

---

# Ciencia jurídica y política jurídica: apuntes acerca de la importancia de la labor interpretativa del juzgador

**César Higa Silva**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**Guillermo Sifuentes Rodríguez**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Los debates generados con relación a los recientes y polémicos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en torno a las decisiones de la Sala de Defensa de la Competencia sobre el rol del Indecopi en materia de libre competencia y a las casi siempre criticadas sentencias del Poder Judicial -cabe resaltar el caso de la resolución por la que se suspendieron las operaciones de Lan Perú-, tienen como denominador común que en todos ellos se señala que las interpretaciones realizadas por los tribunales eran contrarias a la ley o a la Constitución, como si los textos o dispositivos normativos tuviesen un contenido pre-existente, anterior a la labor del intérprete<sup>(1)</sup>.

Desde nuestra perspectiva, no existen textos o dispositivos que solo puedan tener una interpretación de acuerdo a Derecho. Los textos o dispositivos pueden tener diversas interpretaciones y ello dependerá del aplicador del Derecho, quien deberá evaluar desde su perspectiva cuál es la interpretación que responde mejor a los continuos cambios que se van produciendo al interior de la sociedad.

## 1. ¿Es posible hablar de “la” interpretación?”

En nuestro país nos enseñan que cuando el juez tiene que resolver un conflicto debe buscar la ley

aplicable al supuesto para, luego de interpretarla, aplicarla al caso concreto. Se dice que para ello debe buscar la interpretación más acorde con el texto de la norma, lo cual supone que los dispositivos tienen un sentido propio o preexistente a la labor del aplicador del derecho, quien debe únicamente descubrir ese contenido propio de los textos legales. En otras palabras, antes de que el aplicador del Derecho interprete la norma, ya existen un conjunto prefijado de interpretaciones posibles de un determinado dispositivo, por lo que cualquier interpretación fuera de ese conjunto de interpretaciones es contraria a la ley<sup>(2)</sup>.

Sin embargo, ¿ello es así? ¿Una interpretación es contraria a Derecho porque atenta contra la literalidad de un texto o dispositivo normativo? ¿Para resolver un caso se debe acudir solo a los textos legales? Y si así fuera, ¿los textos o dispositivos normativos tienen tal precisión que pueden resolver cualquier caso que se presente en la realidad?

Antes de empezar a explicar nuestra posición, queremos relatar los siguientes casos que nos ayudarán a una mejor comprensión del problema:

a) En un monasterio había una disposición que decía lo siguiente: “ninguna mujer puede pisar el monasterio”. Un día muere el duque que financiaba las

(1) El análisis de los referidos casos y de las decisiones adoptadas en ellos será materia de un trabajo posterior, dado que su magnitud supera el alcance del presente artículo que, como indica el título, busca presentar ideas con relación a la labor interpretativa del juzgador.

(2) En realidad, el primer paso para resolver un caso se encuentra en determinar cuál es la disposición aplicable, y luego recién se entra a interpretar el contenido del dispositivo elegido. Cabe señalar que al escoger el dispositivo ya hay interpretación. Esta

labores de los monjes y quien hereda sus bienes y títulos es su hija. Ella desea conocer el monasterio que financiaba su padre; sin embargo, en la entrada del monasterio había un el letrado que decía “ninguna mujer puede pisar el monasterio”. ¿Qué hacer? Por un lado, los monjes no querían enemistarse con la nueva duquesa; pero, por el otro, tampoco querían desobedecer las normas que regían al monasterio. En ese momento, al abad del monasterio se le ocurrió una “gran” idea: que la duquesa ingrese a caballo y no se baje de él, pues así no se infringiría la disposición (ella nunca pisaría el monasterio). Y así se hizo, la duquesa ingresó, conoció el monasterio y a los monjes que vivían en dicho recinto. La interpretación ¿fue o no correcta? Se puede decir que literalmente no infringió el texto de la disposición, pero acaso no era contraria al “espíritu” de la norma. ¿La interpretación no fue para sacarle la vuelta a la “ley”?

b) En una de las escenas de la película *Pandillas de Nueva York*, se observa que la policía ingresa al lugar donde se llevaba a cabo una pelea de box pues esta actividad se encontraba prohibida por las leyes de la ciudad. Ante dicha situación, el protagonista de la película le pregunta al Alcalde donde termina la ciudad. En la escena siguiente se ve que las peleas se llevan a cabo en un barco en las costas de la ciudad. Literalmente, no se estaba infringiendo el texto de la disposición que decía que se encontraban prohibidas las peleas de box en la ciudad de Nueva York, ¿pero acaso no se estaba infringiendo el espíritu de la referida disposición?

c) El siguiente pasaje tomado del libro de Copi y Cohen respecto del debate que sostenían Lincoln y el Juez Stephen Douglas puede resultar ilustrativo.

“Lincoln estaba atacando la decisión de Dred Scott que obligaba a la devolución de los esclavos, que habían escapado a los Estados del norte, a sus propietarios sureños: ¿se sigue esto (es decir, de la decisión de Dred Scott) como un argumento breve y silogístico incluso? A mi parecer se sigue y somete a la consideración de todo aquel capaz de razonar, la cuestión de si hay alguna falla en el argumento con la forma silogística que la enunció:

a. Nada en la Constitución o las leyes estatales puede anular un derecho expresado clara y distintamente en la Constitución de los Estados Unidos.

b. El derecho a la propiedad de los esclavos está clara y distintamente expresado en la Constitución de los Estados Unidos.

c. Por lo tanto, nada en la Constitución o en las leyes estatales puede anular el derecho a la propiedad de los esclavos.

Me parece que no hay ningún error que pueda señalarse en este argumento: suponiendo la verdad de las premisas, hasta donde tengo capacidad de entenderlo, la conclusión se sigue inevitablemente. Sin embargo, hay en él un error, a mi parecer, pero no está en el razonamiento sino en falsedad de una de las premisas. Creo que el derecho a poseer esclavos no está clara y distintamente expresado en la Constitución y el Juez Douglas piensa que sí. Creo también que la Suprema Corte y los defensores de la decisión (la decisión de Dred Scott) pueden buscar en vano el lugar de la Constitución en el que el derecho a la propiedad de los esclavos de forma clara y distinta. Por tanto, afirmo que de hecho una de sus premisas es falsa<sup>(3)</sup>.

Como se puede observar, para el juez Douglas, y para los Estados del sur, estaba claro que ellos tenían un derecho de propiedad sobre los esclavos, mientras que para Lincoln, y los Estados del norte, dicha disposición no existía.

d) En la decisión *Marbury vs. Madison*, el Juez John Marshall inaplicó una ley frente a la Constitución, sin que existiera algún dispositivo expreso que lo autorice a realizar ello. Sin embargo, a la distancia se puede decir que fue una de las decisiones más importantes de la historia jurídica moderna.

e) En otra decisión, con la misma Constitución, la Suprema Corte de los Estados Unidos estableció que la doctrina “separados pero iguales” era constitucional, mientras que posteriormente, la misma Suprema Corte, pero ahora con la batuta del Juez Warren, estableció que dicha doctrina era inconstitucional.

f) En casos más recientes, en nuestro país, se ha cambiado radicalmente la interpretación de textos legales sin que haya habido cambio legal alguno.

¿Por qué bajo un mismo texto legal, dos personas pueden llegar a interpretaciones tan distintas y, en algunos casos, contrarias entre sí? Se puede decir que algunas interpretaciones son conforme a Derecho, mientras que las otras no. Para ello es necesario definir qué es la interpretación y establecer si es posible que

afirmación no será materia de discusión en el presente trabajo. Al respecto, se puede revisar el trabajo de DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias Jurídicas y Teorías del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1973.

(3) Abraham Lincoln, en BASLER, Roy R. (compilador). *The Collected Work of Abraham Lincoln*. Volumen III. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 1953. p. 231, citado por COPI, Irving y Carl COHEN. *Introducción a la lógica*. Limusa Noriega, 2003. p. 76.

---

En eso radica la labor de la interpretación. En convertir un simple texto, en letra viva. En hacer que el orden jurídico responde a las necesidades sociales.

---

existan una o algunas interpretaciones posibles de los textos o dispositivos normativos<sup>(4)</sup>. Si ello no se puede demostrar, entonces, no se puede hablar de una interpretación de acuerdo a ley, o mejor de acuerdo a Derecho, y otras contrarias a esta. Al respecto, Hans Kelsen señala lo siguiente:

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

Nosotros creemos que es posible llevar más lejos aún la posición de este insigne jurista, señalando que el texto o dispositivo normativo es solo una guía, pero como cualquiera es meramente orientadora, por lo que no nos puede decir, de manera previa, cuál es el marco dentro del cual el resultado -la interpretación- será aceptable y, menos aún, fijarnos de manera previa los posibles resultados interpretativos. Lo que se podrá afirmar es, quizá, que algunas interpretaciones son válidas o inválidas (desde una perspectiva lógica), o, desde la perspectiva que nos interesa, que unas

interpretaciones responden mejor a los conflictos que se presentan al interior de nuestra sociedad.

## 2. Texto, norma y realidad. La labor de intermediación del intérprete

A efectos de entender cuál es nuestra posición sobre la interpretación, resulta importante fijar una definición operativa del Derecho que, siguiendo a Diez Picazo, consiste en lo siguiente:

“un sistema de justa solución de los conflictos o, (...) la determinación del *iustum* concreto. El Derecho no es un dato o algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que ir buscando incesantemente y las normas no son formulaciones de validez general, sino las pautas o las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda”<sup>(5)</sup>. “(...) los textos legales, las costumbres y los principios manifestados a través de las creencias, las convicciones o las estimativas generales del grupo humano proporcionan pautas o guías para encontrar, en cada caso, precisamente en cada caso, lo que es Derecho, es decir, un *iustum* concreto, la idea del *iustum* impone una cierta igualdad: que casos iguales sean decididos de una manera similar. Impone también una cierta objetividad de la decisión: esta no puede ser estrictamente individual o arbitraria, justicia del *cadí*, sino que debe producirse de acuerdo con unos criterios que sean aceptables, de algún modo previamente conocidos y coincidentes con un común y general *consensus*”<sup>(6)</sup>.

En ese mismo sentido, Fernando de Trazegnies, señala que el Derecho es una forma de organizar la sociedad de los hombres y, por tanto, hay que verlo primero en el seno de esta tarea. Por ello, para el autor “la interpretación es así la inserción del Derecho en la vida, el paso de un Derecho nominal a un verdadero Derecho actuante dentro de la sociedad, el camino por el que una afirmación prospectiva -la ley- se convierte en conducta efectiva”<sup>(7)</sup>. Es importante dejar en claro nuestra visión del Derecho pues, a partir de ella, podremos tener una mejor perspectiva para entender la función que cumple la interpretación dentro de esta forma de entender el Derecho.

Ahora bien, ¿cuál es la función de la interpretación dentro del Derecho? Para tal sentido, trataremos de diferenciar entre texto o dispositivo y norma, luego de

(4) KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México: Porrúa, 1995. pp. 351 y 352.

(5) DIEZ PICAZO, Luis. *Op. cit.*; p. 231.

(6) *Ibid.*; pp. 213 y 214.

(7) DE TRAZEGNIES, Fernando. *Pensando insolentemente*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. p. 32.

lo cual trataremos de esbozar en qué consiste, desde nuestro punto de vista, la interpretación.

Empezaremos señalando que se debe distinguir entre texto o dispositivo y norma. Debe tenerse en consideración que son dos conceptos totalmente distintos. Para De Castro, disposición es el signo sensible mediante el cual se manifiesta la norma jurídica, es la señal o el signo sensible de manifestación de la norma. Un texto es, pues, siempre, un instrumento de manifestación: un signo o una señal. Mas la simple observación o lectura del texto no nos dice cuál deba ser su contenido, sino que entre el texto y el contenido que se le dé, hay una labor de intermediación por parte de quien procesa el mensaje propuesto por el texto.

El texto es un conjunto de signos por los cuales se pretende expresar la voluntad de quien lo redactó con respecto a cómo quería que se regule una situación de manera *abstracta*. Es importante tener en consideración que la intención es tratar de regular una situación de manera abstracta, mientras que la labor del juzgador consiste en dotar de contenido a los textos normativos frente a un caso concreto que se le plantee. Los textos expresan solo un aspecto de la realidad en un determinado momento y lugar, dejando al aplicador del Derecho que determine cómo se aplican los textos o dispositivos a los casos concretos, los cuales pueden presentar situaciones y particularidades no previstas al momento de elaborarse el texto.

El intérprete es un intermediario entre el texto y la realidad; y la interpretación es extraer el sentido, desentrañar el contenido, que el texto tiene con la realidad”. Couture decía que “interpretar es *Inter Pretare*, que deriva de *intepres*, vale decir mediador, corredor, intermediario”<sup>(8)</sup>.

Resulta importante recordar que el conocimiento del hombre sobre la realidad y la sociedad es limitado y, por tanto, imperfecto. Las personas solo nos centramos en aquellos aspectos que, desde nuestra perspectiva, nos resultan relevantes, dejando de lado todos aquellos aspectos que o no estuvimos en la capacidad de captar o prever, o que nos parecieron irrelevantes. Los textos o dispositivos no pueden dejar de expresar esta situación. Serán incompletos e imperfectos. En ese sentido, no existen verdades y,

menos aún, regulaciones absolutas sobre la realidad y la sociedad, que nos digan de manera previa cómo debemos actuar cuando nos enfrentamos ante una situación concreta. Y ello es reconocido por el ordenamiento jurídico, motivo por el cual existen principios y figuras jurídicas tales como el abuso del derecho, el fraude a la ley, de no confiscatoriedad, buena fe, equidad, orden público, buenas costumbres, tutela jurídica efectiva, entre otros, que permiten al aplicador del Derecho buscar la regla más justa al momento de decidir un caso concreto. Estos principios y figuras jurídicas son conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido será completado en cada caso por la autoridad, de acuerdo a los valores y derechos en conflicto. Como diría Batiffol, la indagación del jurista no persigue una verdad histórica sino una regla que le permita dar una solución justa, efectiva y socialmente aceptable a un problema que tiene por delante<sup>(9)</sup>.

Por ello, se puede afirmar que interpretar la ley no es interpretar el Derecho, pues interpretar el Derecho, esto es, desentrañar el sentido de una norma en su sentido plenario, presupone el conocimiento del Derecho en su totalidad y la coordinación necesaria de la parte con el todo<sup>(10)</sup>, a lo cual agregaríamos que dicha coordinación se encuentra relacionada generalmente por los principios y valores que rigen la vida en nuestra sociedad, que no siempre están plasmados en textos escritos, valga la redundancia. Cabe agregar que ese conocimiento no es ahistórico, sino que tiene que ser necesariamente evaluado con los cambios que viene continuamente sufriendo la sociedad. Las sociedades no aparecen de la nada ni se mantienen estáticas, sino que detrás de ellas se encuentra un amplio bagaje cultural e histórico que determina su desarrollo, motivo por el cual es necesario adentrarse en el conocimiento de la sociedad a efectos de encontrar soluciones justas y eficaces a los problemas que diariamente enfrenta la sociedad.

Un texto o dispositivo encuentra sentido en tanto forma parte de una determinada institución que es el conjunto de reglas que rigen un determinado aspecto de la vida en sociedad. Como señala García de Enterría, las instituciones son las verdaderas unidades

(8) COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III: *El Juez, las partes y el proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1979. p.15.

(9) BATIFFOL, Henri. *Questions de l'interpretation juridique. Archives de philosophie du Droit*. Tomo XVIII. *L'interpretation dans le droit*. París, 1972, p. 17, citado por DE TRAZEGNIES, Fernando. *La muerte del legislador. Pensando Insolentemente*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. p. 44.

(10) COUTURE, Eduardo. *Op. cit.*; pp. 15 y 16.

elementales de la vida jurídica. Una institución es un régimen orgánico de un tipo de relación social determinada: contrato, matrimonio, dominio público, entre otras. No existe un catálogo cerrado de instituciones, sino que unas se entremezclan con otras y las perspectivas institucionales pueden ser diversas aun para un mismo y único precepto<sup>(11)</sup>. Y todas las instituciones conforman el ordenamiento jurídico, que es la expresión de la organización de la sociedad y es hacia ella que tenemos que recurrir al momento de interpretar un texto para un caso concreto. Interpretar un texto de manera aislada es como pensar que el hombre vive solo. El hombre vive en comunidad. Y sin la comunidad o sociedad el hombre no tendría la posibilidad de desarrollarse y realizarse como tal. Fuera de ella, como diría Aristóteles, sería una bestia o un Dios. De igual manera, un texto normativo interpretado de manera aislada no tiene sentido, este -el texto- solo podrá ser interpretado de manera cabal dentro del ordenamiento jurídico en su totalidad, que representa la organización de la vida en sociedad.

### 3. La importancia del rol del juzgador

Ahora bien, no debemos olvidarnos del rol del juzgador para el Derecho. Este no es un ser mecánico, una computadora a la cual se le da un texto normativo y después de un rápido procesamiento nos dará la respuesta correcta, de manera aséptica, ahistórica, neutral. No hay que olvidar que la interpretación la realizan seres humanos, provistos de un conjunto de conocimientos jurídicos, de una ideología, emociones, cultura, valores y principios que son básicamente los que determinan cómo va a interpretar un texto normativo. Parafraseando a Fernando de Trazegnies, si hubiésemos traído a jueces de la ex Unión Soviética para que apliquen el Código Civil peruano, sus interpretaciones serían totalmente distintas a los jueces peruanos. O imaginemos que pudiésemos traer a juristas de la talla de Marshall, Holmes, Kelsen, Schmitt, para que interpreten nuestro ordenamiento jurídico, lo más probable es que tuvieran interpretaciones distintas, y no por falta de conocimiento del Derecho.

Ello ocurre porque los seres humanos tenemos distintas visiones acerca del mundo. Como bien señala Thomas Sowell, una visión es lo que “intuimos o

sentimos” antes de elaborar un razonamiento sistemático que se puede denominar teoría, y aún antes de que hayamos deducido consecuencias específicas que, en la forma de hipótesis, deban contrastarse con la realidad. Una visión es nuestra percepción de cómo funciona el mundo<sup>(12)</sup>. A partir de ella, recién se construye todo el aparato lógico que nos podrá ayudar a afrontar los problemas que se presentan en el mundo, pero la base de nuestra forma de pensar o de nuestras teorías están determinadas por nuestra visión, la cual influye en nuestros valores, creencias y actitudes frente a la realidad.

Este es quizá uno de los aspectos que más se olvida cuando se analiza una determinada resolución judicial o administrativa. Nos olvidamos que los intérpretes son seres humanos, no máquinas. Todos los seres humanos tienen una carga ideológica, valorativa y principios, además de emociones, que indudablemente marcan su modo de concebir a la sociedad y al rol que juega el Derecho dentro de ésta. Esta carga ideológica, valorativa, de creencias y actitudes viene marcada decididamente por lo que cada ser humano intuye o siente sobre lo que es justo o adecuado para una adecuada convivencia y, sobre ella, no existe verdades o falsedades. Quizá los hechos nos puedan decir que una determinada teoría no sea la más acertada, pero nunca estos -los hechos- van a demostrar la verdad de una teoría<sup>(13)</sup>. En efecto, posteriormente, puede aparecer otra teoría que explique mejor determinados hechos que ocurren en la realidad.

Desde nuestra perspectiva, la interpretación es un acto creativo que busca encontrar la mejor respuesta posible al caso concreto, a partir de los textos emitidos por el legislador, pero que no se queda ahí, sino que empieza a compatibilizar el texto, de manera inconsciente y, en algunos casos, consciente, con los valores y principios que rigen tanto a nuestro ordenamiento jurídico, como a los valores, creencias y actitudes que el propio intérprete tenga acerca de cómo debe ser la vida en sociedad. Estos son los que determinan la interpretación que realice el aplicador del Derecho de un determinado texto.

Así, aquella afirmación de que en la claridad no hay interpretación es falsa, pues dicha afirmación ya implica una interpretación. La claridad o no de un texto

(11) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Op.cit.*; pp. 79 y 80.

(12) SOWELL, Thomas. *Conflicto de visiones*. Buenos Aires: Gedisa, 1990. p. 15 y 16.

(13) *Ibid.*; p. 17.

dependerá del aplicador del Derecho, luego de que él haya evaluado la pertinencia del texto o dispositivo al caso concreto, no antes. Al respecto Guastini señala:

“(…) que la postura por la cual se considera que un texto normativo requiere interpretación solo cuando es dudoso o ambiguo parte de la opinión falaz según la cual las palabras tienen un significado intrínseco o propio. De modo contrario, los que adoptan una posición amplia por la cual hay interpretación siempre que se atribuye significado un texto, quieren poner en evidencia que atribuir un significado a un texto siempre requiere valoraciones, elecciones y decisiones. En ningún caso la interpretación puede ser representada como una actividad cognoscitiva. Y esto por la buena razón de que no existe el “significado propio” de las palabras: las palabras tienen solo el significado que les viene atribuido por quien utiliza o por quien la interpreta. Por tanto, el significado es mutable, y cada decisión interpretativa es siempre, si bien en distinta medida, arbitraria”<sup>(14)</sup>.

En virtud a lo expuesto, consideramos que el contenido concreto que se dé a los textos, dependerá de cómo los interpretes conciben al Derecho y su función dentro de la sociedad, lo cual está influenciado, entre otros aspectos, por sus principios, valores y actitudes. En este momento dejamos de estar en la ciencia jurídica como tal, para pasar a la política jurídica. Por ello, siguiendo a Kelsen, se puede afirmar que:

“(…) la interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar el Derecho. El abogado que, en interés de su parte, solo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única “correcta”, no cumple una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción sobre el Derecho. Naturalmente ello no les puede ser negado. Solo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del

Derecho, como suele suceder con harta frecuencia. La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite solo un sentido, el sentido “correcto”. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal solo puede cumplirse aproximadamente”<sup>(15)</sup>.

#### 4. Derivaciones de nuestra posición

Si no existe una sola interpretación posible de un determinado texto legal, sino que dependerá del aplicador del Derecho y estará influenciada por sus valores, creencias, actitudes y en la visión que tenga de la realidad, se podrían derivar las conclusiones que a continuación se exponen.

##### 4.1. El prevaricato, ¿camisa de fuerza de la labor interpretativa del juez?

El Código Penal establece que el juez o el fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años<sup>(16)</sup>. Esta figura jurídica debe distinguirse de otras, tales como el cohecho, que sancionan actos de corrupción por parte de los servidores públicos.

Si consideramos que no existen textos claros y que la interpretación es un acto creativo, destinado a buscar una solución justa para un determinado caso, instituciones como la del prevaricato no tienen sentido. No se puede sancionar a alguien por realizar una interpretación que el aplicador del Derecho considera es la mejor solución para el caso concreto. Solo se les debe sancionar en caso se acredite que han actuado dolosa o negligentemente al momento de resolver un determinado caso. Sin embargo, si no estamos de acuerdo con una determinada interpretación tenemos expedito el derecho para cuestionarla a efectos de que el superior jerárquico decida la mejor solución para el caso concreto.

Por el contrario, figuras como el prevaricato desincentivan una actitud creadora por parte del

(14) GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa, 2000. pp. 3-7.

(15) KELSEN, Hans. *Op. cit.*; p. 356.

(16) Código Penal. Artículo 418. El Juez o el Fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

juzgador, volviéndolo más apegado a la letra del texto. Quizá se pueda obtener una interpretación más apegada a la literalidad de la ley, pero no necesariamente adecuada a Derecho, esto es, al conjunto de principios y valores que rigen al ordenamiento jurídico.

De otro lado, cabe formularse las siguientes preguntas: ¿qué sentido tiene que un juez intérprete de una determinada manera un texto si es que creyese que su interpretación es contraria a Derecho? ¿Acaso a las personas les gusta interpretar las normas sabiendo que su interpretación infringe el ordenamiento jurídico? ¿Acaso a las personas les agrada infringir el ordenamiento jurídico, por el solo placer de infringirlo o por dañar a otras? Y, en caso dudemos de la imparcialidad, neutralidad e independencia de un juez, tenemos figuras como la recusación que permiten apartarlo del conocimiento de un determinado caso.

Son los motivos que dé el aplicador del Derecho lo que nos debe llevar a analizar si su interpretación es la más adecuada o no para la sociedad, más allá de si la interpretación es más apegada o no a la literalidad del texto de la ley. Como hemos dicho, el texto nos sirve como una guía para iniciar la búsqueda acerca de la regla más justa para el caso concreto, pero no debemos quedarnos solo en el texto, sino que debemos acudir a los principios y valores que rigen la interrelación entre las personas en nuestra comunidad, para saber si la decisión que estamos tomando es la mejor para nuestra sociedad. Se tiene miedo a la creatividad de los jueces, porque se presume que podrían utilizar el poder que tienen de manera arbitraria, y que podrían resolver cada caso como quisiesen. Sin embargo, cada persona tiene una filosofía de vida, que guía continuamente nuestra conducta, lo que permite darle coherencia y dirección a nuestras ideas y acciones<sup>(17)</sup>. Las personas no cambian de valores, creencias y actitudes todos los días, sino que estas marcan toda nuestra vida, y cualquier cambio en ellos, toma bastante tiempo, y en algunos casos es virtualmente imposible cambiarlos. Si ello es así para cualquier persona, ¿por qué serían diferentes los jueces?

De otro lado, no es acaso la falta de creatividad lo que se le reclama a los jueces. Acaso no es el conservadurismo lo que se les critica. Es a partir de la creación e innovación que las sociedades avanzan. Y la sociedad deberá analizar y criticar las decisiones del aplicador del Derecho, pero no sancionarlo por realizar interpretaciones que algunos consideren injustas o inadecuadas.

Cabe recordar la figura del Juez John Marshall, quien en el caso *Marbury vs. Madison* estableció que ante una incompatibilidad entre la Constitución y la ley se tiene que preferir la primera, pese a que no existía norma alguna que le autorizara a realizar dicha actuación. Es en base a este pronunciamiento y otros más que John Marshall es considerado, sin lugar a dudas, el Juez más importante de la historia estadounidense. Basaba muchas veces sus decisiones en interpretaciones amplias, y hasta cierto punto políticas, de la Constitución. Sin embargo, es considerado como uno de los artífices de la construcción de la nación estadounidense desde su ubicación en el Poder Judicial. Creó la doctrina del control difuso, de los poderes implícitos, evitó que se impongan barreras comerciales entre los estados de la unión, una de las decisiones más importantes para el desarrollo económico de los Estados Unidos. ¿Qué hubiera pasado si John Marshall hubiera sido un juez más apegado a la letra de los textos normativos? ¿Qué hubiera ocurrido si John Marshall no hubiera tenido esa visión de estadista de la labor de la Suprema Corte? ¿El desarrollo de los Estados Unidos hubiera sido igual?

Otra época importante y de cambios en la jurisprudencia estadounidense fue la realizada durante la gestión de otro gran Juez, Earl Warren. Bastaría con recordar solo la decisión del caso *Brown vs. Board of Education* para reconocer la importancia de este Juez en los cambios sociales que ha vivido los Estados Unidos desde los años 50 en adelante. Mediante esta decisión se derogó la doctrina de separados pero iguales, sin que haya habido cambio alguno en el texto constitucional. Lo que cambió fue la sociedad y, obviamente, la conformación de la corte, pero no la letra de la Constitución. Con la misma norma se tuvieron dos decisiones totalmente contrarias entre sí. Con la doctrina “separados pero iguales” se permitió que existan escuelas públicas separadas para niños blancos y negros sin considerar que ello vulnerase la Constitución, mientras que con la decisión *Brown vs. Board of Education* se dijo que ello no era posible dentro de una sociedad democrática e igualitaria, defensora de la dignidad del ser humano. Cada una de las interpretaciones respondía a los valores, principios y a la forma en que cada una de las cortes concebía al Derecho y a la sociedad en su momento, optando por la decisión que consideraron más conveniente para su sociedad en un determinado tiempo.

(17) CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*. Yale University Press. p. 12.

En contraste, nos arriesgamos a decir que una posición formalista y conservadora fue la decisión por la cual la Suprema Corte de los Estados Unidos señaló que los estados del sur tenían un derecho de propiedad sobre los esclavos y cualquier disposición que quisiese cambiar tal situación sería inconstitucional<sup>(18)</sup>.

En perspectiva, ¿qué posición es mejor: una formalista y apegada a la letra de la ley, u otra que vaya más allá, que busque a partir de los textos normativos, pero que no se quede ahí, sino que escuche a los involucrados, que vea cuáles son los valores en juego y cómo la realidad va cambiando, para al final tomar la decisión que sea más justa y beneficiosa para la sociedad?

#### **4.2. Elección de jueces y su responsabilidad ante la sociedad**

Si bien debería eliminarse la figura del prevaricato, al mismo tiempo se deben crear procedimientos que permitan escoger a las personas más idóneas para ocupar cargos en la magistratura, así como que la decisiones de los jueces puedan ser discutidas, dependiendo del caso, antes y después de que se adopte una determinada decisión. Dichos procedimientos tendrían que determinar cuáles serían los requisitos que debería cumplir una persona para ejercer un determinado cargo, el nivel de participación de la sociedad en esa decisión, y la forma de votación para escoger a las personas que postulan a un determinado puesto. Ello a efectos de garantizar la idoneidad y la legitimidad del aplicador del derecho.

Resulta necesario permitir que diversas organizaciones sociales puedan participar en los procesos que involucran materias de interés público, antes de que la autoridad tome una determinada decisión, ya sea como terceros o que se creen audiencias en los que tenga participación todos aquellos que puedan ser afectados por una determinada decisión. En las sociedades democráticas, la participación de la sociedad civil en los asuntos de interés público es de vital importancia para conocer cuáles son las posiciones que existen al interior de la comunidad sobre un determinado punto, lo cual no quiere decir que los jueces deben decidir de acuerdo a como piensen la mayoría, sino de acuerdo al Derecho, entendido en sentido amplio.

Al participar diversos estamentos del Estado y de la sociedad civil en la elección de los magistrados, se podría garantizar que en el tribunal estarán presentes

las diferentes visiones que existen sobre diversas materias, lo cual podría asegurar que las decisiones reflejen las visiones predominantes en un momento dado en la sociedad.

Es importante tener presente, desde un punto de vista práctico y de legitimidad del sistema, que las leyes no se cumplen y que son una gran barrera para el desarrollo de las grandes mayorías del país. Las instituciones de representación popular, como el Congreso, no tienen legitimidad en términos reales, sus leyes tampoco. Las grandes mayorías no sienten que el sistema los favorezca o les sirva para desarrollar sus potencialidades, motivo por el cual creemos que, a partir de casos concretos, los jueces tienen un rol sumamente importante que jugar en la legitimidad del sistema. Sería la mejor forma para que la ciudadanía, de manera concreta y real, sienta que el sistema los beneficia y soluciona sus problemas de manera justa.

#### **4.3. Hacia un nuevo enfoque en el estudio del Derecho**

El estudio del Derecho debe enfocarse en la interpretación jurídica y en cómo los aplicadores del Derecho toman sus decisiones, dado que el Derecho encuentra su razón de ser en su aplicación, para lo cual es importante conocer a qué fuentes y qué factores influyen en los aplicadores del Derecho al momento de decidirse por tal o cual interpretación.

El Derecho adquiere su verdadera utilidad a partir de su aplicación a los conflictos que se presenten al interior de la sociedad, siendo la interpretación el mecanismo por el cual se busca cómo el ordenamiento jurídico canaliza y responde frente a tales conflictos. Es convertir un texto frío en materia viviente. Es transformar abstracciones en realidades concretas. Cuando se tiene que aplicar el Derecho, el intérprete deja de estar en un mundo de abstracciones y reglas generales para entrar al mundo real, en el cual se encuentra con conflictos y en el cual las soluciones que se encuentren tienen que ser eficaces, oportunas y justas: las personas tienen que percibir que el Derecho es un medio justo para resolver los conflictos con sus demás conciudadanos. En eso radica la labor de la interpretación. En convertir un simple texto, en letra viva. En hacer que el orden jurídico responde a las necesidades sociales.

Para lograr lo anterior, es importante analizar los efectos que han tenido las decisiones de los aplicadores del Derecho, a efectos de poder medir si la solución

(18) Este caso sería interesante analizarlo desde la perspectiva de la seguridad jurídica, que tanto se reclama.

que han dado a los casos a los cuales se han presentado han sido o no la más adecuada para la sociedad. Para ello, se podrían crear diversos juzgados y cortes que tengan competencia sobre una misma materia, y de esa manera, analizar cuál es la respuesta que da la sociedad a los diversos pronunciamientos que ofrece cada una de las cortes. En última instancia, y luego de ver cuál ha sido el efecto de cada uno de los pronunciamientos, la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional podrá establecer un precedente obligatorio para toda las cortes. Ello podría dar a la máxima instancia judicial una perspectiva doble en la solución de los casos: una en el espacio, determinando los efectos que han tenido las decisiones sobre la sociedad en las diversas cortes; y, otra, en el tiempo, cómo ha reaccionado la sociedad en el tiempo con las decisiones tomadas por las cortes.

#### 4.4. El precedente, seguridad jurídica y cambio social

El precedente y la seguridad jurídica. Se argumenta que cuando se cambia de precedentes o se resuelve de manera distinta a un precedente se afecta la seguridad jurídica, lo cual si bien puede ser cierto, no significa que se deba mantener normas o criterios que le parecen injustos o inadecuados para la convivencia social. El precedente se sustenta en el principio de igualdad, esto es, cuando se está ante dos casos iguales, se debe resolver, obviamente, de igual manera. Por el contrario, cuando se está ante casos que presentan particularidades que aconsejan una solución distinta ¿por qué no? Lo importante radica en que se exija a la autoridad que explique los motivos por los cuales no aplicó un determinado precedente, cuáles son las particularidades del caso que aconsejaban una respuesta distinta. Lo relevante será la fundamentación que dé la autoridad y, a partir de ahí, evaluaremos si tiene o no razón.

De otro lado, ¿qué sucede cuándo cambia el juez o el mismo juez cambia de opinión? Se le puede exigir a un juez que siga pensando igual que su antecesor, dejando de lado sus ideas, valores y principios. Lo único que se les puede exigir es que sus decisiones sean fundamentadas de acuerdo a Derecho y nosotros los ciudadanos tenemos el derecho y, en algunos casos, la obligación de analizarlas, evaluarlas y criticarlas si no compartimos su concepción del Derecho y la sociedad. De igual manera si un juez

cambia de opinión. No podemos exigirle que se mantenga atado a sus antiguas concepciones. ¿qué ocurre si se da cuenta que su decisión anterior era errada? Le podemos exigir que persista en el error. Lo que le debemos exigir es que fundamente por qué cambia de opinión, no que permanezca atado a sus viejas posiciones, así él las considere erradas y que no contribuyan al desarrollo de la sociedad. Peor que el error es reincidir en él.

Las sociedades avanzan no cuando todos piensan igual, sino cuando se produce el contraste entre distintas formas de pensar. Atar a las personas por decisiones anteriores a las suyas implicaría detener el cambio, y perpetuar las ideas y concepciones de los que fueron en su momento mayoría, es atentar contra la concepción misma del progreso. El cambio no es en sí mismo perjudicial<sup>(19)</sup>. Lo que se debe buscar son reglas que permitan procesar los cambios que continuamente vienen ocurriendo al interior de la sociedad. La autoridad debe analizar los pro y contra de su decisión en la sociedad, y debe además escuchar a todos los posibles afectados con su decisión. Y luego de ello, se le debe exigir a la autoridad que motive y explique sus decisiones, a efectos de que los ciudadanos puedan analizarlas y luego expresar sus puntos de vista y críticas.

Es importante que en cada caso se expresen las diversas posiciones que existen sobre un determinado tema y puedan ser tomadas en cuenta. John Milton decía: “Dejad que la verdad se enfrente a la falsedad: ¿cuándo se ha visto que la verdad, en una discusión franca y sincera, haya sacado la peor parte?” A lo que agregaríamos que acaso de un debate directo, franco y sincero, las buenas ideas terminan imponiéndose sobre las falsas. Quizá a corto plazo, la población se deje seducir por ideas y soluciones que no sean las más adecuadas para el bienestar de la sociedad, pero a largo plazo, si es que no dejamos de bregar en la lucha de nuestros ideales, lo más probable es que las mejores ideas se terminen imponiendo. En caso la autoridad adopte una decisión que consideramos que no es la más adecuada, nosotros debemos seguir manifestando nuestra opinión crítica a efectos de tratar de convencer poco a poco a la sociedad de nuestra posición y así, quizá, a largo plazo, la mayoría la acepte y pueda encontrar reconocimiento mayoritario en la sociedad y el Derecho.

(19) Habría que preguntarse si el Internet, la genética, los estudios sobre el ADN y, en general, los avances tecnológicos y científicos se desarrollaron bajo reglas prefijadas que enmarcaban su desarrollo o estos avances fueron producto de la inventiva y curiosidad humanas. En caso produzcan daños a terceros, serán los jueces los que finalmente irían determinando los límites bajo los cuales se podrán desarrollar estas actividades. Este será un proceso de ensayo-error, y no de verdades preconcebidas acerca de cuál es la mejor regulación.

Si partimos de la premisa que nuestro conocimiento sobre la sociedad es incompleto e imperfecto (es imposible conocer la realidad en su totalidad en el presente y, peor aún, el futuro), las decisiones del juzgador también serán incompletas e imperfectas. Es por ello que el ser humano está en una constante búsqueda de conocimiento y respuestas, que nos permitan enfrentar tanto los problemas actuales como los que se nos puedan presentar en el futuro. En ese sentido, el Derecho tiene que ser un mecanismo flexible que permita dar respuestas a los retos que plantean los cambios sociales.

Hasta no hace mucho las sociedades permitían la esclavitud, la discriminación, regímenes totalitarios. Sin embargo, las sociedades, luego de profundos debates y luchas, lograron cambiar esas concepciones de la sociedad y el orden jurídico que los sustentaba. Acaso no conviene impulsar cambios cuando una norma o decisión va en contra de nuestro desarrollo como sociedad. Acaso la seguridad jurídica puede detener los cambios sociales. Es cierto que los cambios no tienen por qué ser lineales, que el progreso no tiene por qué ser un continuo devenir. Habrá retrocesos, pero, al final, los pueblos, si viven bajo una sociedad libre, aprenderán y sabrán escoger, en base a su experiencia, cuáles son los caminos que los conducirán

al desarrollo. Debemos aceptar que puedan haber cambios y que estos puedan implicar retrocesos, pero ese es el precio que debemos pagar por vivir en una sociedad libre, en la cual el ciudadano sea quien decida bajo que tipo de sociedad desea vivir. No debemos negarle a las personas el derecho a cambiar las situaciones que ellas consideran injustas. Quizá esos cambios sean errados e impliquen un retroceso en lo que hemos ganado, pero, a largo plazo, las mejores ideas se lograrán imponer. Lo único que debemos exigir es que los cambios sean sustentados y objeto de un amplio debate, a efectos de que la población pueda escoger cuáles serán las reglas bajo las cuales desearía vivir.

Finalmente, atendiendo a lo expuesto líneas arriba, podemos concluir que cualquier debate sobre la interpretación que realice el juzgador sobre un tema determinado no puede perder de vista las creencias, valores y actitudes que han estado detrás de cada decisión, dado que ello en definitiva es lo que determina por qué se ha elegido una determinada interpretación entre las varias o infinitas que pueden extraerse de un texto legal. De ese modo, podríamos evaluar la decisión de los jueces no solo desde un punto de vista formal, sino sobre todo valorando si responde a las necesidades sociales y económicas de una determinada población.<sup>45</sup>

# ESTUDIO GHERSI

## ABOGADOS