

La interpretación jurídica

en el litigio estratégico en defensa de los derechos humanos
en Colombia

Legal interpretation in strategic

litigation in defense of human rights in Colombia

Resumen

La interpretación jurídica es, necesariamente, una actividad intelectual de naturaleza práctica, no teórica como un saber puro, sino estratégica, marcada por el resultado a obtenerse. La interpretación jurídica es una labor guiada por el interés particular de resolver un caso que requiere de una solución para que los derechos cuyo amparo se pretende, logren ser realizados y garantizados por el Estado y por las autoridades en beneficio de los que luchan por la justicia. La interpretación jurídica, por tanto, es una labor de orden espiritual que persigue que el ideal ético de la justicia, la virtud ética de la justicia, se realice en forma material. En otras palabras, la interpretación jurídica tiene que ser guiada por la ciencia y la técnica jurídica, pero no solamente por ellas sino por la complejidad de las ciencias del espíritu, más conocidas como las ciencias humanas. Una particular interpretación jurídica tiene relevancia particular, la que se realiza en materia de la protección y garantía de los derechos humanos. La interpretación jurídica en materia de derechos humanos está signada por la misión estratégica de garantizar la protección de los derechos humanos, por lo que impone seguir un conjunto de valores y principios universales que tienen una particular fuerza normativa. Una nueva hermenéutica jurídica está al orden del día.

Palabras clave: interpretación, derechos humanos, litigio estratégico.

Abstract

Legal interpretation is necessarily an intellectual activity of a practical nature, not theoretical as pure knowledge, but strategic, marked by the result to be obtained. Legal interpretation is a task guided by the particular interest of resolving a case that requires a solution so that the rights whose protection is sought, can be achieved and guaranteed by the State and by the authorities for the benefit of those who fight for justice. The juridical interpretation, therefore, is a work of spiritual order that pursues that the ethical ideal of justice, the ethical virtue of justice, is realized in material form. In other words, legal interpretation has to be guided by science and legal technique, but not only by them but also by the complexity of the sciences of the spirit, better known as the human sciences. A particular legal interpretation has a specific relevance, the one that is carried out regarding the protection and guarantee of human rights. Legal interpretation in the field of human rights is marked by the strategic mission of guaranteeing the protection of human rights and therefore requires following a set of universal values and principles that have a particular normative force. A new legal hermeneutics is the order of the day.

Keywords: interpretation, human rights, strategic litigation.

Juan Antonio Pabón Arrieta

Candidato a doctor en Ciencia Política de la Universidad del Zulia. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario y Especialista en Derecho Penal y abogado de la Universidad del Atlántico. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre en Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Argumentación Jurídica, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social "Asofides" y de la Asociación Iberoamericana de Filosofía Política AIFP. Coordinador Académico de la Defensoría del Pueblo de Colombia.

Alfredo Torres Argüelles

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Candidato a Doctor en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

Recibido:

3 de marzo de 2016

Aceptado:

2 de junio de 2016

La letra de la ley se fundamenta en las palabras del legislador; en cambio, el espíritu de la ley se encuentra en las palabras del intérprete.

(Frosini, 1985)

La interpretación jurídica y su dimensión creadora en la ciencia jurídica

La interpretación jurídica es una actividad humana que se realiza entre hombres, en el espacio público y en la vida en relación. La interpretación jurídica no es una mera actividad de asignación de significados, como tampoco es la labor de subsumir hechos a normas en procesos de adecuaciones deductivas en relaciones de sujeto cognoscente y objeto a conocer, situada por fuera del hombre; es algo más rico y complejo que esto que se enuncia. No existen dudas de que la actividad de la interpretación jurídica, como operación de un razonamiento de lo humano, supera la objetivación propia de la ciencia moderna, que pretende explicar fenómenos en relaciones de causas y efectos. En cambio, en la interpretación del mundo de lo jurídico, de la necesidad inaplazable de lograr comprender a seres humanos en el espacio público en temas jurídicos, lo que se requiere es encontrar el sentido de lo que se trata de decir en el diálogo, el sentido propio de la conversación entre los intervinientes, pero la dinámica propia de la conversación y la apertura de la misma va permitiendo que el sentido se adquiera en la propia interpretación de lo que se dice y de lo que se trata de decir. En este contexto de la conversación es donde se interpreta lo que el otro o los otros tratan de decir, y lo que final-

mente se alcanza a decir y lo que queda oculto que no se pudo decir; muy a pesar de aquello que se quiso decir y quedó en la incertidumbre de la voz interior de los dialogantes.

En esta perspectiva, la interpretación jurídica no puede ser reducida a una labor intelectual en lo que se aspira únicamente es a encontrarle el significado a las normas. La idea de que existe un intérprete que se enfrenta en su soledad a una norma jurídica, e intenta arrancarle el significado de lo que esa norma jurídica tiene en el ordenamiento jurídico, es una idea con bajos niveles de corrección, pero no puede ignorarse que es una idea-fuerza que está muy arraigada en los escenarios de la actividad judicial. Arraigo que en gran medida tiene relación con el peso que el positivismo jurídico extremo ha tenido en la cultura occidental que siguió el modelo europeo continental y el formalismo lógico fundado en la estructura de la lógica tradicional de origen aristotélico, propio de las ciencias físico-matemáticas. Esta idea-fuerza persiste bajo los cánones de la filosofía analítica y muchas corrientes de la filosofía del derecho y de la teoría del derecho la siguen manteniendo. Digna de ser mencionada, esta presentación de lo que es la interpretación, es la que sostiene Giorgio Pino, al señalar:

“Usar” una disposición significa, paradigmáticamente, interpretarla: poner en marcha una serie de actividades intelectuales destinadas a atribuir a esta disposición un significado. El producto de esta actividad es una norma,

— o también una pluralidad de normas, siendo perfectamente posible que una única disposición sea interpretada de modo tal que exprese varias normas, de forma acumulativa o alternativa (Pino, s.f.).

En la misma idea, el autor agrega que en la asignación de significados de una norma jurídica, que como resultado trae a la vida jurídica una nueva norma que regule un caso individual, en forma acumulativa o alternativa, se pueden derivar dos cosas distintas: la primera, al expresar la generación de varias normas fruto de la asignación de significados dentro de un catálogo de todas las posibilidades, haciendo uso de criterios lingüísticos o técnicos jurídicos aceptados en una cultura jurídica, cosa que a nuestro juicio es pretenciosa, porque aspira a cerrar en un cuadro lógico todas las realidades posibles a la rica vida fenoménica del mundo jurídico que requiere ser interpretado e identifica la interpretación como un proceso finito y, en consecuencia, limitado y cerrado a nuevas realidades jurídicas singularizadas que requieren de trabajo jurídico para casos semejantes o el mismo caso, que en un círculo de la comprensión pueden presentarse. La segunda, es la de la escogencia de una individualización de una dirección de la significación como la norma de la interpretación exclusiva estimada como correcta, recomendando que se requiere la fundamentación de la decisión interpretativa, desarrollando una línea argumentativa destinada a una exclusiva norma previo un debate interno, con la pretensión de que so-

lamente puede existir una respuesta correcta en la interpretación, producto directo de reducir el proceso interpretativo a la asignación de significados en el terreno de la lógica. Esta orientación es esclava de la idea totalitaria propia de la lógica tradicional formalista, que identifica la interpretación, dentro del marco de una solución única correcta a un caso jurídico necesitado de solución jurídica.

Pero lo que se considera interpretación jurídica no puede estimarse en calidad de un terreno sosegado; por el contrario, es un campo de muy amplia deliberación. Entre los autores dedicados a trabajar en los asuntos interpretativos no puede ignorarse a los que sostienen puntos de vista de alguna manera semejantes a los de la filosofía analítica como Pino. Entre ellos, es de importancia Riccardo Guastini, quien expresa que interpretar y la interpretación jurídica pertenecen al ámbito de la interpretación textual; sin embargo, reduce lo textual al encontrar el significado de las normas jurídicas, documentos o bien el resultado de la actividad, que es el significado mismo, sin que le otorgue a lo textual relevancia hermenéutica. Él distingue que existen varios criterios de lo que es la interpretación, y señala que entre estos se agrupan dos grandes variantes, una de ellas la de un concepto restringido de lo que es la interpretación que la reduce a la asignación de significados a una formulación normativa derivada de la necesidad de superar la oscuridad de un texto generador de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación a casos. Lo que predomina en este asunto es el de que la interpretación tiene por

finalidad estratégica la de superar la oscuridad o conflictos de textos, de lo que se infiere que donde no existe oscuridad o conflicto no se requiere de interpretación. Otro concepto es más amplio, señala que independiente de que el texto sea claro u oscuro, lo significativo de la interpretación es la de ofrecer una significación de un texto. En cuanto a la aplicación, Guastini, afirma:

En primer lugar, mientras el verbo “interpretar” concierne a cualquier sujeto (ya que cualquiera puede realizar una actividad interpretativa), el verbo “aplicar” concierne sólo a aquellos sujetos que se desempeñan en órganos precisamente de aplicación: principalmente jueces y funcionarios administrativos. Se puede decir que un jurista, o de un ciudadano común, que “interpreta” el derecho; pero no sería apropiado decir que un jurista, o un particular, “aplica” el derecho.

En segundo lugar, interpretar y aplicación son actividades que se ejercitan sobre objetos diferentes: hablando correctamente, la interpretación tiene como objeto (no ya normas, como se usa decir, sino más bien) textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido). Por lo tanto, la aplicación no coincide por la buena razón de que la presupone (o la incluye como una parte sustitutiva) (Guastini, 1998).

Una reflexión acerca de la postura de Guastini tiene que identificar que no es correcto reducir la interpretación a lo que un diccionario dice en forma literal, porque así el resultado obtenido es el de empobrecer la acción misma de la interpretación, como un fenómeno esencialmente creador de norma al caso en la solución misma del caso; menos, identificar la aplicación de las normas jurídicas como una actividad que solamente le corresponde a los funcionarios judiciales o administrativos que desempeñan funciones jurídicas. Una postura en tal dirección anula la capacidad universal de juzgar de todos los seres humanos, a los que se les priva del derecho humano de participar en el proceso de la creación del derecho. Una cosa es que en ciertas situaciones la última palabra la pueda tener un juez y otra cosa muy distinta es que sean las personas quienes tengan la exclusividad de la capacidad de juzgar en forma jurídica.

El poder decir lo que se quiere decir, y decir algo de lo que se quiso o se quiere decir, y no decirlo todo, es normal en el diálogo; por lo que igualmente es normal en el mundo de lo jurídico que esto ocurra y que las normas legales estén plagadas en el ordenamiento jurídico de antinomias, lagunas. Y ese decir y no decirlo todo, independientemente de la voluntad incuestionable de querer decirlo, es el objeto de toda interpretación jurídica. Pero no solo lo que se dijo o se quiso decir y no se dijo es objeto de la interpretación, sino que en el proceso de la interpretación es donde en el comprendiendo se aplica el derecho y se hace justicia, que es el fin del derecho, como lo es

a la seguridad jurídica, la paz. Asimismo, lo dicho o expresado en una norma jurídica, de cualquier naturaleza u orden, tiene siempre un elevado nivel de abstracción por lo que, sin importar los niveles de claridad u oscuridad de las normas jurídicas, toda norma jurídica tiene necesariamente que ser interpretada. El reto del mundo jurídico siempre es el de la interpretación con niveles de sabiduría jurídica tendiente a la solución más o menos justa de una controversia jurídica que necesite ser resuelta.

Por otra parte, no puede ignorarse que en la interpretación jurídica lo que se pretende es encontrarle o hallarle sentido a lo jurídico, en un proceso deliberativo de crear con argumentos razonables las soluciones jurídicas a las controversias jurídicas a la mano. El construir el sentido de lo jurídico es una labor intelectual no desprovista de la orientación desde lo público —desde el sentido comunitario de la sociedad— y, en todo lo que transmite al jurista la tradición jurídica compartida por una sociedad, sin olvidar que esta tradición forma parte de una cultura que deja su sello en el intérprete. En una metáfora, la interpretación jurídica es encontrarle sentido al sentido de lo jurídico, como sentido tiene que tener todo ser humano para orientarse en el mundo y no perder la dirección y el norte que se busca para seguir un camino, construyéndolo, que lleve a la meta final que se pretende alcanzar. En este proceso de la interpretación, lo primero que es imprescindible reconocer, como un volver a conocer lo que es conocido o que debe ser conocido, es que la interpreta-

ción es, ante todo, un proceso de naturaleza dialógica en el que es necesaria la construcción de un consenso que termina con una decisión. Proceso interpretativo que persigue comprender, ya que lo comprendido es finalmente lo interpretado que se logra porque es comprendido como un acto de la existencia misma del sujeto en el diálogo en la sociedad civil. Heidegger, dice:

Al desarrollo del comprender lo llamamos “interpretación”. En ella el comprender se apropia, comprendiendo lo comprendido. En la interpretación no se vuelve a comprender otra cosa sino el mismo. La interpretación se funda existencialmente en el comprender, en lugar de surgir éste de ella. La interpretación no es el tomar conocimiento de lo comprendido, sino el desarrollo de posibilidades proyectadas en el comprender (Heidegger, 2008).

En consecuencia, el desarrollo mismo del comprender en la aplicación de lo jurídico es lo que constituye la interpretación. Solamente cuando se logra la comprensión de algo de naturaleza jurídica y, en su aplicación se resuelve un asunto jurídico, es cuando se logra la interpretación, correcta o no. Finalmente, si es correcta o no es un problema de razonabilidad en la argumentación y justificación de la solución jurídica del caso. Pero de todas formas, no es concebible desde una hermenéutica jurídica, como filosofía trascendental, que la interpretación pueda ser concebida en forma mecánica, en la

que las fases del proceso de comprensión de lo jurídico se conciben en formas separadas como si fuese posible interpretar por fuera de la comprensión y ajena a la aplicación de los textos y de las normas jurídicas dentro de la correspondiente tradición jurídica de una determinada cultura que con sus valores, principios y reglas que conforman el instrumento de la paz que es el derecho. La advertencia de Heidegger no la pasó por alto Gadamer, pues en su obra *Verdad y método* reitera que el proceso de la comprensión es unitario, en las que la explicación, comprensión y aplicación son simultáneas y no existen etapas entre ellas, por lo que en la interpretación se determina el derecho creándolo al caso en la comprensión, aplicación e interpretación. Lo afirma, así:

La tarea de la interpretación consiste en concretar la ley en cada caso, esto es, en su aplicación. La complementación productiva del derecho que tiene lugar en ella está desde luego reservada al juez, pero éste está sujeto a la ley exactamente igual que cualquier otro miembro de la comunidad jurídica. En la idea de un ordenamiento jurídico está contenido el que la sentencia del juez no obedezca a arbitrariedades imprevisibles sino a una ponderación justa del conjunto (Gadamer, 2005).

Concretar la ley es individualizar la ley al caso particular que requiere de solución para hacer justicia al caso, es crear derecho al caso. En la aplicación del derecho a la situación particular del caso a resolver es donde se crea el de-

recho al caso, en un proceso unitario de comprensión, interpretación y aplicación del derecho en el diálogo jurídico. La determinación del derecho como complementación productiva está reservada al juez; sin embargo, en ella participa toda la comunidad jurídica en condiciones de igualdad ante la ley para que exista seguridad jurídica, que solamente puede existir en una sociedad en la que el diálogo jurídico se realice en condiciones simétricas y en un ambiente de pluralidad y de respeto al otro, a los derechos y al derecho. Un hecho que tiene que ser descrito es que el fenómeno de la interpretación en la sociedad moderna es totalmente distinto al que reinaba en las sociedades premodernas, en las que no se había universalizado el reino de la libertad política, social y jurídica. En este ambiente de libertad el derecho se crea dialógicamente como fenómeno lingüístico en la vida en relación, y el derecho que se concreta es consecuencia de la relación de hombres libres. En este complejo y rico horizonte de interpretación, la sujeción del juez al derecho, no es la descrita en libro XI del *Espíritu de las leyes* por Montesquieu, al decir:

Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma. Por eso es necesario que se constituya en tribunal, y juzgue la parte del cuerpo legislativo a que dejamos hecha referencia, porque su autoridad suprema puede moderar la ley a favor de la

ley misma, dictando un fallo menos riguroso que ella (Montesquieu, 2005).

Contrario a este criterio, a todas luces absurdo, que fue sostenido desde el siglo XVII hasta bien entrado al siglo XX, derivado del culto ciego a la ley como expresión de la razón, no olvidemos que la ilustración europea continental sacralizó la razón y le dio una dimensión de fuerza suprema. Y, como la ley se consideraba la obra de la razón por excelencia, fue concebida como derecho y el derecho estaba radicado en la ley, curioso fenómeno en el que el racionalismo iusnaturalista le preparó el camino al positivismo jurídico extremo que igualó ley a derecho, idea que todavía se cuece en algunas cocinas de la ciencia jurídica dominadas por el positivismo jurídico. Contrario a este criterio, está la idea de la filosofía hermenéutica que estima que el derecho no es igual a la ley, y que el derecho no se deriva de un proceso de deducción de ley que se transmuta en derecho, sino que el derecho es consecuencia de un proceso de creación en su interpretación y aplicación. Tal y como lo afirma Kaufmann, que dice:

La aplicación del derecho no es meramente un acto pasivo de subsunción sino un acto conformador en la que entra el aplicador del derecho; significa que el derecho no es *nada substancial*, no está, como se dice en el poema de Stifter, “en las cosas”; antes bien, todo derecho es algo relacional, se encuen-

tra en la relaciones de los hombres entre sí y con las cosas. Se entiende por sí mismo que para un pensamiento jurídico semejante sólo puede darse en un sistema abierto y dentro de este sólo intersubjetividad (Kauffman, 1999).

No, los jueces no son seres inanimados carentes de voluntad que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley. No son la boca muda que dice las palabras de la ley, por lo que no es admisible que la interpretación del derecho se reduzca a la triste labor de asignar significados de un enunciado normativo. Por el contrario, el juez del Estado Social y Democrático de Derecho, tal y como lo sostiene Gadamer, sin ser arbitrario en su labor de juzgar, juzga el contenido y el alcance de lo que es la ley y cómo debe ser aplicada al caso concreto, moderando el rigor, la abstracción y las normales lagunas, antinomias e imperfecciones que por su generalidad toda ley tiene necesariamente que tener. Puede uno afirmar que las insuficiencias y defectos de las leyes son las ventajas que la ley tiene para que el intérprete pueda tener en lo razonable un margen de libertad y maniobra para que se realice la justicia al caso. Montesquieu describe la necesidad de corregir la ley en su aplicación, lo que es genial, y ya lo había señalado en la antigüedad Aristóteles, pero la alternativa no es la de crear un cuerpo de la nobleza que juzgue sino la de dotar al juez de la mayor independencia judicial para que diga lo que el derecho es en una actividad eminentemente creadora.

El texto jurídico y la interpretación desde lo razonable

La idea de texto que predomina en muchos ámbitos, en especial, en el ámbito de lo jurídico, es la que se tiene en el lenguaje gramatical. En efecto, el texto es concebido como enunciado o conjunto de enunciados, orales o escritos, que tienen coherencia interna. Asimismo, otro concepto de lo que es texto es el de fragmento de una obra, citada en forma oral o escrita, o cuerpo de una obra escrita, excluyendo lo que en ella va separado, como portadas, índices o notas. De esta manera de ver las cosas deviene la interpretación del texto como lo gramatical. Esta forma de identificar lo que es el texto conduce a identificar su interpretación con la asignación o descubrimiento de significados, en una labor eminentemente de orden gramatical. Interpretación de una escritura o de algo oral que existe independiente del intérprete persiguiendo lo que el texto dice es el campo de esta concepción de lo que es un texto, sin mediar relaciones intersubjetivas, sin preguntas y sin la apertura del diálogo que es propia de toda conversación. En este sentido, el texto siempre es asimilado a algo que existe por fuera del diálogo y de la comprensión, en la que se establece una relación de sujeto que trata de interpretar y un objeto que es la materia a interpretar. El texto es visto tradicionalmente como algo gramatical que requiere de un conjunto de elementos para poder ser considerado un texto, que sin lugar a dudas desde lo gramatical es correcto pero desde el plano hermenéutico es absolutamente insuficiente.

Pero, en su estructura, todo texto tiene que cumplir con unos requisitos indicados por la retórica, como lo señala con claridad el filólogo Eleucilio Niebles Reales, quien en su obra *Gramática, educación y modernización en Colombia 1847-1910*, expresa:

Los textos, por su parte, obedecían a reglas, las mismas que han regido desde la antigua retórica quintiliana hasta nuestros días. Los criterios que debían observarse incluían un tipo de organización u orden lingüístico relacionado con la cohesión y coherencia de los textos, en el sentido de exhibir una estructura acorde además con los principios de la lógica (deducción). En efecto, abordaban los temas de lo simple a lo complejo, mediante unas teorizaciones, complementadas con ejemplos y ejercicios de aplicación (Niebles, 2014).

Este punto de vista que describe correctamente el autor es construido como él lo afirma, desde la retórica y está en la tradición occidental aceptado universalmente en el plano gramatical. Él filólogo citado, agrega, cómo se examina el texto desde la textualidad, entendida esta como la propiedad que define un texto bien formado que permite identificar la existencia de un texto y diferenciarlo de una mera yuxtaposición que no da lugar a un orden estructurado con unidad de sentido por el solo hecho de tener coherencia lógica. Este es el texto desde el punto de vista gramatical, sin embargo, el texto tiene una función her-

menéutica que tiene que ser reconocida. En el terreno de las ciencias humanas, es más que un pedazo de algo que requiere ser abordado desde lo gramatical. Es una conversación que se retroalimenta en forma permanente, en particular el texto jurídico, que siempre es una invitación a la plática acerca de aspectos que requieren deliberación porque las cosas pueden ser de otra manera, y en ellas siempre existe un desacuerdo que requiere ser superado en forma dialógica, que puede terminar en una decisión de un tercero autorizado, con atribución de juzgar y decidir. La escritura jurídica requiere siempre ser interpretada en su aplicación y comprendida, por ello, el texto jurídico se conforma en el proceso de interpretación como el resultado del proceso de interpretación jurídica y no algo dado por fuera de la conversación en lo jurídico. Es por esto que Hans George Gadamer, refiriéndose al texto, aclara:

Un texto es la unidad de un tejido, y como textura se presenta en una totalidad, y no en cuanto signos de la escritura, ni tampoco siquiera en la unidades gramaticales con que se constituye la frase. Todo esto no hace todavía a un texto, a no ser que se trate de una “composición”, que es como se denomina significativamente en tipografía. En el fondo, sólo se comprende si se comprende completamente y se ha comprendido la totalidad (Gadamer, 2001).

Acá, la idea de texto sigue siendo la de una unidad de un tejido, pero ya no es abordado

desde la gramática y la retórica, sino desde la hermenéutica, por lo que se complementa con la idea de una unidad de sentido que se conforma para ser comprendida como una totalidad. Y, si el tejido no logra transformarse en una totalidad de sentido destinada a ser comprendida por el que dialoga con esa unidad que puede adquirir su sentido en la comprensión propia de un proceso de aplicación, no se podrá comprender. Al no lograr una unidad de sentido una norma jurídica, esta no podrá alcanzar la dimensión de conformarse como un texto jurídico, ya que el tejido de una unidad de sentido de una norma jurídica solamente alcanzará su dimensión hermenéutica en la medida en que se realice la norma jurídica en el proceso de la aplicación. Por lo tanto, el texto jurídico siempre es una relación que se establece en la aplicación de la norma jurídica a un caso concreto, a nombre de un determinado ordenamiento jurídico, propio de una tradición que habla en la norma jurídica al caso, en el diálogo inter-comunicativo entre seres humanos en el espacio público de naturaleza jurídica. Esto confirma que el derecho siempre es relación humana en la conversación puntual entre ser y el deber ser jurídico. Y es por este motivo que el derecho no puede ser comprendido por fuera de la relación entre lo que debe hacerse y lo que se hace, y por lo que el derecho no es substancia sino relación. Un asunto y no de poca monta es que la realidad de lo jurídico está constituida por la relación de un texto que para conformarse necesita de un contexto. Por fuera de un contexto es imposible la conformación de un

texto jurídico, y acerca de esto, en la misma obra, Gadamer, dice:

De esta manera, un texto puede representar la unidad de sentido que quiera, pero siempre dependerá de un contexto, que a menudo determina en forma inequívoca ese significado de emplazamientos múltiples. Es esta una antiquísima regla hermenéutica que se refiere a toda comprensión de textos. Es sabido como el texto adquiere un significado nuevo cuando el entorno que forma el contexto se ordena de nuevo (Gadamer, 2001).

La idea de la necesidad de un contexto para la comprensión y creación de un texto jurídico es central en la filosofía hermenéutica. Se puede afirmar en forma categórica que el contexto es indispensable para lograr la comprensión de algo que requiere ser entendido y que, a su vez, no podrá ser entendido por fuera del contexto en que existe. Lo que está por fuera de un contexto está privado de sentido, porque lo que le ofrece sentido a un texto es su pertenencia a una tradición que habla en el texto jurídico. En este sentido, todo texto jurídico no deja de ser cosa distinta a un producto histórico, y todo lo histórico es el resultado de la acción y la comprensión humanas. Por fuera de un contexto, las palabras y las oraciones son mudas, inaudibles y carentes de sentido de comprensión. Por fuera de los contextos los textos no podrán ser escuchados y la voz que debe surgir de los textos no se alcanzaría a oír. Gadamer lo explica así:

Habría que contestar diciendo que las palabras nunca tienen sentido por sí solas y que sólo mediante su tal vez múltiple significado construyen ese significado único que, en los múltiples lazos de las líneas de sentido que vibran al mismo tiempo, mantiene sin embargo la unidad del conjunto del texto y del discurso. ¿O significa quizá que, a la hora de entender estos textos, no debe imaginar nada de forma plástica? Como si las palabras, al igual que los conceptos, no fueran vacías sin la intuición plástica. Ninguna palabra tiene sentido sin su contexto. Incluso palabras aisladas –como el título *Cambio de aliento*– sólo tienen sentido en su contexto.” (Celán, 1999).

Esta reflexión acerca de la centralidad del contexto, para que un texto e incluso palabras puedan alcanzar sentido, y logren o puedan lograr ser entendidas, es imprescindible en la hermenéutica jurídica. El intérprete, frente a un texto tiene la necesidad de descubrir e identificar el contexto o crear el texto y simultáneamente dotarlo del contexto en que pueda alcanzar un sentido para poder ser comprendido. Todo texto, incluidos los textos jurídicos, requieren de un contexto para que puedan ser comprendidos como una unidad de sentido, de lo contrario, la voz interior que clama salir del alma para ser escuchada no alcanzará a ser escuchada y no nacerá el diálogo por frustrarse la conversación. En consecuencia, la interpretación jurídica no puede ignorar la creación de un contexto en

el diálogo jurídico para que el texto jurídico alcance a ser escuchado. Por tanto, cada interpretación es un nuevo diálogo y siempre es un nuevo comprender de una manera distinta si se quiere siquiera comprender algo. Así, el intérprete no puede estar sometido en forma estrecha a los límites que las reglas en forma abstracta determinan, dado que el arte de la hermenéutica no es decir lo que la norma ha dicho, sino decir lo que la norma jurídica podría decir en un contexto singular que le permita transformarse en un texto jurídico que resuelva un caso con niveles de justicia.

En este marco, es por lo que el razonamiento que debe desplegarse en el proceso de interpretación de lo jurídico no puede estar gobernado bajo fijas e inflexibles reglas que sometan al juzgador y a su razonamiento jurídico. El juzgador no conoce otro imperio que el de la libertad desde la razonabilidad. Él sabe que no existe imperio de la ley como derecho cierto. Sabe que él es el que dice lo que es la ley y que es el derecho al caso. Su razonamiento solamente está sometido a la prudencia jurídica que le informa cómo se le presenta la tradición. Lo jurídico, tal y como lo enseñó Aristóteles, es conocimiento derivado de la deliberación, porque trata de asuntos humanos, y todo conocimiento de lo humano no puede ser derivado de la razón científica sino de la razón calculadora, que es la razón fundada en la deliberación colectiva. En este aspecto suele soslayarse la realidad de que el derecho es ciencia de la prudencia, por lo mismo su nombre primigenio es jurisprudencia, que es lo mismo que decir derecho creado en la apli-

cación, interpretación y comprensión como resultado del diálogo en la prudencia. Las cosas humanas son ciertas, los niveles de previsibilidad bastante inciertos y nadie delibera sobre las cosas que solamente pueden ser de una manera, sino sobre las cosas que pueden ser de otra manera como en la realización del derecho al caso, como en la singularización del derecho. Volviendo a la prudencia, Aristóteles, dijo:

La prudencia, al contrario, tiene por objeto las cosas humanas y sobre las cuales puede deliberarse, por eso decimos que la obra más propia del prudente es deliberar bien; pero nadie delibera sobre las cosas que no pueden ser de otro modo ni que a ningún fin conducen, fin que sea, además, un bien obtenido por la acción. (...). La prudencia no es tampoco solo de lo universal, sino que debe conocer las circunstancias particulares, porque se ordena la acción, y la acción se refiere a las cosas particulares (Aristóteles, s.f).

Una explicación sencilla de la diferencia entre la razón científica y razón calculadora, de cómo esta es aporética y estimativa, y no deductiva y derivada de razonamiento puro sino problemático, la ofrece Luis Recasens Siches, en su obra *Nueva filosofía de la interpretación jurídica*, con el ejemplo de la prohibición establecida en el andén de la estación de tren en Polonia que decía: “Se prohíbe el paso al andén con perros”. Ante la presencia de alguien con un oso, nos encontramos con la razón de

la lógica tradicional silogística (lógica de lo racional) en donde las cosas solamente pueden ser de una manera y no de la lógica que enjuicia asuntos humanos (lógica de lo razonable), en donde las cosas pueden ser de otra manera. Un razonamiento desde lo racional autorizaría la presencia del oso en la estación del tren, sin razonar lo que implica su presencia por el peligro que significa para la seguridad humana. El aviso tiene que ser interpretado desde lo razonable, debe ser valorado desde lo que puede resultar, por tanto, se requiere de estimaciones fundadas en la prudencia y en el resultado, por lo que es necesario ofrecer razones de justicia, seguridad, adecuación al fin, proporcionalidad, necesidad, etc. En otras palabras, se requiere ofrecer razones mediante argumentos razonables y justificaciones. En esta línea argumentativa, el autor recuerda cómo los juristas franceses del siglo XIX, época en la que la tiranía del positivismo fetichista reinaba, nunca dejaron de aplicar justicia dándole un alcance razonable a las normas jurídicas, porque finalmente nunca ignoraron que el que dice finalmente el derecho es el juez, no la norma jurídica, y que las reglas y los métodos están al servicio del hombre y no al revés. Acerca de las reglas y métodos en la interpretación, Recasens enfatizaba:

Lo único que se puede formular con validez universal y necesaria es la regla siguiente. En cada caso el juez debe interpretar la ley de aquel modo y según el método que lleve a la solución más justa entre todas las posibles, incluso cuando el legislador impertinentemen-

te hubiese ordenado un método de interpretación (Recasens, 1956).

Por lo tanto, el hacer justicia al caso u ofrecer seguridad o paz, es decir, interpretar jurídicamente, no es el resultado de un determinado método previamente universalizado como válido y de aplicación estricta; por el contrario, el resultado justo es el que termina validando el método o la interpretación realizada. Es en cumplimiento razonable del fin del derecho y de las normas jurídicas, como se confirma que la interpretación fue correcta o más o menos correcta, por lo que previamente a la decisión no es posible determinar la corrección del método. En otras palabras, una cosa es la interpretación de los asuntos humanos y otra cosa es la interpretación de los asuntos de la naturaleza física.

La interpretación jurídica y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario

La interpretación jurídica como razonamiento práctico tiene un interés. No existe interpretación jurídica por fuera de la necesidad de resolver un asunto. En este sentido, la interpretación jurídica en su dimensión práctica debe resolver un problema jurídico, lo que hace que la interpretación jurídica sea una forma de razonamiento de naturaleza normativa que no está dirigida solamente a descubrir lo que la norma dice o podría decir, sino que está encaminada a decidir sobre algo jurídico en el proceso de la aplicación. En este

sentido, la interpretación jurídica tiene que cumplir una función normativa. Uno no puede estar a tono con lo que expresa el iusfilósofo Emilio Betti, profesor de la Universidad de Roma, acerca de lo que considera como interpretación, pero definitivamente uno tiene que compartir lo práctico que tiene que ser el razonamiento jurídico y la función normativa que cumple, tal y como lo manifiesta, al decir:

La interpretación jurídica así entendida no es más que una especie, bien que la más importante, del género denominado “interpretación en función normativa” (Categ., 30 y ss., 38). Ahora bien, el problema que caracteriza este tipo de interpretación es el problema del entender para obrar, o, si se prefiere, para decidir, o sea, para tomar partido respecto de los preceptos a observar, o en orden a dogmas, valoraciones morales o situaciones psicológicas a tener en cuenta (Betti, 1975).

La interpretación jurídica, en su función normativa, a mi juicio, no es el entender para obrar, sino un proceso unitario en que se entiende obrando. Lo que quiere decir, que en el obrar se entiende y se logra la interpretación jurídica. Por esto la función normativa de la interpretación jurídica, en materia de derechos humanos es absolutamente interesada y estratégica, pues se persigue un fin determinado como lo es la protección y garantía de los derechos humanos. La interpretación jurídica en el Estado contemporáneo, hablando del Estado Social y Democrático de Derecho, tie-

ne que ser realizada bajo las directrices de un conjunto de valores, principios y reglas universales de naturaleza jurídica, que los intérpretes no pueden soslayar. Interpretar en un Estado Social y Democrático de Derecho es una labor calificada y científica que tiene ante sí el reto de superar todo formalismo lógico y apego ciego a las normas jurídicas. La interpretación no puede ser una pacífica labor de adecuación de la conducta al texto legal ni de tratar de encontrar la solución del caso en la norma, sino que el reto del intérprete es el de trabajar bajo una perspectiva internacional. Los valores, principios y reglas que guían o deben guiar la labor del intérprete en materia de conflictos en los que estén involucrados la protección de los derechos humanos, no es una interpretación general; por el contrario, es una interpretación con unas características particulares que tiene que ser tomada en cuenta.

Un aspecto que debe ser considerado es que se está en presencia de una cultura jurídica internacional, con sus valores, principios y reglas. Por ser las fuentes de interpretación los tratados públicos internacionales, es imperativo someterse a las reglas de interpretación internacional de las normas de derechos humanos, no en cuánto al modo o cómo interpretar sino de la fuerza de las normas de los tratados públicos internacionales y cómo los estados que suscriben estos tratados están en la obligación de acatarlas de plano. Por esto, los intérpretes tienen que acudir a la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados, del 23 de mayo de 1969 que fue adoptada en nuestra república mediante la Ley 32 de 1985. La primera regla es

la tradicional “*pacta sunt servanda*” que enseña que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe. La segunda regla es que ninguna parte-Estado miembro del tratado puede invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta regla es clave para la interpretación normativa de los derechos humanos porque el ordenamiento jurídico interno del país está plagado de normas jurídicas que ponen en peligro la realización efectiva de los derechos humanos en nuestro territorio, en particular, normas del derecho administrativo que han diseñado una cuna de arbitrariedad y de inmunidades a esas arbitrariedades. La tercera regla, es que el tratado debe ser cumplido teniendo en cuenta su objeto y fin. La tercera regla, es la fuerza normativa que tiene no solo el texto de los tratados, sino su preámbulo y anexos. La tercera regla, es que al lado del contexto del tratado es que deberán aplicarse los ulteriores acuerdos de las partes, la práctica ulterior adoptada en la aplicación del tratado que servirá de criterio de interpretación y toda forma ulterior pertinente del derecho internacional aplicable. La cuarta regla es que se podrá acudir a medios complementarios para la interpretación, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y circunstancias de su celebración y reglas en contra de la ambigüedad de los textos u oscuridad de sentido o que conduzca a resultados absurdos o irrazonables en contra de la vigencia de las normas y de su realización.

Nuestra Carta Política, en sus artículos 93 y 94 ha elevado la obligatoriedad y supremacía de los tratados internacionales de derechos hu-

manos y de derecho internacional humanitario sobre todo tipo de normas jurídicas. Bajo estos artículos, que no hacen más que reconocer la fuerza normativa de los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, se ha construido la teoría del bloque constitucional en el orden interno, que le ofrece categoría de fuerza constitucional a las normas de estos regímenes jurídicos, teoría de origen francés, que sirve como fuente para la garantía de los derechos humanos y de especial fuerza jurídica a los mismos derechos. Lo que quiere decir que el origen convencional de los derechos humanos le confiere una protección especial reforzada a los mismos, que en el proceso de interpretación es necesario acudir para garantizarlos. En otras palabras, la fuerza interpretativa de los derechos humanos se apoya en el derecho convencional que es su fuente de mayor entidad y reconocimiento y de obligatorio cumplimiento para todos los operadores jurídicos.

La internacionalización del derecho con el cambio de las relaciones de las personas y sus estados-naciones que tiene lugar con la creación de Naciones Unidas y la Carta de la ONU, refuerza la protección de los derechos humanos, crea las condiciones para que ellos se constituyan en límites reales al poder de los Estados, de los gobiernos y de los poderes públicos y privados, sin que esto signifique que los derechos humanos sean derechos absolutos por fuera de toda relación y posibilidades de reglamentaciones. En efecto, los Estados y los gobiernos tienen que respetar los núcleos esenciales de los mismos y sola-

mente pueden ser reglamentados en su ejercicio dentro de unos límites que el Derecho Internacional autorice. Los estados-naciones que bajo el diseño pactado bajo las orientaciones de la Paz de Westfalia eran soberanos como un poder interno no limitado por el derecho internacional y con gran poder público en su interior para crear su propio derecho, van a tener limitaciones por el derecho internacional y, en particular, desde 1948 que se suscribe el tratado de la Declaración de los Derechos Humanos. Es la nueva realidad que viven los estados nacionales y sus gobiernos por la internacionalización del derecho y del poder y eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la cultura contemporánea. Esta Carta y un conjunto de tratados internacionales de derechos humanos, al lado del tradicional y consuetudinario Derecho Internacional Humanitario, son piezas claves para un nuevo derecho, es decir, de una nueva cultura de la humanidad que prevalece en los órdenes internos de las naciones y limitan sus derechos nacionales. El derecho nacional se ha colocado así bajo la supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Una nueva perspectiva hermenéutica se ha impuesto y hay que obedecerla.

La interpretación en el litigio estratégico colombiano y la creación del derecho al caso concreto. Reflexiones finales

La defensa de los derechos humanos en el terreno judicial y administrativo no puede pasar por alto la realidad de que existe un De-

recho Internacional de los Derechos Humanos y un Derecho Internacional Humanitario, con una jurisdicción universal y una rica jurisprudencia, observaciones, circulares y recomendaciones acerca de la interpretación y aplicación de las normas para garantizar la realidad de los derechos humanos. Una cultura de derechos humanos debe acompañar al jurista de hoy, por lo tanto, el jurista moderno y especialmente el jurista de estados como el nuestro, en su actividad judicial tiene que estar acompañado de una seria cultura en derechos humanos. La ausencia de tal cultura debilita la defensa de los derechos humanos. Pero esta cultura existe y es necesario apropiarse de ella porque no es posible una correcta y eficaz interpretación, aplicación y comprensión de los derechos humanos si no se tiene ajustado un culto lenguaje jurídico en derechos humanos. A quien carece de lenguaje culto en derechos humanos se le dificulta el trabajo de un diálogo en su defensa. Asimismo, una cultura en derechos humanos no se adquiere de la noche a la mañana, implica la adquisición de un serio proceso de formación, que no puede ser reducido a la adquisición de destrezas y habilidades, sino a una cultura universal y una visión no provinciana de los derechos humanos.

La interpretación en derechos humanos tiene que partir de un conocimiento de un derecho convencional que está consignado en tratados públicos internacionales. Sin la apropiación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario no es posible que la sociedad

colombiana pueda dejar atrás la violencia, la corrupción y los malos gobiernos. Una nueva hermenéutica ha nacido y al lado de ella para servirle y hacer derecho al caso concreto está una argumentación jurídica desde lo razonable. Pero la argumentación jurídica tiene que dejar de ser formalista y fundarse en una cultura de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Las facultades de derecho y la jurisprudencia tienen que captar la nueva realidad de un nuevo derecho con otras fuentes, las fuentes convencionales de los derechos humanos. Una bienvenida globalización está reforzando la defensa de los derechos humanos, los diseños curriculares de las facultades de derecho y las escuelas de formación de juristas y de jueces tienen que reeducarse descubriendo la realidad de un nuevo derecho y una distinta hermenéutica jurídica.

La reforma protestante y la conquista del derecho a la lectura de la Biblia en su propio idioma y no sólo en latín, al lado de la creación de la imprenta crearon las bases culturales para una gran transformación que condujo la universalización de la cultura y a la universalización de lectura en lengua propia lo que contribuyó al aprendizaje y al nacimiento de la universalización de la libertad. Al lado de la reforma protestante, con la traducción, nació inicialmente la hermenéutica con el método de traducción de textos y posteriormente se transformó en una filosofía que nos enseña las condiciones en que es posible la comprensión de cualquier tipo de lenguaje. Hoy, con la creación de las Naciones Unidas y la suscrip-

ción de tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario ha nacido un nuevo sistema de fuentes del derecho. Los litigantes no pueden pasar por alto esta realidad y ya hay una nueva hermenéutica y argumentación jurídica. El litigio estratégico para la defensa de los derechos humanos requiere del dominio de la cultura de los derechos humanos y la interpretación jurídica en la aplicación del derecho al caso concreto tiene que tomar en consideración la nueva hermenéutica jurídica y su argumentación.

REFERENCIAS

- Aristóteles. (s.f). *Ética nicomaquea*. México: Editorial Porrúa.
- Atienza, M. (2010). *El sentido del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Ed. Trotta.
- Betti, E. (1975). Interpretación jurídica de la ley y de los actos jurídicos. *Revista de Derecho Privado*.
- Celán, P. (1999). *¿Quién soy yo y quién eres tú? Comentario a "Cristal de aliento"*. Barcelona: Herder.
- Cuartas Restrepo, J.M. (2015). *La experiencia hermenéutica*. Bogotá: Fondo Editorial Universidad Eafit.
- Eco, U. (2013). *Los límites de la interpretación*.

- Frosini, V. (1985). *La letra y el espíritu de la ley*. Barcelona: Ariel.
- Gadamer, H.G. (2005). *Verdad y método*. España: Editorial Sígueme.
- Gadamer, H.G. (2001). *El giro hermenéutico*. Madrid, España: Cátedra.
- Gracián, B. (2009). *El arte de la prudencia*. Ed. José Ignacio Díez Fernández.
- Grassi, E. (2003). El poder de la fantasía. Observaciones sobre la historia del pensamiento occidental. Barcelona: Ed. Anthropos.
- Grassi, E. (2006). *Heidegger y el problema del humanismo*. Barcelona: Ed. Anthropos.
- Grassi, E. (2015). *Retórica como filosofía. La tradición humanista*. Barcelona: Ed. Anthropos.
- Grondin, J. (s.f.). *¿Qué es la interpretación?* Barcelona: Herder Editorial.
- Guastini, R. (1998). La interpretación: objeto, conceptos y teorías. En *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Compilador Rodolfo Vásquez. México: Editorial Fontamara.
- Heidegger, M. (2008). *El ser y el tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kauffman, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montesquieu. (2005). *Espíritu de las leyes*. México: Editorial Porrúa.
- Niebles Reales, E. (2014). Gramática, educación y modernización en Colombia 1847-1910. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional.
- Nussbaum, M.C. (2014). Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia? Bogotá: Ed. Planeta.
- Ortiz-Osés, A. (1986). Antropología Hermenéutica. Hermenéutica simbólica. *Revista Anthropos*, 57.
- Pino, G. (s.f.). *Derecho e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Recasens, L. (1956). *Nueva filosofía de interpretación jurídica*. México: Porrúa.
- Romo Feito, F. (2007). Hermenéutica, interpretación, literatura. Ed. Anthropos.
- Vattimo, G. (2007). Hermenéusis e historicidad. *Revista Anthropos*, 217.
- Viola, F., y Zaccaria, G. (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Editori Laterza.

Vives, J.L. (1998). *El arte retorica. De ratione dicendi*. Barcelona: Ed. Anthropos.

Wenger Calvo, R. (2015). Teoría de la argumentación, retórica y hermenéutica:

Un “álbum familiar” a revisar. *Advocatus*, 12(25). Zagrebelsky, G. (2009). *Intorno alla legge. Il diritto come diensione del vivere commune*. Ed. Giulio Einaudi.