdad aplicable a todas las personas. Se hace también referencia, junto a la libertad, a las desigualdades de una persona en relación a otras (p. 1). La igualdad se pone en discusión cuando verifican circunstancias que resaltan la desigualdad entre las personas.

La igualdad puede ser predicada desde diferentes ámbitos, tiene formas diversas de ser abordada, en sentido general, lo propio ocurre con dicho concepto, en el plano jurídico. Así la igualdad jurídica se refiere a una valoración en la que se toman como parámetros dos o más personas, ya sea frente a la interpretación de las normas o la aplicación voluntaria o forzosa de las mismas. Pero esta igualdad jurídica no tiene un

sentido unívoco. Algunos indican que es un ideal imposible de alcanzar, otros en cambio, lo consideran como una meta que se logra a través de la consideración de varias pautas.

El derecho de igualdad tiene un origen y evolución, es decir, construye su propia historia. Esa historia solo es posible escribirla observando cada sociedad en particular. Los fenómenos sociales se construyen de forma local para pasar a un nivel global. Las revoluciones locales se convierten en verdaderas tendencias del movimiento que busca la igualdad; se abraza cada vez más el criterio del tratamiento igualitario entre los iguales (igualdad estructural) y, en cambio, cuando se trate de personas desiguales, el tratamiento tendrá que ser en ese sentido, desigual (Pérez Portilla, 2007).

Rousseau, en su discurso titulado *El origen de las desigualdades entre los hombres*, cuestiona si tales desigualdades derivan del derecho natural o del seno social. Aborda una igualdad instituida por los hombres, que considera contraria a la naturaleza misma. Entre naturaleza y sociedad existe un conflicto en el que los países pretenden hallar un equilibrio (Rousseau, p. 3).

Las nociones pasan desde un interés individual al interés colectivo. El interés colectivo debería ser controlado por el Soberano, del que propuso que tenía que ser idéntico al pueblo y no otro (p. 4). Identifica un honorable yugo de la ley, como si se admitiera cualquier sanción sin protesta alguna, esto por la naturaleza bondadosa de las personas; y además, para evitar que una persona se considere por encima de otras, tenían que existir unas reglas de las que nadie pudiese estar por encima o fuera de ellas.

En su análisis, Rousseau indica que la libertad es un tanto incierta, es decir, se aborda de distintas formas, tanto es así, que lo que a una sociedad conviene –como reglas de libertad– no conviene en otra. Se trata de una libertad funcional. Cualquier regla que venga como innovación del orden existente provocará cierta inestabilidad (así la sociedad ateniense restringía las nuevas leyes por estimarlas como promotoras de innovaciones peligrosas (Rousseau, 1999, p. 5) y las leyes viejas son santas y venerables).

La naturaleza sitúa a los animales en plano de igualdad. De esa forma no existe diferencia entre animales. Lo propio ocurre en el seno de la humanidad, ningún hombre por naturaleza es superior a otro. Las diferencias han sido creadas por la sociedad, sin considerar la naturaleza bondadosa de las personas, cuyo ejemplo más palpable se presenta en las madres que defienden a sus hijos, aun desde el vientre. Esas diferencias se producen por las necesidades que surgen en las personas y que tienen que ser cubiertas.

La sociedad es un tanto una deformación del estado natural de las personas. La ley natural es manejada por personas interesadas (Rousseau, p. 13). En Rousseau se identifican fuertes críticas a la desnaturalización del hombre cuando se ve en sociedad. La ley es el resultado de la razón humana. La razón humana en ocasiones se adopta en contrariedad con la naturaleza. Razón y naturaleza tienen formas distintas de abordar los problemas de las personas. Se construye aquí una especie de razón natural, que deriva de la propia naturaleza y que el hombre capta sin mucho esfuerzo.

La ley natural está vinculada al estado de naturaleza de las personas. Para conocer el alcance y aplicación de la ley natural se tendría que partir del conocimiento del hombre primitivo, que Rousseau analiza en distintas vertientes sociales. En busca de ese hombre primitivo y del origen de las desigualdades, propone dos vertientes posibles: a partir de lo físico—edad y de lo psíquico—moral o política. La primera tiene una implicación de edad, sexo, habilidades personales; en cambio, la segunda alude a las diferencias racionales de las personas.

Rousseau contrapone en el estado primitivo la noción de Hobbes sobre la naturaleza intrépida del hombre, quien desprovisto de herramientas y técnicas utiliza sus manos y, en fin, todo su cuerpo, para alcanzar objetivos. Puddenford ve al hombre de una forma distinta, lo describe como tímido y lleno de miedo a su ambiente. Lo nuevo aterriza al hombre primitivo (Rousseau, 1999, p. 22). ¿Es el hombre agresivo por naturaleza o, por el contrario, tiene miedo a todo que le rodea? Son dos formas de polarizar al hombre primitivo y su manera de enfrentar el medio.

Para analizar el hombre primitivo, Rousseau se vale de los animales que en estado de domesticación pierden destrezas. Así el hombre primitivo no necesitaría de las limitaciones que le brinda el medio social, en el sentido de que con sus habilidades le bastaba para sobrevivir (p. 25).

El hombre metafísico–moral que describe Rousseau es aquel que va superando sus limitaciones físicas, que va más allá de sus posibilidades. Su entendimiento viene ligado a emociones, tales como querer, percibir, sentir, tener (p. 27). El conocimiento ligado al lenguaje tiene su génesis en las expresiones de los hijos hacia sus madres, de las que por la variedad de emisiones, advierte Rousseau, surgen las distintas lenguas, siendo el grito el más antiguo y universal de las emisiones humanas, como forma de supervivencia, ya sea por el alivio del dolor o por un mal inminente (p. 32).

El hombre salvaje tiene sus ventajas, aborda la vida con más sencillez; no se suicida (Rousseau, 1999, p. 34); distinto al hombre en sociedad que muestra su inconformidad constante. El hombre no es naturalmente malo como lo concibe Hobbes, sino bueno; tiene una piedad natural, no perjudica al prójimo, porque todo lo que él le hace al otro, eso también recibirá. En estado de naturaleza, el hombre no hace daño a nadie. Las nociones de propiedad, autoconservación, clima y nuevos entornos movieron al hombre a ser como es hoy día, con diferencias y en un ambiente plagado de desigualdades.

Existen muchos ámbitos de la igualdad y la desigualdad. En la actualidad se buscan mecanismos legales para la eliminación de las desventajas desmedidas, concebidas como desigualdades. La desigualdad económica se destaca más en la era de la globalización. El Derecho pretende una proyección igualitaria de las normas jurídicas, así como lo que se ha denominado en procedimiento civil la igualdad procesal.

Puede verse la acumulación de capital enfrentada a los intereses sociales en varios ámbitos, entre ellos: a) el principio de subordinación, en el que el trabajador dependerá del empleador, pero querrá llegar a sustituirlo, para gozar de los privilegios con los que

aquel cuenta; b) racionalidad del cálculo económico, que se convierte en fuerza productiva y destructiva buscando el éxito financiero; c) la polarización entre ricos y pobres (Amín, 1999).

La distribución de los frutos del capital no es el producto del espíritu capitalista, sino que es una imposición jurídico-política, que opera en contra de la lógica capitalista (Amín, 1999). Esta forma de reducir las desigualdades no constituye una solución efectiva a las desigualdades existentes. Si bien el Derecho está presente en toda la vida social, no es menor la omnipresencia de la economía bajo el principio de que *la economía lo rige todo*.

Es preciso señalar que no se trata de la labor individual de un empresario, sino que es la fuerza conjunta e invisible de la globalización (Beck, 1998). Este movimiento sustituye las leyes derivadas del Derecho para imponer las del mercado, en especial, del mercado global. Las políticas encontradas en la globalización se enfocan en la reducción de las trabas al fomento del crecimiento económico, reduciendo la participación del estado nacional y de los sindicatos.

El feudalismo propiciaba la interacción de personas y mercancías en un espacio determinado. Así es posible ver la formación del gobierno local con normas que rigen la vida de los habitantes de ese lugar. Es fácil la localización de las normas jurídicas. La interpretación y la aplicación del Derecho devienen en una tarea menos compleja que observar la norma y el caso en concreto.

El acercamiento, cara a cara, deja de estar presente. La interpretación de la tradición y cultura tienden a ser más complejas para el juez, que se ve enfrentado a una gran diversidad de intereses, algunos de los cuales no podrá comprender. No se trata de pensar en las limitaciones que tiene el juzgador ante situaciones no vistas, sino que es preciso observar qué norma de adjudicación podrá utilizar para la solución del conflicto presentado. Así Dworkin (2002) sostiene:

Una teoría general del Derecho debe ser a la vez conceptual y normativa. Su parte normativa ha de abarcar una diversidad de temas, que se indican en el catálogo siguiente: Debe tener una teoría de la legislación, de la adjudicación y de la obediencia al Derecho; estas tres teorías consideran las cuestiones normativas del Derecho desde el punto de vista del legislador, del juez y del ciudadano común... (Dworkin, p. 32).

Caballero Harriet (2012) en su crítica al actual sistema de la globalización aboga por la construcción de un sueño latinoamericano en el que las naciones puedan irse desarrollando tomando en consideración los factores culturales, de tal modo que llegue “la hora en que, superando las cadenas de las tuteladas interesadas, de las injerencias manipuladoras, de los complejos y neutralizando los mecanismos paralizadores, ofrezca al mundo el modelo del Nuevo Contrato Social” (p. 299). Resulta de alto interés la visión del profesor Francisco Javier Caballero Harriet, digna de discusión, a la vez que orientadora en todo este proceso de globalización, enfocando la cara oculta de una globalización desigualitaria, en la que nunca se logrará un equilibrio perfecto, ni una competencia perfecta entre lo local y las transnacionales (p. 30). La cuestión es que el neoliberalismo se presenta como algo justo, basado en la igualdad de condiciones y revestido de racionalidad, pero lo que sucede realmente es lo contrario.

Pero si se toma la visión de Alain Touraine (2008, p. 31) en el sentido de que la globalización no existe, y que lo que se da en este caso es la materialización de un aumento ligero de las negociaciones internacionales, por lo que no habría que culpar a la globalización por los procesos en que va transitando el mundo. Touraine asegura que lo que se ha producido es la caída del Muro y la desaparición del modelo y del Imperio soviético, acompañado de la hegemonía militar norteamericana (p. 30); es una forma muy reduccionista de observar aspectos individuales de la globalización.

En el plano judicial se desarrolla el juicio de igualdad, en el que se determina la posible diferencia entre diversos objetos y sujetos que se comparan (Pérez Portilla, 2007).

No solo será cuestión de hallar la diferencia o semejanza entre x o y, sino que se pretende ordenar tal igualdad o simplemente buscar de qué adolece para regularla.

Pérez Portilla (2007) indica que los juicios de igualdad son de naturaleza valorativa, que van desde los aspectos fácticos a los jurídicos. La labor del juez es, en este aspecto, muy difícil, toda vez que tendrá que hacerlo en cada caso, y con cierta independencia de los criterios previamente adoptados. Lo difícil del juicio de igualdad viene dado por lo difícil de precisar fórmulas sociales o simplemente de naturaleza jurídica que permitan, objetivamente o matemáticamente, encontrar una solución para todos los casos. Los criterios generales de que las cosas iguales deben de tratarse iguales y las diferentes de forma desigual, no resuelven ni siquiera indican el camino a seguir.

La igualdad está ligada a la justicia. Si ya se ha determinado que comparten el rasgo analizado, nada impide que se les dé el mismo tratamiento. No dar el mismo tratamiento a dos personas o situaciones iguales, sería incurrir en un acto de injusticia. La igualdad entre dos personas deriva de un estándar jurídico de tratamiento (Pérez Portilla, 2007). La regla de igualdad tiene que estar previamente establecida, el alcance de la igualdad también es un criterio jurídico. Por eso Rousseau planteó que el origen de las desigualdades proviene de la vida en sociedad, ya que la naturaleza misma es la que dio una verdadera igualdad a las personas.

La interpretación igualitaria busca dar a cada quien lo suyo, con un tratamiento merecido, en los aspectos relevantes, conforme a los estándares normativos (p. 13). Si la igualdad es uno de los carriles por los que se desplaza el tren de la justicia, su inobservancia convierte el proceso judicial en una actividad ilegítima que arroja un clima de inseguridad jurídica.

La protección de las grandes empresas y de ciertos empresarios frente a otras personas de mejor influencia en ocasión viene dada por la necesidad de mantener una economía estable, en la que se reciben fuentes de financiamiento sin cuestionar su procedencia, sin verificación de la legalidad de los activos; pero tampoco se pondrá en

una verdadera balanza las razones que mueven al económicamente fuerte frente al menos pudiente, cada vez que esto suceda la seguridad jurídica y el ambiente de inversión irán de la mano; la inseguridad jurídica está ligada más a la protección de grandes capitales que al libre desarrollo jurídico en plano de igualdad en una sociedad determinada.

La igualdad constituye una norma que regula los procesos judiciales. El juicio de valor tiene que ser formal y materialmente justo. Dar un trato distinto a personas que comparten rasgos iguales es cometer injusticia. La igualdad jurídica se logra con la aplicación de las normas jurídicas independientemente de la condición general de los individuos o situaciones que intervienen en la comparación. Los derechos fundamentales son, en esencia, los parámetros a ser valorados. De ahí se partirá hacia los derechos no fundamentales.

La discriminación que se da en la práctica no puede ser motivo para abandonar la lucha por la igualdad. La igualdad suele presentarse de manera formal –igualdad formal–. Tiene que ser objeto de tutela judicial para la disminución o erradicación de la discriminación o privilegios creados jurídica o fácticamente (Pérez Portilla, 2007).

Los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de realizar una interpretación igualitaria y respetar su propio precedente. Sin obviar los criterios del precedente vinculante de tribunales superiores, conforme a cada ordenamiento jurídico, es una obligación de todo tribunal, no importando su jerarquía y materia de competencia, el respeto a los criterios establecidos en casos anteriores. No puede recibir un fallo distinto, cuando se aprecien las mismas condiciones. Los tribunales de alzada pretenden reducir la incertidumbre que generan las interpretaciones desigualitarias, que se consideran como arbitrarias.

No cabe duda que todas las personas no tienen las mismas condiciones económicas; la igualdad no implica que todos tengan el mismo patrimonio. Las cartas magnas protegen el patrimonio de los particulares, ya sean personas físicas o morales, por tanto,

desde el seno de las constituciones se advierte la existencia de diferencias, que se traducen en rasgos distintivos de cada individuo. Habermas (2011) aclara que:

“A diferencia de la moral, el Derecho debe salvar la distancia entre norma y realidad *normativamente*, es decir, por la vía de la legislación. Esto vale no solamente para la imposición legal de normas válidas, sino también para el decurso mismo de generación de normas. Del universalismo igualitario que caracteriza el Derecho del Estado democrático surge una “dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica” (Robert Alexy) que mantiene el sistema de derechos en continuo movimiento y destruye cualquiera apariencia de modelo estático (Habermas, p. 60).

En Habermas se verifica que esa distribución formal de derechos (también conocida como igualdad formal) no garantiza la autonomía que en el ámbito público y privado tienen las personas. Así que no es tan frecuente la coincidencia entre igualdad formal e igualdad material. Las diferencias en las condiciones de vida de las personas no debe ser un motivo para el trato distinto, sino que la regla debería tener igual valor para todos los individuos, asumiendo así la justicia distributiva de John Rawls (Habermas, 2011). Para terminar, afirma que “la dialéctica de igualdad jurídica e igualdad fáctica explica el “principio de exhaustividad”, según el cual la Constitución vigente en un Estado democrático de derecho implica al mismo tiempo el mandato de “agotar” continuamente el contenido normativo de sus principios según van cambiando las condiciones históricas” (Habermas, 2011, p. 60).

### **3.5 Seguridad jurídica e interpretación judicial**

Cada Estado tiene la obligación de hacer respetar los derechos allí adoptados. En esta función social se priorizan los derechos fundamentales. En tanto que se garantice de manera igualitaria el libre acceso y ejercicio a derechos y garantías constitucionales, se está en el terreno de la seguridad jurídica. De forma general, las cartas magnas no se

detienen a brindar una definición sobre lo que realmente es la seguridad jurídica *per se*, pero la doctrina comparada sí se ha preocupado por hacerlo.

La seguridad jurídica se concibe a partir de la plena vigencia del respeto a los derechos y garantías fundamentales (Zabala Egas, 2013, p. 13). Si se trata de una norma positiva, la seguridad jurídica se basa en la aplicación voluntaria o forzosa del contenido normativo; si el fundamento de la norma no es su validez, sino la eficacia o la justicia, entonces la seguridad jurídica se aprecia por el grado de aplicación del criterio en el que se basa.

La positivación del Derecho equivale a que esas reglas sean adoptadas por el sistema jurídico, por lo que la legalidad y su efectiva vigencia explican la esencia de la seguridad jurídica (Zavala Egas, 2013); pero no toda estricta obediencia a la ley escrita equivale a una efectiva seguridad jurídica. Así el principio de legalidad no es el único que explica la seguridad jurídica. Legalidad y seguridad jurídica no son nociones idénticas. La legalidad se basa en el apego irrestricto e incondicional a lo prescrito por las normas; la seguridad jurídica está más ligada a una legitimidad; la legitimidad requiere la intervención voluntaria y activa de las personas. Puede advertirse esta seguridad jurídica como Derecho público subjetivo. La razón de ser de que el hombre se una en sociedad es, por así decirlo, por motivo de seguridad. Esta seguridad jurídica tiene dos sentidos: uno objetivo y otro subjetivo. El objetivo está marcado por la creación de las instituciones y normas llamadas a regular la vida en sociedad; la seguridad jurídica subjetiva tiene una aplicación más práctica, más cercana a los hechos, y se determina en cada caso, por las respectivas consecuencias jurídicas que brinda el sistema jurídico (p. 14).

El fundamento de la seguridad jurídica se sostiene por varios autores, los que podrían diferir en ciertos aspectos; tal es el caso de Lon L. Fuller y G. Radbruch, el cual se muestra en el siguiente cuadro comparativo:

Fundamento de la seguridad jurídica, según Radbruch y Fuller

Conforme a Radbruch	Según Fuller
<ul style="list-style-type: none"> <li>• La positividad del Derecho se realiza mediante leyes.</li> <li>• El derecho positivo se basa en hechos y no en el criterio de los jueces.</li> <li>• Los hechos son susceptibles de comprobación.</li> <li>• El Derecho tiene que ser estable.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las normas son de carácter general, y además tienen que tener las siguientes características: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Promulgadas</li> <li>• Irretroactivas <ul style="list-style-type: none"> <li>• Claras</li> <li>• Coherentes</li> </ul> </li> <li>• Posibles de cumplimiento <ul style="list-style-type: none"> <li>• Estables</li> </ul> </li> </ul> </li> <li>• Congruentes entre lo que dicen y los hechos.</li> </ul>

Fuente: Zavala Egas, J. (20 de diciembre de 2013). *Teoría de la seguridad jurídica*. Universidad San Francisco de Quito, p. 14.

Tales propuestas son asumidas por Zavala Egas (2013, p. 16), quien propone, además, una serie de requisitos para la consecución de la seguridad jurídica que él ha denominado estructural, es decir, que se deriva de todo el sistema jurídico, a saber: a) *Lege* promulgada –aprobadas, promulgadas y escritas–, b) *lege* manifiesta –con alta claridad–, c) *lege* plena –con ausencia de lagunas normativas–, d) *lege stricta* –con estricta legalidad, inequívocas e idóneas; e) *lege* previa – norma aplicable aprobada antes del hecho que pretende normar, y que respeta el principio de irretroactividad normativa–, f) *lege* perpetua – norma que se aplica y se mantiene estable, con aplicación de los principios de cosa juzgada, *nom bis in idem*, y derechos adquiridos–.

Otros factores influyen en la seguridad jurídica, como son la violación del plazo razonable provocado por la mora judicial. En la solución de los casos sometidos a la jurisdicción no puede predicarse el respeto a la seguridad jurídica cuando se producen demoras innecesarias o que el sistema judicial se muestre incapaz de resolver la cantidad de conflictos que le son presentados, de forma periódica.

Todo aquello que está permitido, prohibido u ordenado, como norma escrita, tiene que estar al alcance de todos los habitantes de un territorio. La seguridad está estrechamente relacionada al conocimiento de las normas. La publicidad de la ley juega un rol estelar en el conocimiento de la misma. Las consecuencias de un acto humano tienen que estar al alcance de las personas, al momento de adoptar decisiones. Toda interpretación judicial debe de obedecer a diversos parámetros, lo contrario genera inseguridad en los posibles resultados. Los criterios adoptados por el tribunal en casos anteriores son antecedentes normativos vinculantes de cómo actuarán, interpretarán y aplicación las normas por parte de los jueces.

La seguridad jurídica se mide en función de la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia y en la aplicación de las leyes, en los casos específicos sometidos a la jurisdicción. La filosofía del Derecho se inclina por asimilar la seguridad jurídica con la previsibilidad de las decisiones judiciales (Arcos Ramírez, 2002). La posición de Hans Kelsen en torno a la seguridad jurídica se equipara al anterior postulado, en el sentido de que los sujetos estarían guiados por esa previsibilidad de las normas. Esta condición permite un clima de seguridad en la toma de decisiones, y contribuye a una verdadera autonomía de la voluntad y a la configuración de la responsabilidad individual, por ser una voluntad informada.

Conforme a Zagrebelsky (2008) la ley pasa de ser la expresión de la voluntad del Estado, que se impone a todas las personas, sin importar la voluntad de las mismas, a ser una garantía del respeto a los derechos. La seguridad jurídica va de la mano no solo con el contenido formal de las normas, sino con el fiel respeto a las garantías en ellas

expresadas; se convierte la seguridad jurídica en un derecho más, uno que se superpone a todo el ordenamiento jurídico y que le sirve de guía. La seguridad jurídica nos ha sido presentada como la garantía de que a ningún ciudadano se le vulnerarán sus derechos. Esa garantía abarca su persona, su patrimonio y conjunto de derechos (Tamames, 2009). El mercado es quien dicta las normas y, por tanto, es quien está en la posición de poder hacerlas cumplir.

La elaboración, dictado y aplicación de las leyes está a cargo de los poderes públicos en una sociedad determinada; hacer valer las normas jurídicas por la vía coercitiva es función del Estado. El problema radica cuando se interponen fuerzas superiores al Estado, a las que este no puede ni debe ignorar. La interconexión de las relaciones económicas obliga a que un Estado reconozca el derecho de las grandes empresas, por la función que estas tienen y por el nivel de seguridad que en el plano del Derecho se han hecho expedir.

Es conveniente recordar que las normas jurídicas se utilizan para aplicarlas a hechos concretos, derivados de la vida real (Torres Vásquez, 2001). En tanto que el Derecho pretende establecer cierto grado de convivencia en una sociedad determinada, es preciso repensar el enfoque de lo jurídico de la globalización, en la que se produce el fenómeno de la deslocalización.

La seguridad jurídica, vista como un ideal enfocado a individuos y a cierta sociedad específica ha ido cediendo espacio a nuevas circunstancias. La pérdida de poder del Estado llega hasta sus legisladores, que siguen la corriente del mercado global. Ulrich Beck (1998) afirma que esos legisladores no se dan cuenta de que están matando la fuente principal y, en consecuencia, cierran el grifo del dinero y del poder. Hay, en ese sentido, una vertiente que cierra el mercado local y el poder estatal, abriendo los brazos ciegamente a la globalización.

El modo de producción capitalista incluirá máquinas, con trabajo asalariado libre y el mercado será el que rijan las leyes económicas de la competencia. Samir Amin (1999)

advierde unas diferencias entre el sistema capitalista contemporáneo y los sistemas previos, en el entendido de que el contemporáneo busca un mercado integrado, con uniformidad del espacio en que opera, uniformidad de las mercancías y remuneraciones. El espacio jurídico tradicional resulta ajeno a esa transformación mundialista. Si acaso la *lex mercatoria* se convierte en una institución económica, en el derecho privado de la globalización

No se puede hablar de una seguridad jurídica como tal. El problema sigue siendo económico. Las reglas jurídicas quedan obsoletas casi de inmediato. Los Estados dominantes obligan a los más débiles a trazar políticas en las que se garanticen las inversiones. Ese objetivo es esencialmente político y económico. Lo jurídico queda relegado a otros planes. Lo importante no será lo que dicta el legislador, sino lo que conviene al mercado. La cesión de poder estatal es evidente.

¿Puede el mercado garantizar seguridad jurídica? Si bien el propio mercado no puede autorregularse de forma adecuada e igualitaria, menos aún, puede sustituir el rol que ha tenido el Derecho (Estévez Araújo, 2006). El interés colectivo no es un objetivo fundamental para la globalización.

El comercio internacional vía internet ha provocado una apertura en la forma de acceder a productos y servicios. Sin embargo, vuelve la cuestión de ¿quién regula el mercado global? Los países han tratado de implementar normas para regular ese comercio internacional a través de la imposición de altos impuestos para la desmotivación de la inversión a través de la *Web* y, en especial, de la salida de capitales a otras naciones.

Ese proceso de desmotivación no ha sido suficiente ni tampoco se puede considerar efectivo. El comercio sigue creciendo. El mercado internacional ha superado a la localización de personas y cosas. Las normas jurídicas que proponen firmas digitales y compromisos entre contratantes se quedan relegadas a formalidades, por lo que el alcance de la norma local no es suficiente para el reclamo del incumplimiento contractual.

El aumento del tamaño del mercado obliga al aumento del tamaño de las empresas. Algunas se han convertido en verdaderos gigantes, con mayor poder de disposición que los gobiernos locales (Estévez Araújo, 2006). Sus ingresos así lo indican. Ese crecimiento les permite negociar directamente con los Estados, hasta el punto de crearse espacios jurídicos adecuados a sus propósitos, aun cuando vaya en contra del resto del ordenamiento jurídico interno.

En su libro titulado *Ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Max Weber analiza la relación entre derecho y capitalismo (Arcos Ramírez, 2002). El capitalista no puede ocuparse en la producción de normas, su esfuerzo está en el capital, en la producción. El sistema capitalista busca un espacio en el que el sistema de normas no obstaculice el crecimiento económico y, por ello, requiere de reglas extremadamente previsibles, en las que el juzgador no parta de una aspiración hacia el futuro, fundado en un derecho ideal y, por tanto, no vigente ni previamente discutido. La previsibilidad de la norma y de la interpretación y aplicación del Derecho se pone cada vez más en boga, no por lo propiamente jurídico-social, sino por las exigencias del mercado.

El Derecho tiene que ser tan previsible como si se calculase con una máquina. La interpretación ya no sería subjetiva, sino que como toda fórmula matemática, los posibles sentidos de las normas jurídicas, o el más exactamente aplicable tienen que ser utilizados por el juez. La jurisprudencia no sería innovadora, más bien conservadora no solo de criterios, sino de intereses, por lo que la previsibilidad que se sostiene gira en torno a la estabilidad del capital más que de los derechos fundamentales.

La previsibilidad de Finnis se basa en su concepción de iusnaturalismo racional moderno. Para Finnis la previsibilidad tiene como finalidad la autodeterminación y libre albedrío frente a las formas subjetivas de aplicación de las normas jurídicas (Arcos Ramírez, 2002). La posición de Finnis se asemeja, en algún punto, a la de Dworkin sobre el hallazgo de la respuesta correcta, y entre ellas, la más correcta, la cual el juez la buscará –aunque no llegue a ella–.

Se cuestiona si realmente una sociedad local o global puede gozar o padecer de decisiones previsibles; si el sentido dado por los jueces a las reglas del Derecho podría adquirir un matiz matemático. La imposibilidad de controlar las subjetividades de los jueces vuelve a la previsibilidad como una característica utópica. La seguridad jurídica basada en la previsibilidad utópica no satisface las exigencias ciudadanas y mucho menos las requeridas por el mercado, en el sentido de la seguridad de la inversión, el libre tránsito de mercancías y cualquier otro tipo de comercio.

La previsión de lo exacto, de lo técnicamente calculable, de las posibilidades de la ciencia occidental que procura el capitalismo moderno (p. 16) traza el camino del Derecho, como ciencia inmersa en esa modernidad. Las decisiones de los jueces y las posibles interpretaciones solo encuentran cabida en la medida en que se les califique como racionales. La racionalidad no es, por tanto, una noción jurídica, sino más bien se halla afectada por diversos fenómenos de la actualidad, que está ligada a la exactitud, a la posibilidad a lo técnicamente calculable, encontrándose en caminos paralelos a las ciencias matemáticas.

Weber afirma que: “No hay duda que, en otras circunstancias, los intereses capitalistas contribuyeron a allanar el camino a la dominación de los juristas (educados en el derecho racional)..., pero no constituyeron en modo alguno el factor único o dominante. (–el– Derecho no es un producto de aquellos intereses). La racionalidad en lo jurídico es la sombra de la seguridad jurídica y de la equidad en la interpretación y aplicación del Derecho.

En el texto *Las razones del Derecho*, Manuel Atienza (2005) analiza la nueva retórica como propuesta de Chaim Perelman, a la que también hay que incluirle los aportes conjuntos de Olbrecht–Tyteca. Propone la equidad y la seguridad jurídica como objetivos del razonamiento jurídico; advierte que la respuesta que debe brindar el Derecho es equitativa, razonable y aceptable. En ese sentido plantea:

El razonamiento jurídico no es ya ni “una simple deducción silogística”, ni tampoco “la simple búsqueda de una solución equitativa”, sino “la búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el Derecho” (p. 114). O, dicho de otra forma, la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea no solo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable (p. 64).

Para Atienza (2005) la teoría de Perelman y otros radica esencialmente en la apuesta por la racionalidad en el discurso moral, jurídico y político. El objetivo de toda argumentación es persuadir a alguien, en este caso, a través del lenguaje, conforme al contexto social y cultural en el que se argumenta y se utiliza el lenguaje, con criterios tenidos como válidos en un auditorio determinado, pero tal teoría no queda clara ni justificada, más bien se considera arbitraria.

# **CAPÍTULO IV: APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

---

Sumario: 4.1 Noción de aplicación. 4.2 Derecho y argumentación. 4.2.1 La subsunción judicial. 4.2.2 La ponderación. 4.3 impacto de las escuelas del Derecho en la actividad interpretativa. 4.4 Fuerza vinculante de la jurisprudencia en República Dominicana.

---

## **CAPÍTULO IV: APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

Cuando el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales la coacción, como fuerza física, debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerlo, protege a los individuos a él sometidos contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos. Cuando esa protección alcanza cierta medida mínima se habla de seguridad colectiva [...] (Kelsen, 1982, p. 50):

### **4.1 Noción de aplicación**

El concepto “aplicación” tiene diversas acepciones: 1) la colocación de una cosa sobre otra o en contacto con otra; 2) empleo o uso de una cosa para conseguir el efecto deseado; 3) empleo de un concepto general en un caso particular; 4) esfuerzo y atención al desarrollar una actividad o trabajo; 5) adorno de un objeto hecho con un material distinto; 6) programa informático que realiza una función determinada; y operación matemática por la que se hace corresponder a todo elemento de un conjunto, un solo elemento de otro conjunto (Vox, 2007). Este capítulo centra su atención en la tercera de las acepciones antes señaladas. La aplicación de las normas jurídicas no es más que la regulación de la conducta por ella aludida, frente a una determinada realidad, a través de otra norma que encuadre en la aplicada (Torré, 1997).

Toda norma jurídica ha sido dictada con la finalidad de ser aplicada. El realismo jurídico aboga por una norma que sirve de predicción de las decisiones de los jueces, en otras palabras, la norma explica cómo fallarán los jueces; la actividad esencial de los jueces es la de interpretar normas jurídicas y aplicarlas al caso concreto (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2003), permaneciendo estrechamente ligadas las actividades de interpretación y aplicación de las normas. No solo es función del juez aplicar la norma jurídica, sino que todas las personas están llamadas a aplicar el Derecho en sus actos o hechos jurídicos.

El alcance de las normas jurídicas está enfocado a un determinado territorio o a determinadas personas. El alcance territorial quiere decir que la norma es válida para un determinado territorio, luego del cual ya no es aplicable. La aplicación territorial implica que toda persona que se encuentra residiendo o de tránsito en ese lugar podrá sentir los efectos de dichas normas. El otro sistema se centra en el tipo de persona. Aquí ya no es trascendente el lugar donde se encuentren esas personas, serán perseguidas por el efecto de las normas.

La aplicación territorial o personal de las normas jurídicas adoptan las modalidades de principios que pueden ser invocados en cualquier momento. La aplicación territorial de la norma sugiere que toda persona residente o de paso en un determinado territorio tiene derechos y deberes frente a unas normas. El sistema de la personalidad de las normas tiene su origen en la antigüedad, especialmente en el Derecho Romano (Petit, 1980); fue superado por el principio de la territorialidad de las normas jurídicas en el feudalismo. Los postglosadores y comentaristas resaltaron la diferencia de ambos sistemas; en el sistema territorial primaba la cosa litigiosa, en el de la personalidad se centraba en la persona misma. Ambos sistemas suelen aparecer en los ordenamientos jurídicos, adoptándose una modalidad híbrida para muchos asuntos jurídicos.

La imperfección de las normas jurídicas, como obra humana, conlleva que se cometan algunos errores en su proceso de aplicación. La aplicación del derecho se

traduce en aplicación de las normas vigentes (Lete del Río, 2018). El principal de las normas jurídicas se centra en el momento de su aplicación. Si una norma es interpretada erróneamente, su aplicación seguirá ese mismo camino. Una interpretación incompatible con el sistema jurídico constituye el principal presupuesto para que esas normas jurídicas transiten en su aplicación por un camino inadecuado. En adición a la interpretación, se agregan los problemas de vigencia y los conflictos de leyes o antinomias.

Manuel Lete Del Río, en su análisis sobre Aplicación del Derecho vincula seguridad jurídica, certeza y aplicación del derecho, en los siguientes términos:

La aplicación del derecho es el principal componente de los principios de certeza y seguridad jurídica, así como del principio de legalidad lato sensu; por ello se requiere de un sistema normativo claro, coherente, completo y operativo, donde la realidad jurídica concuerde con la realidad social. De no ser así, nos enfrentamos a una ineficacia del orden jurídico, dando como resultado su inaplicabilidad (Lete Del Río, 2018).

Para Lete Del Río señala como importante que el contenido de las normas jurídicas esté relacionado con la realidad social; es una práctica constante que los sistemas jurídicos se nutran de normas extranjeras, es decir, de normas que pertenecen a otros Estados. A veces la obra de adaptación no se realiza con técnicas idóneas y por tanto, las normas así adoptadas se tornan inaplicables e incompatibles con el sistema jurídico nacional.

La aplicación conforme a su fuente se clasifica en: a) voluntarias, b) cuasiforzosas o cuasivoluntarias y c) forzosas. Esta clasificación se deriva de la dada a las vías de ejecución en el proceso civil. La aplicación voluntaria se configura en la ejecución propia de una norma sin que medie una decisión judicial o arbitral. El individuo accede a acatar la norma por el solo reconocimiento de la existencia y obligatoriedad normativa.

En la ejecución forzosa y en la semiforzosa interviene la figura del juez o del árbitro. La diferencia entre la aplicación forzosa y la semiforzosa se obtiene midiendo el

acatamiento de la norma particular –el fallo– por parte de los intervinientes en el proceso. En la forzosa los destinatarios de la decisión no acceden al acatamiento de la norma particular, sino que se le constriñe a participar del proceso y a cumplir lo dispuesto por el juez. Contrario a lo que pasa en la semiforzosa, la parte perdidosa accede a cumplir la norma, pero luego de que juez ha dictado el alcance de la norma u obligación invocada por el reclamante. La sentencia opera como un respaldo a la letra de la ley. La sentencia es una norma particular, al estilo kelseniano, que entra en contacto más directo con la persona en contra de quien se ejecuta. Así Kelsen (1982) inicia su *Teoría pura del Derecho* precisando lo siguiente:

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el Derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a Derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el Derecho es aplicado, pero el Derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el Derecho (p. 7).

La expresión “aplicación” en el sentido jurídico alcanza su mayor uso en la realizada por el juez, en el ejercicio de sus funciones, cuando dicta algún fallo, en cuestiones contenciosas o administrativas; la aplicación judicial es el contexto ideal para un jurista identificado con el realismo jurídico. En otro sentido, y quizás en un contexto ideal, se habla de aplicación voluntaria cuando las personas se someten voluntariamente al cumplimiento de la norma, sin que medie alguna instancia jurisdiccional o arbitral. Ya Carnelutti se refería a la aplicación del Derecho como algo necesario, por lo que advertía que el Código –Civil– no es más que una cara de la medalla, y se requiere el estudio de los actos de aquellos que obedecen o desobedecen –la norma jurídica– (Carnelutti, 2003).

La aplicación normativa ha sido clasificada, a partir del contenido de la misma, en aplicabilidad interna y externa; la interna es el alcance de la norma para la solución del

caso; la externa es la fuerza institucional, lo que se reduce a la verificación si la norma aplica al caso en concreto (Navarro, 2005). Si se admite que la norma tiene aplicabilidad externa es porque la misma es relevante para la solución de la cuestión planteada; en cambio, el hecho de analizar el alcance de la norma sin que se tome en cuenta el caso específico, se estará frente a la aplicabilidad interna.

Para Torres Vásquez, la aplicación del Derecho es el acto que le sigue a la interpretación; es un proceso mental que va desde la aprehensión del hecho, con relevancia jurídica, hasta llegar al contenido de la norma que lo regula (Torres Vásquez, 2001). Conforme a la secuencia lógica propuesta, toda aplicación precede a la interpretación, pero más aún, todo acto de interpretación es obligatorio antes de pasar a la aplicación. No se puede obviar el desentrañamiento del sentido de la norma, para pasar a la aplicación, aunque se entienda que la norma objeto de análisis sea clara y precisa.

De ahí una de las teorías propuestas en la presente reflexión consiste en que el tribunal no es el último intérprete de la norma jurídica, sino que es solo un intermediario, que se halla como tercero imparcial en un conflicto jurídico, ya sea por cuestiones de hecho (por un problema de calificación) o de Derecho (cuya máxima expresión está en la interpretación conforme a ciertos valores constitucionales). La regla adoptada por la sentencia constitucional no es más que una interpretación de la Constitución. La decisión suele ofrecer diversos criterios que miden los valores constitucionales en un momento dado. Si se considera que el conflicto fáctico o jurídico proviene del pueblo, luego, el análisis que haga la sentencia del Tribunal Constitucional se reduce a un análisis de normas jurídicas, así las normas provienen del pueblo y luego de que el tribunal las analiza, retornan al pueblo. En nuestra teoría, el pueblo es el intérprete de inicio y fin de las normas jurídicas. Es cierto que no es el intérprete superior respecto de un proceso judicial, pero sí es el intérprete de inicio y fin de las normas jurídicas. Las sentencias del Tribunal Constitucional son objeto de interpretación –no una interpretación superior–, pero sí son analizadas, interpretadas y aplicadas por los destinatarios de dichas

sentencias, y a través del efecto *erga omnes*, a toda persona interesada en invocar el precedente adoptado.

La historia del derecho constitucional y especialmente del precedente constitucional muestra que ha ido teniendo mayor relevancia en la vida jurídica de los pueblos. El precedente constitucional no es más que una forma de expresar el sentido de la norma constitucional, en otras palabras, es la interpretación de la constitucionalidad. El derecho constitucional surge como rama del Derecho a finales del siglo XVIII, pero se entendía que la Carta Magna no era objeto de interpretación, sino de aplicación inmediata. Es el clásico enfrentamiento surgido en Europa entre una concepción descriptiva y una concepción normativa. El triunfo del grupo que entendía que la constitución no era objeto de interpretación provocó que durara varios siglos sin que se abordara la idea de interpretación constitucional. A mediados del siglo XX el juez se ve en la necesidad de analizar la constitucionalidad de las leyes y se vio obligado a interpretar la propia Constitución (Jorge Prats, 2010).

Una crítica señalada al sentido utilitario de la constitución es que puede verse como un instrumento de gobierno y como un conjunto de reglas precisas y cerradas. En tanto, que el entorno social varía, así también deben ir renovándose las distintas interpretaciones que se le pueda dar a la constitución, para que no se convierta en lo que Jorge Prats le ha denominado una constitución estatua (Jorge Prats, 2010). De modo que la Constitución no puede reducirse a simples expresiones jurídicas; es más que declaración o reconocimiento de derechos, busca la consolidación de un Estado basado en valores y principios que realzan la dignidad humana.

La interpretación constitucional se dará en el seno de los tribunales constitucionales. En el caso dominicano ese control es llevado por el Tribunal Constitucional con el denominado sistema de control concentrado de la constitucionalidad y por los demás tribunales constituidos, a través del llamado control difuso (República Dominicana, 2010, 26 de enero). Así, el efecto *erga omnes* que tienen las sentencias constitucionales no

debería conllevar una interpretación última, ya que se produce un círculo interpretativo a partir de los motivos dados por el Tribunal Constitucional.

El círculo hermenéutico, en el ámbito constitucional no cierra con la expresión final, sino con la ejecución de lo decidido. Interpretación y cumplimiento de lo decidido se interceptan en la aplicación judicial. Al parecer el último peldaño en la evolución del sistema jurídico se centra en los derechos fundamentales, a partir de su positivación en una constitución. El control político que tienen los tribunales constitucionales o tribunales supremos está basado en la Constitución. El control político es aquí definido como una regla que garantiza la primacía de la Constitución sobre las demás normas.

El ordenamiento jurídico permite dos tipos de controles políticos de constitucionalidad: el político y el judicial. El control político de la constitucionalidad es ejercido por los órganos del Estado distintos al Poder Judicial, a través de la creación de normas, modificaciones de la constitución misma y elaboración de proyectos que hagan realidad la primacía constitucional, luego también se reconoce el control político en la desautorización hacia otros poderes y órganos del Estado en la realización de ciertos actos; en cambio, el control judicial está ligado a la actividad de los tribunales en hacer materialmente posible la primacía constitucional. Así la función de los tribunales constitucionales y sus equivalentes es hacer primar la voluntad de la Constitución contenida en sus principios. Es el último intérprete de la constitucionalidad.

Ahora bien ¿a quién corresponde la aplicación de las sentencias constitucionales? Los modelos de constitucionalidad se iniciaron en naciones con cierto grado de respeto a los derechos individuales; no se pensó propiamente en un modelo de incumplimiento de las sentencias constitucionales. Lo ideal en el ámbito de los tribunales supremos o constitucionales era dar una buena interpretación de la constitucionalidad de los actos estatales, pero al ser adoptados dichos modelos por naciones con poca tradición de respeto a derechos fundamentales, entonces queda una deuda de ejecución de las

sentencias constitucionales. Los tribunales que dictan sentencias en atribuciones constitucionales se convierten en juez de la ejecución de sus sentencias.

Es obra del filósofo cuestionar las realidades empíricas y espirituales que interpreta. Si las cartas magnas conceden una función especial al Tribunal Constitucional, estimándolo como último intérprete de la Constitución y de las leyes, se plantea entonces la cuestión de que una vez el Tribunal Constitucional se haya pronunciado sobre la problemática existente, entonces se eliminarían las posibles interpretaciones.

El jurista pretende cuestionar la realidad para encontrar un sentido posible de aplicación. Así, cuando se está en el ámbito de la Filosofía, se cuestiona hasta el fundamento de la regla de Derecho, sin importar el resultado. Por ello, no se está en el mismo ámbito cuando se interpreta filosóficamente que cuando se hace una interpretación jurídica. La primera es menos limitativa que la segunda. La incursión en la hermenéutica jurídico-filosófica es la que ha provocado que se cuestionen ciertas interpretaciones y pueda llegarse a una ruptura de los paradigmas tradicionales de solución de antinomias o lagunas jurídicas.

Lo propio sucede con la interpretación judicial, que es una derivación de la interpretación jurídica: a) porque se realiza frente a normas y casos, b) porque la realiza un abogado. Estas similitudes se diferencian en el objeto de la interpretación doctrinaria o interesada del abogado, puesto que el juez estará sustentado en una visión de sistema, de obediencia a ciertos parámetros, incluso a aquellos que le son impuestos por derivación del límite constitucional y legal de su competencia. Se ve al juez como un bloque en un muro, que le está prohibido ir en contra de lo existente, por tanto, al momento de aplicar una norma tiene que tener una visión de conjunto, es decir, integradora.

La interpretación judicial es vista hoy día desde la óptica constitucional. El ordenamiento jurídico ha de regirse por el contenido normativo de la Constitución y de las decisiones del Tribunal Constitucional. Este modelo ha provocado que surjan diversas preguntas, tales como: ¿Qué sucede con los cambios sociales y de paradigmas? ¿Es que

el propio Tribunal Constitucional no podría cambiar de opinión en cuanto al sentido dado a la norma? En el contexto moderno, la escuela sociológica del Derecho propone una interpretación judicial conforme a la realidad social. Esta realidad también invade el ámbito de interpretación del propio Tribunal Constitucional. No hay, en ese sentido, una interpretación última y definitiva respecto de una norma jurídica, así como no existe un último caso, una última casuística, lo propio ocurre con la interpretación.

Uprimy Yepes considera que la noción de interpretación conlleva la atribución de un significado a lo escrito por alguien, que se manifiesta en otro enunciado. El objeto interpretado es un enunciado y el producto de la interpretación también lo es. En tanto que los enunciados son objeto de interpretación también lo será el enunciado interpretado, puesto que con la interpretación lo que se busca es despejar las dudas respecto del sentido o simplemente captarlo (Uprimny Yepes y Rodríguez Villabona, 2003).

La interpretación consiste en una operación mental mediante la cual se parte de un enunciado hasta llegar a otros enunciados (Atienza, 2004). Hay una relación muy estrecha entre intérprete e interpretación, ya que el intérprete juega un rol trascendente en el paso de un enunciado (A) hacia otro (B). Sus valores y prejuicios estarán comprometidos para expresar el sentido del primer enunciado. Ese paso de A hacia B requiere unas razones, que se expresan por la actividad argumentativa, desarrollada más adelante.

La interpretación constitucional sirve como forma de mantener vivo el espíritu del constituyente. Esa actualización se extrae de la forma en que es abordado el problema concreto objeto de discusión, ya sea en el foro judicial, como en la cátedra universitaria. La necesidad de interpretación de la norma constitucional le otorga la forma de proceso abierto y nunca cerrado al proceso de entendimiento y aplicación de la Carta Magna.

## 4.2 Derecho y argumentación

Agustín Gordillo en su texto *Introducción al Derecho* muestra cómo el poder da certeza, en otras palabras, el poder muestra equivocadamente una pretensión de tener siempre la razón. Al parecer quién tiene el poder para decidir es también aquella persona que tiene la moral dominante. Gordillo contrasta la certeza del poder con la visión de la ciencia. La ciencia “nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien [...] la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales” (Gordillo, 2000, p. VII.2).

La certeza derivada del poder es, en palabras de Gordillo, *una certeza al servicio del poder de turno*. Las razones que pueda tener la autoridad constituyen un reflejo de su intención y visión del mundo. Esa certeza que tiene el poder de turno no se encuentra inmersa en las ciencias como advertíamos. El poder se atribuye para sí la certeza inmutable que no encuentra en la ciencia (Gordillo, 2000, p. VII.3). El poder requiere cierto grado de certeza, pero no puede detenerse a hallar minuciosamente razones para la acción; la tardanza en la toma de decisiones y posturas muestra debilidad, lo que va en contra de la naturaleza del ejercicio mismo del poder.

El mundo jurídico no es únicamente el mundo de las reglas o de los hechos calificables como jurídicos, es también el mundo de las razones. Toda interpretación y aplicación del derecho pasa por el filtro de la razón. Estas razones “jurídicas” sirven como sustento de las decisiones de los jueces. El legislador también se vale del razonamiento jurídico para aprobar una determinada ley. Las razones están o deberían estar presentes en toda interpretación y aplicativa normativa. Ya se había hablado de “la omnipresencia de la argumentación”, puesto que es utilizada de forma consciente o inconsciente en la vida cotidiana (Rodríguez Alfano, 2008).

Para Couture el juez es un artífice de una obra –social–, cuya finalidad no es solo aplicar la norma jurídica, sino la justicia. La actividad judicial es una obra que va más allá de lo manual o automático: está vinculada a la creación judicial del Derecho, y a esto

se llega a través de la interpretación y aplicación del Derecho. En Trías Monge se visualiza a un juez que debe ser consciente de su propia filosofía jurídica, pues de lo contrario se comportaría como un sonámbulo, que transita por terrenos minados (Trías Monje, 2003). La toma de conciencia sobre la labor judicial por parte de los actores del sistema jurídico permite que se pueda aplicar con mayor conciencia las reglas ya establecidas, o simplemente promover su modificación, ya sea en el texto de la norma o en la interpretación y aplicación de la misma.

Quien se dirige a otra persona lo hace con un propósito y en una situación concreta, convirtiéndose dicho acto en un discurso, en el que se presentan razones más o menos justificadas. El legislador ha dictado una regla para ser aplicada, pero no de forma antojadiza, es decir, sin control alguno; pero, el legislador no puede controlar el efecto de la norma que él mismo ha votado. Ya Helin (1997) nos advertía con alta claridad que en el plano jurídico se utilizan oraciones justificantes, para dar razones, y que esta actividad es propia de los jueces; el legislador no tiene esa función justificante.

Se argumenta en ausencia de imposición; “hay argumentación dondequiera que no haya entrado la violencia a sustituir el debate constructivo que enriquece el conocimiento y facilita las relaciones humanas” (Rodríguez Alfano, 2008, p. 3). Pero si el poder goza de una certeza incuestionable, entonces ¿utiliza la violencia estatal o ciertas razones objeto de verificación? Lo cierto es que la teoría decisionista de Schmitt está más del lado de la imposición (en tiempos de crisis) que del debate argumentativo. La aplicación judicial del derecho, aun en un ámbito de decisionismo puro, acude a argumentos para sustentar una decisión. Los argumentos utilizados se extraen del propio sistema jurídico (con la interpretación e integración) o extrasistémicos.

En la aplicación del derecho en la era de la globalización se emplea la argumentación. A este tipo de argumentación se le denomina jurídica, que incluye normas y hechos. Es que el mercado no es sólo imposición, es también apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), de razonabilidad, de buenos argumentos; aun la misma

fuerza es justificada por quienes la emplean; no para iniciar la acción, sino para que la opinión pública y ambiente de inversión continúe su regular curso.

La argumentación jurídica se denomina también razonamiento jurídico. La argumentación jurídica es una corriente del Derecho que surge en los años 50 del siglo XX. Entre los precursores de la argumentación jurídica están Recaséns Siches, Viehweg, Perelman y Toulmin. Recaséns Siches defendió lo razonable y apartarse de la lógica matemática; Viehweg propuso la tópica como un razonamiento particular centrado en la noción del problema; Perelman impuso el uso de los argumentos retóricos frente a los de carácter lógico-deductivos (Atienza Rodríguez, 2015). Atienza afirma que los precursores de la argumentación jurídica fueron motivados por su negativa a admitir el razonamiento lógico-deductivo. Esa realidad fue cambiada en los años 70 por los aportes de MacCormick y Alexy; estos últimos admiten el uso de la lógica formal, pero con otros elementos que complementen el razonamiento jurídico.

Atienza nos advierte que los razonamientos “son siempre relativos a un lenguaje; presuponen algún problema, alguna cuestión para la cual el razonamiento sirve como respuesta; pueden verse como una actividad (la actividad de razonar) o como el resultado de la misma” (2015, p. 1421). La argumentación no tiene límites; los límites los pone el hablante. En la argumentación judicial el alcance y límites los ponen los jueces. Al igual que en la interpretación, si quien argumenta asume que ya ha dado buenas razones que sirvan para persuadir o convencer al otro de lo que quiere comunicar, ahí termina su actividad.

En todo debate se requiere la presencia de las reglas de la argumentación. Al considerarse los distintos enfoques del Derecho nos encontramos con la existencia de una corriente denominada *Derecho como argumentación*, que viene a estudiar el Derecho no desde afuera, como lo harían los positivistas ni desde adentro –con sus valores– como lo presentarían los iusnaturalistas, sino con una visión integral, cruzando las fronteras de las

distintas corrientes del derecho. Lo esencial es la argumentación que acompañe al acto de interpretación.

Atienza recoge los elementos integrantes de la teoría del Derecho como argumentación, en varias de sus obras: *El Derecho como argumentación*, *El Derecho para la argumentación*, *Argumentación y Derecho*, *Las razones del Derecho*, entre otras. La verdad es que las propuestas atienzananas procuran la construcción de una teoría del Derecho basada en argumentos, resaltando así el valor del argumento sobre los demás elementos que integran el debate jurídico, como son los hechos y su realidad circundante.

Cabe preguntarse ¿hasta qué punto deben ser justificados los argumentos judiciales? La verdad es que no tiene un límite, pero siempre se pide la prudencia como baluarte del tercero imparcial, observando que su forma de entender las normas y los hechos – interpretaciones– debe navegar en un espacio viable, en el que cada aplicación sea razonada y razonable. Es evidente que lo que es razonable para una época y lugar, no lo será para otra. En el universo de lo jurídico siempre aparecerá la crítica de lo que es justo y adecuado.

En las dictaduras también hay decisiones justificadas. Todas las decisiones se justifican, ya sea por el ideal político dominante o por razones jurídico–morales. Aun en los espacios de restricción de la democracia se exige hoy día que las sentencias sean razonables y prudentes. Pero, nueva vez, viene la cuestión de ¿hasta qué grado son objetivamente justificadas las resoluciones judiciales? ¿Una justificación adecuada no es compatible con criterios subjetivos del juzgador?

La perspectiva pragmática de la argumentación aborda el razonamiento jurídico como una actividad, propia del lenguaje, cuya finalidad es persuadir a una persona o un auditorio respecto a algún punto teórico o práctico (2015, p. 1421). Si la aplicación judicial de la norma conlleva el uso de la razonabilidad, entonces la certeza del poder no funge como piedra angular. Los argumentos tienen el objetivo de convencer o persuadir a sus destinatarios. La fuerza es contraria a la fuerza de convencimiento que tienen los

argumentos. Sin embargo, la discusión sobre *la última palabra* no es una del tipo dialéctico sino de medición de poder, de fuerzas, al extremo de que quien es más fuerte y razonable en sus argumentos, es quien decide en último lugar.

El reproche hecho por un tribunal de alzada es un ejemplo de esta certeza del poder. A mayor jerarquía de los tribunales se percibe mayor grado de certeza. Los jueces de alzada se consideran en posesión de la verdad por encima de cualquier razón dada por los jueces inferiores. La última palabra da la verdad, en el contexto del proceso judicial. Los argumentos tienen mayor peso si son generados en el seno de una de las altas cortes. En los casos fáciles los jueces aplican el razonamiento subsuntivo, en cambio en los casos difíciles aplican la ponderación. A seguidas procederé a analizar las nociones de subsunción y ponderación judicial.

#### **4.2.1 La subsunción judicial**

La subsunción no es más que la acción de subsumir o, en otras palabras, la acción de encuadrar los hechos en los supuestos previstos por las normas jurídicas. Si los hechos encuadran en las normas jurídicas se clasifican como hechos jurídicos, de lo contrario esos hechos se calificarían como no jurídicos (Sánchez, 2019). Subsumir es también considerar algo como parte de un conjunto.

Para la aplicación de la norma jurídica a los hechos los juristas han construido un modelo teórico-práctico por medio del cual se verifica si el hecho encaja en la norma jurídica dada; esta operación se ha denominado subsunción jurídica. Torres Vásquez brinda una definición de lo que es la subsunción, estableciendo que es un silogismo en el que el hecho concuerda con la norma jurídica y así queda contenido en dicha norma, por ser de mayor extensión que el caso analizado (Torres Vásquez, 2001).

La norma funge como una premisa mayor, con un contenido ideológico genérico. Los hechos son valorados y expresados lingüísticamente para ver si ciertamente se

subsumen o no en la norma jurídica dada (Torres Vásquez, 2001). La ley contiene más de lo que expresa.

Manuel Atienza dedica gran parte de su obra a la argumentación jurídica; en ella trata la subsunción en los siguientes términos: “El argumento general que se usa en la aplicación del Derecho es el silogismo subsuntivo, que tiene la forma de un *modus ponens*: si se dan las circunstancias X, entonces debe ser la consecuencia jurídica S” (Atienza Rodríguez, 2015, p. 1428). La subsunción es una apuesta por la actividad racional del legislador (López Hidalgo, 2016). Las normas son el producto de la actividad racional del legislador y como producto racional abarca las muchas situaciones que expresamente no se plasman de forma directa en la norma jurídica. El ordenamiento jurídico atribuye competencia a un órgano para la creación de las normas y a otro órgano para la aplicación de esas normas; son dos funciones necesarias del Estado, como si se tratara de dos caras de una moneda. El análisis subsuntivo es predominante en el positivismo jurídico.

La racionalidad del sistema se garantiza en la separación de funciones a partir de la ley. Así, la aplicación de la ley no es más que una de las funciones necesarias y derivadas del orden jurídico. Por lo que “el orden jurídico sería un sistema autosuficiente capaz de proveer la solución unívoca para cualquier caso concreto” (López Hidalgo, 2016, p. 54). La autosuficiencia en el ordenamiento jurídico sugiere que todas las situaciones posibles han sido previstas por un legislador sabio; tan sabio que era capaz de visualizar el futuro, en todas sus dimensiones. Ese legislador deja al juez la función de ser el principal aplicador de las normas jurídicas al caso en concreto. Para el positivista Kelsen la labor del legislador es más amplia que la del juez. El juez sólo aplica el derecho existente; el legislador puede aplicar el derecho existente, pero también puede crear nuevas reglas (López Hidalgo, 2016). La racionalidad de la norma debe ser captada por el intérprete y aplicador de dicha norma.

El análisis de la racionalidad de la norma se encuentra inserto en la teoría cognitiva de la interpretación, en donde “la actividad interpretativa no es más que un acto puro de conocimiento racional en donde los enunciados interpretativos: las normas, producto de la actividad interpretativa, contienen un valor de verdad” (López Hidalgo, 2016, p. 54). Lo difícil en la interpretación y aplicación del derecho es hallar esa racionalidad –a modo de intención legislativa– de las normas jurídicas. Las normas han sido pensadas, analizadas y aprobadas de la mejor manera posible. Su racionalidad es incuestionable en muchos ordenamientos jurídicos, en los que no se admite que una decisión jurídica declare inaplicable una norma jurídica (inconstitucionalidad difusa o concentrada).

La completitud del sistema jurídico no es más que un ideal en el que cualquier hecho se puede encasillar en un caso general propuesto en la norma. La función clasificatoria es del legislador y luego pasa al juez. Como método la subsunción reafirma la validez del sistema jurídico, por el solo hecho de haber sido previamente aprobadas cada una de las normas que lo integran. Agudelo Giraldo advierte que los problemas de las normas derivables del lenguaje también se traspasa a los enunciados (jurídicos) contenidos en el análisis subsuntivo (Agudelo Giraldo, 2014).

La obtención de la verdad jurídica, la única verdad jurídica, a través de la subsunción-deducción es un dogma; con su uso sólo se resuelven los casos más sencillos (no los difíciles) y de la forma más obvia posible. Un caso es “una circunstancia que atiende a la existencia de una norma jurídica que permita, prohíba u ordene una acción por parte del sistema jurídico”, siendo cada caso independiente (Agudelo Giraldo, 2014, p. 29). Luis Prieto Sanchíz advierte que la función judicial no consiste solamente en atribuir significado a las normas y a los hechos; agrega que la actividad interpretativa es la principal ocupación del juez, pero no es la única (López Hidalgo, 2016, p. 57); en otras palabras, la subsunción no es la única actividad racional del juez para la solución de los casos; pero ciertamente la subsunción es la operación jurídica más común en la solución de los casos.

El paso del hecho dado a la norma jurídica requiere una labor interpretativa. Al juez se le presenta un hecho bruto, el cual se va aproximando a la norma dada, a través de los medios de prueba y de los distintos cuestionamientos que se le pudiera hacer a las circunstancias del hecho. Torres Vásquez califica el hecho bruto como aquel que llega al proceso (según son advertidos por las partes) y una vez se expresa en la conclusión, se revela el hecho definitivo. Sobre la procedencia de estos hechos, pudiera predicarse que proceden del territorio en el que se ha adoptado el sistema jurídico, por tanto, obedecen a las prácticas histórico–culturales de un determinado territorio. La verdad es que no sucede así en la globalización, los hechos y normas podrían venir de cualquier parte del mundo. La territorialidad de las normas se aborda de forma más compleja y cuestionable. Un juez en República Dominicana, por ejemplo, podría juzgar con el proceso nacional, cuestiones que atañen al Derecho sustantivo –de fondo– de otro sistema jurídico; esto así porque las leyes procesales son de orden público y se imponen a los convenios entre los particulares (República Dominicana, 1884a); las reglas de fondo –las del país de origen de lo pactado– son las que regirán el aspecto de fondo (sobre todo en Derecho privado).

La subsunción aplica para las normas como para los hechos. La subsunción no es una técnica aplicable a las normas jurídicas; los hechos particulares se subsumen en hechos más generales. Tiene dos finalidades principales: “I.- Opera de acuerdo a una lógica deductiva, como la operación mediante la cual se declara que un hecho jurídicamente relevante se adecúa a la norma jurídica que lo determina; II.- Opera como herramienta de identificación de un elemento a un sistema” (Aguadelo Giraldo, 2014, p. 24).

Sin la intención de haber llegado a una conclusión sobre la subsunción en el derecho, me identifico con la posición de García Amado, citado por López Hidalgo (2016) en el sentido de que la subsunción no excluye las apreciaciones subjetivas; y por otro lado, que la discrecionalidad judicial no descarta la utilidad de la subsunción. Discrecionalidad judicial y subsunción pueden cohabitar en el espacio del razonamiento judicial. López Hidalgo argumenta que “se ha vuelto común afirmar que la ponderación

es el juicio alternativo a la subsunción” (2016, p. 64). Procedo a analizar la noción de ponderación.

#### **4.2.2 La ponderación**

Ponderar es considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. Procede del latín *ponderatio* y está relacionada con el peso de una cosa (Vox, 2007). Sirve como método de solución de antinomias normativas que no han podido ser resueltas mediante la aplicación de los tradicionales criterios de jerarquía, especialidad y cronología; se pondera siempre que se hable de aspectos con desigual valor notorio (Prieto Sanchís, 1993). Ponderar es resolver los conflictos surgidos entre principios (proviene del latín *pondus* equivalente a peso); ponderar es pesar los principios.

La ponderación fue acogida como la única vía para la solución de los casos difíciles. Los casos fáciles eran resueltos a través de la subsunción, pero para los casos difíciles no hallaban respuesta adecuada en la subsunción; no tenían solución en el análisis silogístico entre norma, hecho y conclusión, al estilo de la figura silogística DARII:

(A) una regla universal: es la norma jurídica –premisa mayor–.

(I) el hecho presentado: es el juicio particular –premisa menor–.

(I) la conclusión necesaria: resulta de la relación entre premisa mayor y premisa menor.

Robert Alexy, un iusconstitucionalista, se ha preocupado por la interpretación constitucional y ha tratado los derechos fundamentales como principios; sugiere que cuando esos principios entran en tensión hay que acudir a la ponderación; en ese contexto ha propuesto un esquema de ponderación al que ha denominado el test de proporcionalidad o ponderación (Cruceta, 2004) que es el que emplea el Tribunal

Constitucional Federal de Alemania al momento de resolver los conflictos presentados por las partes, las mismas se sitúan bajo el amparo válido de principios constitucionales, pero cuyo fallo sugiere una actividad interpretativa y aplicativa reforzadas de la Constitución. La jurisprudencia dominicana se ha referido al principio de proporcionalidad en los siguientes términos: a) tiene como finalidad la limitación de las inferencias del Estado sobre los derechos de los ciudadanos, b) inicia en el derecho penal y se extiende todo el sistema jurídico, c) se dictan las medidas en concordancia con el fin perseguido (Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. vs Alba Moreta Calderón, 2018).

La ponderación sirve para solucionar los conflictos que se dan entre los principios; no es el único método, pero sí uno de los más socorridos en el mundo de la interpretación y aplicación de las normas. La propuesta alexiana sobre el test de proporcionalidad incluye la metáfora del peso de los principios. Cada principio tiene un peso específico. El test se compone de tres fases, cada una es relevante y conectada con la siguiente etapa. Los tres aspectos del test alexiano son: la necesidad, la idoneidad y la estricta proporcionalidad. Con el uso adecuado de estos tres pasos Robert Alexy propone la solución del peso de los principios, en especial en lo relativo a derechos fundamentales, prevaleciendo el de mayor relevancia para el caso en concreto. Se acude a la ponderación, en los derechos fundamentales cuando de la satisfacción independiente de cada derecho fundamental se obtendrían dos respuestas contradictorias entre sí. Las normas concurrentes tienen aspectos contradictorios para la solución del caso específico.

Robert Alexy alberga la idea de que la ponderación es ubicua, es decir, que da la apariencia de que está presente en todas las partes al mismo tiempo; la ponderación está presente en cada razonamiento en el que debemos elegir entre varias alternativas. Así ponderar es sinónimo de valorar, teniendo el mismo sentido “decir que yo estoy valorando ir al cine que ponderando si voy al cine”. (García Amado, Dura Lex, 2017). García Amado se ha atrevido a afirmar que en toda decisión judicial se ha aplicado la ponderación, como forma de elegir una entre varias alternativas. Es muy apresurada la afirmación que hace García Amado, ya que en todo razonamiento se parte de unas

posibilidades y no necesariamente el juez esté en el terreno de la ponderación. Más aun, García Amado afirma que “Cuando un juez tiene que concretar para el caso el significado del enunciado normativo de base y para ello fija las interpretaciones posibles de ese enunciado y escoge luego una de ellas, ese juez compara, valora o pondera razones en favor de una u otra de tales interpretaciones posibles y se inclina por la que le parece que tiene a su favor las mejores razones” (García Amado, *Dura Lex*, 2017).

La reflexión que hace García Amado parte de las ideas del alemán Robert Alexy, quien eleva la ponderación a todo análisis objetivo de las normas jurídicas. El análisis subjetivo no resiste una verificación racional. En conclusión, la ponderación es la actividad mediante la cual se constata o descubre objetivamente el peso de las normas jurídicas objeto de comparación (García Amado, *Dura Lex*, 2017).

En la ponderación se prefiere el principio de mayor relevancia para el caso. Si en el caso dado dos o más principios entran en tensión, entonces se debe acudir a la ponderación; el principio de mayor peso es aquél que habrá que aplicar. La afectación del principio menos relevante tiene que ser proporcional al beneficio que se consigue en la aplicación del principio más relevante. Es una razón de justicia. El Derecho debe perseguir la justicia, no solo la aplicación de la norma jurídica. Este objetivo ideal de la regla de Derecho se encuentra con más obstáculos de los tradicionales cuando los involucrados en un proceso no pertenecen a una misma corriente de Derecho, y máxime si el idioma y la cultura en sentido general, se oponen al mutuo entendimiento de los usuarios de la justicia frente al juzgador.

En una sentencia de la Corte Civil del Departamento Judicial de La Vega, en República Dominicana, se ha podido establecer que lo que realmente da vida al Derecho es la idea de lo justo y equitativo. Estas ideas de justicia y equidad devienen en imprescindibles, adheridas materialmente a la aplicación judicial del Derecho. El establecimiento del orden social requiere un cierto orden moral que solo es alcanzable

mediante técnicas jurídicas apegadas a valores. Aquí se plantea una justicia realista y humana, de acuerdo a la casuística (Cruceta, 2004).

Aparentemente, para algunos, la ley es clara, al punto de que se propone el principio *in claris nom fit interpretatio*, es decir, que una norma que se considere clara, no requiere interpretación alguna o que el sentido de la norma es tan claro que todos aceptan su sentido único. Este principio sugiere que existen normas claras y otras oscuras o ambiguas. Ahora bien, ¿quién califica la norma como clara? Bien pudiera ser el juez y, para ello, tendría que recurrir a unas razones con bajo contenido argumentativo, por entender que el sentido más común de la norma jurídica es apreciado, de forma natural, por la comunidad jurídica y no jurídica, sin mayores esfuerzos.

La ponderación no es un método infalible, tiene sus límites. Se suele hablar sobre las limitaciones de la ponderación, pero es una cuestión que encierra diversos aspectos, uno de naturaleza epistemológica y otra axiológica. La limitación que tiene el intérprete o aplicador de la norma jurídica es epistemológica si se trata de una limitación del conocimiento, de los materiales utilizados, al momento de interpretar o aplicar el Derecho.

Una de las críticas más sólidas al esquema alexiano es la siguiente:

Las principales críticas apuntan a una aparente falta de puntos de referencia para la aplicación del principio de proporcionalidad, lo que conlleva -según tales críticas- su falta de claridad conceptual, al no tener sus componentes un significado único y comprensible. Estos cuestionamientos consideran que se está ante un argumento formal y vacío, que no admite ninguna aplicación racional (Alfaro Calderón, 2017).

Continúa señalando Alfaro Colón que el test de proporcionalidad es irracional, adolece de punto de referencia jurídica, no es un criterio objetivo para resolver colisiones de derecho; las decisiones adoptadas en aplicación del principio de proporcionalidad no tienen control jurídico y como tal, son insostenibles jurídicamente; por otra parte advierte

que en el único campo en que este principio tendría una utilidad incuestionable es en el Derecho Administrativo (2017, p. 96).

Contrario a las críticas que recibe el principio de proporcionalidad, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art. 52.1) admiten su uso, en sus tres subprincipios alexianos: necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad, con esto se da cuenta de la relevancia que tiene la universalización de los mecanismos de interpretación de los derechos fundamentales. La universalización de los métodos y técnicas no conllevan (necesariamente) la universalización del derecho mismo. La corriente que apoya la ponderación alexiana se le ha denominado neoconstitucionalismo (Gorra, 2010). Si acaso las cortes supremas y constitucionales se atreven a utilizar otro modelo de argumentativo; el test de proporcionalidad se ha convertido en la técnica argumentativa común. Los neoconstitucionalistas defienden varias tesis: “a) los sistemas jurídicos están compuestos por reglas y principios, b) el derecho es un fenómeno vinculado a la moral, c) el razonamiento jurídico es parte de la racionalidad práctica general” (Sardo, 2013).

El juez siempre hace una labor de interpretación, aun cuando manifieste que no lo está haciendo (Uprimny Yepes y Rodríguez Villabona, 2003). Se trata de la formulación de la regla jurídica para el caso, es decir, de la aplicación judicial del Derecho. Esta posición pretende presentar la actividad judicial como una actividad de interpretación–aplicación o simplemente aplicación de las reglas de Derecho. Generalmente las tareas del jurista también son las del filósofo: calibrar la balanza, objetividad en el peso y establecer un procedimiento adecuado. Robert Alexy se vale del balance de razones de Leibniz al considerar que ese balance es la mejor forma para “controlar creencias, preferencias y acciones” (Sardo, 2013). Es importante como un jurista utiliza la misma metáfora –de la Física- que un filósofo como lo era Leibniz.

Existe una corriente jurídica (más bien un sector de la comunidad jurídica) que ha propuesto el proyecto *Tecno-juris*, o sistema mediante el cual el juez pueda ser sustituido

por un sistema computarizado (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2003). Es la forma de controlar el razonamiento jurídico, puesto que muchas veces no se sabe cuáles son las verdaderas razones que han incidido en el juez para adoptar un determinado fallo. En esta tendencia la ciberjusticia o ejusticia sería accesible para todos, en igualdad de condiciones, como se supone que ocurre en el mundo virtual. Esta propuesta encuentra obstáculo en el acceso real al mundo virtual, en el que la igualdad material no será posible: a mayor tecnología y dominio de la técnica, también influirá en el resultado.

La humanización de la justicia únicamente se logra a través del principio de inmediación, que consiste en la instrucción del juicio encontrándose frente al juzgador, utilizando la oralidad, la contradicción, la posibilidad de manifestar las dificultades materiales que tiene una parte procesal en relación al cumplimiento de las formalidades procesales legalmente establecidas, así como en la obtención o reproducción de un medio de prueba.

El objeto de todo proceso incluye, de algún modo, el juzgamiento de una acción humana, por lo que se analiza la voluntad de los individuos, que no podría ser apreciada por una máquina juzgadora. La automatización de la aplicación del Derecho como lo plantearía indirectamente Rousseau y los fundados en el liberalismo, si bien pretende establecer el principio de legalidad sobre la voluntad de los jueces, no satisface los mínimos estándares actuales del principio de seguridad jurídica en el sentido de que el contenido de la norma no abarca todas las situaciones que se dan en el seno de la sociedad. La realidad es más rica que el contenido normativo.

La actividad del juez es ardua, llegando a ser problemática (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2003). El proceso y el fallo final no solo afectan a la persona del juez, sino en mayor medida a los individuos que se encuentran ligados al proceso, por lo que con un criterio consecuencialista se tendría una visión más objetiva de la actividad consistente en aplicar el Derecho. La axiología jurídica, encargada del tratamiento de los valores jurídicos manifestados en una sentencia, viene a presentar el problema moral

frente a la interpretación judicial y su aceptación por las partes y el resto de las personas. Así Arroyo Gutiérrez (2002) informa que:

La obligación de motivar las decisiones jurisdiccionales es una reconquista democrática de la modernidad (la historia del Derecho en occidente conoció momentos en que se obligaba a fundamentar los fallos y momentos en que se prohibía). Si bien es cierto el pensamiento iluminista, que inspiró y alimentó la Revolución Francesa (1789), alzó como una de sus banderas la necesidad de prohibirle al juez interpretar las leyes, esto obedeció al momento histórico particular que se vivió hasta el siglo XVIII, a saber, la existencia de monarquías absolutistas que, a través de sus funciones, impartieron “justicia” de manera totalmente arbitraria y sin control alguno, lo que hizo que se propusiera la necesidad de que el juez fuera una especie de autómatas, aplicador mecánico del silogismo clásico... boca que pronuncia la ley (p. 3).

Las razones por las que se imposibilitó la adopción del juez al dogma de ser boca de la ley o persona no pensante que solo tiene que considerar la ley y aplicarla al caso concreto, se debió al cambio de paradigma, derivado del régimen democrático (Arroyo Gutiérrez, 2002); pero existen otras razones, para tal cambio de paradigma, relacionadas con el sistema de valoración probatoria que iba pasando de un esquema tasado y limitado a otro de corte liberal, denominado de libre convicción del juez.

Juan Igartua Salaverría (2006) brinda unas definiciones que sirven como parámetros generales para la comprensión de la teoría de la motivación de las sentencias. El primer concepto que aporta es la motivación suficiente, que es aquella en la que se ofrecen razones adecuadas que sirven de justificación a una decisión. Motivación completa se da cuando se logran justificar todos los puntos de hecho y de Derecho, que dan como resultado la sentencia final. Por último, incluye la motivación contradictoria, en dos situaciones distintas: a) si existe contradicción entre el dispositivo y la motivación en una sentencia o b) si la propia contradicción radica en la motivación.

Igartua Salaverría (2006) clasifica las decisiones, por su motivación y contenido ideológico en: a) decisión de validez, que analiza la aplicabilidad al caso en concreto, es decir, si es la norma aplicable; b) decisión de interpretación, que se encarga en esencia de analizar el sentido de la norma jurídica; c) decisión de evidencia, que analiza los hechos probados o a ser probados; d) decisión de subsunción, en la que los hechos probados serán analizados a la luz de la norma aplicable; y e) decisión de consecuencias, que pretende establecer las consecuencias jurídicas de los hechos probados a la luz de la norma.

La relación existente entre el Derecho y las formas de explicarlo cae en la inevitable esfera de la argumentación. La argumentación, conforme a Atienza, es un ingrediente de importancia de la experiencia jurídica (Atienza, 2012), la cual es utilizada por abogados, jueces, legisladores, políticos, periodistas y cualquier otro que incurriere en algún tema legal. La primera explicación que Atienza ofrece sobre la argumentación es justamente la distinción entre esta y la lógica formal aristotélica, en la que la racionalidad y fundamento de los argumentos se hace patente, en cambio, propone otros modelos de argumentación basados en lo retórico (p. 12). Los problemas del Derecho son prácticos y teóricos: o propios de los hechos a los que se le pretende aplicar o, simplemente, intrínsecos a la regla jurídica.

Lo que las teorías de la argumentación han dejado en el plano jurídico es que cualquier decisión es justificable. La justificación tomará diversos materiales pero al final, lo que se quiere decir, se dice, de una manera organizada, razonada o emotiva. El exceso o carencia de motivación es el contrapeso de todo esto, pero con una motivación adecuada, lo que se quiere, se puede. Así el dominio de las teorías de la argumentación jurídica no conduce a la corrección de la verdad, sino al convencimiento respecto de una línea argumentativa. Hay decisiones político-judiciales que no se justifican en el plano jurídico, pero sí en otras esferas necesarias para la subsistencia del Estado mismo o de ciertos intereses económicos. Los derechos no son absolutos y como tales entran en

tensión unos con otros en determinados casos; resulta necesario el análisis entre subsunción, ponderación, interpretación, aplicación y las escuelas del Derecho.

### **4.3 Impacto de las escuelas del Derecho en la actividad interpretativa**

Desde la Revolución Francesa se requiere que las sentencias estén motivadas. Antes los jueces eran una extensión del Emperador, y como tal no tenían que dar razones de sus decisiones. Pero a partir de dicha Revolución este requerimiento ha alcanzado la mayoría de los países; es casi una obligación de primer orden que las sentencias tengan el sustento argumentativo idóneo; en palabras del jurista José A. Cruceta “es casi generalizada la obligatoriedad de la motivación en las decisiones judiciales” (Cruceta, 2004). Esas razones se ofrecen a través de los argumentos escritos por el juez. Hasta las decisiones dictadas *in voce* requieren de una motivación precisa por parte de los jueces; y donde mayor relevancia tiene la motivación de las sentencias es cuando se refiere a limitación o delimitación de derechos fundamentales.

Las escuelas de pensamiento jurídico han influido en las ciencias jurídicas; son escuelas que se han dedicado al estudio del fenómeno jurídico, tanto en la creación como en la aplicación de las normas jurídicas. Entre esas escuelas suelen citarse: Escuela de la Exégesis, Escuela Dogmática, Escuela Histórica, Escuela de la Libre Investigación Científica, Escuela Libre del Derecho, Escuela de la Teoría Crítica, Escuela de la Teoría Pura del Derecho, Escuela de la Jurisprudencia de intereses, Escuela de la Jurisprudencia Progresiva y Escuela Sociológica (Preceden, 2019).

La Escuela de la Exégesis se inicia en Francia con la adopción de los códigos napoleónicos a principios del Siglo XIX; centra su atención al texto de la ley (y los códigos) por encima del derecho. Es una versión sólida del positivismo jurídico normativista, donde el legislador es el sabio creador de normas generales. La Escuela Dogmática de su lado es de origen Alemán. Con Savigny, niega todo espíritu exegético y

resalta la importancia del espíritu del pueblo como fuente creadora de normas (Preceden, 2019). Así, la Escuela de la Exégesis defiende la interpretación apegada al espíritu del legislador, pero en la Escuela Dogmática resalta el espíritu del pueblo, es decir, sobre quien recaen esas normas. En la actualidad los Tribunales Constitucionales siguen más el espíritu del pueblo que el del legislador ordinario.

Junto a la Escuela de la Exégesis nos llega la Escuela Histórica. Según Puchta, es la situación actual de la sociedad la que determina la interpretación de las normas. El derecho consuetudinario es fundamental en esta escuela del Derecho. Con el fin de armonizar los aspectos históricos con los exegéticos se creó la Escuela de la Libre Investigación Científica, que atiende al espíritu del legislador y a cualquier otra fuente no formal para la solución de los conflictos; es una escuela ecléctica y trata de armonizar los extremos exegéticos e históricos (Preceden, 20019). Muy cercano a la Escuela de la Libre Investigación Científica está la Escuela Libre del Derecho que, con un enfoque humano, permite que el juez halle la solución al caso, aunque tenga que acudir a razones extrajurídicas, pero esta escuela arroja mucha inseguridad y arbitrariedad en las decisiones judiciales (Preceden, 20019).

Más conservadores parecen los aportes de Hans Kelsen y su Escuela de la Teoría Pura del Derecho; todas las soluciones están en la ley, ya sea que el caso específico esté previsto o no. Si la situación determinada no está prohibida, entonces está permitida y viceversa. En el seno de la teoría kelseniana se defiende una posición estatalista; los únicos autorizados por ley a crear el derecho son aquellos que expresamente aparecen en el ordenamiento jurídico; es preciso respetar un orden jerárquico en las fuentes del derecho.

Ya en la cuarta década del siglo XX se dan dos escuelas importantes, la Jurisprudencia de Intereses con Phillipp Heck y Max Rüemelin. El juez es libre de adoptar los criterios que estime; su libre apreciación de las pruebas es fundamental, ya que este tercer imparcial está más cerca de la realidad que el legislador, quien emitió, más

que una norma, un producto normativo moldeable para cada situación por los jueces correspondientes. La Jurisprudencia Progresiva se trata de una evolución de la voluntad del legislador, pero nunca apartándose de ella (Preceden, 20019); es la voluntad actual del legislador histórico; representa una especie de reencarnación del legislador histórico con la finalidad de responder a la problemática actual ¿si ese mismo legislador estuviese aquí, qué pensaría y cómo resolvería el problema? La solución está en unir esos horizontes: histórico y presente.

Finalmente, la Escuela Sociológica nos muestra que la interpretación del Derecho no debe realizar a través de la Dogmática ni del texto de la ley; es la Sociología la que impera y guía la aplicación del Derecho. Junto a estas escuelas también entran en el escenario iusfilosófico los aportes del Derecho como Argumentación. Atienza ha propuesto tres modelos de argumentación jurídica: formal, material y pragmática dentro de la corriente del *Derecho como Argumentación*. La argumentación formal observa la lógica subsuntiva, b) *la material* se reduce al contenido mismo objeto de argumentación y c) *la pragmática* se basa en el ámbito retórico y dialéctico del argumento (Cruceta, 2004).

Con la actividad argumentativa se pretende justificar las acciones y fallos judiciales; argumentar no es simplemente dar razones o explicaciones en cualquier sentido, es algo más profundo y relevante. La sentencia más adecuada es aquella que goza de argumentos apropiados, que pueden ser verificados por las partes, los demás órganos judiciales y cualquier otro intérprete objetivo. En las sentencias la argumentación judicial adopta la denominación de motivación. La motivación de las sentencias aparece con distintas denominaciones, refiriéndose al mismo objeto. En España le denominan motivación; en cambio en México, la reconocen como fundamentación y otros por razonamiento judicial (Igartua Salaverría, 2009). No importa la denominación que adopte la argumentación, lo trascendental aquí son las razones que debe ofrecer el juzgador en cada una de sus decisiones.

Esa labor de motivación tiene un sentido de justificación. En el caso de la Constitución dominicana, se exige que ciertos actos de la autoridad constituida estén debidamente motivados, tales como las resoluciones de prisión preventiva del artículo 40 numerales 1 y 4; el traslado de reclusos del numeral 12, el traslado de la sede de las cámaras legislativas del artículo 93.1 y también la motivación a la observación a la ley por parte del Poder Ejecutivo conforme al artículo 102; así como las sentencias de remoción del Consejo Nacional de la Magistratura al tenor del artículo 181, motivación de las sentencias del Tribunal Constitucional según el artículo 186 de la Carta Magna.

La exigencia de motivación de las decisiones no sólo es tarea del juez constitucional, esa misma obligación ha sido traspasada a todos los jueces, sin importar que pertenezcan al Poder Judicial o algún órgano extrapoder. La *ratio decidendi* no puede faltar en ninguna resolución judicial. Es la garantía del Estado de derecho y de la legitimación del juez frente a la sociedad local. Aquí se requiere especificar que el Estado de derecho, por sí solo, es una noción carente de significado, ya que únicamente apunta a que el Estado es una entidad gobernada por reglas impuestas por la autoridad constituida. En ese sentido, Zagrebelsky (2008) opina:

Dada la posibilidad de reducir el Estado de derecho a una fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entreguerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como “Estados de derecho”... Con un concepto tal de Estado de derecho, carente de contenidos, se producía, sin embargo, un vaciamiento que omitía lo que desde el punto de vista propiamente político-constitucional era, en cambio, fundamental, esto es, las funciones y los fines del Estado y la naturaleza de la ley (p. 22).

Igartua Salaverría, identificando los destinatarios de la motivación, señala no solo las partes envueltas en el proceso ni los abogados, sino la sociedad misma; en principio se puede incurrir en el error de que los abogados son los principales destinatarios, o simplemente las partes o, en caso extremo, los jueces de alzada que tienen a su cargo la

labor de impugnación de las sentencias dictadas por jueces de inferior jerarquía (Igartua Salaverría, 2009): la motivación tiene que estar dirigida hacia toda la sociedad, la cual constituyó el Estado y sus poderes.

Norberto Bobbio es el gran defensor y postulante de la teoría imperativista del Derecho, en la que toda norma jurídica constituye una prescripción, aunque se reduzca a una descripción o forma expresiva del lenguaje; en su obra *Teoría general del Derecho* analiza los destinatarios de las normas jurídicas, y concluye lógicamente con su postulado de que si se trata de un imperativo, esa orden –norma jurídica– va dirigida a alguien, y por lo que hace una fuerte crítica a la postura de *Romano*, eminente filósofo del Derecho italiano, en la que las normas no tenían destinatarios específicos, definiendo como destinatarios a aquellos a los que las normas producían algún efecto. De su lado, Bobbio (2007, p. 81) estima la posición de Romano como un error, ya que la ley tiene efecto sobre las personas aunque no produzcan algún efecto positivo en ellas, es decir, aunque actúen en contravención de dicha norma; más aún, si los destinatarios de dichas normas no están de acuerdo con su contenido y carácter.

El principio de territorialidad cuestiona la posición de Bobbio (2007, p. 81) en el sentido de que las normas tienen un efecto nacional, y por consiguiente, los destinatarios de las normas son aquellas personas que se encuentren en territorio nacional y, como excepción, a los ciudadanos de ese país aunque se encuentren fuera del mismo. Un ejemplo del efecto territorial de las normas jurídicas lo podemos encontrar en el artículo 4 del Código Civil dominicano donde se consagra que ciertas leyes –de policía y de seguridad– obligan a todos los habitantes del territorio nacional; cualquier persona física tiene la obligación de respetar esas normas jurídicas; es preciso señalar que las normas civiles dominicanas pueden ser invocadas en otros países, si y sólo si, las normas de esos países lo permite (principio de territorialidad atenuado). Toda norma es dictada pensando en el territorio y luego en los ciudadanos de ese Estado, aunque se encuentran en territorio extranjero. Para Ihering los destinatarios de las normas no son los ciudadanos o habitantes de un determinado territorio, sino los órganos que ejercen el poder coactivo; el

derecho sería, entonces, una forma en que reaccionarán los órganos del Estado frente a determinadas situaciones.

La motivación es un derecho fundamental que tienen las partes. El juicio de jurado no conlleva la omisión de brindar las razones esenciales por las cuales se ha llegado a una conclusión específica. Ese grupo de personas, denominado jurado, tiene igual responsabilidad que el juez al dictar una decisión, es decir, debe expresar a través de razonamientos adecuados o completos por qué se ha llegado a una conclusión específica.

Los jueces tienen la obligación de referirse a todos los puntos de hecho y Derecho en una sentencia judicial; al parecer no existe área exenta del alcance de la jurisdicción. En caso de que haya, por la instrucción de un proceso o al momento de expedirse el fallo, dolo, fraude, conclusión, denegación de justicia o responsabilidad objetiva en su contra por error judicial, los jueces podrán ser demandados en responsabilidad civil, previo permiso de la Suprema Corte de Justicia (República Dominicana, 1884b).

Traducción e interpretación. En la actividad interpretativa se realiza una traducción; el juez se convierte en un traductor de la norma jurídica. De lo que se infiere que la traducción y la interpretación son actividades semejantes. Torres Vásquez (2001) aprecia la traducción y la interpretación como expresiones sinónimas: la norma se interpreta o se traduce. No es posible llegar a una interpretación adecuada si no se tiene una traducción del mismo. En este punto, la traducción es la primera etapa de la interpretación. Se llega a la interpretación tras tener una traducción de la norma jurídica y un claro entendimiento del sentido del Derecho y de los hechos aportados en cada caso.

La traducción pretende esclarecer el sentido del texto original (Torres Vásquez, 2001). El juez, en el Estado de derecho, no tiene la primera palabra en cuanto a la creación del Derecho, cosa que le corresponde a la función legislativa. El legislador es la persona llamada a la creación de las reglas de Derecho; el juez solo interviene en una segunda etapa para traducir la norma, el sentido del legislador, al hecho en concreto.

Zagrebelsky (2008) refiriéndose a los jueces y el Derecho señala:

Según la concepción positivista tradicional, en la aplicación del Derecho la regla jurídica se obtiene teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del Derecho. Exactamente eso significaba la interpretación y los criterios (o “cánones”) para la misma elaborados por el positivismo. Como, además, una vez determinada la regla, su aplicación concreta se reducía a un mecanismo lógico sin discrecionalidad –y en caso de que hubiese discrecionalidad se afirmaba la ausencia de derecho– se comprende que los problemas de la aplicación del Derecho viniesen íntegramente absorbidos en los de la interpretación (pp. 131–132).

La traducción aquí señalada tiene como finalidad la conversión del lenguaje jurídico en uno natural, de fácil comprensión para las personas destinatarias de las normas. El juez es un traductor. Su forma de analizar las normas, de interpretarlas y aplicarlas son ramas del mismo árbol, y persigue que el derecho se convierta en una lengua común entre las partes en un proceso.

En adición a la traducción de sentidos en una misma lengua, también pueden concurrir diferentes idiomas en un mismo proceso; tal es el caso de personas de diferentes países, hablantes de idiomas distintos. En esta situación el juez no funge necesariamente como un juez como intérprete-traductor de un idioma a otro, sino como uno que explica la naturaleza de las instituciones jurídicas del país de origen al otro. La labor de traducción del idioma corresponderá a los intérpretes judiciales designados, pero la traducción del sentido y aplicación de las normas jurídicas seguirán siendo ambas tareas de los jueces.

Ignacio Galindo Garfias afirma que la finalidad de la interpretación es llegar a la aplicación de la norma jurídica, siendo la aplicación las consecuencias jurídicas derivadas de la misma norma (Galindo Garfias, 2006). Aplicación y consecuencia jurídica guardan estrecha relación; los efectos de una norma jurídica son sus consecuencias, pero no necesariamente las consecuencias de una norma son aspectos netamente jurídicos o medibles desde el Derecho. Los efectos sociales, económicos, culturales, entre otros, probablemente no coincidan con la norma y su aplicación.

#### **4.4 Fuerza vinculante de la jurisprudencia en República Dominicana**

La jurisprudencia produce unos efectos vinculantes respecto del órgano productor de sentencias (propio precedente), respecto de las partes (cosa juzgada) y respecto de los terceros (criterios vinculantes). El sistema jurídico ofrece distintos enfoques sobre estos tres aspectos. La aplicación del Derecho va guiada por la doctrina judicial imperante, que también va guiada por el sistema jurídico-político. Sin duda, los aspectos económicos son de alta relevancia en la aplicación del Derecho, ya que las soluciones jurídico-procesales derivan de la voluntad política del Estado con miras a conservar el dominio y control por parte de ciertas empresas o personas que representan el poder económico.

Las sentencias son las que constituyen la jurisprudencia; si los criterios asumidos por determinados jueces se convierten en una constante invariable de cada tribunal, entonces esa es su jurisprudencia; cada órgano tendrá que respetar su propio criterio. Es una garantía que se deriva de la seguridad jurídica y del principio de juez natural. Las sentencias no solo se dictan para resolver un conflicto en particular; su objetivo va más allá, hasta el punto de intentar sembrar una ideología o comunicar una ideología jurídico-moral. Las sentencias sirven para fundar una verdad o se fundan en una verdad ya constituida y como tal no son más que la extensión o reafirmación de esa verdad preconstituida (antes del análisis actual). La misión de la Suprema Corte de Justicia en la República Dominicana es la unificación de los criterios contenidos en las sentencias de los demás jueces del Poder Ejecutivo. El artículo 1 de la Ley 3726 de 1953 advierte la función nomofiláctica en la definición y la interpretación de las normas jurídicas. Así sucede en la mayoría de países cuya interpretación no puede estar sujeta a la suerte de cada juzgador, sirviendo esta función nomofiláctica como marco de referencia para las demás interpretaciones de los jueces de instancias judiciales inferiores.

Las sentencias pueden ser vinculantes o no. Son vinculantes si su contenido tiene que ser observado por algún órgano (el propio o uno inferior); las sentencias vinculantes –precedentes– son también denominadas como obligatorias. Las sentencias no vinculantes son aquellas cuyo contenido no tiene que ser acatado de forma obligatoria por algún órgano de producción o aplicación del Derecho. Respecto de la fuerza vinculante Tuori (1997) afirma que las razones dadas por los órganos superiores de justicia contienen los fundamentos de validez de las normas jurídicas.

Todos los tribunales aplican la constitución política. Los tribunales constitucionales y en su caso, algunos tribunales supremos, se encargan de velar por la constitucionalidad en un sistema denominado control concentrado, con esto se busca la interpretación y aplicación afín al texto constitucional. Gerardo Eto Cruz, presidente del Tribunal Constitucional de Perú, refiriéndose al carácter vinculante de la Constitución, indicó que el propio Tribunal Constitucional tiene que estar subordinado al contenido de la Constitución. En tal ámbito, ha advertido que las sentencias interpretativas deben tener como objetivo principal el reconocimiento de la constitucionalidad de toda norma contenida en el ordenamiento jurídico nacional (República Dominicana. Poder Judicial, 6 de julio de 2013).

El artículo 184 de la Constitución dominicana sirve como fundamento al efecto vinculante de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (República Dominicana, 2010). Este efecto no encuentra otro similar en el ordenamiento jurídico nacional. Esto quiere decir que el efecto vinculante de las sentencias solo es dable a las del Tribunal Constitucional, aplicables a todos los poderes públicos. Fuera de este precedente obligatorio, solo existe la idea de precedentes vinculantes para los propios tribunales (que deben justificar el cambio de sus precedentes), siendo obligatorios dichos criterios para posteriores casos.

Dentro de la dogmática jurídica hay una corriente, la positivista, que niega a la jurisprudencia el carácter de fuente directa del Derecho (Jorge Prats, 2010), ya que desde

la Revolución Francesa se pretendió reducir los poderes a los jueces para que se limiten a la aplicación del Derecho y no participen en su creación. La realidad es que la jurisprudencia constitucional funge hoy día como un mecanismo que convierte a dichos jueces en legisladores positivos y negativos: legisladores negativos porque suprimen del ordenamiento jurídico nacional una norma que, razonablemente, consideran contraria a la Constitución y al bloque de convencionalidad.

Al juez constitucional también se le puede considerar como un legislador positivo, puesto que sus decisiones pueden incluso ampliar el sentido y contenido ideológico de una norma jurídica; son sentencias interpretativas con carácter de criterios extensivos de las normas constitucionales. Estas sentencias se denominan interpretativas y aditivas, según sea el caso. No existe forma, hoy día, de negar la creación judicial del Derecho, aun en una tendencia normativista del positivismo jurídico.

Surge nueva vez la cuestión de si existe una interpretación correcta o incorrecta de la norma jurídica, tomando en consideración la diversidad de corrientes del Derecho que impactan en cuanto al desentrañamiento del sentido de las reglas en las normas jurídicas vigentes. La ley de casación dominicana lo que busca es una interpretación afín con la jurisprudencia existente; lo correcto aquí es sinónimo de similar a lo que viene acordándose judicialmente. No se trata de un precedente vinculante, sino de una afinación de criterios de las distintas sentencias dictadas por los jueces del Poder Judicial (República Dominicana, 1953, 29 de diciembre). La Suprema Corte de Justicia, como órgano del sistema judicial pretende esa unificación, por el carácter no vinculante de la jurisprudencia. Esto quiere decir que cada juez podrá decidir, en el sentido que quiera, solo con unas motivaciones adecuadas o completas. ¿Se puede hablar sobre la independencia de los jueces para decidir en el sentido que consideren? La verdad es que aunque no existen interpretaciones y aplicaciones correctas, en la práctica, una interpretación basada en el sistema jurídico podría ser considerada imprudente, y como tal, imputársele como moralmente inadecuada en su aplicación. Una sentencia basada en

el Derecho vigente puede ser calificada como inapropiada, a partir de ciertos valores extrajurídicos, en un determinado tiempo y sociedad.

Como excepción a la libre adopción de la jurisprudencia por los tribunales inferiores, se adopta el artículo 20 de la ley de casación dominicana, que consagra que ante un primer recurso, el tribunal de envío toma la decisión que considere adecuada. No sucede lo mismo en un segundo recurso de casación, en el que el tribunal de envío tendrá que adoptar la interpretación judicial dada por la Suprema Corte de Justicia. Se trata del valor dominante del tribunal de alzada que ofrece unas razones superiores, al menos así categorizadas, para tratar de poner fin al círculo interpretativo creado por las partes y el tribunal de envío.

Mauricio Beuchot (2016) insiste en proponer una hermenéutica analógica que sirva como puente entre el positivismo antiguo –univocista– y el relativismo moderno –equivocista–; califica su propuesta como mediadora o de equilibrio proporcional, y la asocia con la analogía de carácter inclusivo. Trata de sacar la hermenéutica de un espacio rígido e unívoco, a la vez pretende sacarla del relativismo o equivocidad, para así dar paso a una hermenéutica analógica (p. 24). Esta analogía inclusiva procede en principio de los pitagóricos (p. 33), luego con Platón y su idea de orden cósmico, así corriendo por Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y otros.

La propuesta de Beuchot sobre hermenéutica jurídica es asociada al Derecho, partiendo de la tesis de que el jurista tiene que tener dos virtudes esenciales que son la prudencia y la equidad, para acceder a la justicia. Tanto la prudencia como la equidad son características mediadoras entre las distintas propuestas o posibilidades jurídicas, lo que indica que la labor hermenéutica del jurista es analógica. La interpretación jurídica es usualmente analógica y proporcional.

# **CAPÍTULO V: FORMAS EN QUE LA GLOBALIZACIÓN IMPACTA AL DERECHO**

---

Sumario: 5.1 Dimensiones de la globalización. 5.1.1 Dimensión económica. 5.1.2 Dimensión social. 5.1.3 Dimensión política. 5.1.4 Dimensión educativo-cultural. 5.1.5 Dimensión ecológica. 5.1.6 Dimensión ética. 5.2 El consumidor como sustituto del ciudadano. 5.3 Multiculturalidad, intereses y aplicación judicial del derecho. 5.4 Lex mercatoria. 5.5 Pop Law. 5.6 Globalización y derechos fundamentales. 5.7 Pérdida de poder del Estado en la era de la globalización.

---

## **CAPÍTULO V: FORMAS EN QUE LA GLOBALIZACIÓN IMPACTA AL DERECHO**

...las falsas promesas de libertad, en el seno de la sociedad occidental, resultaron ser las cadenas del mercado global [...] La ilusionante lucha por la igualdad social acabó siendo el resignado neofeudalismo de la globalización liberal (Caballero Harriet, 2014, p. 301).

La globalización es una realidad que conecta, de forma creciente, a las personas. Es el progreso del modo capitalista de producción; el progreso se mide en la universalización de los humanos, sociales y naturales al sistema de producción capitalista; en primer término se engloban en la categoría de mercancía todo aquello que se quiere universalizar y comercializar. Mundialización y globalización se utilizan como términos equivalentes, cuya finalidad es la expansión de las relaciones económicas a nivel mundial.

Al término de la segunda guerra mundial surgen ciertas instituciones internacionales en el establecimiento de un nuevo orden global, entre ellas: el Banco Mundial, el Fondo Monetario internacional, la Organización Mundial de Comercio, entre otras. Estos organismos han apoyado el proceso de globalización, en todos los ámbitos posibles. Los bloques de integración servirían como plataformas para la expansión de las grandes

corporaciones de los Estados miembros. Los grandes capitales fungían como los promotores ocultos de las ideologías en el proyecto globalizante. Si bien el concepto de globalización fue utilizado en el año 1961 por primera vez y se popularizó en los años en la década del 1990 (Expósito Martín, 2012). El sentido con que se utiliza la expresión globalización fue utilizada por primera vez por Theodore Levitt en su texto *The Globalization of Markets* (Arriola, 2010). Es preciso señalar que el proceso de globalización ya venía configurándose progresivamente, especialmente luego de la Segunda Guerra Mundial, el fin de la Guerra Fría y el fin del Comunismo.

La apertura de los mercados requería en cierto modo un proceso de desregularización de los movimientos de capital. La desregularización se tradujo en mayores facilidades para la expansión económica de las grandes empresas, por tanto, son ellas las que obtienen los grandes beneficios directos derivados de los grandes mercados; pero no es posible la construcción de una sociedad sin reglas (*ubi ius ibi societas, si hay sociedad, luego hay derecho*), y del otro lado, se requería un sistema jurídico suave, adaptable a las nuevas condiciones del mercado, que le sirviera de base jurídica a las nuevas formas y velocidad del mercado.

El proyecto de construcción de un sistema normativo global tiene que pasar por diversas consideraciones; la primera relativa a las dimensiones de la globalización, situando a las personas en sus contextos específicos, para luego analizar la relación consumidor-ciudadano, que es el nuevo enfoque de los individuos en una sociedad gobernada por el mercado. Cada ciudadano pertenece a un Estado, con una cultura jurídica particular y en ese contexto se le imponen nuevas reglas globales de forma programática, como si se tratara de una agenda elaborada por un órgano rector.

William Twining (2005) en su texto *Derecho y globalización* trata de construir una teoría global del Derecho, a partir de las distintas implicaciones que tiene la globalización en las ciencias jurídicas. Twining rescata los puntos en conflicto de la globalización como son la fragmentación, homogeneización, énfasis en la diversidad cultural, así como del

racionalismo burocrático, la indeterminación postmodernista y otros tipos de pluralismo (p. 161).

Para Twining es posible la construcción de una teoría global del Derecho desde una óptica cosmopolita, flexibilizando así las nociones tradicionales del Derecho, su interpretación y aplicación, haciéndolo más útil. Es un enfoque basado en el cliente, es decir, sobre quien recae la interpretación. Se abandona por un momento la idea de lo local, de lo comúnmente aceptado para recorrer por los caminos de las posibles interpretaciones, abiertas a un mundo lleno de diversidad. En este sentido, se concibe el Derecho como el conjunto de relaciones entre personas, en una variedad de niveles, dejando de lado las posturas estatales, nacionales o locales (Twining, 2005). La legitimidad de las normas jurídicas y su interpretación es una noción más cerrada, no al ámbito de lo que cada Estado estime conveniente, sino a la concepción alineada con la globalización. La visión del derecho ideal no es local, sino mundial.

Twining (2005, p. 166) agota una agenda geográfica para proponer su teoría del derecho global, pasando por varios niveles; a) global, como sucede con los derechos humanos universalmente aceptados; b) internacional, regidos por el derecho internacional; c) regional suscitado en los bloques de integración como la Unión Europea; d) transnacional, como la *lex mercatoria* y operaciones por la Internet; e) inter-comunal, válido entre grupos étnicos o religiosos; f) territorial-estatal, para naciones de un mismo Estado; g) sub-estatal, dado en los sistemas jurídicos particulares dentro de un Estado y no estatal como es el derecho de los nativos dentro de un Estado.

William Twining (2005, p. 169) critica los puntos extremos de la globalización: a) creer en ella sin ningún tipo de requisito ni malentendido, y b) no creer ella por entenderse como peligrosamente exagerada. Lo cierto es que hay una realidad mundial, y es que todo está cambiando a una gran velocidad, esto así por la interdependencia de las sociedades, por lo que la interpretación y aplicación del Derecho, hecho en el contexto local no llena las expectativas mínimas de lo que realmente es el Derecho y de su función

social. Pero, por otro lado, entiende que no se puede hablar de una economía global, como si se tratara de un objeto único e inequívoco.

El estudio de la globalización tiene que ser realizado desde las distintas dimensiones que la componen. Las dimensiones representan las áreas de impacto del fenómeno de la globalización; se estudian por áreas no porque estén separadas unas de otras (campos estancos) sino como forma de entender algunos aspectos relevantes, sin dejar de reconocer la importancia que tienen los demás ámbitos de la globalización.

### **5.1 Dimensiones de la globalización**

El concepto dimensión puede ser entendido en referencia a las magnitudes necesarias para la evaluación de las figuras planas y de los objetivos sólidos, esto es, haciendo referencia a las denominadas ciencias exactas, pero también se utiliza el término dimensión en el sentido de la importancia que tiene algo (Vox, 2007).

En las denominadas ciencias exactas, como la Física, el concepto dimensión se enfoca en el número de coordenadas requeridas en la especificación de cualquier punto de ella. En tanto que proviene del latín *dimensio* pretende señalar el valor de una medida o un área determinada. Casi todas las cosas pueden ser divididas o estructuradas en dimensiones. La globalización no es un fenómeno unidimensional, ya que comparte distintos enfoques y facetas. Siguiendo las dimensiones de la globalización propuestas por Eudoro Terrones Negrete (2009) existen cinco áreas en las que puede entenderse la globalización, a saber: económica, social, política, educativo-cultural, ecológica y ética.

El sentido del Derecho está marcado por la teoría de la argumentación y las reglas de la interpretación; ahora bien, en la modernidad se adiciona un elemento que complejiza la comprensión del sentido de las normas jurídicas y su consecuente aplicación, especialmente con ese fenómeno al que se le ha denominado la globalización

o mundialización. La globalización encierra un proceso de expansión en todos los niveles, también se utiliza como llave a la felicidad o a la infelicidad, a lo legal y a la inversa, a lo económicamente conveniente y a su contrario.

Según Ander-Egg (2010, pp. 16–17) muestra la globalización como algo más que la expansión del capitalismo, más aun, es anterior al capitalismo, y encierra una realidad con características propias. Es la posibilidad de extender eso que es propio a otras esferas del mundo. Es más afín a la economía empresarial que a las libertades individuales para transitar o trasladar mercancías.

El estudio de las dimensiones de la globalización revela las formas en que es traducida en diferentes ámbitos y que aun cuando se trate de diversas esferas de la vida, estas están interconectadas por reglas jurídicas interpretables y moldeables conforme a diversos intereses. Aquí lo trascendente es preguntarse de qué forma interactúan dichas dimensiones con el Derecho, con el objetivo de verificar el poder de regulación de la norma jurídica dentro de la globalización, de forma general y teórica, sin necesidad de centrarse en casos específicos.

### **5.1.1 Dimensión económica**

Trata sobre la constante expansión del sistema capitalista que implica la reducción de las políticas económicas proteccionistas para dar paso al comercio internacional y el consecuente crecimiento del mercado. La dimensión económica es la principal cara de la globalización. Existen otras dimensiones pero ninguna recoge las filosofías fundamentales de este proceso de mundialización. El capital tiene vida propia, crea sus propias ideologías. La Economía tiene reglas y principios al igual que en el Derecho, pero tienen finalidades distintas.

Muchas son las formas en que ha sido definida la globalización. Para fines de esta investigación se ha escogido la siguiente: “La globalización económica puede definirse

como el proceso por el cual los mercados se liberalizan y se hacen más internacionales; se integran, perdiendo sus características nacionales y locales” (Lasso Tiscareño, 2001); con la anterior definición se llega a comprender que la globalización puede ser descrita según la dimensión en que se quiera enfocar, sin perder la esencia, su naturaleza económica, la noción de mercado así como los intereses manifiestos y ocultos. La conexión económica es global, aunque no es la única existente.

La globalización es “el proceso de declaración de los derechos de los amos del mundo” (Ander-Egg, 2010), por lo que influye en todas las dimensiones existentes, en especial en los aspectos jurídicos, porque todas las esferas de la vida tienden a ser reguladas por normas jurídicas. Lo jurídico regula los comportamientos debidos e indebidos en la sociedad, pero es el ámbito económico el que guía el Derecho; así a través de la dimensión económica se justifican la creación de leyes beneficiosas a las grandes empresas, como son las leyes bancarias, las de fideicomiso, los embargos inmobiliarios especiales y todo el ámbito del Derecho económico, de lo cual comenta:

La dimensión económica y financiera de la globalización es el motor principal de la expansión del modo de producción capitalista, que ha transformado el mundo en un inmenso mercado que abarca todo el espacio planetario. Dentro de ese espacio, los más pobres y débiles son referentes sin importancia, insignificantes o inexistentes cuando no son consumidores o mano de obra barata (p. 29).

¿Dónde queda la igualdad predicada en las constituciones y en las principales leyes de los países? La verdad es que todo puede ser justificado a través de argumentos que lejos de ser jurídicos propiamente dichos, están relacionados con la construcción de un derecho de la globalización, con métodos y técnicas propios, que conducen a un solo resultado: la protección del capital con preferencia a los aspectos jurídicos. Las bases de la globalización están en el mercado del capitalismo, con alta exclusión social, que las constituciones políticas pretenden resolver, pero hasta ahora no han tenido éxito: más ha podido el mercado que las normas jurídicas, sin importar cuál sea la interpretación o aplicación asumidas.

La dimensión económica de la globalización tiene como finalidad la construcción de un sistema económico mundial. La economía es una estructura de estructuras en la que se combinan agentes económicos (empresarios y trabajadores-consumidores), sistemas de producción y distribución (empresas y sistemas de distribución); todo esto requiere la fijación de precios y unidades de medida. Según Joaquín Arriola no existe una economía mundial debido a que no hay empresarios, trabajadores, precio y moneda mundiales (Arriola, 2010, p. 8). Estos cuatro elementos constituirían la base de la economía mundial, hasta ahora no ha habido globalización de la economía; mientras tanto se van aportando las bases para lograr dicha globalización. La globalización es un proceso inacabado.

Algunos de los logros alcanzados por los trabajadores fueron puestos en la agenda para reestructurarlos. Se divide la clase obrera en trabajadores permanentes o temporeros, protegidos por convenios colectivos o sin protección. Los que están en la cúspide de la pirámide se consideran privilegiados, son distintos a los demás trabajadores. Los privilegiados se convierten en consumidores de productos exclusivos (Arriola, 2010), y de esta manera hacen posible que se mantengan activas las operaciones dentro de la Economía.

Las operaciones financieras crecen cada día; “todos los indicadores económicos sobre la globalización... son extraordinariamente más cuantiosos que las de cualquier otro período de la historia” (Lasso Tiscareño, 2001). Ese crecimiento de las operaciones financieras conlleva el tránsito de personas y productos. No solo se mueven las personas, productos y servicios, también las instituciones jurídicas, culturas y valores sociales. En esta Era no se lucha solo contra factores económicos; de lo económico la globalización es solo una cara, una forma de presentarse, claro está, la que tiene más presencia en la actualidad.

La globalización es un proceso continuo pero no acabado. Es el capitalismo actual. Trae sus propias ideas, su forma de interpretar y de interpretarse. Las ideologías son

también transmitidas en este proceso de integración económica. Las filosofías se transmiten como productos y servicios. Las formas jurídicas ya no son exclusivas, y a la velocidad de un *click* un país adopta una legislación extranjera; las adopta y adapta con alta facilidad sin necesidad de durar años de estudios en el extranjero.

Como ejemplo de la velocidad en que operan los cambios económicos, puede verificarse en que el uso de los ordenadores personales en los Estados Unidos fue alarmante, una vez que dicha tecnología se hizo asequible al público, en 15 años hubo un gran logro; pero si se compara con el uso del Internet, en solo 4 años ya dicho servicio era utilizado por más de 50 millones de estadounidenses. Lo que se lograba en 15 años, ya se logra en menos de un tercio de dicho tiempo.

La dimensión económica no tiene límites ni enemigos, pero sí contrarios. Los límites solo son mentales, en todo caso. Los enemigos no existen; no hay un movimiento contrario a la globalización que pueda enfrentársele en una lucha del día a día. La globalización avanza con los únicos obstáculos que pone el mercado mismo, y que tienden a ser superados. Las filosofías contrarias acaban siendo desplazadas fácilmente.

Dos factores que han contribuido al avance de la globalización son el transporte y la tecnología, permitiendo que el proceso globalizante haga presencia en todas partes del mundo y a través de distintas formas. La integración económica mediante la creación de bloques comerciales ha sido la plataforma estatal por excelencia, aunque esa modalidad podría ser sustituida por modelos menos formales y más autorregulados por las propias transnacionales. Las nuevas formas obligan a que los Estados analicen su conveniencia en el orden público nacional y tengan que referirse desde el ámbito del Derecho, sea a favor, en contra o de forma neutral.

El comercio internacional es una de las principales carreteras para el tránsito de bienes y servicios. Este tiene una base económica y otra jurídica. La económica pone las formas de intercambios de los bienes y servicios; la jurídica brinda restricciones, posibilidades y prohibiciones, que han de ser fácilmente superadas, porque a la postre, los

Estados no pueden cerrarse en este proceso de integración global. Ya Aristóteles muchos años atrás había afirmado que la riqueza es el fin de la economía (Aristóteles, 2006, p. 25), y al parecer, no tiene otros fines.

La estructura jurídica de la dimensión económica de la globalización aboga por el establecimiento de reglas mínimas que hagan posible el flujo de personas y mercancías, a una velocidad y volumen creciente. El sistema jurídico que defiende la economía es aquel en que los trabajadores se vean reducidos en sus salarios y en la participación de los beneficios de la empresa (Arriola, 2010). Ahora bien, ¿cómo pueden los jueces interpretar y aplicar de forma racional las formas normas jurídicas sin tomar en consideración la dimensión económica de la globalización? Las grandes empresas y los bloques de integración aseguran la adopción de un sistema jurídico que les sea factible. El derecho (su interpretación y aplicación) no es más que un producto, una cosa medible y cuantificable, que debe cumplir ciertos estándares internacionales.

La dimensión económica de la globalización es, por así decirlo, el eje central de las demás dimensiones; está muy relacionada con la dimensión social. Todo lo que se produce llega a la sociedad, no solo productos perecederos, sino de toda índole. También los servicios forman parte de este mundo de cosas comercializables. La sociedad los recibe, los recicla, los adopta y finalmente los requiere; sin importar que el proceso mismo de comercio genere desigualdad entre los ciudadanos.

El discurso de la protección de los derechos fundamentales (derechos civiles en Estados Unidos) se presenta paralelamente al discurso de bienestar económico que trae la liberalización del mercado. La deslocalización de la mano de obra no es más que una estrategia de situar en zonas menos eficaces en la producción de normas que protegen al trabajador. En la práctica la economía neoliberal no desea encontrarse con normas que la regulen, en cuanto a la protección de los derechos humanos.

Giovanni E. Reyes aborda la globalización como una teoría que persigue la interpretación de los eventos actuales en las áreas de la economía mundial, el desarrollo,

los escenarios sociales, culturales y políticos (Reyes, 2001). Puede advertirse claramente que las ideas neoliberales, inicialmente de naturaleza económica, son la base de la interpretación y aplicación del derecho en la era de la globalización. Para Giovanni E. Reyes la globalización tiene dos enfoques distintos: a) como un proceso, y b) como una teoría del desarrollo. Como fenómeno la globalización logra la interdependencia entre países y regiones, fundamentalmente en las áreas del comercio, las finanzas y la comunicación. Como teoría del desarrollo la globalización propugna un mayor nivel de integración que se traduce en una mejoría (cuanto más una afectación) de las condiciones económicas y sociales de las personas (Reyes, 2001).

### **5.1.2 Dimensión social**

La dimensión social de la globalización se refiere al impacto que tiene este fenómeno mundial en el ámbito social, es decir, en el impacto que tienen en la vida de las personas, sus actividades laborales, familiares y culturales. Ya no existen sociedades sino una sola sociedad o sociedad global; y no es que se desconozcan las sociedades locales, lo que en realidad sucede es estas sociedades locales forman parte de una sociedad global o megasociedad; cada sociedad tiene su propia lógica de desarrollo, su autenticidad. La lógica de la sociedad local se opone a la global. La autenticidad de la sociedad se alejaba de la dependencia en otras sociedades y la sociedad recibía la crítica de ser atrasada con una “modernidad incompleta” (Ortiz, 2004). Globalización e internacionalización se confundían en muchas discusiones.

Todo parte de las relaciones económicas, pero no se queda en el ámbito productivo o el comercio, sino que hay cada vez más presencia de lo global en lo social que en lo estrictamente económico. La facilidad de adquirir productos que antes eran imposibles y a una velocidad antes inimaginable redefine la noción de lo nacional y lo propio.

Todas las dimensiones de la globalización se traducen en un producto económico, al menos un accesorio de dicho aspecto. Así los cambios sociales son una consecuencia

necesaria de la transformación del mercado y su actitud hacia las personas. El empobrecimiento creciente de la población, el aumento de las necesidades, el enriquecimiento de unas cuantas personas que promueven la bondad del mercado y la reducción del empleo son formas de manifestación de la globalización en el seno de cada sociedad.

El Derecho en esta dimensión tiene necesariamente que viajar con las prácticas sociales; así como se imitan comportamientos, luego son absorbidas las prácticas jurídicas surgidas en esas respectivas comunidades, por lo que es propicio establecer que el comercio no viaja solo, le acompaña una sombra jurídica; utiliza o crea su propia plataforma jurídica, y como tal, también las formas de interpretación y aplicar el Derecho. A la velocidad de un *click* está la adopción del derecho comparado, sea en la modalidad de jurisprudencia, doctrina y en especial, de las leyes extranjeras. Las normas internacionales de trabajo son un referente adecuado para ilustrar cómo las prácticas sociales son adoptadas por otras sociedades y con esto, las reglas y formas de regular esas prácticas.

Los temas de seguridad jurídica y seguridad ciudadana son tratados por legislaciones extranjeras y adaptadas en el plano local. La ciberdelincuencia y actividades terroristas con alcance mundial son cada vez más reguladas por legislaciones de Estados que aún no llegan a tener estas amenazas, es decir, con la magnitud y daño que causan en otros países; aun así, teniendo las posibilidades de estar afectados de males mundiales, aparecen las reglas jurídicas a ser interpretadas y aplicadas con enfoque global.

La creación de riquezas derivadas de la globalización conlleva la adopción de regulaciones jurídicas, y de esta, la aplicación e interpretación de normas que observen reglas más allá de las fronteras locales. La verdad es que la dimensión social de la globalización es la que más terreno ha prestado al Derecho para aumentar su campo de acción.

Renato Ortiz se refiere a una cultura mundializada, como aquella que está “presente en todas las sociedades nacionales, y que forma parte de las vidas cotidianas” (2004, p. xx). Esa cultura global permite el encuentro de esos individuos que se encuentran dispersos en todo el globo terráqueo; las diferencias son eliminadas y los pueblos gozan de las mismas prerrogativas. A este proceso de aspectos de la globalización social se le ha denominado “estandarización de la conducta” (2004, p. xxii). La unificación cultural implica la eliminación de las diferencias y por vía de consecuencia, la no admisión de otras formas de conducta.

El derecho, como regla social, se dirige a un grupo determinado de personas; mientras más homogéneo es el grupo, con mayor facilidad se resuelven los conflictos jurídicos. El tránsito de personas, cada vez más elevado, obliga a que cualquier interpretación judicial sea abierta, inclusiva e internacional. Las minorías nacionales son verdaderos ejemplos de los derechos de grupos, que han dejado de ser situaciones especiales o excepcionales para convertirse en lo cotidiano de la actividad jurisdiccional. El problema es que las grandes naciones se agrupan conforme sus intereses, con especial trascendencia atendiendo al “tamaño de las economías, demanda efectiva interna, estructura de exportación, y niveles de crecimiento y desarrollo económico” (Reyes, 2001).

La sociedad global se interpreta a través de la globalización, sirviendo esta última como el modelo para la medición de los aspectos sociales, políticos y economía; la parte se explica a partir del todo; la hermenéutica gadameriana entra en juego, con una visión más abarcadora, casi desnaturalizando la noción de “el todo” gadameriano para convertirse en “un todo global”, sin el cual las partes no tienen una explicación racional y globalizante. Los límites jurídico-políticos del Estado-nación ahora son límites sociales y especialmente, límites de la racionalidad moderna.

La forma en que las clases se estratificaban tiempo atrás, ha sido modificada por un enfoque internacional; las naciones grandes representan la tradicional clase social alta. Los países con economías emergentes o de tercer mundo son los integrantes de la clase

baja. Las grandes naciones imponen sus reglas; así mismo las transnacionales cuyas nacionalidades coinciden con los grandes Estados, imponen sus reglas, la forma en que se debe transitar en el mercado global. Ese todo global genera sus propias reglas, sin embargo no pretende desconocer las realidades de las comunidades locales, sino que intenta imponer su cultura y forma de ver el mundo.

Los cambios promovidos en la globalización se realizan mucho más rápidos, gracias a los avances tecnológicos. Las informaciones llegan a casi todas partes de la Tierra, a una velocidad sorprendente; el volumen de información es creciente; en ese sentido, las normas que vienen a regir el funcionamiento de una sociedad cambiante son cada vez más imprecisas, abiertas y sujetas a una interpretación con esas mismas características.

### **5.1.3 Dimensión política**

La dimensión política es amplia, sin embargo, para fines de esta investigación solo nos centraremos en la toma de decisiones. La interpretación jurídica es un acto de toma de decisiones. Las sentencias tienen su componente político, y me refiero a la política del Poder Judicial, así como las sentencias cuyo contenido afecta las decisiones del Poder Ejecutivo y del Legislativo, en sus funciones ordinarias. La globalización es también un modo de producción en el ámbito político. La creación de los grandes mercados está acompañada de estructuras políticas especializadas que ayudan al progreso del sistema globalizador. Los sistemas judiciales no se hallan exentos del poder político. La llamada independencia de los poderes judiciales se reduce considerablemente con el efecto de la globalización; la independencia es más formal que material.

La interpretación judicial es una cuestión de toma de decisiones, no porque se decida el conflicto sometido a la jurisdicción, sino porque cualquier interpretación o aplicación de las normas repercute en la sociedad; el tribunal que ha adoptado cierto criterio tiene que asumir esa jurisprudencia para los casos análogos, por tanto, no se trata de la solución de un caso, sino que es una decisión para solucionar los casos que guarden

cierta afinidad. Este acto, en muchos casos, no depende de la sola subjetividad del juez o tribunal, sino que está relacionado con otros factores que le vienen impuestos por el mismo proceso de globalización, tales como el compromiso del Estado frente a las empresas transnacionales.

Las organizaciones políticas reciben un impacto directo de la globalización, al punto de que se requiere ser parte de algo más grande, en un contexto en que se exige asumir actitudes generalizadas que van más allá de la comunidad y del propio Estado. Los fines del Derecho se van unificando en una red de interpretaciones de las normas que parecen haber salido de los mismos razonamientos. El derecho global parece planificado en tanto respalda las operaciones comerciales a nivel global.

La globalización se consolida; los grandes bloques compiten entre ellos (por ejemplo, Estados Unidos, Japón y la Unión Europea). Las instituciones políticas de izquierda son debilitadas, con el fin de desvanecer los focos de protestas que en el ámbito local pudieran surgir. La globalización no es sólo competencia económica, está apoyada en el poder político y militar. No basta con dirigir un segmento amplio del mercado mundial, es preciso además contar con la fuerza militar, que en muchos casos se limita a la amenaza del uso del poderío militar. El derecho, en este contexto es el que imponen los grandes bloques económicos. Las interpretaciones y aplicaciones del derecho se miden por el interés de los poderes económico-políticos. La hermenéutica jurídica es, más bien, un problema de interés económico que social.

Puede afirmarse válidamente que “son las élites de negocios y políticas las que determinan las decisiones políticas dentro de los estados-nación” (Reyes, 2001). Los pesimistas (de izquierda) destacan que la globalización es nada menos que la “encarnación del mal” (Bodemer, 1998). Todo aquello que tiene etiqueta de globalizante se valorará negativamente. En cambio Bodemer identifica un grupo como los optimistas que hallan positivo todo lo que deja la globalización, es decir, el balance es positivo entre lo que se pierde y lo que se gana en la Mundialización.

#### **5.1.4 Dimensión educativo-cultural**

Se habla de la sociedad del conocimiento como si se tratara de una sociedad que gira en torno al conocimiento, y el dominio del saber hacer, saber emprender, saber pensar y saber ser. Al parecer hay una democracia en el acceso a los medios y tecnologías de la información y a las fuentes educativas.

La cuestión es que el neoliberalismo se figura como algo justo, que ofrece igualdad de condiciones y que está revestido de racionalidad. Lo que sucede es lo contrario (Caballero Harriet, 2012). En cuanto al acceso a los medios para la educación, se podría hablar de una desigualdad educativa. Esta desigualdad afecta a los sectores más pobres y marginados de las sociedades, sea en países ricos o pobres. No es lo mismo asistir a una escuela estatal o privada, estar en la ciudad o en un pueblo rural; las opciones mismas son indicadoras y generadoras de diferencias (Adriana, 2009).

Por otro lado, la deserción escolar es mayor entre los pobres que entre los ricos. En muchos casos se debe a insuficiencias económicas para adquirir materiales educativos, ropa o transporte hacia escuelas retiradas de la zona donde reside el individuo. Estas dificultades alejan el sentido de igualdad que debe primar en todo aspecto de la vida social. Las dificultades les quitan posibilidades a las personas pobres de salir de esa condición (Adriana, 2009).

La pobreza genera restricción al acceso a los medios para el aprendizaje y a los medios tecnológicos. Si bien la virtualidad pretende introducir al mundo el sentido de la igualdad lo cierto es que en el mundo real tal equilibrio no se sostiene.

La noción de cultura es muy amplia y hasta difusa, proviene del verbo *colere*, palabra latina que significa cultivar, en relación a la tierra; luego se ha desarrollado en el plano del avance de los conocimientos humanos. En una cita a Malinowski se dice que

este define la cultura como “la totalidad integral que se compone de utensilios y bienes de consumo, de cartas constitucionales de varios grupos sociales, de ideas humanas y artes, creencias y costumbres” (García Amado, 2014, p. 215), y la clasifica en dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva. La subjetiva es el ejercicio de las facultades mentales que permiten autosuperarse; la dimensión objetiva está integrada por el producto de ese mismo ejercicio.

La homogeneización de la cultura o generalización de las prácticas de una cultura en las demás, incluye el aspecto jurídico. Cada individuo tiene al menos una cultura jurídica. La cultura jurídica aquí es entendida como un fenómeno social visto desde el Derecho y se refiere al conjunto de creencias y presupuestos significativos que influyen en las personas, ya sea porque son habitualmente llevadas a cabo o adoptadas por preferencia.

La cultura jurídica incluye: actividades enraizadas en una sociedad, valores, creencias y expectativas de las personas. En sentido amplio, son las actitudes respecto de las consecuencias del Derecho, ya sea que fuesen medidas *ex ante* o *ex post*. Es, por tanto, un comportamiento social, medido desde el Derecho. Cada individuo se identifica con una cultura jurídica, de forma principal, aunque se encuentre territorialmente en medio de un ordenamiento jurídico que conlleve reglas contrarias a su cultura jurídica de origen. En este sentido, Octavio Ianni (2008) se ha atrevido a afirmar:

Ya son muchos, en todo el mundo, los que se sienten desafiados por las relaciones, los procesos y las estructuras que constituyen la globalización. Tanto los que reconocen la globalización como evidentemente e inexorable como los que la ven como una manifestación más del imperialismo, los que simplemente la niegan, o los que la consideran una invención del neoliberalismo, todos son desafiados a reevaluar sus marcos sociales y mentales de referencia (pp. 84–85).

### **5.1.5 Dimensión ecológica**

El progreso económico tiene un vínculo con el medio ambiente. Así lo concibe el *Diccionario Enciclopédico Dominicano de Medio Ambiente* cuando señala que esta dimensión abarca la problemática ambiental en correspondencia con los principales planes de desarrollo económico y parte de una visión holística que integra aspectos sociales, económicos, políticos, religiosos, tecnológicos, culturales y ecológicos (FUNGLODE GFDD, 10 de enero de 2012).

Hay una intervención humana o antrópica que genera un impacto ambiental directo e indirecto. Los productos que son creados en un lugar son llevados a todas partes del mundo, generando bienestar pero también un incremento de los desperdicios a nivel global.

Entre las principales causales que impactan en esta dimensión ecológica se pueden citar la explotación minera, la tala de árboles para la fabricación de productos, la construcción de ciudades en lugares ocupados por bosques, la agricultura no controlada o el narcotráfico, entre otras (Junquera Rubio, 2006); Greenpeace añade las actividades o sectores asociados al medioambiente, como son: hidrocarburos, electricidad, pesca y turismo (Aledo, 2010).

La dimensión ecológica no solo es respecto del medioambiente, sino que ella misma entra en contacto con las personas. Así puede hablarse de desplazados ambientales, como aquellas personas que no resisten las condiciones ambientales, como sucede con las armas químicas utilizadas en las guerras; es, sin lugar a dudas, una manifestación de los avances tecnológicos, pero que impactan ambientalmente. Los efectos ambientales afectan tanto a países desarrollados como en vías de desarrollo. El mercado global produce mercancías y éstas traen ciertos efectos negativos para el medio ambiente (Aledo, 2010).

La conservación ambiental ha sido incluida en las constituciones de diferentes Estados, como sucede en el artículo 67 de la Constitución dominicana, 50 de la Constitución de Costa Rica, 45 de la Constitución española, y así sucesivamente. Por tanto, ya es un hecho que los Estados aboguen por la creación de políticas de protección al medio ambiente. El problema aquí radica en el Derecho invocado por las grandes multinacionales, las que han firmado ciertos acuerdos con los Estados. ¿Cede el derecho difuso del medioambiente para respetar el deseo –ya convertido en derecho– de lucro de los grandes capitales? Es una cruda realidad con la que hay que enfrentarse cada día, en la que el interés colectivo por un medioambiente sano es abatido por el interés individualista del capitalismo.

Al momento de interpretar una norma medioambiental será preciso considerar la fuerza que tienen las multinacionales frente al Estado, y del otro lado, el impacto ambiental causado por estas en sus actividades. Se trata de una obra de ponderación en la que el *test* de Robert Alexy jugaría un rol preponderante, en vista de que ninguno de estos dos intereses (colectivo e individual) pueden ser ignorados sin realizar un fuerte análisis consecuencialista. La industria, las armas de destrucción masiva, las consecuencias de la pobreza son fuentes vivientes de contaminación, ya sea de forma directa o indirecta. Sin ambiente no habrá sociedad, en consecuencia las interpretaciones y aplicaciones del Derecho tienen que pasar por la razonabilidad ambiental en la era de la globalización. Es un reto ineludible.

.siguiendo a Ulrich Beck, lista una serie de efectos en el medio ambiente generados por la globalización, como son: daños ecológicos por la riqueza y los peligros técnicos-industriales, los daños ecológicos asociados a la pobreza, más bien condicionados por la pobreza, y finalmente, le suma los peligros de las armas de destrucción masiva (Aledo, 2010).

### 5.1.6 Dimensión ética

La mundialización ha provocado la apertura de las fronteras mentales (Herrendorf, 1996), luego las actividades de interpretación y aplicación del Derecho ya no pueden ser abordadas como una labor individualista, con dependencia de la subjetividad exclusiva del intérprete, en un círculo hermenéutico entre el intérprete pensante, el objeto interpretado y los horizontes gadamerianos. La globalización plantea una ruptura de la hermenéutica jurídica tradicional y ha configurado nuevas formas de abordar el fenómeno jurídico que tiende a ser cada vez más incluyente, al menos en cuanto a la promoción de ciertos derechos –los derechos humanos–. Los conflictos que surgen en los distintos bloques de integración jurídico–económicos tornan la vida social inestable e insegura, por la pluralidad de reglas que se precisa observar. El individuo se encuentra en desventaja respecto del antiguo estado natural en cuyo caso la sociedad era más reducida y dominaba todas las reglas que les eran aplicables.

Válidamente se ha afirmado que “nos encontramos en una crisis de valores” en el contexto universal, en el que la globalización ha alcanzado todos los ámbitos de la vida; los valores jurídicos o extrajurídicos no escapan a la sombra de la globalización. Las soluciones jurídicas también han sido objeto de globalización. Coexisten tanto la crisis de valores como las soluciones globales. Las declaraciones universales de derechos no superan la crisis, esto debido a que la globalización de las leyes es un fenómeno menos agresivo que el aspecto económico de la globalización. Las sociedades son cada vez más complejas (Del Rosario Alcántara, 2007, p. 18).

“Sin embargo, cabe destacar que esta "globalización de los valores" se enfrenta en algunos casos con una globalización de carácter diametralmente opuesto, que surge de la penetración de los valores de la economía de mercado en las relaciones sociales (productivas, culturales e, incluso, familiares) [...] (CEPAL, 2002)”. Los conflictos surgidos

en el ámbito de los derechos y las relaciones económicas globales no son resueltos fácilmente, a diferencia de lo que sucede en el plano estatal, que las soluciones están tasadas. Cada proyecto de norma pensado por el legislador tiene que referirse a aspectos vinculados con la globalización. El llamado libre tránsito de personas, mercancías y servicios crea una nueva esfera en la que los valores se reconfiguran, comparan y oponen, dando lugar a diversas situaciones que en el plano estatal hallaban una fácil solución.

En la globalización surgen nuevos grupos económicos, otros se agrupan en bloques, se produce una reorganización social que conlleva la transformación de los factores jurídicos. El poder estatal cede a lo global, no por vía de la voluntad y autodeterminación social, sino producto de las exigencias y de la presión, sean directas o indirectas. Los bloqueos comerciales son una viva representación de la presión internacional de las grandes empresas y naciones para imponer su agenda económica, social y jurídica.

El crecimiento de las grandes ciudades ha ocasionado el desborde de las formas políticas. El populismo, la pobreza, la delincuencia organizada o no, representan elementos que el Derecho pretende regular y enfrentar, en un mundo cada vez más global, en el que la economía prima sobre los demás factores sociales, especialmente sobre los derechos denominados fundamentales. La globalización económica se crea su propio soporte jurídico. Las grandes naciones asumen la defensa de los derechos fundamentales como la excusa para la intervención en diversos países así como la aplicación de sanciones económicas.

Herrendorf (1996) define el espacio existencial, siguiendo la obra de Forsthoff titulada *Sociedad industrial y administración pública*, como el espacio necesario para vivir. Ese espacio existencial se clasifica en efectivo y dominado. El espacio existencial dominado es aquel en que el individuo controla los insumos para la vida; allí es amo y señor. El espacio existencial efectivo es aquel en que los insumos son controlados por el Estado. El espacio existencial dominado cede al efectivo; los controles son cada vez más relegados al Estado, y a órganos supraestatales. Parece que las normas jurídicas tienen

mayor peso si están respaldadas por organismos internacionales. Ya el Soberano no es sólo el Estado que busca frenar la violencia individual a través de la violencia estatal y de control social, sino que por encima del Estado existen órganos que dirigen los grandes bloques, que a fin de cuentas, no son más que una de las distintas formas en que las naciones y empresas poderosas ejercen su poder de control sobre las naciones más pequeñas.

Las burocracias tenían la misión de impedir la violación de derechos a través de la producción de normas, la promoción del cambio de mentalidad de los jueces encargados de solucionar conflictos y el establecimiento de la paz social, a través de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, pero con el paso del tiempo se han convertido en las principales promotoras de la vulneración de derechos y garantías. Los obstáculos puestos por los Estados son causa del colapso jurídico (Herrendorf, 1996, p. 59). La ineficacia de las normas depende en muchos casos de la propia inobservancia del Estado.

## **5.2 El consumidor como sustituto del ciudadano**

El mercado no requiere de la presencia de ciudadanos con derechos, sino de usuarios y consumidores que le den razón de ser al neoliberalismo. El usuario o consumidor se resume en una persona que tiene necesidades que deben ser satisfechas. Estas necesidades son creadas por el propio mercado. Hoy el gusto al cliente es el camino a seguir. Llenar esas expectativas es la labor del mercado. El ciudadano ya no juega un papel preponderante como motor de los cambios. Por tanto, la globalización y los nuevos paradigmas son un reflejo de la época feudal (Ortiz, 2004).

Sonntag & Valecillos (1999) consideran que los principios democráticos son distorsionados con el objeto de construir una ideología que legitime al Estado capitalista. Este Estado capitalista es concebido como una estructura constreñida por la lógica del

sistema dentro del cual funciona, así como una organización manejada entre bambalinas por la clase dominante y sus representantes.

En este Estado capitalista la justicia se convierte en un producto o servicio que debe reunir las condiciones tradicionales de los demás servicios: complacer a los más altos intereses de la clase dominante y luego mantener en calma a la población –grupo integrado por los actuales y potenciales consumidores–.

La justicia estándar (aplicación del derecho) derivada de la globalización se convierte en un producto y el juez (en su caso) en servidor que debe sujetarse y complacer intereses; esto conlleva a que se reduzca o elimine el espíritu libre pensante del tercero imparcial.

Ya los ciudadanos han dejado de ser lo que solían ser y se han convertido en consumidores. Han pasado de valorar positivamente la austeridad para abrazar el consumo como filosofía, que conlleva la competencia por tener y mostrar superior estatus socio-económico. Los derechos que se protegen son los del consumidor, que incluyen: derecho a la salud, a la seguridad, a la protección de los legítimos intereses económicos, a la protección de la información, a la educación de los consumidores, al fomento de las organizaciones de consumidores, a la indemnización por daños y perjuicios sufridos por los consumidores y usuarios. Los derechos en la sociedad global se aprueban en bloques, como si se tratara de productos enlatados y de distribución masiva. Ya no es el ciudadano el que tiene derechos, sino el consumidor, a quien hay que proteger; ese consumidor genera impuestos para el Estado y grandes ganancias para las empresas. Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección jurídica de sus intereses (Reyes López, 2002, p. 32), pero en el marco del respeto al mercado.

El sistema neoliberal busca justificación a su existencia. Para contrarrestar la crisis derivada del consumo masivo, “se ha puesto en marcha una nueva ola de políticas neoliberales que buscan cargarle a los trabajadores la factura de la etapa del consumo alegre [...]” (Arriola, 2010, p. 5). No es el sistema neoliberal que tiene problemas, el

sistema ha sido ideado –según su lógica– de manera casi perfecta, el problema es que los consumidores y usuarios no tienen control del gasto. El sistema se justifica así mismo.

Los poderes públicos tienen la obligación de adoptar las medidas que vayan en protección de los derechos de los consumidores y usuarios, en su intimidad estos consumidores son frágiles, en palabras del doctor Merejo (2007, p. 17) “la condición de ser humano es frágil y nadie escapa a esa condición, por lo que eso no tiene que ver con ser feliz o infeliz, sino con situaciones externas a nuestra naturaleza de ser”. En otras palabras se busca la felicidad, pero esta es relativa, depende de momentos, de circunstancias que van construyendo esa felicidad, pero nunca se accede a la felicidad plena. Los productos y servicios prometen satisfacer esas necesidades, de forma plena, y para ello se valen de publicidad, que en muchos casos es engañosa (Reyes López, 2002), pero la verdad es que el mundo del comercio de productos y servicios no llegaría a incrementarse tanto en la era de la globalización si no se vale de una publicidad especializada y estudiada.

Los principios operativos de la globalización neoliberal, en palabras de Ander-Egg, son: producir, consumir y competir. Nuevamente resaltan las bases de este sistema que persigue el aumento del capital más que el bienestar de las personas. El derecho busca la igualdad y convivencia pacífica entre las personas; el comercio, por lo visto, no tiene ese mismo objetivo, sino el incremento del capital de unos pocos. Todo enfoque racional en la era de la globalización supera las expectativas estales. En la globalización el bienestar individual de las personas no es un objetivo fundamental. La producción tiene que ser eficaz y eficiente; el consumo debe ser masivo, y la competencia es global, lo que la convierte en una competencia formal, los más fuertes compiten con los débiles, y esto se traduce en una competencia no perfecta (Ander-Egg, 2010).

Es preciso retornar al ciudadano a su verdadera condición, mientras tanto, hay que considerar que el modelo o los modelos derivados de la globalización apuntan a un consumidor que es la razón de ser de la empresa y su capital. Carmen Valor afirma que

“Más aún, la sociedad postmoderna también se construye a través de las prácticas de consumo. Para conseguir un cambio en el modelo parece fundamental, pues, reflexionar sobre el consumo” (Valor, 2011). El cambio de paradigma se logrará con la educación y toma de conciencia de los ciudadanos-consumidores, hasta que se consiga humanizar la globalización. Se requiere de consumidores que apliquen los criterios de racionalidad y utilidad en la toma de decisiones vinculadas al consumo.

### **5.3 Multiculturalidad, intereses y aplicación judicial del derecho**

La interculturalidad no es más que la interacción entre personas con identidades culturales distintas, sin que prevalezca una cultura sobre la otra. El encuentro de culturas es inevitable; presenta ventajas y desventajas más o menos claras. Frente a lo que afirman algunos autores, Estévez Araújo (2006) ha indicado que la cultura integra gustos, valores, creencias o pautas de conducta que se encuentran en la psique de los individuos.

Para Ezequiel Ander-Egg “en los últimos cincuenta años es cuando hemos tomado una conciencia más clara de la diversidad cultural y de sus implicaciones en la sociedad actual” (2010, p. 224), esto implica que en el proceso de globalización se ha tomado en consideración el aspecto cultural, en su caso multicultural, de convivencia de diversas culturas, en una aldea global.

Dentro de la globalización, los agentes encargados de internacionalizar la cultura son las propias compañías, a través de la publicidad destinada al consumo. No se trata de unificar los mercados, sino de aumentar el mercado –global–, a través de la creación de necesidades en todas las personas. La interculturalidad se utiliza dentro de la globalización como una forma de llevar prácticas de un lugar a otro, y así fomentar el consumo, las modas y otras necesidades. Este análisis coincide con el planteamiento de Ander-Egg en el sentido de que la globalización de la cultura no es más que el impacto

que de forma conjunta han tenido las tecnologías de la comunicación, los medios de comunicación, el comercio –en especial el internacional–.

La consolidación del internet y las tecnologías de la información han permitido la conexión digital del mundo, no es solo conexión de datos, sino también de culturas, de formas de convivencia y de solución de problemas. El derecho y su interpretación se encuentran inmersos en este proceso de multiculturalización, y se traduce en un fluir de instituciones jurídicas y de formas de abordar el pensamiento jurídico. El cine, la televisión, los blogs son solo formas en que se va dibujando la cultura jurídica global.

Imperialismo y culturalismo han ido siempre de la mano (Amín, 1999). La globalización es presentada como un movimiento que promueve el mercado como centro de la vida moderna, por lo que ni la solidaridad ni el amor al prójimo son los factores esenciales en esta nueva realidad. Se tiende a la individualización, se pierde conciencia social y se reduce el interés por la negociación política (Beck, 1998). Más aun, lo jurídico pasa a acompañar a los negocios, pero no los determina. Las normas jurídicas vienen a respaldar los negocios. Tiene más alcance la economía que el Derecho en la era de globalización, pero en apariencia el aspecto normativo del derecho tiene más influencia, ya que las reglas jurídicas vienen a controlar las formas en que se ejecuta el comercio; sin embargo, a fin de cuentas los factores económicos son determinantes en un mundo interconectado. El Estado pierde soberanía y los ciudadanos –de la nación– ya no son los que imponen las reglas de juego. Anger-Egg cita a Alan Touarine, manifestando que “Cuando todos los canales, todas las noticias, todas las imágenes, toda la iconografía del mundo es norteamericana, eso no se llama libertad de mercado, sino imperialismo” (2010, p. 239). La interpretación del derecho toma la etiqueta del imperialismo. Solo es admisible una interpretación que complazca y responda a la visión del derecho de la nación dominante.

En ciertas ocasiones, se ha propugnado por el uso del Derecho para contrarrestar una determinada ideología: derecho contra ideología. El movimiento Falun Gong chino,

por ejemplo, llegó a adherir a su seno milenarista y de curación a través de la fe entre 70 a 100 millones de personas, principalmente en China, excediendo el número de miembros del Partido Comunista Chino. Su líder Li Hongzhi fue presionado para salir de China y refugiarse en Nueva York. A través de los reclamos de sus dirigentes y seguidores se logró llegar a cierto acuerdo de tolerancia. Esto no evitó que en 1999 se utilizarán mecanismos legales para atacar a dirigentes de ese grupo y debilitar el movimiento (Berger y Huntington Berger, 2002).

El derecho ha sufrido en este proceso de globalización. Las personas sobre las que recaen las interpretaciones y aplicaciones del derecho pasan por grados de inseguridad jamás vistos. Ahora bien, ¿es que no es posible la construcción de una teoría global del derecho y sus formas de interpretación y aplicación en el tiempo que nos encontramos? Los problemas que tradicionalmente ahogaban la interpretación del derecho como la vaguedad y la ambigüedad ahora quedan relegadas a un segundo plano, es decir, hasta que se despejen los aspectos fundamentales vinculados a la globalización, a los intereses de las grandes empresas y a los compromisos asumidos por el propio Estado frente a las grandes naciones y empresas.

Samir Amín realiza la siguiente pregunta: ¿Salir de la crisis o administrar la crisis? Él propone el análisis de las fuerzas activas dominantes, asignándoles unos objetivos coherentes con sus propósitos, pero a la vez identificar el impacto en las diferentes fuerzas populares y en otras víctimas, y la elaboración de un sistema que viabilice la existencia de todas estas fuerzas (Amín, 1999).

“El mundo está siendo revolucionado otra vez. Ciertas transformaciones sociales, económicas, políticas y culturales que se estaban gestando desde los principios de siglo se aceleraron después de la segunda guerra mundial, y se intensificaron aún más a partir de las reformas iniciadas por Gorbachov después de 1985” (Ianni, 2004, p. 4).

La economía global desestabiliza las economías locales y desencadena una subpolitización de nuevo alcance, que conlleva consecuencias imprevisibles (Beck,

1998). En tanto que la economía lo permea todo, el sistema mundial, atraído por la globalización, viene a replantear nuevas formas de interacción social que también afectan al Derecho, que es el producto de una sociedad o región determinada: así las normas jurídicas y las ideologías utilizadas para interpretarlas también están sufriendo cambios vertiginosos. Los modelos tradicionales utilizados para desentrañar el sentido de la norma quedan calificados como obsoletos y excluyentes.

Ulrich Beck (1998) considera que se han tomado los centros vitales de las sociedades modernas que tienen los estados nacionales sin mediar una revolución, pero sin que se hayan adoptado nuevas normas jurídicas, tales como leyes o constitución. Si ha habido una revolución ha sido pacífica, mediante el discurrir del tiempo, de la vida cotidiana.

La globalización exige la creación y aplicación de ciertas reglas mínimas que sirvan de soporte a la propiedad privada y a la autonomía de voluntad para contratar, que constituyan verdaderos mecanismos de protección a los intereses de los contratantes. Esto no es nuevo, ya en las Cartas Magnas de Juan sin Tierra de 1215 d.C. se exigía que el Estado proporcionara reglas mínimas a la propiedad privada, y por vía de consecuencia, a grandes patrimonios. Se buscaba una igualdad para los iguales, que permitiera la defensa de los grandes intereses económicos; solo después esa igualdad para los iguales pudo ser enfocada hacia toda la población inglesa. En el estadio en que nos encontramos, el derecho sufre un revés y se admite oficialmente una interpretación gradual y estratificada al estilo del contenido de las Cartas Magnas del año 1215, en la que el derecho se aplica dependiendo de la condición de propietario de la tierra que se tuviera.

Esas pretensiones, hasta el momento han sido satisfechas por los propios ordenamientos jurídicos nacionales. Vuelve a surgir la interrogante: ¿qué organismo controla o hará ejecutar las reglas jurídicas aplicables al mercado? La verdad es que los bloques de integración económica compuestos por las grandes naciones se convierten en bloques de control jurídico; en ese contexto se promueven sanciones unilaterales o por

bloque de naciones, sin embargo, la noción de sanción coercitiva no está claramente definida en el mundo global. El espíritu pensante del intérprete de las normas jurídicas se reduce a complacer intereses, a expensas de ser removido de los cargos del gobierno y de la judicatura.

Bien se podría hablar del derecho internacional privado o de alguna disciplina que sirva para garantizar los derechos de individuos e instituciones de distintas procedencias. Para tratar de solucionar estos problemas se propone la existencia de una *lex mercatoria*, que controle el mercado (Estévez Araújo, 2006). La noción de *lex mercatoria* tiene una naturaleza económica pero abarca no solo el contexto comercial, sino global, bajo el paraguas de los negocios; la *lex mercatoria* es una envoltura económica para los aspectos jurídicos.

#### **5.4 Lex mercatoria**

La *lex mercatoria* es un área del derecho que se encarga de asegurar, de una forma rápida, las transacciones efectuadas por los comerciantes. Son los comerciantes los que crean y aplican esas normas. No es interés específico del Estado o de las sociedades, sino de las grandes empresas. Luego esta *lex mercatoria* es más una noción económica que jurídica. Se busca el respaldo normativo que brinda el derecho estatal o internacional, pero con el ojo puesto en el capital.

Estévez Araújo (2006) ha presentado algunas pautas que explican *lex mercatoria*, entre ellas: a) es un sistema jurídico autónomo, que no depende de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que se ha agenciado su propia existencia a través de la creación de reglas independientes; b) la necesidad de redacción de los contratos elaborados por las grandes firmas de abogados, a las que se les requería el empleo de un lenguaje común. El Derecho se ha visto sometido a un proceso de mundialización y de regionalización a través de la unificación, uniformización y armonización. Solo hay que considerar que la

*lex mercatoria* surgió como forma de contrarrestar el poder que tenían los señores feudales, a través de la implementación de acuerdos comerciales y formas más o menos universales de realizar las transacciones comerciales, con esto escapaban del control jurídico que tenían los señores feudales. El comercio buscó su propia protección y, con ello, la creación de un instrumento jurídico que les sirviera de soporte.

“Propulsada por la Globalización, la comunidad empresarial, desarrolla operaciones en todos los continentes, enfrentando la disparidad jurídica provocada por las codificaciones nacionales. Las tentativas de unificación materializadas en tratados internacionales, arriesgan a menudo quedar sin aplicación, por lo que se multiplican las voces a favor de medios no legislativos de armonización”. (Ruíz Castellanos, 2016, p. 342)

Las fuentes de la *lex mercatoria* giraban en torno a los usos y costumbres comerciales, a la autonomía de la voluntad para contratar, las decisiones arbitrales y finalmente, a la elaboración de contratos tipo que facilitarían los diversos negocios. Esta última manifestación posibilita que las transacciones comerciales sean realizadas a raíz de los estándares de negocios contruidos a través de la *lex mercatoria*, por lo que la *lex mercatoria* sirve como ideología y como ideal para la protección jurídica de los negocios, y de ahí, de todos los derechos de las personas. El propósito de la *lex mercatoria* no está centrado en la persona misma y sus derechos fundamentales, sino en el capital. Los tres brazos que Ruiz Castellanos menciona como objetivos de la *lex mercatoria*, al menos en sus inicios, son: obtención de capital, participación en mercados distantes y protección del crédito otorgado a los clientes (Ruíz Castellanos, 2016, p. 343).

Es el descubrimiento de América el que transformó la forma de ver el derecho comercial (o derecho mercantil); el comercio se convirtió en una actividad estatal importante. Los monopolios pasaron a manos del Estado. Todo el poder se fue concentrando en manos del monarca, por tanto, el derecho mercantil adoptó la forma de derecho del monarca (Ruíz Castellanos, 2016, p. 344). Con la Revolución Francesa no cambia la situación, solo se muta del poder del monarca al poder del Estado. Toda la

producción jurídica –y sus formas de interpretación y aplicación- son formas de manifestación de la “cultura e ideales nacionales” (p. 345). La Revolución Industrial trajo como consecuencia la desincronización entre derecho y economía (p. 346). La fase de codificación francesa y alemana terminó con romper la universalidad de la *lex mercatoria*, para adoptar la forma jurídico-cultural de cada Estado.

Ha sido fuertemente criticado el derrotero por el cual transita el capitalismo basado en las fuerzas inclementes del mercado que dirige el Derecho, los hechos, la institucionalidad, la justicia, el ámbito público y el privado, así como otros aspectos trascendentales, que convierte la sociedad organizada en sociedad de consumo y a los ciudadanos en consumidores y usuarios de bienes y servicios. El mercado sustituye el Estado, inclusive no lo necesita, puesto que las personas solo requieren de protección de sus derechos como consumidores y usuarios, y que se respeten las reglas mínimas del comercio. En este transitar “el mercado va ganando la batalla en el terreno de la expansión” (Caballero Harriet, 2012) de la sociedad que deja de ser políticamente participativa a ser una sociedad de consumo. Los Estados tienen normas jurídicas comerciales dispares, por lo que se hace necesario, para el comercio, la adopción de fórmulas universales que faciliten las operaciones comerciales. “La pregunta sobre cómo realizarla, divide la cultura jurídica contemporánea. Para los fieles al dogma positivista de la estatalidad del derecho, no hay más que un modo: los tratados internacionales” (Ruíz Castellanos, 2016, p. 347).

Ruiz Castellanos advierte que las iniciativas basadas en los tratados internacionales se tornó frustrante. Muchos Estados simplemente no ratificaron esas convenciones, ya que implicaba ceder parte de la soberanía nacional; cita como caso inicial la Convención de la Unión de París de 1883 relativa a la protección de la propiedad industrial. Pero los mecanismos adoptados por los intereses globales han propuesto otras vías como son: a) la propuesta de principios no vinculantes, b) unificación de modelos contractuales, y c) instauración de un sistema de justicia arbitral internacional (2016, p. 348).

Luego, ¿cómo plantearse una ideología jurídica pura como el iuspositivismo o el iusnaturalismo, en medio de la era de la globalización? El impacto económico de una decisión judicial puede tener más influencia que el contenido ideológico jurídico que se pretende comunicar a través de las motivaciones de dicha sentencia judicial. La filosofía de la globalización está centrada en la protección del capital y crecimiento del mercado, a través de distintos mecanismos. Las propias corrientes jurídicas tienen que seguir el curso de la economía. El Derecho y toda su filosofía tienen que adaptarse a la sociedad global, pero en especial, al mercado.

Pero ¿qué queda de lo nacional? Una simple observación indica que existe una transformación tal en los aspectos sociales que necesariamente afecta también a lo jurídico. La forma de ver la sociedad global genera nuevas formas de ver el Derecho. Ya ni la propia cultura es estática. Ahora se ha tornado inestable. Las normas jurídicas vienen empaquetadas y se imponen a los Estados más pequeños.

Daniel Bonilla Maldonado (2006) en su texto *La Constitución multicultural* apunta que la relación entre libertad y cultura abre nuevas vías para comprender la tradición liberal, en la que se suscitan nuevas posibilidades que tornan la filosofía política más sensible, porque toma en consideración las necesidades de la cultura y de la comunidad. La interpretación y aplicación del derecho en la era de la Globalización cambia de rumbo y sigue los pasos a los intereses de las grandes corporaciones.

El liberalismo debería promover medidas que protejan a las culturas minoritarias de las decisiones adoptadas por las mayorías. Estos ideales no están presentes en el quehacer cotidiano del neoliberalismo. A ello se refiere Caballero cuando advierte el carácter egoísta de las personas dentro del capitalismo (Bonilla Maldonado, 2006). En un contexto globalizado al juez se le exige una respuesta ágil, cuantitativa y proteccionista de los compromisos asumidos por el Estado frente a los bloques comerciales. Si un Estado pequeño no cede en la adopción de ciertas medidas jurídico-económicas, luego podría ser pasible de sanciones-bloqueos económicos.

Los incentivos dados en el liberalismo no parecen muy claros pues se confunde incentivos con medidas coercitivas. Las grandes naciones, como Estados Unidos, utilizan mecanismos de convencimiento forzoso o voluntario. Violencia y persuasión son términos empleados en igual dirección y sentido, a través de la presión económica y la influencia militar. El sentido del principio de inspeccionalidad, que bien explica Caballero, informa sobre ese carácter forzoso del Estado, que obra en nombre y representación de las multinacionales (Caballero Harriet, 2012).

Estas circunstancias apuntan a que cada cual construya sus propios mecanismos de presión y persuasión. Cada uno tiene sus intereses particulares, que son, en la mayor parte de las ocasiones, irreconciliables e incompatibles. Una constitución moderna será, pues, aquella que reúna todas las voces que defiendan las distintas culturas existentes en una determinada comunidad, zona o región. Los intereses económicos y políticos encontrados en el contexto global imposibilitan la construcción de una teoría global y a la vez pacífica del derecho.

La protección de los derechos fundamentales es hoy cada vez más una concepción para la protección de la clase burguesa, porque dicha clase es la protagonista del mundo. En la práctica es una realidad incuestionable. La gratuidad de la justicia y la invocación de garantías constitucionales sirven si van acompañadas de una formación académica adecuada y si se cuenta con abogados lo suficientemente entrenados al respecto. Muchos no pueden darse ese lujo. (Caballero Harriet, 2012).

Atienza se refiere a la *lex mercatoria* o nueva *lex mercatoria* como parte de la globalización del Derecho que va dejando de lado la fuerte burocracia y violencia; así como los bajos niveles de retórica, para transformarse en una sociedad globalizada, con derecho transnacional que pretende una burocracia más debilitada y con alto o bajo nivel de retórica; los niveles de violencia se mantienen, ya no por parte de los Estados, sino de las grandes empresas (Atienza, 2012). La *lex mercatoria* ahora se torna en un nuevo constitucionalismo dominante, que se vale del control de convencionalidad para

desatender ciertos intereses nacionales y así priorizar los intereses económicos de las grandes corporaciones y Estados.

William Twining (2005, p. 177) ofrece varios puntos para la identificación del derecho global, como lo es *uno no copiado* de las reglas extranjeras ni internacionales, sino de la práctica de los juristas, al que ha llamado “derecho de los abogados”. Este derecho de los abogados está representado por fórmulas que resuelven conflictos y van en contra de la burocracia, aunque solo se aplica a grandes operaciones comerciales; es una recepción de técnicas jurídicas por parte de la élite legal dominante. Las reglas para la interpretación del derecho en la *lex mercatoria* provienen más de la doctrina y el quehacer jurídico, que del espíritu pensante de los jueces.

La globalización ofrece un alto tránsito de personas a contextos jurídicos distintos. En un lugar determinado, regulado por reglas específicas pueden hallarse habitantes cuyos intereses económicos, sociales o culturales sean diferentes a las normas del derecho objetivo local, por lo que la territorialidad de la norma fungiría como un obstáculo en el contexto jurídico-cultural individual. El derecho global pretende la solución de estos conflictos, a la vez busca la superación de la *ignorantia legis* de los migrantes en un determinado país. La *lex mercatoria* intenta superar las diferencias existentes en los sistemas jurídicos, con la finalidad de hacer más viable los negocios jurídicos.

En otro contexto, las reglas penales han sido dadas a partir de la forma de actuar de los nacionales. Solo algunas disposiciones normativas toman en cuenta las limitaciones de los extranjeros, tales como cultura y lengua extranjeras. El Código Procesal Penal dominicano, por ejemplo, incluye el error de prohibición en su artículo 340.6 cuando consagra la posibilidad del perdón judicial, sea total o parcial, si el imputado ha actuado en condiciones que desconociera efectivamente el objeto de la infracción o su creencia de que actuaba de forma permitida, pero en realidad infringía una norma jurídico-penal. La realidad es que los fenómenos globales influyen en la interpretación y aplicación del

derecho. El legislador nacional va tomando conciencia de esas circunstancias; los jueces no dejan de reconocer que los extranjeros tienen mayor dificultad para entender ciertas reglas nacionales, por tanto, al momento de aplicar las normas a los casos en concreto se torna cada vez más complejo el proceso.

El Derecho tiene que observar el fenómeno de la globalización como algo inminente. Es una realidad social y económica, pero que tiene un impacto directo en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Esta realidad multicultural se hace insostenible, tanto para el legislador, el juez o el abogado. Los cambios producidos en la globalización corren más rápido que el contexto jurídico.

Contraria a la concepción de la *lex mercatoria*, se defiende un constitucionalismo liberal que defendía el *homo iuridicus* como noción que supera a las condiciones de cada ciudadano local, siendo más universal su alcance. Cada persona tiene unos derechos y unos deberes comunes, los que no dependen de religión o filosofía, defendiendo una ética pública monista y universal (Prieto, 2007, p. 51); la inmigración masiva dio paso a la multiculturalidad y con ella resurgieron los grandes conflictos entre los valores morales y jurídicos. Se admite al extranjero, pero no se admiten sus prácticas, por ser consideradas moralmente inadmisibles y dañinas para el contexto nacional. El constitucionalismo liberal, sirve como soporte para la admisión de las diferencias y del respeto a las plurales identidades culturales (Prieto Sanchís L. , Constitucionalismo y Globalización, 2007).

### **5.5 Pop law**

En la propuesta de William Twining (2005, p. 72) en su texto *How to do things with rules* se pueden advertir diversos elementos para la construcción de una teoría global del Derecho. Se basa en la noción de *Pop Law*. Su idea del Derecho sigue la línea de los algoritmos, que toman en consideración los fenómenos jurídicos y sociales propios de la

globalización. El Derecho así visto, sigue los caminos de la adaptación a los distintos entornos, pero con fines idénticos.

El *pop law* no es más que una forma abreviada de *popular law*. Dicho concepto no ha tenido suficiente tratamiento por los teóricos del Derecho o de la economía. El propio Twining no ofrece una definición, pero sí lo presenta como un elemento fundamental en la construcción de una teoría global del Derecho.

El Derecho es maleable. Se adapta a las circunstancias. En la globalización el Derecho tiene que adaptarse. La *lex mercatoria* como teoría económica respaldada de lo jurídico también sigue los pasos de la economía global. En palabras de Twining (2005, p. 73) es como “si el Derecho aprendiera a expresarse en el lenguaje de lo visual y la mediación electrónica, mucho más usual para nosotros y las nuevas generaciones de estudiantes de Derecho que el de la imprenta y la cultura...”.

El medio para la comunicación del Derecho ha sido el cine, el internet y la televisión. Las películas eminentemente jurídicas o con contenido legal arrojan una gran parte del mundo. Mediante la presentación de casos fáciles y difíciles se juega a aplicar las reglas de una determinada comunidad. Cine e internet, que representan modos de ampliar la cultura, son a su vez instrumentos de comercio; una vez más economía y Derecho se encuentran y se abrazan de forma inseparable.

No se trata de enseñar todo el derecho nacional, regional o mundial a través de las películas, sino de conocer algo más de lo jurídico. Las interpretaciones que se deducen de los *Juicios de Nuremberg*, *Una acción civil*, *El abogado del Diablo*, *La Ley y el Orden*, entre otras, son una muestra de la globalización, que va dejando atrás los contenidos jurídicos de las Institutas de Justiniano o de Gayo. El contenido transmitido no es alta cultura jurídica, pero sí uno de naturaleza popular, de ahí la mención de Twining “*pop law*” (p. 73).

Finalmente, parte de las propuestas de Twining concluyen en la idea de que el Derecho es una forma de hacer cosas con palabras (p. 73), es *performance*, o

construcción de una realidad a través de las interpretaciones y aplicaciones de las normas jurídicas, sean o no escritas; el problema surge al momento de interpretar o aplicar el Derecho, en que ya se está en condiciones tan populares que no se requieren –en muchos casos– de abogados, para entender la norma jurídica: “una de las consecuencias de la globalización para el Derecho es el colapso cada vez más inminente de la barrera que separa el adentro y el afuera de la cultura jurídica (p. 74)”.

Junto al *pop law* se construye el *soft law* que es un derecho flexible, caracterizado por buenas prácticas en lo jurídico, que son principios y reglas no obligatorias, pero muy satisfactorias en la solución de conflictos. Están dotadas de sentido común (Casanovas y otros, 2010, p. 109).

En términos prácticos se consideran reglas derivadas del *soft law*: las declaraciones de derechos, las recomendaciones, los estándares, los informes, las guías, que no tienen ese carácter vinculante y obligatorio como sucede en las reglas del denominado *hard law*, en las que están contenidas los tratados internacionales, la costumbre internacional, las leyes nacionales, los reglamentos y resoluciones en el plano nacional (p. 113).

Las nociones de *pop law* y *soft law* aún no han sido objeto de análisis, es en el contexto de la construcción de una teoría del derecho global que encontrarán amplia difusión y estudio. Lo cierto es que las nociones del Derecho que se tienen en la actualidad se van moldeando a un ritmo y modo distinto a como se pensaba en pleno liberalismo legal derivado de la Revolución Francesa de 1789.

## **5.6 Globalización y derechos fundamentales**

Es lógico entender que los intereses de las grandes empresas se centran en la ganancia de capitales y no en el bienestar de los ciudadanos. En tanto que el beneficio económico no sea satisfecho, el fin no estará logrado dentro de la globalización.

El respeto a los derechos fundamentales no es tema prioritario en la agenda económica mundial. Los temas de respeto a derechos fundamentales y bienestar económico solo se usan para intentar validar y legitimar los proyectos mundialistas de la economía. Por tanto, es una estrategia de las grandes naciones y empresas transnacionales para controlar las naciones más pequeñas. El requerimiento de la protección de los derechos fundamentales no es más que un instrumento de control sobre el Estado, sin que en realidad se pretenda garantizar el cumplimiento de esos derechos. Los litigios son una muestra de que mientras más avanza la globalización, más aumentan los procesos judiciales en los que se reclaman la vulneración de derechos fundamentales. La globalización produce una crisis jurídica, en el sentido de que el sistema judicial no puede resolver todos los conflictos, ni el sistema jurídico puede abarcar todos los casos que se presentan en la sociedad.

La humanización del Derecho es una vía esencial para guiar hacia la salida de la crisis. No es que el Derecho sea el vehículo que conduzca a la salida de la actual crisis derivada de la desigualdad intrínseca en el neoliberalismo, sino que las propuestas deberán ir respaldadas por normas jurídicas adecuadas, que guíen de manera firme el capitalismo hacia el respeto de los derechos fundamentales. La globalización lejos de brindar soluciones globales sirve como leña que alienta el fuego de las "desigualdades y las contradicciones que constituyen una parte importante del tejido de la vida social nacional y mundial (Ianni, 2004, p. 84). Para Octavio Ianni, los factores intrínsecos de la globalización también operan como factores en el campo del Derecho, en otras palabras, la interdependencia y la integración también alimentan las desigualdades y las contradicciones.

La globalización está provocando diversos cambios en la forma de interpretar el Derecho. Hay una primacía del sentido económico sobre lo humano. En tanto que el Derecho está presente en todos los aspectos de las personas, y pretende regular toda situación y conducta humana, desde el derecho se ha tratado de buscar soluciones para frenar los efectos de la globalización en lo jurídico. Así, "la inclusión del amparo, tanto

individual como colectivo, al texto constitucional constituyó una vía que, utilizada estratégicamente, ha sido de gran utilidad para ampliar los límites de la ciudadanía democrática” (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2008, p. 19).

La ciencia y la teoría del Derecho en la actualidad se enfrentan a la globalización con herramientas propiamente derivadas del derecho. La creación de instrumentos procesales para la solución de conflictos, en especial, centrados en los derechos fundamentales a través de los movimientos constitucionalista o neoconstitucionalista, pretenden superar el positivismo legalista.

Luis Prieto Sanchís (2003, p. 131) ha descrito el neoconstitucionalismo como una nueva teoría del Derecho que persigue superar el positivismo teórico, y va más allá del contenido de la ley, valiéndose de los valores y principios de una sociedad determinada. Ha advertido que la ley, en sentido escrito, ha entrado en crisis, y en su actual estado no puede ser la única fuente del Derecho, por lo que ha de darle paso a otra norma, de relevancia superior: la Constitución. La Carta Magna ha pasado a ser omnipresente en todas las áreas jurídicas, constituyéndose en el Derecho común, lo que lleva a afirmar que las cartas magnas no son tratados de normas fundamentales, sino que contienen normas, principios y valores que superan el contenido general de las demás normas del sistema jurídico. Las corrientes jurídicas que promueven el constitucionalismo son las únicas vías posibles para frenar la desigualdad derivada de la globalización económica.

La función del juez constitucional va ligada a la transformación de la doctrina legal existente; supera además cualquier desigualdad material que pueda existir entre las partes procesales o ante la ley. El legislador sigue los trabajos del juez y viceversa. No se trata del dominio de la producción normativa legislativa sobre la función judicial, aunque así se vio en un momento del estado liberal; pero el propio neoconstitucionalismo ya ofrece un papel preponderante al juez que es cocreador del Derecho (Prieto Sanchís, 2003). En el neoconstitucionalismo se presenta el Estado constitucional y de derecho como la forma

donde efectivamente se garantizarán adecuadamente las reglas que más favorecen a la protección de los derechos fundamentales.

Hoy día, todos los procesos sociales se subsumen en la globalización (Cruz, 2002, p. 141). El Derecho sigue la corriente globalizadora. Los principios y normas se van copiando y homogeneizando en muchas partes del mundo, a través de los bloques de integración económica. Los tratados internacionales que tienen una naturaleza económica son de aplicación directa en cada uno de los países que han intervenido en algún acuerdo comercial regional. Economía y Derecho van de la mano. El Derecho es, en este caso, una especie de cosa que también entra en el negocio global. Las cláusulas ceden y se incluyen a partir de los intereses económicos de las naciones más fuertes.

La sociedad de mercado crea sus propias ideologías, allí se justifican los sistemas de dominio a través de distintas vías (Cruz, 2002, p. 141). Una de las formas adoptadas es la explicativa, en la que solo se dan razones para la integración regional o global, haciéndose énfasis en los beneficios de la globalización. De forma paralela, se realiza un enmascaramiento de esa sociedad y sus efectos. Los argumentos no cesan, se tornan necesarios en busca de la legitimación constante.

### **5.7 Pérdida de poder del Estado en la era de la globalización**

El capitalismo contemporáneo puede contemplarse en actividades tanto del ámbito privado como del estatal. El primero promovido por las grandes empresas nacionales y transnacionales y el segundo, guiado por el Estado. No importa quién promueve las políticas económicas, en todo caso tienen un impacto directo sobre la producción jurídica; la necesidad de ser parte del mundo global motiva u obliga a las naciones a adoptar ciertos criterios en la creación de normas jurídicas, y en su consecuente interpretación y aplicación judicial. El juez dentro del capitalismo se va convirtiendo en una boca muda que sólo expresa el interés del capital. En la selección de las altas cortes

influye el sector privado, ya sea promoviendo candidatos preferidos u objetando otros no muy preferidos. Hay una suerte de continuidad en las altas cortes, en el que toda decisión contraria al poder económico tiene relevancia en una nueva escogencia a dichas cortes. La red es mayor, no sólo afecta el ingreso a las altas cortes o al gobierno judicial (como sucede con los Consejos de Poderes Judiciales de distintos países), de tal modo que una interpretación apegada a la norma nacional y contraria al poder económico nacional y extranjero se paga de muchas formas: amonestación, traslado, juicio disciplinario, una tacha judicial en el expediente de carrera judicial o simplemente con el estancamiento en la carrera judicial.

La soberanía radica en el pueblo, es decir, en los ciudadanos que forman parte activa del Estado. Toda producción jurídica depende del poder del legislador, que es una persona que accede al Poder Legislativo gracias al voto de los ciudadanos. En consecuencia, las normas jurídicas son el producto indirecto de la voluntad popular. Así los cambios en el mercado y en la economía son o deberían ser el resultado del acuerdo de los ciudadanos. Tanto el derecho como la economía deberían ser el producto del consenso de cada Estado. La globalización no permite que el anterior enfoque se sostenga más. Las ideas de un intérprete que construye su comprensión de lo jurídico sólo con las normas nacionales cada vez más van quedando atrás. El derecho es cada vez más global. La interpretación camina por senderos inestables; lo hacía cuando el derecho dependía de la cultura estatal, y ahora más..

No es cierto que la globalización pueda ser controlada, de forma directa, por los ciudadanos. Hay una fuerza motora del neoliberalismo que no es la soberanía de los ciudadanos. La globalización tiene su propio motor, que no va en el sentido de dar apoyo a los Estados y sus ciudadanos, sino de acumular riquezas.

“La debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido a trasladar al ámbito judicial conflictos que solían dirimirse en otros espacios sociales” (Casanovas, et

al., 2010, p. 25), por tanto, se incrementan los problemas a ser resueltos, nuevas soluciones se persiguen; el Poder Judicial y los tribunales constitucionales son habilitados para la protección de derechos y reglas mínimas de las democracias, ya sea que provengan del ordenamiento jurídico nacional o de instrumentos internacionales. El catálogo de derechos, aunque no limitativo, crece cada vez más, por la aceptación universal de esos instrumentos internacionales.

Se ha cuestionado el destino del Derecho en una sociedad en que las instituciones políticas se hallan altamente cuestionadas; en el seno de dicha sociedad prima el dominio de lo económico sobre las estructuras políticas y las corrientes jurídicas, abriéndose paso el capitalismo a través de la fuerza y la violencia. Lo patrimonial prima sobre lo espiritual en el ámbito cotidiano, pero lo mismo se puede afirmar en el ordenamiento jurídico nacional (Rodríguez–Arias Bustamante, 1995).

Si la globalización ha traído una ruptura de las formas de ver la vida, así el Derecho será también transformado u obligado a hacerlo, de lo contrario caería en una seria crisis que deslegitimaría su razón de ser. No es lo mismo hablar de la ciencia jurídica que del Derecho y la justicia. La dogmática jurídica puede caer en crisis, en cambio, el deber de impartir justicia mediante la interpretación y la aplicación adecuada empuja, a pura fuerza, el desentrañamiento de la norma y cierta actualización de las formas en que se entiende el Derecho.

Ortiz (2004) propone que en distintos escritos de hombres de gobierno o de administradores de multinacionales sobre el tema de la mundialización o globalización, lo que realmente importa –objetivo principal– es defender los intereses de sus países, o su porción de lucro en el mercado global (lo que confirma la tesis de Caballero, en cuanto al darwinismo social).

Se pasa de un empresario individual a las multinacionales y son ellas las que aseguran el verdadero control. Esas multinacionales vienen implantando una concepción moderna del mundo y de la vida; es una especie de darwinismo social, donde la

acumulación de riqueza y poder son los nortes fundamentales (Caballero Harriet, 2012). La proposición de un derecho global que no esté centrado en lo económico es el ideal a construir; la tarea no es sencilla debido a que los Estados requieren mayores recursos para sostener la economía y sus responsabilidades con los ciudadanos y compromisos externos.

Ortiz (2004) presenta un alto nivel de escepticismo en el bienestar que promueve la globalización, por ejemplos pasados; advierte que cada época de la historia ha sido matizada por tensiones, intereses y disputas que no permiten conseguir el bienestar común, es decir, no se puede llegar un consenso en el que todos salgan beneficiados en igual proporción. El interés individual sobresale más en la globalización que en épocas anteriores. Se predica la igualdad en acceder a los productos y servicios, así como en la libre competencia, pero las razones de igualdad amparadas en la libertad para acceder al mercado no bastan para lograr dicho fin.

La crisis del Derecho provoca la creación de nuevas formas de interpretación de la realidad social. Los métodos tradicionales de interpretación del derecho ya no son suficientes; es cada vez más aplicable el círculo hermenéutico gadameriano, pero desde la óptica global. La sociedad se percibe como nueva, con nuevas relaciones cuya previsión jurídica ha sido imposible. Los cambios sociales corren a mayor velocidad que los cambios en el Derecho. Aun a la Escuela Sociológica del Derecho se le presenta como tarea imposible ir a la par con la sociedad local y, más aun, con la global. La globalización no es un proceso de homogeneización (Ianni, 2004, p. 85), no busca la igualdad jurídica entre todas las personas, más bien va en dirección a regular intereses, alianzas, estructuras de apropiación económica, siguiendo la tradición de occidentalización mundial.

La necesidad de dar seguridad jurídica con unas normas que van resultando inadecuadas y el requisito de la argumentación basada en la certeza provocan cierta inestabilidad en el Derecho, es decir, una sensación de inseguridad; lo anterior sumado a

la movilidad social, sugiere un clima inadecuado para reducir las formas interpretativas y aplicativas a decisiones específicas y objetivamente verificables.

El Estado es pieza fundamental. Es una pieza del propio sistema capitalista. En ese entorno se construye una persona antropológicamente egoísta, basada en el individualismo. El éxito no es de la nación, sino del individuo. El Estado tiene como principio clave el de inspeccionalidad, que solo interviene para controlar a los más peligrosos, con el menor gasto posible (Caballero Harriet, 2012). Ya en la globalización no se requiere influir sobre cada una de las personas en el mundo, sino que se hace a través de los bloques de integración, y más propiamente dicho, a través de los propios Estados. Ianni (2004, p. 83) se atrevió a afirmar que los Estados son estos cómplices que el sistema neoliberal requiere para llevar a cabo sus planes de expansión económica.

Por otra parte, Arias (1995) opina que es preciso tener fe en el derecho, ya que nos resulta imprescindible valernos de él para superar la crisis del mundo actual; el problema es que el Estado requiere de una estructura político-administrativa que resulta costosa; para su mantenimiento tiene que invertir mucho dinero; esos recursos económicos los obtiene a través de los impuestos, por tanto, para que el Estado pueda garantizar la seguridad jurídica y el respeto a los derechos fundamentales, tiene que emplearse a fondo, y esa actividad requiere de recursos. Stephen Holmes, en su texto *El Costo de los Derechos*, explica las razones por las que la libertad depende de los impuestos: según el filósofo británico Jeremy Bentham (2001, p. 81) “la propiedad y la ley nacen juntas y mueren juntas. Antes de las leyes no había propiedad: si se eliminan las leyes, toda propiedad cesa”.

Sin una estructura estatal no hay forma de usar, disponer o disfrutar de la cosa que se tiene en propiedad. Otra vez se alude a la utilidad de los impuestos (Holmes, 2011). Para poder ejercer el Derecho en alguna forma (jurisdiccionalmente o fuera de ella), se requiere un mínimo de garantías. Lo mismo podría predicarse sobre los derechos sociales,

sobre los cuales se construye la nueva ideología jurídico-política del Estado, el cual pasa de un Estado de derecho a un Estado social y democrático de derecho.

Respecto a la propiedad, Stephen Holmes (2011) informa:

Además, en la medida en que los mercados presuponen un sistema confiable de registro que protege los títulos contra los interminables desafíos, los derechos de propiedad presuponen al mismo tiempo la existencia de muchos empleados públicos competentes, honestos y adecuadamente remunerados más allá de la fuerza policial. Mis derechos a entrar, usar, excluir de, vender, legar, hipotecar y eliminar estorbos que amenacen en forma palpable “mi” propiedad presuponen un sistema judicial bien organizado y bien financiado (p. 82).

Pero esa función estatal de mantener la paz social, mediante el mantenimiento de un orden exige cada vez más la ubicación del Estado como un tercero imparcial, al estilo de los jueces en una demanda. La globalización impulsa cada vez más la pérdida del poder del Estado, va llevando a que los particulares resuelvan ellos mismos sus problemas. Solo en casos excepcionales el Estado intervendrá en los conflictos entre particulares.

Todo gobierno liberal debe abstenerse de violar derechos, debe respetarlos. Pero este léxico puede inducir a error, dado que limita el papel del gobierno al de un observador no participante... Sin legislación y sin juicios no puede haber derechos de propiedad... Al filósofo escocés David Hume le gustaba señalar que la propiedad privada es un monopolio concedido y mantenido por la autoridad pública a expensas de los contribuyentes (Holmes, 2011, p. 82).

El mantenimiento del orden público conlleva el gasto de muchos recursos. La forma principal que tiene el Estado para conseguir esos recursos es a través de los impuestos, por tanto, una vez más la economía lo permea todo, le da una especie de sentido a la constante pretensión estatal de aumentar los impuestos y, por tanto, sus ingresos, que luego serían empleados en el mantenimiento de la estructura institucional cuya finalidad es el aseguramiento de derechos, ya sea, el derecho de propiedad, a la salud, a la libertad de tránsito, a la vivienda, a la igualdad, a la vida, entre otros derechos fundamentales.

Habermas (2011) en su texto *Verdad y justificación* reconoce las dificultades de construcción de un derecho universal, y por vía de consecuencia, la dificultad de la interpretación de las reglas jurídicas con un enfoque global:

El tránsito desde el derecho internacional clásico al establecimiento de un derecho cosmopolita –el derecho de los ciudadanos del mundo– abre aquellas zonas grises de la legitimidad que ponen en dificultades incluso a los juristas más preparados (y ello, por lo demás, tanto cuando se omite intervenir humanitariamente como en los problemáticos casos en los que esta intervención se lleva a cabo) (p. 61).

Más aun, los problemas del derecho y, entre ellos, los de interpretación y aplicación del derecho, no quedan reservados a los juristas; no solo los juristas están en contacto con la realidad “jurídica” nacional y global; se trata de una controversia que pasa del plano individual al global y viceversa. Cualquier solución que se deba brindar, finalmente, tiene que ser expuesta en el ámbito de la argumentación, en un discurso público y justificante, mediante razones válidas.

En el Estado democrático y social de derecho, proclamado por muchas constituciones estatales, la motivación de las sentencias se ha convertido en un derecho fundamental (Arroyo Gutiérrez, 2002). El derecho es cada vez más una serie de razonamientos. Los jueces tienen la obligación de brindar buenas razones que justifiquen sus fallos. Los fallos judiciales ponen fin a una contestación entre las partes. La actividad jurisdiccional transcurre en una constante actividad interpretativa y aplicativa del derecho. El derecho positivo es la fuente de casi todo el sistema jurídico. Lo decidido tiene una repercusión jurídico-social más allá de las partes; este razonamiento es reformulado por la globalización y presentado como un buen argumento consecuencialista, en el que se condiciona el fallo judicial con la finalidad de que no afecte los grandes intereses económicos que sustentan el Estado. La estabilidad de las grandes empresas garantiza la estabilidad del Estado, de sus fines y de todos sus súbditos.

La globalización promueve la igualdad a través de la libre competencia; quien pueda competir que lo haga, el que no pueda, que se abstenga.

El espíritu pensante del intérprete, sobre todo el del juez, tiene que liberarse de las ataduras creadas por fuerzas económicas que le impiden brindar la más justa de las decisiones. En la medida de lo posible debe fijar su comprensión en el sistema jurídico nacional, que se construye con más apego a la cultura nacional y a la moral.

## CONCLUSIONES

Las normas jurídicas son un tipo de normas generales que al igual que las demás normas albergan la función prescriptiva, cuya misión es disponer aquello que es debido para alcanzar un fin determinado. El Derecho está compuesto principalmente por normas. El primer aspecto analizado en la presente investigación es el concepto de Derecho, con concentración en los enfoques positivistas e iusnaturalistas: dos corrientes de pensamiento filosófico-jurídico que reanimaron las discusiones sobre el fenómeno jurídico en el Siglo XX.

Antes de que el intérprete se aboque a estudiar las normas del derecho tiene que adoptar una posición en torno a ¿qué es el Derecho? Esta es la pregunta que guía la Filosofía del Derecho. A partir de la asunción de una corriente de pensamiento jurídico, se estudian los métodos y técnicas de interpretación jurídicos, abordando las nociones de Hermenéutica, en especial, ciertos aportes de Gadamer y su círculo hermenéutico. Ya afirmaban Simone Glanert y Fabien Girard que las palabras no tienen un significado fijo, por lo que diferentes intérpretes darían diferentes interpretaciones del mismo texto (2017, p. 1). Ningún tipo de interpretación puede ignorar la subjetividad del intérprete.

El Derecho se presenta como un concepto complejo, en el que el uso natural implica varias acepciones que llevan a diversas percepciones de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, esto sí, independiente de la complejidad que presenta la dogmática jurídica, “ya que ni los físicos, ni los químicos, ni los historiadores, etc., tendrían tantas dificultades para definir el objeto de su estudio como tienen los juristas” (Nino, 2003). No solo el iusnaturalismo y el iuspositivismo ocuparon la atención de los juristas en el Siglo XX, también fueron identificadas otras corrientes como son el Realismo Jurídico, el Utilitarismo y la Teoría Tridimensional del Derecho, con la que nos identificamos por ser integradora.

Por otro lado, el lenguaje y las características intrínsecas de las reglas de Derecho plantean una serie de dificultades al momento de entender, primero, qué es una norma

jurídica, luego, qué caracteres comporta y, finalmente, en qué sentido deben de ser entendidos los términos utilizados en el texto legal; los problemas tradicionales de vaguedad y ambigüedad de las normas ya no son los únicos obstáculos del intérprete, por lo que se parte de la teoría hermenéutica de Hans–Georg Gadamer para descifrar la hermenéutica jurídica en el mundo global.

El Derecho, como aspecto social, está presente en todas nuestras actividades, la Economía también. La actividad judicial de interpretación y aplicación del Derecho se complejiza por los distintos factores que hay que tomar en cuenta al momento de dictar sentencia, derivables de los factores económico y social. En Atienza (2004) se verifica lo contrario, siendo el Derecho el que está presente en todo, es este el que afecta a la economía. Derecho y Economía luchan por ser omnipresentes en la sociedad actual. El Derecho aporta las leyes generales, en cambio la Economía busca imponer sus propias leyes, más vinculadas al mercado, pero por el fenómeno de la globalización, el mundo se ha convertido en una aldea global, en un mercado –o redes de mercados-, y como tal priman las reglas del comercio sobre las demás. La lucha entre las grandes naciones deja de ser político-ideológica y se desviste para mostrar su verdadera cara: el interés económico y el dominio del mercado global.

La interpretación jurídica implica el desentrañamiento de las normas jurídicas y de los hechos. Para abordar de manera adecuada el estudio de la interpretación jurídica se precisa el tratamiento de las corrientes jurídicas, como propulsoras de una concepción del Derecho, matizada por algunos elementos sustanciales derivados de la eficacia, validez y justicia. El estudio de la interpretación es tan amplio como la historia de la humanidad; más aún, la historia de la interpretación en cierto modo es casi idéntica a la historia de la humanidad.

En el plano de la filosofía del lenguaje, cuyo material de trabajo es el signo lingüístico utilizado en la comunicación, transmisión de contenidos y mensajes, la comprensión del Derecho y de las diversas normas que lo integran generan diversos

problemas, entre ellos: uno de ambigüedad y otro de vaguedad. Si el lenguaje permite la comunicación entre las personas, entonces el lenguaje de las normas tendría que ser el natural, utilizado por las personas comunes, en tanto que puede ser entendido desde distintos niveles de formación académica. Un lenguaje claro y conciso será necesario para expresar en pocas palabras el contenido normativo.

La ley surge para ser aplicada y, en consecuencia, siempre se requerirá una interpretación. El legislador tiene la tarea de impregnar el sentido político en todas las normas jurídicas de interés general. Su acto legislativo guiará la vida de toda una sociedad e incluso de algunas personas que se encuentra de tránsito o en calidad única de residentes. La norma no solo debe ser justa y equitativa para los habitantes del territorio nacional, sino que tiene que enfocar también una cierta reciprocidad civil o moral, visualizándose la aplicación global del derecho nacional.

Un método de interpretación no es una prescripción médica o una fórmula matemática, que brindará todas las opciones o hipótesis cierta de las cosas. No es un instrumento mecánico, sino vivo, que brinda técnicas y formas para obtener cierto resultado, en este caso, un sentido adecuado de lo interpretado.

En la globalización, como movimiento que permite el tránsito de personas y mercancías y, en todo caso, de relaciones jurídicas, se le plantean unas nuevas dificultades al intérprete de la norma jurídica. En especial, cuando se refiere a la obligatoriedad de conocer la totalidad de las normas jurídicas en un ordenamiento jurídico específico. Es una ficción de la ley que tiene como objetivo que nadie alegue ignorancia a la ley. La ley y el legislador –al parecer– ignoran la imposibilidad de que todas las normas sean conocidas por una persona determinada, en un territorio y tiempo determinado. El principio *ignorantia juris non excusat* lejos de ser una columna de la seguridad jurídica, se convierte en un obstáculo; es una ficción que hay que superar. La interpretación judicial transita por el camino de la incertidumbre, y varía de momento en momento, siendo poco estáticos los criterios jurisprudenciales.

Si el juez observa los problemas de multiculturalidad, presentes en muchas relaciones jurídicas, entonces podría tener una mayor comprensión del caso en cuestión. Lo cierto es que el juez solo está sujeto a su Constitución política (en la mayoría de Estados) y las leyes de su país. La globalización brinda al juez unos elementos difíciles de aprehender al amparo de la norma existente. Para solucionar este conflicto valorativo entre norma y globalización puede acudir a la clasificación que realiza De Asis Roig (1995) respecto de la sujeción al Derecho por parte del juez. Así plantea los dos extremos más evidentes: el juez es independiente al Derecho existente o el juez está sometido a esas normas. Un juez independiente a la norma escrita genera incertidumbre e inestabilidad, pero por otro lado, un juez que sólo observa la norma sin apreciar el sentido de justicia incurriría, en muchos casos, en actos de injusticia material.

Los procesos en que se discutan cuestiones de interés social, tales como *litis* sobre derechos inmobiliarios, relaciones laborales y, en especial, las acciones públicas en los procesos penales, obligan a que el juzgador no solo verifique el contenido formal de las normas, sino también los intereses de las partes y de la sociedad en sentido general. Esto no es un problema por sí solo, la dificultad surge cuando los que se ven envueltos en esos conflictos judiciales, en los que procede la interpretación y aplicación del Derecho, son los que influyen en la economía y por vía de consecuencia, en la globalización en todas sus dimensiones.

Dependiendo del sentido que un juez le dé a una norma, podría desalojar una comunidad entera, cuyo derecho de propiedad no haya sido regulado con anterioridad. La sentencia judicial, como instrumento que conlleva la interpretación y aplicación del Derecho, tiene un alto impacto en la vida de las personas en una comunidad determinada. Casi toda sentencia tiene un ámbito económico; por otro lado, todas las transacciones económicas tienen una dimensión jurídica. Norma y negocio van de la mano, pero ¿son acaso los negocios los que fungirán como fuente del derecho global? La respuesta se va construyendo a medida en que la globalización avanza en sus diferentes dimensiones.

Desde la óptica de la globalización, la *lex mercatoria* será el nuevo paradigma de interpretación judicial, analizándose en primer lugar, el mercado y luego lo jurídico; la *lex mercatoria* supera el ámbito comercial, convirtiéndose así en una nueva concepción del derecho que trae consigo formas de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En la actualidad cada quien ha ido construyendo sus propios mecanismos de presión y persuasión, movidos por sus intereses, que son, en la mayoría de las ocasiones, irreconciliables e incompatibles. Se trata de la producción de normas favorables al comercio, más que a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos; está dirigido a consumidores y usuarios, más que a ciudadanos conscientes y, por otro lado, la interpretación y aplicación siempre ha de favorecer a los altos intereses, así ha sido pensada la *lex mercatoria*. Es una propuesta de teoría jurídica global, en la que el mercado impone los factores a ser considerados en la interpretación y aplicación del Derecho. El ciudadano que intervenía en las decisiones importantes en el Estado ahora se ve reducido a un consumidor de productos y servicios, como un observador de la ley del mercado transformadora de todo su entorno y valores, sin que pueda influir directamente en esa *lex mercatoria*.

Es lógico entender que los intereses de las grandes empresas se centran en la ganancia de capitales y no en el bienestar de los ciudadanos. En tanto que el beneficio económico no sea satisfecho, el fin no estará logrado dentro de la globalización. El respeto a los derechos fundamentales no es tema prioritario en la agenda económica mundial, por tanto, hay una nueva forma de ver el Derecho, no centrado en las corrientes tradicionales del Derecho, sino al impacto que tiene la interpretación y aplicación del Derecho en el mercado.

Los jueces tienen el deber de interpretar las normas y los hechos. Todo litigio que se les presenten a esos terceros imparciales tendrá que ser decidido. Es una obligación legal y moral al mismo tiempo. Legal porque está comprendida en una o varias normas, y moral porque es un compromiso que ha asumido el tercero imparcial en buscar soluciones a los conflictos, para lo cual siempre tendrá que recurrir a interpretaciones que

tengan, desde el punto de vista del deber ser, un alto sentido de la justicia. Ahora bien ¿bajo qué parámetros? Tiene que considerar los hechos y el derecho aplicable. Se inscribirá en una corriente del Derecho –al menos– y a partir de ahí tratará de construir una solución que –a lo sumo– solucione el caso. Esa solución se convierte en un referente no solo para las partes, sino para las demás personas. En tanto que la globalización alcance lo jurídico, habrá que tomar en cuenta los factores de multiculturalidad, pluralidad de intereses o *ignorantia legis*, que están presentes en todo litigio. Los jueces cada vez más están obligados a adoptar decisiones que contribuyan a la construcción de un derecho global.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (1997). Las reglas en serio. En A. Aarnio, E. Garcón Valdés, J. Uusitalo, H. Tupani Klami, E. Lagerspetz, H. Tolonen, y otros, *La normatividad del derecho* (pp. 17-35). Barcelona: Gedisa.
- Adriana. (23 de Julio de 2009). *Pobrezamundial.com*. Recuperado el 2 de Mayo de 2018, de <http://www.pobrezamundial.com/desigualdad-educativa/>
- Agudelo Giraldo, Ó. A. (2014). *Universidad Católica de Colombia*. Recuperado el 10 de Junio de 2019, de [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18868/1/Logica-aplicada-al-razonamiento-del-derecho\\_Cap01.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18868/1/Logica-aplicada-al-razonamiento-del-derecho_Cap01.pdf)
- Aguilar Prado, E. D. (2013). Sobre la situación dialéctico-dialógica entre Platón y Gadamer. *Scielo*, 21-27.
- Aledo, A. (2010). *Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante*. Recuperado el 3 de Junio de 2018, de <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/12937/1/tema%205%20globalizacion%20y%20medio%20ambiente.pdf>
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, S.A.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alfaro Calderón, E. A. (2017). *El principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la jurisprudencia*

- constitucional de Costa Rica*. Costa Rica: Universidad Autónoma de Madrid - Tesis Doctoral.
- Altvater, E., & Mahnkoff, B. (2002). *Las limitaciones de la globalización*. México: Siglo XXI Editores.
- Alvarez Ledesma, M. I. (2001). *Introducción al Derecho*. México: McGraw-Hill Interamericana de México, S.A.
- Alvarez Vélez, M. I., Alcón Yustas, M. F., Correas Sosa, I., Macías Jara, M., Méndez López, L., Jaaskelainen, D. M., y otros. (2008). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Amín, S. (1999). *Los desafíos de la mundialización*. México: Siglo Veintiuno.
- Ander-Egg, E. (2010). *Globalización. El proceso en el que estamos metidos*. Córdoba: Brujas.
- Arango, R. (2004). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre.
- Arcos Ramírez, F. (2002). *Universidad de Almería*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/756887.pdf>
- Aristóteles. (2004). *La Política*. Madrid: Mestas Ediciones.
- Aristóteles. (2006). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Mestas Ediciones.
- Arriola, J. (2010). *La Globalización o la razón del más fuerte*. Oviedo: Sindicalismo del Siglo XXI.
- Arroyo Gutiérrez, J. M. (2002). *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*. Escuela Judicial de Costa Rica: San José.

- Atienza Rodríguez, M. (2015). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado el 7 de junio de 2019, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/19.pdf>
- Atienza, M. (2004). *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Atienza, M. (2012). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Badeni, G. (10 de Enero de 2006). *Scribd*. Obtenido de <http://es.scribd.com/doc/30828570/17/Interpretacion-autentica-judicial-y-doctrinaria>
- Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la globalización?*. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A.
- Berger, P. L., & Huntington Berger, S. P. (2002). *Globalizaciones múltiples*. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad.
- Betegón Carrillo, J., Gascón Abellán, M., De Párramo Argüelles, J. R., & Prieto Sanchís, L. (1997). *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill.
- Beuchot, M. (2016). *Hechos e interpretaciones*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2007). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, S.A.
- Bodemer, K. (Julio de 1998). *Biblioteca de la Universidad de El Salvador*. Recuperado el 10 de Junio de 2019, de <http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/10701666N156-6.pdf>
- Bonesana, C. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasra, SRL.
- Bonilla Maldonado, D. (2006). *La constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre.

- Bonorino Ramírez, P. R. (2011). *Filosofía del derecho y decisión judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Bonorino, P. (18 de Abril de 2003). *www.scielo.org.mx*. Recuperado el 6 de Junio de 2019, de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n18/n18a7.pdf>
- Bonorino, P. R., & Peña Ayazo, J. I. (2006). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Butten Romero, C. (2001). *Tratado elemental de derecho civil*. Santo Domingo: Trajano Vidal Potentini.
- Caballero Harriet, F. J. (2012). *Algunas claves para otra globalización*. Santo Domingo: Serigraf, S.A.
- Capote González, A. (2014). *CLACSO: Red de Bibliotecas Virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y El Caribe*. Recuperado el 16 de Noviembre de 2017, de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/cuba/cips/caudales05/Caudales/ARTICULOS/ArticulosPDF/07C136.pdf>
- Carnelutti, F. (2003). *Metodología del Derecho*. Buenos Aires: Valleta Ediciones.
- Casanovas, P., Magre, J., Lauroba, M., Díaz, L., Poblet, M., Galera, N., y otros. (2010). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Catalunya: Generalitat de Catalunya.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. (2008). *La lucha por el Derecho*. Argentina: Siglo veintiuno editores.
- CEPAL. (2 de Mayo de 2002). *Repositorio Digital CEPAL- Naciones Unidas*. Recuperado el 10 de Junio de 2019, de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024_es.pdf)
- Chacin Fuenmayor, R. (2013). *Revista de la Universidad de Carabobo*. Obtenido de <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol8/8-4.pdf>

- Cover, R. (2002). *Derecho, narración y violencia*. Barcelona: Gedisa, S.A.
- Cruceta, J. A. (2004). Diferentes concepciones filosóficas del derecho y de la argumentación jurídica. En J. C. Socorro, J. A. Cruceta, J. M. Guerrero, Y. Morales, M. C. Díaz Villafaña, A. A. Moronta, y otros, *Argumentación Jurídica* (pp. 5-54). Distrito Nacional: Escuela Nacional de la Judicatura.
- Cruz, M. (2002). *Filosofía Contemporánea*. Madrid: Taurus.
- Cuneo Machiavello, A. (1990). *Materiales para un estudio del fenómeno jurídico*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- De Asis Roig, R. (1995). *Jueces y Normas*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas.
- De Villamor Morgan-Evans, E. (2001). *El elemento valorativo en la Interpretación del Derecho*. Cáceres: Universidad de Extremadura. Facultad de Derecho.
- De Zutter, P. (1 de Diciembre de 1993). *Base d.p.h.info*. Obtenido de <http://base.d-ph.info/es/fiches/premierdph/fiche-premierdph-2344.html>. 1/12/1993
- Del Rosario Alcántara, R. (2007). *Ètica para jueces*. Santo Domingo: Canario.
- Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. vs Alba Moreta Calderón, 2002-0350-3603 (Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia 28 de Marzo de 2018).
- Estévez Araújo, J. A. (2006). *El revés del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Expósito Martín, F. J. (Enero de 2012). *Temas para la Educación*. Recuperado el 17 de Junio de 2019, de <https://www.feandalucia.ccoo.es/docu/p5sd8996.pdf>
- Fernández Rivas, L. (28 de Mayo de 2015). *SCRIBD*. Recuperado el 16 de Noviembre de 2017, de <https://es.scribd.com/document/266955565/La-Presencia-Del-Otro-en-La-ConstitucionSubjetiva>

- Gadamer, H.-G. (1995). *El Giro Hermenéutico*. Madrid: Gráficas Rógar, S.A.
- Gadamer, H.-G. (2005). *Verdad y Método I*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Gadamer, H.-G. (2006). *Verdad y Método II*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Galindo Garfias, I. (2006). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado el 11 de Junio de 2019, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4162/2.pdf>
- Galisteo Gámez, E. (22 de Octubre de 2013). *Filosofía.laguia2000*. Obtenido de <http://filosofia.laguia2000.com/teoria-del-conocimiento/conocimiento-subjetivo> □ixzz4XRhoHr9A
- Garagalza, L. (2002). *Introducció n a la hermenéutica contemporánea*. Barcelona: Anthropos.
- Garagalza, L. (2014). *El sentido de la hermenéutica*. Barcelona: Anthropos.
- García Amado, J. A. (9 de Abril de 2014). Obtenido de <http://www.garciamado.es/2014/04/las-reglas-la-razon-y-la-fuerza-proposito-de-el-senor-de-las-moscas-de-william-golding-2/>
- García Amado, J. A. (1 de Julio de 2017). *Dura Lex*. Recuperado el 10 de Junio de 2019, de <http://garciamado.blogspot.com/2017/07/subsuncion-y-ponderacion-en-robert.html>
- García Cuadrado, J. Á. (2014). *Antropología Filosófica*. Navarra: Eunsa.
- García Gómez, A. M. (Diciembre de 2009). *Eumet.net*. Obtenido de <http://www.eumed.net/rev/cccss/06/amgg.htm>
- Glanert, S., & Girard, F. (2017). Hermeneuticizing the law. En S. Glanert, & F. Girard, *Law's Hermeneutics: Other Investigations* (pp. 1-7). Oxon: Routledge.

- González Martín, N. (12 de 07 de 2006). *Jurídica: Revista de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11474/10471>
- Gordillo, A. (2000). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gorra, D. (2010). *www.miguelcarbonel.com*. Recuperado el 10 de Junio de 2019, de [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria\\_de\\_la\\_argumentacion\\_juridica\\_alexey.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf)
- Haberle, P. (2013). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. *Contextos*, 63-88.
- Habermas, J. (2002). *Teoría de la acción comunicativa, I*. México: Taurus.
- Habermas, J. (2011). *Verdad y Justificación*. Madrid: Trotta.
- Hallivis Pelayo, M. (2012). *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa.
- Havelock, E. A. (2002). *Prefacio a Platón*. Madrid: A. Machado Libros, S.A.
- Helin, M. (1997). Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica. En A. Aarnio, E. Garcón Valdés, J. Uusitalo, H. Tupani Klami, E. Lagerspetz, H. Tolonen, y otros, *La normatividad del Derecho* (pp. 191-218). Barcelona: Gedisa.
- Herrendorf, D. (1996). *El derecho a tener derechos*. Buenos Aires: Catálogos.
- Hinkelammert, F. (2012). Sobre la reconstitución del pensamiento crítico. En J. M. Aguirre, H. Benítez, I. Blecha, M. Bullen, F. Campello, I. Ceberio, y otros, *Diálogos de pensamiento crítico* (pp. 159-190). San Sebastián: Universidad del País Vasco y Universidad de Chile.

- Holmes, S. (2011). *El Costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, S.A.
- Ianni, O. (2004). *La sociedad global*. México: Siglo XXI editores, S.A.
- Ianni, O. (2008). Las ciencias sociales y la modernidad-mundo. En R. Castel, A. Touraine, M. Bunge, & O. & Ianni, *Desigualdad y globalización* (pp. 81-118). Buenos Aires: Manantial.
- Igartua Salaverría, J. (2006). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Bogotá: Temis.
- Jorge Pratts, E. (2010). *Derecho Constitucional*. Santo Domingo: Amigo del Hogar.
- Junquera Rubio, C. (13 de Marzo de 2006). *Revista Electrónica de Medioambiente, Universidad Complutense de Madrid*. Recuperado el 15 de Julio de 15, de <http://revistas.ucm.es/index.php/MARE/article/view/MARE0606130005A/15303>
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kronman, A. T. (2007). *Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*.  
Obtenido de [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/10/el-problema-de-la-discrecionalidad-judicial.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/10/el-problema-de-la-discrecionalidad-judicial.pdf)
- Lasso Tiscareño, R. (2001). *Universidad Autónoma de Ciudad de Juárez*. Recuperado el 2 de Junio de 2018, de <http://www.uacj.mx/DGDCDC/SP/Documents/avances/Documents/2001/Avances%2029.%20Rigoberto%20Lasso.pdf>
- Lete Del Río, M. (Abril de 2018). *Leyderecho.org*. Recuperado el 6 de Junio de 2019, de <https://leyderecho.org/aplicacion-del-derecho/>

- Lifante Vidal, I. (1997). *Tesis doctoral titulada La interpretación en la Teoría del Derecho Contemporánea*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Lifante Vidal, I. (1999). *Dialnet*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174801>
- López Hidalgo, S. (21 de Marzo de 2016). *Revista de Derecho de la Universidad del Azuay*. Recuperado el 8 de Junio de 2019, de <http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1512258/2015.+Ponderaci%C3%B3n+versus+subsunci%C3%B3n+jur%C3%ADdica.+La+crisis+de+la+certeza+del+derecho.pdf/502a8588-fb88-4b0b-b34b-a79b0cb3c795>
- Mans Puigarnau, J. M. (1985). *Lógica para juristas*. Barcelona: Bosch.
- Martínez Sanz, H. (2017). *Lenguaje, verdad y hermenéutica posmoderna*. Madrid: Retrato Literario.
- Merejo, A. (2007). *Conversaciones en el lago*. Santo Domingo: La Escalera.
- Mochón, F. (2005). *Economía, teoría y política*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, S.A.U.
- Molina, T. (1 de Mayo de 2013). Dicen declaraciones de Subero Isa prueban prevaricación en caso de Sun Land. *Diario Libre*, p. 1.
- Monroy Cabra, M. G. (2006). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Nomos, S.A.
- Mora Restrepo, G. (2005). *Ciencia Jurídica y el Arte del Derecho*. Bogotá: Universidad De La Sabana.
- Navarro, P. E. (2005). *Los límites del derecho*. Bogotá: Temis, S.A.
- Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Ortiz, R. (2004). *Mundialización y Cultura*. Buenos Aires: Convenio Andrés Bello.

- Palencia-Roth, M. (s/f). *Revista Iberoamericana Universidad de Pittsburg*. Recuperado el 1 de Junio de 2018, de <https://revista-iberoamericana.pitt.edu/ojs/index.php/Iberoamericana/article/download/3982/4150>
- Peces Barba, G. (1998). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Debate Jurídico.
- Pérez Carrillo, A. (Diciembre de 2006). *Researchgate.net*. Obtenido de [https://www.researchgate.net/publication/266242982\\_Hermeneutica\\_e\\_interpretacion\\_juridica](https://www.researchgate.net/publication/266242982_Hermeneutica_e_interpretacion_juridica)
- Pérez Portilla, K. (2007). *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. México: Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México.
- Petit, E. (1980). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Europa-América.
- Pico Mantilla, G. (2006). *Jurisprudencia ecuatoriana de casación civil*. Quito: Artes Gráficas Señal.
- Picontó Novales, T. (1992). *Dialnet*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142224.pdf>
- Plazas Vega, M. A. (1998). *Del Realismo al Trialismo Jurídico*. Santa Fé de Bogotá: Temis, S.A.
- Poder Judicial. (6 de Julio de 2013). *Poder Judicial de la República Dominicana*. Obtenido de <http://www.suprema.gov.do/portada/detallenoticia.aspx>
- Preceden. (219). *www.preceden.com*. Recuperado el 6 de Junio de 2019, de <https://www.preceden.com/timelines/319603-escuelas-interpretacion-juridica>
- Preceden. (2019). *www.preceden.com*. Recuperado el 6 de Junio de 2019, de <https://www.preceden.com/timelines/319603-escuelas-interpretacion-juridica>
- Preciado Hernández, R. (2008). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.

- Prieto Sanchís, L. (1993). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, S.A.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2007). Constitucionalismo y Globalización. En A. De Julios-Campuzano, *Dimensiones Jurídicas de la Globalización* (pp. 41-54). Madrid: Dykinson.
- Quisbert, E. (Febrero de 2011). *Apuntes Jurídicos*. Recuperado el 22 de Mayo de 2019, de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2011/02/med.html>
- Ramírez Aissa, C. (1998). *Interpretación de la obra de arte*. Santa Fé de Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Ramírez Ludeña, L. (2012). *Biblioteca Virtual Miguel De Cervantes*. Recuperado el 25 de Abril de 2019, de <http://www.cervantesvirtual.com/download/los-desacuerdos-en-el-derecho/>
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Reale, G. (2017). *Invitación al pensamiento antiguo*. Bogotá: San Pablo.
- Redondo, M. C. (1997). *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*. Recuperado el 2019 de Mayo de 2019, de <http://www.cervantesvirtual.com/download/teora-del-derecho-e-indeterminacin-normativa-0/>
- República Dominicana. (Código Civil de 1884).
- República Dominicana. (Código Procesal Penal de 2002).
- República Dominicana. (Constitución de 2010).
- República Dominicana. (Ley No. 3726, sobre Recurso de Casación de 1953).

- Reyes López, M. J. (2002). *El Derecho de protección a los consumidores y usuarios en el ámbito estatal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Reyes, G. E. (2001). Teoría del la Globalización: Bases Fundamentales. *Nómadas*. 3, 10-20.
- Rodríguez Alfano, L. (2008). *La Argumentación*. México: Instituto de Investigaciones Sociales. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez-Arias Bustamante, L. (1995). *Del derecho liberal al derecho comunitario*. Bogotá: Temis, S.A.
- Rodríguez-Puerto, M. J. (2010). Métodos de Interpretación, Hermenéutica y Derecho Natural. *Dikaion*, 319-347.
- Ross, A. (2005). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Rousseau, J.-J. (1999). *El origen de las desigualdades entre los hombres*. Barcelona: Alba.
- Ruíz Castellanos, G. (2016). La nueva lex mercatoria. *Revista Bolivariana de Derecho*, 340-350.
- Ruíz Miguel, A. (2009). *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. Madrid: Trotta.
- Sánchez, L. (2019). *Diccionario Abierto y Colaborativo*. Recuperado el 8 de Junio de 2019
- Santos García, D. V. (2012). *Fundamentos de la Comunicación*. México: Red Tercer Milenio.
- Sardo, A. (2013). *www.academia.edu*. Recuperado el 10 de Junio de 2019, de [https://www.academia.edu/6317516/TEORIAS\\_DE\\_LA\\_PONDERACION\\_DE\\_LAS\\_DIFERENTES\\_CATEGORIAS\\_DE\\_DERECHO\\_NATURAL](https://www.academia.edu/6317516/TEORIAS_DE_LA_PONDERACION_DE_LAS_DIFERENTES_CATEGORIAS_DE_DERECHO_NATURAL)

- Serrano, M. M., Piñuel Raigada, J. L., Gracia Sanz, J., & Arias Hernández, M. A. (1982). *Teoría de la Comunicación: Epistemología y análisis de referencia*. Madrid: Cuadernos de la Comunicación.
- Sirvent, C. (2011). *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. México: Porrúa.
- Sonntag, H., & Valencillos, H. (1999). *El Estado en el capitalismo contemporáneo*. México: Siglo XXI.
- Squella Narduci, A. (2011). *Introducción al Derecho*. Chile: Jurídica de Chile.
- Subero Isa, J. A. (28 de Abril de 2013). *El Caribe*. Obtenido de <http://www.elcaribe.com.do/2013/04/28/subero-isa-admite-sentencia-del-caso-sun-land-fue-buena>
- Tamames, E. (22 de Octubre de 2009). *Consumoteca*. Obtenido de <http://www.consumoteca.com/diccionario/seguridad-juridica>
- Torré, A. (1997). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos.
- Torres Vásquez, A. (2001). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis.
- Touraine, A. (2008). El fin de la ola liberal. En R. Castel, A. Touraine, M. Bunge, & O. & Ianni, *Desigualdad y globalización* (pp. 29-41). Buenos Aires: Manantial.
- Trías Monje, J. (2003). *Teoría de Adjudicación*. San Juan: Universidad de Puerto Rico.
- Tuori, K. (1997). Validez, legitimidad y revolución. En A. Aarnio, E. Garcón Valdés, J. Uusitalo, H. Tupani Klami, E. Lagerspetz, H. Tolonen, y otros, *La normatividad del derecho* (pp. 161-188). Barcelona: Gedisa, S.A.
- Twining, W. (2005). *Derecho y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

- Uprimny Yepes, R., & Rodríguez Villabona, A. A. (2003). *Interpretación Judicial*. Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Valletta, M. L. (2009). *Diccionario Jurídico*. Argentina: Valletta Ediciones.
- Valor, C. (2 de Julio de 2011). *Economistas sin Fronteras*. Recuperado el 25 de Junio de 2019, de <http://www.ecosfron.org/wp-content/uploads/Dossier-2-Trim-2-2011.pdf>
- Von Wright, G. H. (1979). *Explicación y comprensión*. Madrid: Alianza Editorial, S.A.
- Vox. (2007). *Diccionario Manual de la Lengua Española*. Madrid: Larousse Editorial, S.L.
- Witker, J. (2008). *Universidad Nacional Autónoma de México*. Obtenido de Revistas Unam: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10754/10082>
- Zabala Blas, O. (2015). *Hermenéutica y Argumentación Jurídica*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.
- Zavala Egas, J. (20 de Diciembre de 2013). *Universidad San Francisco de Quito*. Obtenido de [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documents/IurisDictio\\_8/Teoria\\_de\\_la\\_seguridad\\_juridica.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_8/Teoria_de_la_seguridad_juridica.pdf)