

REFLEXIONES SOBRE DISCRECIONALIDAD Y PREVARICATO

BORIS WILSON ARIAS LÓPEZ*

Resumen. Este trabajo, luego de analizar aspectos inherentes a la textura abierta del lenguaje jurídico, sostiene la idea básica de que, en virtud del principio de legalidad y específicamente en lo referido al delito de prevaricato, resulta irrelevante el concepto de “respuesta correcta” defendido por RONALD DWORKIN.

Palabras clave: textura abierta, discrecionalidad, prevaricato.

REFLECTIONS ON DISCRETIONALITY AND PREVARICATE

Abstract. The present work, after analyzing aspects inherent to the open texture of legal language, supports the basic idea that, under the principle of legality and specifically in relation to the prevaricate, the concept of “correct response” defended by RONALD DWORKIN is irrelevant.

Keywords: open texture, discretionality, prevaricate.

REFLEXÕES SOBRE DISCRECIONALIDADE E PREVARICAÇÃO

Resumo. O presente trabalho, após analisar aspectos inerentes à textura aberta da linguagem jurídica, sustenta a ideia básica de que, sob o princípio da legalidade e especificamente em relação ao crime de prevaricação, o conceito de “resposta correta” defendido é irrelevante por RONALD DWORKIN.

Palavras chave: textura aberta, discrecionalidade, prevaricação.

* Docente investigador de la Universidad Mayor de San Andrés (La Paz, Bolivia).
Correo electrónico: borisito55@hotmail.com.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

Una de las mayores pretensiones del Estado de derecho es constituirse en el gobierno de las leyes y no de los hombres¹. En este sentido, la vigencia de la ley aparentemente está ligada a su interpretación literal, lo que preservaría la autoridad del legislador y la seguridad jurídica haciendo previsible la aplicación del derecho. Sin embargo, ¿es posible la resolución de todas las controversias jurídicas mediante la mera aplicación de la literalidad de la norma?². Una respuesta afirmativa a esta interrogante fue formulada por la llamada escuela de la exégesis.

La Revolución Francesa buscó romper con la organización feudal de una manera rápida, pero, al mismo tiempo, organizada³, y para ello se hizo absoluto en el razonamiento judicial el papel de la ley, que desplazó a la costumbre como fuente del derecho privilegiada.

En efecto, con la formulación de la teoría de la soberanía popular, ROUSSEAU dedujo que los ciudadanos eligen a sus representantes, quienes a su vez elaboran la ley como expresión de la voluntad general y que subordina la voluntad individual. Para el referido pensador francés, toda torpeza o injusticia en la ley le era imputable en defi-

¹ Manifiesta ARISTÓTELES que “así pues, quien recomienda el gobierno de la ley, parece recomendar el gobierno exclusivo de lo divino y lo racional, mientras que quien recomienda el gobierno de un hombre añade un elemento de impulso animal” (*La política*, p. 72).

² La importancia del texto en la regulación de las conductas se remonta a la interpretación de los documentos reveladores de la fe, donde únicamente un iluminado podía resguardar la voluntad divina traducida en un texto religioso –Biblia, Koran, Torah, etc.–; así, el Apocalipsis señala: “Yo atestiguo a todo aquel que escucha mis palabras de la profecía de este libro que, si alguno añade a estas cosas, Dios añadirá sobre él las plagas escritas en este libro; y si alguno quita de las palabras del libro de esta profecía, quitará Dios su parte del árbol de la vida y de la ciudad santa que están escritos en este libro” (Ap 22, 18-19). Posteriormente, y tras producirse la separación Iglesia-Estado, dicha concepción de la interpretación inspiró la aplicación e interpretación de la ley, y los jueces se convirtieron en oráculos y sacerdotes de la ley, que se encontraban por sobre el sentido común de esta y del ciudadano.

³ Piénsese que antes del Código Civil francés no podían hacerse negocios entre regiones, pero a la vez de generar comercio dicha norma permitió establecer un nuevo orden económico social en Francia y coadyuvó a la formación del Estado nacional francés.

nitiva al ciudadano, quien en su caso obviamente erró al elegir a sus representantes, y como resultado debía sufrir las consecuencias de su decisión, lo que a su vez llevó a la conclusión de que objetivamente no era posible considerar que la voluntad popular convertida en ley pudiese ser injusta; ello –se reitera– porque era el propio ciudadano quien establecía la ley a través de sus representantes. Parecía claro que no era admisible que alguien pudiese ser injusto consigo mismo, razonamiento que impidió el control judicial sobre la ley y la blindó de toda crítica⁴.

Un juez debía juzgar conforme a la ley, lo que aseguraba el respeto a la seguridad jurídica⁵ y al principio de igualdad⁶, pero no podía juzgar la ley⁷, pues ello implicaría juzgar las decisiones del pueblo soberano.

Por su parte, MONTESQUIEU sostuvo que la separación de poderes impelía a que el juez se reputara únicamente la boca muda de la ley⁸, y esa consideración impedía a los jueces interpretar la ley, que a su vez implicaba una prohibición de argumentar o fundamentar su decisión, pues lo contrario podría poner en duda la vigencia y autoridad del soberano⁹.

⁴ Piénsese que toda revolución potencia el papel de la ley, pues se buscan modificaciones conductuales rápidas.

⁵ El art. 3.8 de la ley del Tribunal Constitucional Plurinacional entiende por seguridad jurídica “la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que las personas conozcan sus derechos, garantías y obligaciones, y tengan certidumbre y previsibilidad de todos los actos de los órganos del Estado”, concepto vinculado a la escuela de la exégesis, pues parte de la idea de que existe una sola forma correcta de interpretar la ley.

⁶ La igualdad, conforme la SC 083/2000 de 24 de noviembre, “exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales”.

⁷ “Y tiranía es precisamente el delito del juez que impone, en contravía de la voluntad general, su propia opinión e interés” (LÓPEZ MEDINA, *La letra y el espíritu de la ley*, p. 28).

⁸ Según MONTESQUIEU, “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” (*Del espíritu de las leyes*, p. 151).

⁹ Durante el período del Imperio Romano y a efectos de preservar la voluntad del emperador, se tiene que “la prohibición de toda interpretación privada se encuentra en el Digesto en forma clara y terminante: ‘Los libros, y sobre todo los comentarios sobre las leyes, están prohibidos. Cuando haya duda sobre el

Bajo esas premisas surge entonces la hoy llamada escuela de la exégesis, cuyo momento culminante se dio en 1804 con la publicación del Código Civil napoleónico¹⁰, que se consideró que sistematizaba todas las fuentes del derecho existentes en la materia –costumbres, leyes dispersas y contradictorias, etc.¹¹–, de forma que eliminaba toda contradicción entre ellas.

Como se observa, el culto al legislador considerado perfecto e infalible hacía del “código” un documento que eliminaba toda laguna jurídica¹² o antinomia, de forma que los jueces no solo no requerían

sentido de una ley, los jueces deben someterla a la decisión del emperador, que es el solo legislador y el solo intérprete legítimo’ [...] Todo el que estuviera en contacto con el derecho, profesor o juez, debía abdicar la libertad de su inteligencia y limitarse a operaciones puramente mecánicas” (URIBE RESTREPO, *La interpretación de la ley*, “Revista de Estudios de Derecho”, vol. 4, n° 12, 1942, p. 404 y 405), lo que se proyectó al derecho privado, de forma que la interpretación en general se caracterizó por ser formalista, centrándose por ello en el significado y tenor de las palabras; así, en un contrato, para precautelar la promesa de las partes, resultaba la prevalencia de las palabras por sobre la voluntad de las partes.

¹⁰ “LAURENT ha sido el patriarca de la interpretación literal. Sus opiniones sobre ella están contenidas en sus conocidas expresiones: ‘El texto y el espíritu no son dos cosas diferentes; son una sola y misma cosa: la voluntad del legislador; el texto es el verdadero espíritu de la ley, tal cual el legislador lo ha formulado’. El valor exacto para cada palabra: la sujeción estricta a los términos de lenguaje y la consideración de que toda omisión es intencionada, son los principios básicos del gramaticismo” (BREMAUNTZ, *La interpretación de la ley*, “Anales de Jurisprudencia”, t. 261, ene.-feb. 2003, p. 437).

¹¹ “Por una parte, la sanción de los códigos representaba una vasta operación de limpieza y descarte de fuentes, que dejaba a un solo *corpus iuris* dueño de un campo hasta hacía poco compartido por disposiciones de distinta autoridad y procedencia, muchas veces contradictorias entre sí. Por otra parte, la sanción de los códigos tras un largo proceso preparatorio en el cual se explica muchas veces la causa y el fin de las disposiciones y los motivos de la sanción, aclarando el sentido de las palabras y de las frases empleadas, representa la aparición de una nueva figura de legislador. Se trata de un legislador humano y viviente, que no baja del Sinaí, como Moisés, con preceptos que a él mismo le son dados, sino de un legislador que en la ley ha puesto lo que efectivamente pensaba y deseaba. Esas dos características se tradujeron en dos principios que constituyen los pilares de la escuela de la exégesis: 1) el monopolio otorgado a la ley como fuente de derecho; 2) la valoración de la voluntad del legislador como contenido de la ley” (LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, p. 69).

¹² “La cultura de la codificación elevó a la categoría de dogma dos criterios tendencialmente contrapuestos: obligación inexcusable de resolver todos los casos por parte del juez y la calificación del mismo como boca muda de la ley, excluyendo

interpretar la ley para resolver una problemática, sino que más bien les estaba vedado hacerlo, por lo que no había cabida alguna para la discrecionalidad en la decisión judicial¹³.

La exégesis redujo el derecho a la ley¹⁴, de manera que conociendo la ley se conocía el derecho¹⁵; de esta forma la actividad del juez debía ser fiel a la letra, y la enseñanza del derecho, de memoria¹⁶, y se consideró en general lo siguiente:

a) La aplicación de la ley era un acto de conocimiento y no un acto de voluntad.

b) Para resolver una causa, solo debía utilizarse el método de la subsunción.

c) Toda sentencia debía ser declarativa de la voluntad del legislador.

d) La interpretación debía ser neutral y científica; por tanto, literal.

e) Si se cambiaba al juez por otro juez, la interpretación y el resultado de una problemática tendrían que ser iguales, porque no era un tema de jueces, sino de la ley y su significado.

la posibilidad de ser creador de derecho. Para hacer compatibles ambos postulados era necesario establecer otros dos dogmas; la plenitud y la coherencia del sistema (ausencia de lagunas y de antinomias) (TALAVERA, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, p. 179).

¹³ Según LINARES QUINTANA, “se dice que cuando Napoleón supo de la publicación de los primeros comentarios al Código de 1804, exclamó: ¡Mi Código está perdido!” (*Tratado de interpretación constitucional*, p. 77).

¹⁴ “La Revolución Francesa supuso el paso desde el derecho común (sustancial y formalmente jurisprudencial) a un sistema basado exclusivamente en la ley. Como sabemos, la doctrina revolucionaria se asienta sobre la ley como única fuente del derecho, esto es, en la creencia de que la ley, entendida como la voluntad omnipotente del pueblo soberano, constituye el único factor de creación del derecho y lo abarca en su totalidad. Pero la reducción del derecho a la ley dio lugar a un segundo reduccionismo: la estructuración de la ley según el modelo del ‘código’. La ley ya no podía aparecer como un simple agregado o repertorio legislativo, sino que debía someterse también a los dictados de la razón universal convirtiéndose en un sistema coherente, completo y unívoco” (TALAVERA, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, p. 66).

¹⁵ Este aspecto llevó al profesor BUGNET a sostener: “yo no conozco el derecho civil” y “no enseño más que el Código de Napoleón” y a DEMOLOMBE a afirmar: “mi divisa, mi profesión, mi fe, es esta: los textos sobre todo”.

¹⁶ “Si el derecho se resume en la ley, conocer la ley es conocer el derecho” (LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, p. 79).

En general, esta visión del derecho se sustentaba en que las palabras de la ley contenían mandatos inequívocos¹⁷, pues solo ello permitiría diferenciar entre el papel creador del legislador y la aplicación del derecho que hace el juez; pero, si meditamos al respecto, cuando recibimos una carta en nuestra vida cotidiana, al suscribir un contrato, pagar el pasaje del tren, etc., realizamos interpretaciones literales debido a que si cada palabra o frase tuviese que interpretarse en sus diferentes sentidos, es decir, teleológico, sistemático, exegético, etc., no podría existir comunicación, porque tenemos la tendencia de dar el significado común a lo que escuchamos y nos dicen, no le damos un significado rebuscado a las palabras que se nos dirigen, lo que en realidad es lo que llamamos sentido “literal”, y pese a ello no podríamos tampoco sostener que en dichas relaciones dos personas no puedan llegar a conclusiones diferentes alegando que están utilizando una interpretación estrictamente literal¹⁸. Entonces, para basar la aplicación del derecho en la interpretación literal como sostenía la exégesis, paradójicamente el primer escollo que se tendría que superar es el de determinar qué se entiende por interpretación literal; ello, claro está, si se considera que los propios jueces tienen concepciones antagónicas sobre su significación¹⁹, e incluso habitualmente pasan de una interpretación literal a una no literal sin siquiera darse cuenta.

Por ejemplo, pensemos en el término “desacato”, que tiene una significación diferente en el lenguaje especializado como lo es el del

¹⁷ “La idea de la exégesis era, pues, doble: por un lado los textos legales eran claros y transparentes, más aún cuando representaban el sentido democrático de las instituciones con indudable legitimidad. Y en segundo lugar, el juez era un servidor fidelísimo de la ley y debía aplicarla sin dudas ni murmuraciones, pues además cumplía un papel de custodio de la legalidad y no de la constitucionalidad” (GARCÍA BELAÚNDE, *Notas acerca de la interpretación constitucional en América Latina*, “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol”, vol. 1, n° 58-59, 2007, p. 187 a 205).

¹⁸ Es algo parecido a lo que sucede con los chistes en los cuales por lo general se juega con el doble sentido de las palabras.

¹⁹ Advierte MAZZARESE que “no está claro qué pretenden los juristas cuando prescriben y/o, en función de los casos, afirman y/o recomiendan que la interpretación se funde en el significado literal o significado propio de las palabras. No solo no está claro, como es obvio, por el propio carácter problemático de la noción de significado literal, sino también por dos razones adicionales: a) el uso no unívoco que los juristas hacen del término “literal” y/o de otros términos asumidos como sinónimos de “literal”, y b) la pluralidad de concepciones antagónicas que tienen los juristas del proceso interpretativo” (*Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente*, “Doxa”, n° 23, 2000, p. 597 a 634).

derecho, en el que puede significar injuriar, calumniar o difamar a funcionarios públicos²⁰, y otro significado en el lenguaje ordinario, en el que llanamente puede entenderse como incumplir una orden; el abogado en general puede estar tan habituado a escuchar dicha palabra en el contexto judicial que su sentido literal lo remitirá a la primera significación; sin embargo, ello podría generar inseguridad jurídica, pues, si la ley va dirigida fundamentalmente al ciudadano y no a los abogados, se tiene que, dado que los términos utilizados en los tribunales –en su interpretación literal– se remiten a su significado especializado y no al significado ordinario utilizado por el ciudadano²¹, este no podrá entender lo sostenido por la ley si no es con previa traducción de su abogado, lo que sin embargo parece algo inevitable.

En este trabajo, a partir del debate HART-DWORKIN en el cual la interpretación literal juega un papel distinto, puesto que para HART esta interpretación da lugar a la discrecionalidad en atención a la textura abierta de las palabras de la norma, y para DWORKIN da lugar a la aplicación de principios con contenido valorativo, pretendo demostrar que la idea de una “respuesta correcta”, al menos para juzgar penalmente una decisión judicial, debería resultar irrelevante respecto al delito de prevaricato.

§ 2. **LA TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE: ¿VIRTUD O DEFECTO?**

Una palabra en nuestro lenguaje, o más específicamente en la norma, puede usarse para identificar diferentes objetos o situaciones y por tanto puede tener varios significados²²; así, si ante la pregun-

²⁰ El tipo penal de desacato está previsto en el Código Penal boliviano, en su art. 162: “El que por cualquier medio calumniare, injuriare o difamare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas, será sancionado con privación de libertad de un mes a dos años”.

²¹ La noción de bien inmueble tiene un significado especializado, es decir, varía de acuerdo a las diferentes áreas del derecho; por ejemplo, la puerta de una casa para el derecho penal se considera bien mueble a efectos de la configuración del delito de hurto pero un bien inmueble por destinación para el derecho civil.

²² Respecto a la ambigüedad, se da cuando una palabra tiene más de un significado: “Hay otros casos en los que la detección de la ambigüedad es más difícil, puesto que los diversos significados tienen alguna relación entre sí, como en el caso de la ambigüedad llamada de “proceso-producto” (ejemplificada con palabras como ‘construcción’ o ‘pintura’) en que la misma expresión hace referencia tanto a una actividad como al resultado de esa actividad. También se producen ambigüedades que provocan confusión con el empleo metafórico de expresiones que hacen que a veces pueda haber dudas entre ese uso y el literal (p.ej., se dice que Pedro es una

ta de qué se entiende por una norma se producen varias interpretaciones sinceras, entonces estaremos ante un texto ambiguo y el juez tendría varias respuestas.

Ahora bien, sobre los tipos de ambigüedad podemos destacar los siguientes:

a) *Ambigüedad semántica*, la que recae en el significado de las palabras, de forma que si digo llanamente “árbol” la persona con la que hablo no podría saber con certeza si me estoy refiriendo a una planta o a un “árbol” genealógico. Puede producirse este tipo de ambigüedad por usar términos del lenguaje común en una norma especializada o por usar términos del lenguaje común o científico que adquieren significado distinto en el contexto jurídico²³.

b) *Ambigüedad sintáctica*²⁴, referida a la estructura lógica de enunciados, es decir, a cómo se relacionan las palabras²⁵.

persona de una gran riqueza, podemos vacilar sobre si la referencia es al patrimonio de Pedro o a sus dotes humanas y espirituales)” (NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 91).

²³ “Y otro ejemplo, esta vez de la ley orgánica 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. El art. 6.1 de la ley establece que los extranjeros residentes en España podrán participar en las elecciones municipales atendiendo a criterios de reciprocidad, ‘en los términos que por ley o tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquellos’. Ahora bien, la expresión ‘país de origen’ puede generar una duda interpretativa. Por un lado, y puesto que la nacionalidad puede ser *de origen* y *derivativa*, podría interpretarse que la expresión ‘país de origen’ hace referencia al país del cual sea nacional el extranjero. Pero, mediante una interpretación literal (e igualmente plausible) de la expresión ‘país de origen’, podría entenderse que esta hace referencia al país de procedencia real del extranjero (con independencia de su nacionalidad). Si el legislador quiso hacer referencia a la primera posibilidad interpretativa hubiera sido más correcto emplear la expresión ‘países de la nacionalidad de aquellos’, con lo que no se plantearía la duda” (GASCÓN ABELLÁN - GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho*).

²⁴ Hay indeterminaciones sintácticas: “Los casos más claros de indeterminaciones sintácticas están dados por ambigüedades no ya de palabras sino de oraciones, las que pueden expresar más de una proposición no solo cuando alguna de sus palabras es ambigua sino también cuando las conexiones sintácticas permiten varias interpretaciones. Ello puede ocurrir con adjetivos o adverbios que se emplean después de una serie de sustantivos o verbos y resulta indeterminado si califican solo al último de ellos o a toda la serie; o con frases relativas que generan la duda de si se refieren a todos los términos de una conjunción o disyunción precedente; o con el empleo de la disyunción ‘o’ que puede tener un sentido incluyente o excluyente, etcétera” (NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 93).

²⁵ “Por ejemplo, ante una disposición que estableciera que ‘se castigará la incitación a la violencia cuando la misma se realice en otro país’, la expresión ‘la mis-

c) *Ambigüedad pragmática*, refiere a diferentes significados de acuerdo al contexto o fin que busca la norma²⁶.

Por su parte, la vaguedad está referida a la imprecisión del propio lenguaje; por ejemplo, pensemos en el siguiente interrogante efectuado por WITTGENSTEIN: “Supongamos que digo: ‘Mi escoba está en el rincón’. ¿Se trata realmente de un enunciado sobre un palo de escoba y un penacho? Es cierto que la escoba consta de dos partes, ¿pero alguien dice: a) ‘La escoba está en el rincón’, realmente quiere decir, b) ‘El palo de la escoba está en el rincón, ¿el penacho está en el rincón y el palo de la escoba está unido al penacho’?”²⁷.

Cuando un término es vago existe imprecisión e indeterminación en su significado²⁸; de ahí que si no podemos conocer exactamente cuántos árboles hacen un bosque o cuanta arena se requiere para considerar que estamos ante un montón de arena²⁹, entonces cuando digo “bosque” o digo que estoy frente a un “montón de arena” puede ser que otra persona no concuerde conmigo en el uso de esas palabras al igual que cuando digo “rico”, “hermoso”, “bueno”, etc., depende de lo que cada uno entiende por rico, bueno, etcétera.

Mientras que la ambigüedad afecta a los términos, cuando dos cosas tan diferentes como árboles genealógicos y plantas puedan entrar en el mismo concepto de “árbol”, la imprecisión en ese caso puede resolverse generalmente identificando el contexto en el que se usa la palabra; sin embargo, no sucede lo mismo cuando en el bosque encuentro una planta que por su tamaño no esté seguro si me

ma’ podría entenderse referida a la ‘incitación’ o a la ‘violencia’. O la disposición que establece que ‘los jueces no serán separados de sus cargos sino mediante juicio, ni serán trasladados en contra de su voluntad, excepto en aquellos casos en que tenga lugar una reorganización de los tribunales’, puede generar la duda de si la excepción (reorganización de los tribunales) juega solo para el ‘traslado’ del juez o también para la ‘separación de su cargo’” (GASCÓN ABELLÁN - GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho*).

²⁶ GUASTINI pone como ejemplo sostener “llegaré a las 8”, lo que puede ser una promesa, un comentario, una amenaza, etcétera.

²⁷ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, p. 31.

²⁸ Es el célebre ejemplo de HART respecto a que “se prohíbe la circulación de vehículos en el parque”, en el que es muy difícil saber si el concepto de vehículo incluye o no patines o bicicletas.

²⁹ Se presenta vaguedad cuando la aplicabilidad de una palabra es dudosa; por ejemplo, el término “libro” genera la duda respecto a ¿cuántas hojas se necesitan para serlo?, ¿debe tratarse de un texto impreso o puede estar escrito a mano?, ¿las hojas deben estar encuadernadas?, etcétera.

encuentro ante un “árbol” propiamente dicho, es decir que cuando digo “árbol” estoy ante ambigüedad, pero al mismo tiempo el concepto incluso en un determinado contexto tiene vaguedad y puedo dudar frente a esa imaginaria planta sobre si estoy o no usando la palabra de forma correcta³⁰.

Decimos que existe vaguedad en la posibilidad de error en la representación de un objeto, puesto que según el principio lógico de tercero excluido no existe la posibilidad de algo intermedio entre el ser y el no ser; así, o estamos ante un “árbol”, un acto “bondadoso”, etc., o no lo estamos; entonces, la vaguedad parece surgir en la relación que el sujeto establece con un objeto y más precisamente en el conocimiento del objeto concreto.

Pero la vaguedad no es propiedad de los objetos³¹, sino del pensamiento mismo. Pongamos el ejemplo dado por GUASTINI cuando dice que “madre” no es un término especialmente vago, pero que por los adelantos científicos puede serlo cuando no sabemos si “madre” es la que gestó o la que dio el óvulo; en dicho caso es posible que el juez que debe resolver la controversia conozca el mundo de manera completa y por tanto al detalle el procedimiento y alcances de la fertilización *in vitro*, pero de todas formas sería incapaz de resolver la problemática con ese solo conocimiento, sino que tendrá que hacerlo a partir de la clasificación humana de madres y no madres, y, por tanto, de valoraciones culturales propias de los seres humanos y no de los datos desde el conocimiento científico.

Una palabra es vaga en la medida en que hay casos en que su aplicabilidad en una sentencia es dudosa³²; de ahí que uno pueda

³⁰ Mientras la ambigüedad está dada por un exceso de significado, la vaguedad resulta de la falta o insuficiencia en la determinación del significado.

³¹ Para PETER UNGER no está claro dónde está el límite de una nube respecto a otras nubes.

³² “El problema teórico con la vaguedad es cómo caracterizar la falta de claridad en un caso marginal. El punto de vista más simple es que podríamos caracterizarla como ‘indeterminación’ y decir que, en un caso marginal, el significado de la palabra no determina si esta se aplica o no. Un punto de vista alternativo es que la falta de claridad no es una cuestión de significado, sino de ignorancia, que el significado de una palabra puede determinar las condiciones de aplicación sin conocimiento de los individuos, y que en la aplicación de palabras vagas a casos marginales, los individuos simplemente no saben si la palabra se aplica. Desde este punto de vista epistémico de la vaguedad, habrá una única respuesta correcta aún en los casos en que es incierta la aplicación del lenguaje vago de la formulación de la norma [...] El problema en casos marginales no es que no existan límites, sino que no sabemos en

pensar que el problema emerge porque no se conoce bien el objeto sobre el cual tenemos dudas, en este caso sobre el término “madre”, pero como seres racionales que somos buscamos explicar la realidad con teorías que clasifican y por tanto dividen a las mujeres entre “madres” y “no madres”.

Es decir, cuando hacemos una teoría generamos creencias y luego empezamos a actuar conforme a ellas, por lo que el debate de cómo debo resolver los problemas de la vaguedad sin duda alguna pasa por los problemas de la teoría del derecho. De tal manera, el problema de la vaguedad en definitiva es un problema de conceptos, de lo que entendemos en derecho como “plazo razonable”, “debido” proceso, etc.; ello provoca que si partimos de teorías jurídicas diferentes llegaremos a diferentes resultados, pero además lo que hay que tomar en cuenta es que será el interés que tengamos de acuerdo al lugar que ocupemos en la relación jurídica o en la política³³ lo que a su vez determine la teoría jurídica que vamos a defender.

Ahora bien, por la vaguedad y ambigüedad, el lenguaje es ágil, de forma que pedimos un “plato pacheño” sin precisar como debió prepararse y qué elementos debe contener, o cuando pedimos se nos alcance un objeto no resulta necesario que se describan todos sus elementos y propiedades; de lo contrario no podríamos comunicarnos y no podríamos decir “te amo” por no poder ser totalmente objetivos³⁴, pero, como ya se dijo, al mismo tiempo la flexibilidad del lenguaje también puede generar malentendidos y, por tanto, originar procesos judiciales por discrepancias semánticas en la ley o en los contratos,

dónde están” (ENDICOTT, *Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad*, “Doxa”, n° 9, 1996).

³³ Dicha postura variará según se trate del abogado defensor o de la parte acusadora.

³⁴ “La vaguedad del lenguaje no siempre es un defecto sino que muchas veces es un instrumento indispensable de comunicación (advuértase lo difícil que sería comunicarse si no contáramos con palabras como ‘rojo’, ‘gordo’, ‘largo’, ‘calvo’, y las reemplazáramos por expresiones que no pudieran ser usadas sin medir la frecuencias de onda, el peso de la persona, la longitud del objeto o la cantidad de cabellos que exhibe el aludido). Por otra parte, las constituciones son generalmente el resultado de compromisos entre ideologías e intereses contradictorios que se reflejan en tensiones entre distintas disposiciones [...] Por lo tanto, las indeterminaciones que ahora mencionaré, no siempre son el resultado de defectos de redacción, sino que en muchos casos son recursos intencionales y funcionales para hacer un compromiso entre diferentes exigencias y permitir la adaptación de la Constitución a circunstancias diversas” (NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 89 y 90).

pero que afectan significativos intereses de las partes en un proceso, y como resultado se vio la textura abierta por algunos profesores como un defecto para ser suprimido³⁵.

Al respecto, es posible sostener la idea de que hay palabras más vagas que otras, por tanto la vaguedad refiere a algo que puede graduarse de más a menos y no del todo a nada³⁶, y ello puede provocar que cuando queremos precisión pediremos cuidado en la redacción de la ley o el contrato, pero a veces la vaguedad puede ser intencional, como cuando el legislador utiliza “textura abierta” en sus normas³⁷ para que ella pueda adaptarse a los cambios y circunstancias históricos que no puede prever, como puede suceder por ejemplo con la llamada ampliación progresiva de los derechos fundamentales.

En efecto, una demanda civil puede ser observada por vaguedad o ambigüedad, sea porque ello provoque que se carezca de pretensión objetiva o porque le quite el “sentido” y haga oscuro el escrito impidiendo a la parte contraria conocer la pretensión y por tanto generarle indefensión, o cuando por ejemplo se elaboran preguntas capciosas en un juicio y en consecuencia provoca que puedan ser observadas por la parte afectada; en esos y otros casos se reduce la vaguedad de los términos mejorando y precisando los términos utilizados.

En este punto podemos señalar que en el área penal queremos menos vaguedad de forma, que se permita que el juez se apegue estrictamente

³⁵ “KELSEN, por ejemplo, recomendaba no incluir en el texto conceptos como el de justicia, libertad o igualdad” (IGLESIAS VILA, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, “Doxa”, n° 23, 2000, p. 77 a 104).

³⁶ “El más común es el de la *vaguedad por gradiente*, como en el caso de todos los ejemplos mencionados antes, que ocurren cuando una palabra ‘rojo’ o ‘gordo’, por ejemplo, hace referencia a objetos o fenómenos que se dan en la realidad como parte de un continuo, sin indicar claramente en qué punto de ese continuo es apropiado emplear la palabra y desde qué punto deja de serlo. Otro tipo de vaguedad es la *combinatoria*, que se da cuando la palabra no se define por una serie de propiedades necesarias y suficientes, sino que hay un conjunto de propiedades relevantes que, dado un número indefinido de ellas, permiten emplear la palabra, pero cualquiera de ellas puede faltar y la palabra emplearse lo mismo con propiedad si hay un número suficiente de las restantes; los ejemplos más comunes de este tipo de vaguedad que se suelen mencionar son los de las palabras ‘casa’, ‘oro’, ‘juego’” (NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 90).

³⁷ Es algo similar a lo que hacen los poetas que voluntariamente utilizan lenguaje figurado en sus poemas.

tamente al tenor literal de la norma y por tanto exigimos mayor cuidado en la redacción de la norma, es decir, no solo legalidad, sino estricta taxatividad; en cambio, respecto a la norma constitucional estamos dispuestos a aceptar una mayor incertidumbre, siempre y cuando posibilite de mejor manera el debate democrático sobre lo que consideramos como bueno o como malo; en esos casos se tiene que mientras más abierto sea el lenguaje utilizado por el legislador se tendrá una mayor exigencia de justificación racional, de forma que a mayor vaguedad y ambigüedad el no justificar significa arbitrariedad y vulneración del debido proceso, pero no necesariamente prevaricato.

§ 3. **UNA REFLEXIÓN SOBRE EL PREVARICATO Y LA INTERPRETACIÓN LITERAL**

Imaginemos que la ley tributaria estableciera que se debe reducir impuestos a las personas “calvas”; inevitablemente se generaría el interrogante de cuántos cabellos se necesitan para no ser “calvo”.

Como ya se dijo en este trabajo, una palabra puede perder –o al menos reducir– su ambigüedad por el contexto; por ejemplo, la palabra “rico” como sabemos puede significar una persona con mucho dinero o en un segundo sentido puede referir a que un alimento es apreciado por nuestro paladar, pero seguramente habrá consenso mayoritario sobre que si digo “Alfredo es inmensamente rico” me refiero a “rico” en su primer sentido³⁸; de ahí que la ambigüedad normativa puede deberse a la falta de un contexto conocido y puede por tanto superarse ubicando la disposición en el marco de una relación jurídica específica.

También el sentido de una palabra en una norma puede determinarse por otra norma, como cuando una ley hace una definición vaga, pero otra norma aclara su alcance, o la vaguedad puede reducirse de acuerdo a si existe mayor o menor teoría jurídica uniforme que haga referencia a una determinada figura jurídica; así, como sabemos, el delito de “hurto” se consuma cuando existe apoderamiento de un bien

³⁸ Esto se denota de forma muy clara en los chistes: “Persona 1: ‘Oye, te noto mal ¿tomaste algo?’. Respuesta de persona 2: ‘Sí, malas decisiones’”; creo que en este chiste se entiende que se juega con el significado de la palabra “tomar”. Ross pone como ejemplo la palabra “*nail*”, porque tiene ambigüedad, pues en inglés puede significar uña o clavo, entonces si digo “*my nail hurts*” solo puede ser uña, y de ahí la importancia del contexto.

mueble ajeno, pero entonces emergen diferentes teorías respecto a si el apoderamiento se concreta desde que se toma el objeto con la finalidad de apoderarse de él, desde que se lo mueve o cuando el autor del hecho llega a su domicilio, y es posible que no exista un acuerdo uniforme entre profesores y jueces respecto a cuándo existe un delito consumado y cuándo es solamente tentativa³⁹, en cuyo caso la vaguedad será mayor o menor de acuerdo a si existe una práctica judicial consolidada sobre la temática que el intérprete debe tratar.

Parece ser que en general los problemas de vaguedad no se presentan en abstracto, sino en casos concretos; de ahí que el concepto de “calvo” no presenta problemas si pienso en una persona que no tiene un solo cabello, pero surge cuando estoy frente a alguien con muy pocos cabellos, aspecto que pudo no haber sido pensado o siquiera imaginado por el legislador, pero si el caso llega a tribunales dicho interrogante necesariamente debe definirse por los jueces, en virtud de la imposibilidad por parte de estos de poder alegar insuficiencia de la norma⁴⁰, y dirán entonces los jueces que la interpretación implica la superación de la indeterminación⁴¹.

Otras veces puede ocurrir que el administrador de justicia al tiempo de juzgar intente apartarse de la norma manipulando su contenido y encuentre una vaguedad donde no existe, pues a fin de cuentas la determinación de si se encuentra frente a ambigüedad o vaguedad resulta de su interpretación, lo que quiere decir que si una norma es vaga o ambigua no puede determinarse antes de la decisión judicial, sino que es resultado de esta. Sin embargo, el juez que pretenda ir contra la práctica judicial existente tiene que realizar el correspondiente esfuerzo argumentativo de manera proporcional al consenso existente entre otros jueces y abogados, y si no los convence y no logra cambiar la práctica judicial se asoma sobre dicho juez la sombra del prevaricato.

³⁹ Es muy difícil para un ojo humano determinar cuándo se pasa del rojo a otro color; de ahí que “tal vez, la única justificación reside en que nosotros somos, como WITTGENSTEIN sugiere tantas veces, participantes en una práctica y solo en el interior de esa práctica, que presupone una determinada forma de vida” (MORESO, *De nuevo sobre la vigilia. A modo de réplica a mis críticos*, “Analisi e Diritto”, 1999, p. 302).

⁴⁰ Hoy día la norma prohíbe a los jueces alegar insuficiencia, contradicción u obscuridad de la ley para dejar de resolver una problemática sometida a su competencia.

⁴¹ Eliminar vaguedad del lenguaje es eliminar algunos de sus usos.

Ahora bien, el prevaricato⁴² es una figura penal con la que se buscaba controlar la actividad de los jueces; por ejemplo, en la SC 033/2006-R correspondiente a un amparo constitucional, se alegaba el rechazo indebido a una solicitud de extinción de la acción penal por máxima duración del proceso, y el Tribunal Constitucional boliviano denegó la tutela, debido a que la parte accionante en el proceso penal no estableció “concretamente en qué fojas del expediente se encontraban los actuados procesales que demuestran la demora procesal, se coartó la posibilidad para que el Tribunal superior revise dicha prueba”, decisión vinculante conforme establece la Constitución⁴³.

Ahora, imaginemos un caso posterior que debe resolver un juez penal y que refiere a una solicitud de extinción de la acción penal, donde, si bien no se señalaron las fojas en las cuales se encuentra la demora como establece expresamente la SC 033/2006-R, sin embargo, se adjuntaron por la parte interesada copias debidamente legalizadas donde se encuentran los actuados dilatorios.

El juez en ese caso puede pensar que en realidad partiendo de la idea de que quien quiere determinada consecuencia jurídica debe demostrar que concurren los supuestos que habilitan la aplicación de la norma que invoca, y que la ya citada SC 033/2006-R reconoció en su *ratio decidendi* que en solicitudes de extinción de la acción penal por máxima duración del proceso la carga procesal de la existencia de mora procesal corresponde a los solicitantes, quienes deben identificar los actuados dilatorios que no les sean imputables, entendiendo entonces que la cita de las fojas es irrelevante si por otros medios, como son las fotocopias legalizadas, se demuestra lo referido.

En efecto, la Constitución y los tratados de derechos humanos reconocen el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, mientras que el Código de Procedimiento Penal eliminó la figura del expediente instaurando el cuaderno procesal; así, su art. 280 establece: “Durante la etapa preparatoria *no se formará un expediente judicial*” y que “*las actuaciones del fiscal* y los documentos obtenidos se acumula-

⁴² La tipificación del art. 173 del Cód. Penal boliviano establece: “La jueza o el juez que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años” (párr. 1º; texto según decr. ley 10.426).

⁴³ El art. 203 de la Const. boliviana establece: “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”.

rán en un cuaderno de investigación, siguiendo criterios de orden y utilidad solamente”, lo que impide que sea un legajo foliado, además de establecer como requisito para el planteamiento de incidentes procesales como el analizado el de ofrecer “prueba y acompañando la documentación correspondiente” cuando corresponda, contexto que impelía a interpretar la SC 033/2006-R en sentido de que la carga procesal de la parte imputada cuando se solicita la extinción de la acción penal por máxima duración del proceso únicamente alcanzaba a individualizar la prueba de la demora que no le sea imputable, por ejemplo, mediante fotocopias legalizadas del cuaderno de investigación ya que la mención de las fojas en la referida sentencia era meramente ejemplificativa, entendimiento que además se aviene al propósito que buscaba la referida sentencia.

Muchas veces la ambigüedad puede desaparecer cuando una norma se contrapone a otras, pues como ya se dijo el contexto aclara la norma, pero a veces puede suceder justamente lo contrario, que aparezca la ambigüedad o vaguedad cuando una norma se relaciona con otras normas, lo que sucede cuando se repite la norma, existen antinomias, etc., o cuando su sentido literal contradice la finalidad que busca la norma.

Un caso claro para el juez puede volverse difícil, ya que este puede decidir aplicar la ley e ignorar la jurisprudencia constitucional, sin embargo, la parte perdidosa puede proceder a acusar a nuestro juez imaginario de prevaricato, pues como ya se dijo que la finalidad de dicho delito no es que el juez evite la injusticia, sino que se someta al derecho.

Para plantear mi postura tomaré la posición de dos profesores: H. L. A. HART, quien parte de la idea de que los conceptos tienen un núcleo de certeza en el cual la comunidad jurídica comparte un mismo criterio de cómo resolver un caso y una zona de penumbra donde existe duda respecto a la aplicación de la norma; en este último caso el juez puede decidir libremente resolver la problemática de acuerdo a las posibilidades interpretativas de la norma⁴⁴; en cambio, DWORKIN admite que el texto de las normas puede tener vaguedad, pero para aplicarlas apela a los principios cuyo contenido moral permite eliminar la textura abierta del lenguaje.

⁴⁴ Existe textura cerrada cuando hay certeza respecto a cómo resolver una problemática; en cambio, en la textura abierta la decisión depende del arbitrio del juez; sin embargo, la textura abierta puede cerrarse con los hechos y contexto de un caso concreto.

En el caso de HART, diferencia los denominados “casos fáciles”, en los cuales existe un consenso uniforme entre autoridades judiciales sobre cómo resolver determinadas problemáticas judiciales⁴⁵, y los llamados “casos difíciles”, en los que existe una controversia razonable sobre la solución y en los cuales el juez competente ejerce discrecionalidad, es decir, se encuentra habilitado a resolver según su mejor criterio, pero siempre en el marco de las posibilidades que ofrece la norma. Todo lenguaje, incluido el lenguaje de la ley⁴⁶, tiene supuestos en los cuales existe certeza sobre los supuestos ordenados, prohibidos o permitidos, y supuestos en los que es debatible el mandato jurídico.

Para HART el legislador es consciente de lo imposible de prever todas las circunstancias que pueden presentarse a efectos de darle a cada una de ellas una solución legislativa⁴⁷, de ahí que este autor observa que, cuando el legislador prohíbe actos reñidos con el “orden público” o prohíbe la duración de procesos más allá de un plazo “razonable”, en los hechos está efectuando una delegación legislativa al órgano judicial para que determine su significado⁴⁸. Las palabras, incluso de la ley penal, como “ultrajes” a los símbolos patrios⁴⁹, “corrupción” de

⁴⁵ Por ejemplo, en Bolivia es criterio uniforme de los jueces el rechazar solicitudes de ampliación al término de apelación establecido en la ley.

⁴⁶ Para HART, “los cánones de ‘interpretación’ no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres” (*Concepto de derecho*, p. 158).

⁴⁷ “Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de propósitos” (HART, *Concepto de derecho*, p. 160); a criterio de FUERTES-PLANAS, para HART “los legisladores humanos no pueden conocer toda la posibilidad de combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar, lo que conlleva una relativa indeterminación de propósitos” (*Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart*, “Anuario de Derechos Humanos”, n° 8, 2007, p. 131 a 136).

⁴⁸ “Sería posible admitir también, como sostuvo DICEY, que el Parlamento podría autodestruirse totalmente, mediante una ley que declarara que sus potestades han terminado y derogara las normas que proveen a la elección de Parlamentos futuros. En tal caso, el Parlamento podría válidamente complementar este suicidio legislativo con una ley que transfiera todas sus potestades a algún otro cuerpo, digamos la Manchester Corporation. Si puede hacer esto ¿no puede realmente hacer algo menor? ¿No puede poner fin a sus potestades para legislar en ciertas materias y transferirlas a una nueva entidad integrada por el propio Parlamento y algún otro cuerpo?” (HART, *Concepto de derecho*, p. 188).

⁴⁹ El Código Penal boliviano en su art. 129 tipifica el delito de ultraje a los símbolos nacionales, con el siguiente tenor: “El que ultrajare públicamente la bandera, el escudo o el himno de la Nación, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años”.

menores⁵⁰, pueden significar muchas cosas o no significarlas, entonces se espera que el juez les dé el significado, de forma que en ese tipo de casos la textura abierta⁵¹ implicaría la delegación del legislador al juez para que decida de acuerdo a las circunstancias del caso concreto⁵².

Cuando un caso es considerado “fácil”, el juez no tiene facultades para resolverlo, es decir, si la Constitución establece que el mandato del presidente es de cinco años, no puede interpretar que el cómputo debe realizarse conforme los años del planeta Neptuno, y de hacerlo incurriría en arbitrariedad, y por tanto en delito de prevaricato; en cambio, frente a un caso difícil que ofrece determinadas posibilidades interpretativas en ejercicio de la discrecionalidad delegada por el legislador, es competente para elegir entre esas posibles interpretaciones⁵³.

En ese sentido, la vaguedad que da lugar a la discrecionalidad puede ser aprovechada por el juez para resolver según lo que a su criterio es “justo”⁵⁴, pero no le permite ir más allá del texto, pues en ese

⁵⁰ El Código Penal boliviano en su art. 318 establece: “El que mediante actos libidinosos o por cualquier otro medio, corrompiera o contribuya a corromper a una persona menor de dieciocho años, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a ocho años” (texto según decr. ley 10.426).

⁵¹ “La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso” (HART, *Concepto de derecho*, p. 168).

⁵² “La indeterminación del derecho, sin embargo, no debe ser vista como un defecto, ya que constituye una forma de mantener en equilibrio la relación entre su carácter dinámico y su fuerza normativa. La fuerza normativa de una norma jurídica radica tanto en su permanencia como en su capacidad de adecuación a nuevas situaciones. La dinámica del derecho permite que las normas se adapten a nuevas circunstancias, ya sea por reforma o por interpretación. La interpretación, es por lo tanto, un medio para la integración material del sistema jurídico, que produce su modificación” (HUERTA, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, p. 232).

⁵³ “El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que ‘expresa’ un precedente” (HART, *Concepto de derecho*, p. 15).

⁵⁴ La discrecionalidad judicial refiere “a la libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio derecho le deja al juez márgenes para que este elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso” (GARCÍA AMADO, *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, “Isegoría”, n° 35, 2006).

caso incurriría en arbitrariedad, entendida como la actividad ilícita de tergiversar malintencionadamente el lenguaje para alcanzar y justificar un determinado resultado en una decisión judicial⁵⁵.

Por su parte, DWORKIN considera que una visión positivista como la de HART está equivocada, pues no trata en “serio” los derechos⁵⁶, y los dos aspectos básicos que él critica son: a) la separación del derecho y la moral, es decir, la creencia de que el juez debe aplicar el derecho sobre la justicia, y b) la existencia de zonas donde el juez puede ejercer discrecionalidad, es decir, resolver conforme su sana crítica.

El caso que hará famoso por su análisis es “Riggs v. Palmer”, referido a un nieto que mata a su abuelo para heredar cuando el Código Civil del Estado de Nueva York no establecía dicho homicidio como causal de desheredación; pese a ello, observa que el Tribunal Supremo de Justicia de dicho Estado negó la solicitud de herencia aplicando el principio general del derecho que establece que nadie puede beneficiarse o alegar en su favor su propia mala fe.

Para DWORKIN, el positivismo de H. L. A. HART no puede explicar ese tipo de casos, porque la explicación del derecho se basa exclusivamente en reglas o convenciones jurídicas y descuida la existencia de principios⁵⁷, es decir, de criterios morales que determinan la decisión judicial y que en su opinión demuestra que la separación entre

⁵⁵ Para GARCÍA AMADO habrá arbitrariedad cuando: a) se vulneran las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija para el caso, es decir, convierte a la fuerza un caso fácil en uno difícil; b) se demuestra que lo que guía su decisión son móviles incompatibles con el sistema jurídico, como la notoriedad, el miedo, la ideología, la presión externa, etc., y c) cuando no se motiva el fallo o el argumento sea absurdo o contradictorio (*¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, “Isegoría”, n° 35, 2006).

⁵⁶ Por ello mismo su libro se llama *Los derechos en serio*, pues parte de la idea de que los positivistas no toman en serio los derechos, debido a que ellos en virtud de la discrecionalidad no existen antes de la decisión judicial, sino de forma posterior.

⁵⁷ DWORKIN critica a HART sosteniendo que la regla de reconocimiento solo atiende al origen de las reglas –pedigrí– y no a su contenido; en este sentido reivindica la existencia de principios que no se reconocen por la regla de reconocimiento: “DWORKIN es de la idea que, todas las normas que son susceptibles de ser reconocidas en la praxis jurídica como derecho, no siempre pueden cumplir los requisitos que para pertenecer al sistema jurídico prescriben las reglas de reconocimiento [...] Desde el punto de vista positivista algunos de los principios de DWORKIN no serían parte del sistema jurídico. Esto debido a que no cuentan con un origen oficial” (ROJAS AMANDI, *El concepto de derecho de Ronald Dworkin*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, vol. 56, n° 246, 2006).

derecho y moral no tenga sentido, pero además la idea de que el derecho no solo se compone de reglas, sino de principios hace que concluya en la completitud del derecho⁵⁸.

En efecto, el profesor estadounidense hace hincapié en que la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América estableció diferentes estándares morales, a los que utiliza como parámetros para medir la constitucionalidad de las leyes y las conductas, y desde ese punto niega la existencia de casos difíciles y por tanto la discrecionalidad judicial. El aceptar la tesis de la discrecionalidad que otorga libertad al juez para resolver una problemática, en su criterio deja los derechos a merced del libre albedrío de los jueces, quienes incluso al definir su contenido pueden negarlos.

La “lectura moral de la Constitución” propuesta por DWORKIN haría posible resolver los casos difíciles de manera cierta, puesto que ante la falta de reglas el juez debe aplicar principios o incluso como en el caso “*Riggs v. Palmer*” establecer excepciones a las reglas⁵⁹, es decir, que el derecho en su opinión no es un juego de azar donde las partes procesales en un juicio no saben cómo resolverá el juez⁶⁰, pues este debe esforzarse por encontrar la “respuesta correcta” al caso sometido a su competencia y que es anterior a la decisión judicial⁶¹.

⁵⁸ Respecto a la relación entre derecho y moral, para DWORKIN la justificación de los jueces no puede satisfacerse solo apelando a convenciones, sino que se necesita de los principios morales: “la teoría del derecho como integridad también señala que no se opera desde el vacío institucional, que la búsqueda y la administración de la justicia está condicionada por la existencia de otras normas así como de instituciones y procedimientos normativos –integridad, recordemos, significa coherencia en la concepción de justicia y equidad que subyace a las normas vigentes–” (SANTOS PÉREZ, *Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin*, “Doxa”, n° 26, 2003).

⁵⁹ Cuando el legislador hace una norma no puede prever todas sus excepciones, por ello las excepciones están implícitas en la norma, y de ahí que los principios permiten resolver casos no previstos.

⁶⁰ Respecto a que se crea derechos retroactivamente, “DWORKIN menciona lo perjudicial que sería considerar la creación del derecho por el judicial, ya que estaría legislando y aplicando el derecho a la vez, algo que la idea liberal tradicional niega exigiendo que el derecho y los deberes se conozcan de antemano, objetivo valioso y propio de nuestro Estado de derecho” [VEGA GÓMEZ, “Seguridad jurídica e interpretación constitucional”, en DEL REAL ALCALÁ (ed.), *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*, p. 135 a 152].

⁶¹ “Supongamos que el lector se ha leído un largo libro de geología y yo le pido que me diga qué información contiene: me dará su respuesta en una serie de proposiciones de hecho. Pero supongamos ahora que le pregunto, primero, cuán-

De lo expuesto, el famoso debate HART-DWORKIN se origina en la concepción que cada uno de ellos tiene del derecho, pues para H. L. A. HART la relación entre derecho y moral no es necesaria sino eventual (p.ej., cuando existe la posibilidad de aplicar discrecionalidad); en cambio, DWORKIN sostiene que toda regla del derecho está sustentada en un principio y niega la existencia de lagunas jurídicas; sin embargo, el problema observado a esta última postura es cuándo podemos saber que estamos frente a una respuesta correcta⁶².

Por todo lo expuesto, en mi criterio y si consideramos que en derecho sancionatorio queremos la estricta aplicación de la ley por parte del juez penal, entonces tenemos que cuando el otro juez imaginario se aparta de la SC 33/2006-R no puede ser considerado como prevaricador en atención a que solamente se incurre en el referido delito cuando se dicta una resolución judicial “manifiestamente contraria a la ley”, y en el caso referido se pide se observe una interpretación contenida en una sentencia constitucional que, si bien colma la idea de respuesta correcta para el órgano de control de constitucionalidad, no es admisible para sancionar penalmente a un juez que se aparta de dicha decisión al ser contraria a la ley; ello por constituirse en una interpretación inadmisibles desde la literalidad de la norma.

Si entendemos el delito de prevaricato como una sentencia que “manifiestamente” va contra la ley, podemos entender lo sostenido por H. L. A. HART en el sentido de que comete dicho delito el juez

tas proposiciones de hecho contiene el libro, y además qué teoría usó para contarlas. El lector me consideraría loco, y no simplemente porque la cuestión es absurdamente difícil, como si le hubiera preguntado cuántos granos de arena había en la playa determinada, o porque le exige una distinción conceptual difícil, como si le preguntase cuántos seres humanos hay en un grupo que incluye a una mujer embarazada de pocas semanas. Pensaría que estoy loco porque le habría hecho una pregunta completamente inadecuada en relación con el material de que se trata. El libro contiene muchísima información; las proposiciones son las maneras de presentar dicha información, pero el número de proposiciones usadas dependerá de consideraciones que no tienen nada que ver con el contenido de la información, como puede ser, por ejemplo, si se usa el término general ‘rocas’ o los nombres de determinadas clases de rocas. De la misma manera, los juristas se valen de normas y principios para transmitir información jurídica” (DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 139). Para DWORKIN los principios no pueden enumerarse y por tanto no pueden identificarse por la regla de reconocimiento, debido a que esta no puede darles validez porque ya son válidos desde el punto de vista moral.

⁶² Para HART, “entonces la crítica de DWORKIN tiene que ser reducida a una más modesta afirmación de que hay muchos principios jurídicos que no pueden ser capturados así, porque son muy numerosos, muy efímeros o muy susceptibles al cambio o modificación” (HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, p. 45).

que excede el límite de posibilidades interpretativas que la ley deja a su arbitrio; pero si como DWORKIN sostenemos que en materia penal están en juego principios concluiremos que existe una “respuesta correcta”, y el problema es que en ese caso no importa como resuelva el juez porque el sentido de justicia de la parte perdidosa, cualquiera que sea esta, la llevará a pensar que en su caso se ha cometido el delito de prevaricato.

En definitiva, juzgar la decisión judicial por la idea de justicia en los hechos puede producir que se juzgue la sentencia según sus resultados, lo que sería similar a juzgar a un sacerdote que en una tribu dispone sacrificar a una virgen a sus dioses para que se produzca la lluvia y podría dar lugar a que se interprete en el sentido de que solo tendrá responsabilidad frente al colectivo si no llueve.

Si bien, como dice DWORKIN, la búsqueda de la solución a un caso difícil en el cual estén comprometidos principios debe orientarse por la existencia de una “respuesta correcta”, a la vez no se puede tener certeza sobre cuál es esta, entonces la búsqueda de la solución de un caso difícil solo puede encontrarse en teorías razonables, pero no infalibles, de ahí que el carácter subjetivo de la moral hace que el delito de prevaricato solo pueda ser una decisión contra la ley, pero de ninguna manera el incurrir en “injusticia”⁶³ o ir en contra de otro concepto genérico como es el de bloque de constitucionalidad⁶⁴ o el de equidad, entre otros.

⁶³ Esta postura es defendida ampliamente en Bolivia, como por ejemplo si pensamos en este tipo de textos: “Ahora bien, el problema radica en que el tipo penal genérico que es resoluciones contrarias a la Constitución, incluye en su regla prohibitiva a la propia Constitución Política del Estado, lo que adhiere, principios de la administración de justicia, valores, una moral racional y otros a ser observados por todos los funcionarios públicos; es decir que es objeto de sanción, *toda decisión injusta* en la medida en que transgrede las reglas morales del vivir bien, de la piedad a diferencia de la tolerancia y otros que emula nuestro Estado; no obstante pareciera que el delito de prevaricato, solo sanciona el fallo judicial *que se aparte de la ley*, sin posibilidad alguna de evaluar si el fallo es justo o no; es decir que no sería punible una resolución judicial que cumpliendo la ley, se muestre contraria a una moral racional, a un principio de justicia y a un test de racionalidad” (CHURA FLORES, *Manual del prevaricador*, p. 32).

⁶⁴ El Código del Sistema Penal de Bolivia establecía en su art. 117 sobre el delito de prevaricato: “La jueza o juez que, en el ejercicio de sus funciones, dicte resolución manifiestamente contraria a la Constitución Política del Estado, al bloque de constitucionalidad o a la ley aplicable al caso, haciendo lo que estas prohíben o dejando de hacer lo que mandan, en la sustanciación de una causa, será sancionado con prisión de cinco a diez años, multa sancionadora de doscientos cincuenta y un a cuatrocientos días e inhabilitación”.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *La política*, Bogotá, Panamericana, 1992.
- BREMAUNTZ, ALBERTO, *La interpretación de la ley*, “Anales de Jurisprudencia”, t. 261, ene.-feb. 2003, p. 431 a 455.
- CHURA FLORES, LUIS G., *Manual del prevaricador*, La Paz, Original San José, 2018.
- DEL REAL ALCALÁ, J. ALBERTO (ed.), *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Unam - Flores, 2016.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 2010.
- ENDICOTT, TIMOTHY, *Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad*, “Doxa”, n° 9, 1996.
- FUERTES-PLANAS ALEIX, CRISTINA, *Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart*, “Anuario de Derechos Humanos”, vol. 8, 2007, p. 131 a 186.
- GARCÍA AMADO, JUAN A., *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, “Isegoría”, n° 35, 2006, p. 151 a 172.
- GARCÍA BELAÜNDE, DOMINGO, *Notas acerca de la interpretación constitucional en América Latina*, “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerriol”, vol. 1, n° 58-59, 2007, p. 187 a 205.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA - GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra, 2003.
- HART, HERBERT L. A., *El concepto de derecho*, trad. G. CARRIÓ, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011.
- *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, Unam, 2000.
- HUERTA, CARLA, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, Unam, 2008.
- IGLESIAS VILA, MARÍA, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, “Doxa”, n° 23, 2000, p. 77 a 104.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO E., *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Temis, 2008.
- MAZZARESE, TECLA, *Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente*, “Doxa”, n° 23, 2000, p. 597 a 634.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. N. ESTÉVANEZ, México, Porrúa, 2003.
- MORESO, JOSÉ J., *De nuevo sobre la vigilia. A modo de réplica a mis críticos*, “Analisi e Diritto”, 1999, p. 295 a 341.
- NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- ROJAS AMANDI, VÍCTOR M., *El concepto de derecho de Ronald Dworkin*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, vol. 56, n° 246, 2006, p. 355 a 412.
- SANTOS PÉREZ, LOURDES, *Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin*, “Doxa”, n° 26, 2003, p. 347 a 385.
- TALAVERA, PEDRO, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, Santa Cruz de la Sierra, El País, 2008.

- URIBE RESTREPO, JORGE, *La interpretación de la ley*, “Estudios de Derecho”, vol. 4, n° 12, 1942, p. 399 a 421.
- VEGA GÓMEZ, JUAN, “Seguridad jurídica e interpretación constitucional”, en DEL REAL ALCALÁ, J. ALBERTO (ed.), *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Unam - Flores, 2016.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Investigaciones filosóficas*, trad. A. GARCÍA SUÁREZ y U. MOULINES, Barcelona, Altaya, 1999.