

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY
TEORÍA Y MÉTODOS

Colección **Lo Esencial del Derecho** 30

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Monteagudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

SHOSCHANA ZUSMAN T.

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY TEORÍA Y MÉTODOS



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

340.7 Zusman T., Shoschana, 1948-

L La interpretación de la ley : teoría y métodos / Shoschana Zusman T.-- 1a ed.--

30 Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).

202 p. : il. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 30)

Bibliografía: p. [197]-200.

D.L. 2018-03291

ISBN 978-612-317-332-6

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho - Interpretación y aplicación I. Pontificia Universidad Católica del Perú II. Título III. Serie

BNP: 2018-064

La interpretación de la ley. Teoría y métodos

Shoschana Zusman T.

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 30

© Shoschana Zusman T., 2018

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2018

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo

y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Ilustraciones: Sandra Zimic

Primera edición: marzo de 2018

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-332-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-03291

Registro del Proyecto Editorial: 31501361800235

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1	
¿QUÉ ES LA INTERPRETACIÓN?	17
1. La interpretación es parte esencial de la comunicación	17
2. No hay texto sin contexto	19
3. ¿Una palabra, un significado?	20
4. La ambigüedad del lenguaje	24
5. La interpretación como problema	25
6. ¿Qué significa interpretar?	27
7. ¿Cuándo es necesario recurrir a la interpretación?	29
8. ¿Es la interpretación un ejercicio abstracto de razonamiento?	32
9. ¿Cuál es el papel de la lógica en la interpretación de la ley?	35
10. La lectura diferente	40
11. El derecho como disciplina argumentativa	42
12. Preguntas	45

CAPÍTULO 2

EL SUJETO DE LA INTERPRETACIÓN: EL INTÉRPRETE	47
1. Los posibles intérpretes	47
1.1 El legislador	50
1.2. Jueces y árbitros	55
1.3. La autoridad administrativa	63
1.4. La doctrina	64
1.5. El ciudadano común	67
2. La interpretación «informada»	70
3. ¿Es el juez objetivo?	71
4. Preguntas	74

CAPÍTULO 3

EL OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN: LA NORMA JURÍDICA	75
1. Delimitación del concepto de norma jurídica	75
2. Caracteres de la norma jurídica	76
3. La norma y los hechos del caso	78
4. La norma como unidad de análisis	80
5. ¿Cómo encontrar la norma aplicable al caso?	82
6. La técnica del fraccionamiento selectivo	85
7. Normas precisas e imprecisas y la importancia de la buena redacción	86
8. Se presume que el redactor es competente	88
9. Preguntas	89

CAPÍTULO 4

LA DISCUSIÓN TEÓRICA	91
1. El textualismo	97
1.1 Los fundamentos del textualismo	98
1.2 Las críticas al textualismo	106
2 El antitextualismo	110
2.1. El intencionalismo	113
2.2. El propósito de la norma o <i>purposivism</i>	119

3. El originalismo y el antioriginalismo	122
3.1. El pragmatismo o consecuencialismo	122
3.2 La teoría de la interpretación dinámica de la ley	131
4. El pluralismo	137
5. Preguntas	140

CAPÍTULO 5

LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY	141
1. Identificar el propio rol	143
1.1. Como abogado litigante	143
1.2. Como árbitro, juez o autoridad administrativa	144
2. La regla general	145
3. El significado legal vs. el significado literal	146
4. La interpretación literal o gramatical	146
4.1. Concepto	147
4.2. El sentido común	149
4.3. Las implicancias de la norma legal	150
5. Trascendiendo la literalidad	152
5.1. La presunción de competencia del legislador	152
5.2. El absurdo, la ambigüedad, la oscuridad y la regla de oro	153
5.3. ¿Cuándo es necesario trascender la letra de la ley?	158
5.4. La regla de la ubicación del defecto (<i>mischief rule</i>)	159
5.5. El significado de la intención del legislador	160
6. La interpretación sistemática	162
6.1. La interpretación sistemática basada en la armonización conceptual	163
6.2. La interpretación sistemática basada en el precedente	166
6.3. La interpretación sistemática basada en la analogía	168
6.4. La interpretación sistemática basada en la argumentación conceptual	168
7. La interpretación sistemática basada en los principios generales del Derecho	169

8. La interpretación histórica	174
8.1. Los debates parlamentarios	175
8.2. El recurso a normas anteriores	177
8.3. Los trabajos preparatorios y las exposiciones de motivos	178
9. Los cánones de interpretación	180
9.1. ¿Son los cánones reglas autónomas de interpretación?	180
9.2. Los cánones más importantes	182
10. Preguntas	196
BIBLIOGRAFÍA	197

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

«Lo Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

La interpretación de la ley ha sido la cenicienta para los estudiosos del Derecho. Alguna vez despreciada, rechazada y confinada a la cocina, hoy baila en el salón de baile

William Eskridge

Aunque algunos respetables tratadistas no lo reconozcan¹, la problemática de la interpretación de la ley es idéntica en el derecho anglosajón y en el derecho continental². Eso es así, sencillamente, porque en ambos sistemas el objeto de interpretación es el mismo: atribuir significado a la ley. Es, entonces, una misma problemática —el lenguaje de la norma legal—, que requiere la aplicación de ciertas reglas, métodos y cánones, muchos de ellos milenarios, que pueden ser aplicados en el contexto de ambos sistemas por igual.

Por ello, la mayor parte de teorías sobre la interpretación de la ley y muchos de los ejemplos que se exponen en este libro han sido tomados y traducidos (en traducción libre) de la doctrina y jurisprudencia anglosajonas. Su gran claridad, su incomparable simplicidad, su inmensa

¹ J.W. Harris, por ejemplo, considera que la interpretación de la ley en el sistema anglosajón difiere de la interpretación en el sistema basado en la ley.

² El derecho anglosajón es el Common Law, que rige especialmente en el Reino Unido y en Estados Unidos y tiene como principal fuente la jurisprudencia. El derecho continental es aquel que rige en el continente (es decir en Europa, excluyendo Inglaterra); se origina en el derecho romano y tiene como principal fuente la ley. El Perú adscribe al sistema del derecho continental.

profundidad y el apuntar a resolver problemas prácticos referidos a disputas entre seres humanos y no a elucubrar sobre temas abstractos y alejados de la realidad me han orientado y me orientan no solo en el trabajo académico, sino, fundamentalmente, en el trabajo profesional.

De esta manera, el valor de este libro, si acaso, no es, precisamente, la originalidad de sus textos y mucho menos la propuesta de una nueva corriente de pensamiento sobre la interpretación de la ley. Su valor está, simple y llanamente, en unir aquello que está injustificadamente separado y que es básicamente desconocido por la doctrina continental.

La interpretación de la ley es, pues, una cuestión universal, que, independientemente de las particularidades de cada sistema, implica el entendimiento o la comprensión de la norma legal, a la luz de métodos y cánones que no difieren en nada. Y es que, al final, la interpretación de la ley resuelve problemas de lenguaje y de comunicación, solo que se trata del lenguaje legal.

Por eso, lo que a continuación presento es —casi— una recopilación de doctrina y jurisprudencia anglosajonas —adaptadas a la realidad peruana—, salpicada de comentarios producto de mi experiencia profesional, que incluye una serie de ejemplos tomados de la vida real —donde el lenguaje es confuso— y algunos dibujos de la talentosa Sandra Zimic, quien, con fines pedagógicos y con algo de humor, tratan de reflejar la problemática de la interpretación. La corrección del texto ha estado a cargo de Lorena Borgo.

Espero sinceramente que magistrados, árbitros, abogados en ejercicio, alumnos de derecho y, ¿por qué no? personas ajenas a la profesión puedan recurrir a este texto para aclarar sus dudas sobre las dificultades que plantea el lenguaje legal.

Problemática que es inmensa y que pocas veces tiene una única respuesta.

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN LOS SISTEMAS ANGLOSAJÓN Y CONTINENTAL

Lord Denning, notable juez inglés de la década de 1960, tuvo memorables pronunciamientos a propósito de la incorporación de Inglaterra a la Comunidad Europea (hoy haciendo el camino inverso) y de los posibles problemas de interpretación que tendrían que enfrentar a causa de las diferencias entre ambos sistemas jurídicos. Dicho juez sostuvo en *Bulmer (HP) Ltd v. J Bollinger SA* (1974) que, a diferencia de lo específico y exhaustivo de las normas en el sistema inglés —que han sacrificado simplicidad, estilo y brevedad con el objeto de eliminar toda labor creativa del juez— las normas del derecho continental son amplias, generales, cortas y de admirable estilo. Sin embargo, —continúa— las normas legales son imprecisas, por lo general no definen y dejan vacíos que deben ser llenados por los jueces, que se ven obligados a apartarse de la interpretación literal y a adoptar otros métodos de interpretación, que van más allá del texto.

Unos años después, el mismo *Lord Denning* señalaba en *Buchanan and Co. Ltd. v. Babco Forwarding and Shipping (UK) Ltd.* (1977) que los jueces del sistema continental *adoptan un método que llaman en inglés con extrañas palabras...el método esquemático y teleológico. Pero no es tan alarmante como suena. Todo lo que significa es que los jueces no pasan por el significado literal de las palabras o por la estructura gramatical de la oración. Ellos van a la intención o propósito que está tras la norma. Si llegan a una situación que, en su mente, se adecúa al espíritu, pero no a la letra de la ley, salvan el problema recurriendo a la intención y al propósito de la legislación, a efectos que produzca el efecto deseado. Eso significa que llenarán vacíos, sin ninguna vergüenza o duda al respecto. Ellos se preguntan sencillamente, ¿cuál es la manera más sensata de manejar esta situación para dar efecto al presumible propósito de la legislación? Y, fundamentan la ley, según ello. Si se estudian las resoluciones de la Corte Europea, verán que lo hacen todos los días. A vuestros ojos —miopes por tradición— es, pura y simplemente, labor legislativa. Pero a sus ojos, lo que hacen es cumplir con el verdadero rol de las cortes. Los jueces dan efecto a lo que el legislador quiso o a lo que se*

presume que quiso. No veo nada malo en eso. Por el contrario. Es un método de interpretación por el cual yo he abogado)... (y que) ha sido condenado..... como una desnuda usurpación del poder legislativo.*

No se trata, entonces, de procesos distintos de razonamiento —que ambos sistemas comparten— sino, en todo caso, de la mayor osadía que Lord Denning, con razón o sin ella, atribuye a los jueces del continente, para apartarse del texto de la ley. Y es que difícilmente existirá un procedimiento de interpretación alternativo a aquel que ambos sistemas comparten. Y eso es así, a pesar de que cada uno de ellos ha transitado por corrientes de pensamiento totalmente distintas**.

* Buchanan and Co. Ltd. v. Babco Forwarding and Shipping (UK) Ltd. (1977); en Zander (2004, p. 189).

** En el sistema continental, principalmente, el racionalismo (Grocio, Pufendorf), el positivismo (Kelsen), el historicismo (Savigny), la Escuela de la Jurisprudencia de Intereses (Heck) y la Escuela de Derecho Social (Geny); y en el sistema anglosajón, básicamente, el utilitarismo (Bentham), el Realismo Norteamericano (Holmes, Frank y Llewellyn), el pragmatismo (Pound y Cardozo).

CAPÍTULO 1

¿QUÉ ES LA INTERPRETACIÓN?

Las leyes son siempre una obra inconclusa

Luis Recaséns Siches

1. LA INTERPRETACIÓN ES PARTE ESENCIAL DE LA COMUNICACIÓN

Los principios de interpretación de la ley no son otra cosa que principios de comunicación lingüística

Ian McLeod

«Un muerto provoca incendio». Este titular apareció hace un tiempo en un diario de circulación nacional, con una obvia falla de sintaxis. Porque un muerto, precisamente porque está muerto, no puede provocar un incendio. Pero, quienes leyeron la noticia entendieron —es decir, *interpretaron*— que lo que el diario quiso decir es que una persona había fallecido como consecuencia de un incendio y no que esa persona lo había provocado.

Eso mismo se produce en todos los ámbitos de la comunicación, donde es frecuente que se incurra en errores de sintaxis y de precisión; se

omitan hechos o se utilicen palabras ambiguas e incluso equivocadas y que, sin embargo, las personas se entiendan.

Y es que las palabras no tienen un significado unívoco y, por lo tanto, deben ser siempre interpretadas, sea que hayan sido utilizadas para informar, para describir, para opinar, para definir, para calificar o para sentenciar. La interpretación es, entonces, un aspecto imprescindible de la comunicación, aun cuando en la vida diaria pase (casi) desapercibida.

¿Y qué ocurre con el derecho? Erich Danz (1926), antiguo tratadista alemán, aunque no por eso menos vigente, demuestra que en el derecho es imprescindible *interpretar*. El autor propone un ejemplo muy simple para demostrar que, a pesar de las palabras empleadas, las personas logran entenderse y, con ello, conformar, mantener o terminar una relación jurídica. Si —dice Danz— una persona entra a un restaurante y le dice al mesero «deme una ración de asado, los fósforos y el periódico», este entenderá que esa persona está dispuesta a pagar por el asado y a no hacerlo por los fósforos (que espera que se los regalen) y tampoco por el periódico (que espera que se lo presten). ¿Y qué ha llevado al mesero a entender que el cliente le propone celebrar nada menos que tres contratos distintos: una compraventa (del asado), una donación (de los fósforos) y un comodato (del periódico)? Pues una serie de elementos que, consciente o inconscientemente, han ido contribuyendo a que llegue a esa conclusión, entre otros, la vestimenta del comensal (terno y corbata); el que haya ingresado a un local con un cartel donde se lee La Buena Mesa; el sentarse en una mesa; el pedir la carta o menú y el haberse dirigido, no a otros, sino a una persona que viste pantalón negro, chaleco verde y corbata pajarita. Y lo más probable es que ninguna de las partes tenga consciencia de haberlos celebrado ni de que, además, el mesero ha actuado como representante del dueño del restaurante. Sin embargo, nadie pondría en duda que comensal y mesero se han entendido.

Este ejemplo demuestra que la interpretación es una actividad de la vida diaria y que todo lo que tenga que ver con el lenguaje, incluyendo el derecho, es interpretable. Ello no impide, sin embargo, la comunicación,

porque lo común es que, en un determinado contexto cultural y compartiendo el mismo idioma, la gente se entienda rápidamente, aún si las palabras empleadas no son exactas o exhaustivas para expresar lo que se quiso decir.

No obstante, ello no es así en todos los casos. También existen los malentendidos.

2. NO HAY TEXTO SIN CONTEXTO

En el ejemplo anterior, ¿podría el mesero entender que el comensal quiere otra cosa? Definitivamente sí, si cambian las circunstancias.

Así, si quien ingresa al restaurante no es una persona razonablemente bien vestida, sino un mendigo y hace exactamente el mismo pedido —deme una ración de asado, los fósforos y el periódico— nuevamente su vestimenta, su aspecto físico y su manera de pedir (con menos «autoridad» que en el caso anterior) llevarán al mozo a deducir que lo que el mendigo le está proponiendo es que le regalen el asado y los fósforos y que le presten o, incluso, le regalen el periódico.

Anécdotas de restaurante



Lo mismo ocurre con el titular «Un muerto causa incendio». Si bien los lectores del diario en cuestión entendieron perfectamente lo que este intentaba decir, eso no hubiera sido necesariamente así, por ejemplo, en una sociedad tribal, donde cabían (y caben) explicaciones mágicas, que podrían haber llevado a pensar que el incendio fue causado por la venganza de un muerto porque —digamos— le robaron su mujer.

Pensemos solamente en el rumor de la presencia en la comunidad limeña de Huaycán de pishtacos, personajes imaginarios, que, en la creencia popular, roban órganos a los niños, para luego venderlos. Una mezcla curiosa de pensamiento mágico y desarrollo científico altamente sofisticado.

Y es que el enunciado más simple descansa en una serie de valores, hábitos, creencias, conocimientos y objetivos compartidos entre el que comunica (emisor) y el que recibe la comunicación (receptor), de los cuales es imposible desprenderse. Puede decirse, por eso, que *no hay texto sin contexto*. Y esta reflexión se aplica también al derecho, donde incluso las teorías literalistas más extremas aceptan que el contexto interviene, de alguna manera, en dar sentido al texto.

3. ¿UNA PALABRA, UN SIGNIFICADO?

Como he señalado, el hecho de que no exista texto sin contexto tiene una indudable incidencia en el significado de las palabras. ¿Significan lo mismo las palabras en contextos diferentes, es decir, en momentos o lugares distintos?

La respuesta es negativa.

Hoy se considera que el concepto de una palabra, un significado, es una falacia y, por eso, se parte de la premisa de que ninguna palabra tiene el mismo significado dos veces (Hayakawa & Hayakawa, 1990, p. 39). Así, por ejemplo, la palabra *solterona* que, a comienzos del siglo XX, tenía una connotación despectiva —que aludía a una suerte de *capitis deminutio*— hoy ha perdido casi por completo su significado, sobre todo en países

desarrollados, debido a la independencia adquirida por las mujeres y al valor que estas conceden a su soltería. A tal punto que podría decirse que, en esos países, dicha palabra está casi en extinción. Asimismo, la palabra *líder*, que muchos centros de estudio prometen ser a sus estudiantes, se utiliza en un sentido que no corresponde a su significado original. Y es que el diccionario define al líder como jefe, orientador o cabeza y no todos los estudiantes podrán llegar a ser líderes al mismo tiempo, porque, paradójicamente, el liderazgo desaparecería. Lo que ocurre, entonces, no es que los centros de estudios quieran ir contra la lógica y convertir a todos en líderes, sino que la palabra se utiliza en un sentido totalmente distinto al del diccionario, esto es, como sinónimo de superioridad, profesionalismo, eficiencia, carisma, capacidad organizacional, etcétera, pero no propiamente como liderazgo. Las palabras, pues, pueden significar cosas distintas según el tiempo y el lugar en que se empleen.

También se van creando palabras de época en época (el ratón del ordenador). Hay, asimismo, palabras que aparecen o desaparecen con mayor lentitud, según el tipo de sociedad de que se trate. Hoy, por ejemplo, han perdido casi totalmente su vigencia palabras como alfarero, arroba, almoneda, capellanía, comendador, corregidor, enfiteusis, escribano, hijuela, ponqué y saya que, si bien siguen apareciendo en los diccionarios, están casi en desuso.

Asimismo, hay palabras que admiten significados distintos. Así, por ejemplo, la palabra *condición*, puede ser utilizada en su sentido de estado (su condición es delicada), de cláusula (las condiciones de la venta) o de hecho futuro e incierto del cual dependen los efectos del acto (te dono, a condición de que te cases). Lo mismo ocurre con la palabra *reivindicación*, que puede significar la defensa de, tan solo, el derecho de propiedad o, de manera más general, la afirmación de cualquier derecho o idea (la reivindicación de la cultura negra, por ejemplo). Igualmente, la palabra *vista* que, en su sentido jurídico tiene una acepción muy puntual —la vista de la causa—, puede referirse, en un sentido más amplio, a la función de un órgano (el ojo) o a un paisaje (la vista es hermosa).

Otras palabras cambian de sentido, al punto que, aun cuando no hayan perdido su significado tradicional, el más frecuentemente empleado es el nuevo (el ratón del ordenador o «pechar» en su sentido de retar, cuando su verdadero sentido es pagar tributos). O sustantivos se convierten en verbos (por ejemplo, googlear, taxear, concesionar (aún no aceptadas oficialmente) o, en replana, gomear (término utilizado para referirse a que una persona golpea a otra, donde el vínculo está en la «goma», que sirve para «pegar»).

Las palabras pueden también tener una connotación informativa (X tiene cinco perros) o, al contrario, una connotación afectiva (ese hombre es un perro). Pueden también tener una connotación sexista (María es una cualquiera) o tabú (finado por muerto; pueblo joven por barrio pobre).

Otras veces, la sintaxis hace la diferencia. Así, por ejemplo, no es lo mismo decir que X es un pobre hombre que decir que X es un hombre pobre, pues en el primer caso la connotación es despectiva, mientras que, en el segundo, es informativa e incluso compasiva. Algunas veces se utilizan palabras en sentido filosófico y otras, en sentido peyorativo (el hombre es un animal racional o ese hombre es un animal).

Hay palabras que encierran juicios raciales, religiosos o políticos (cholo, comunista, conservador, radical), por lo que, en muchos casos, se utilizan palabras que tratan de encubrir su impacto ofensivo (afroamericano, persona de color o, en el Perú, «moreno») (Hayakawa & Hayakawa, 1990, p. 39).

Existen, finalmente, expresiones cuyo sentido literal no concuerda con su verdadero significado. Por ejemplo, la expresión *black tie*, que literalmente significa corbata negra, sirve para indicar que los hombres que asistirán a la fiesta deben usar un traje de etiqueta y que las mujeres deben vestirse apropiadamente, generalmente de largo¹. Igualmente, si en un encuentro casual, una persona le dice a otra «nos vemos pronto», no le está prometiendo que, en efecto, se verán y, mucho menos, que eso ocurrirá pronto. Se trata de una fórmula de cortesía que, de seguro, la otra

¹ Ejemplo tomado de McLeod (2002, p. 252).

persona entenderá y no esperará ser convocada. O, si digo «ya escuché lo que dijiste», no estoy simplemente reportando que he escuchado, sino indicando que no quiero escuchar lo mismo otra vez. También, si un amigo nos saluda diciéndonos «hola, hermano», sabemos que lo que quiere decir es «hola, amigo».

Nuevamente, pues, *no hay texto sin contexto* y es este el que determina el significado de lo dicho. Y el contexto no siempre ni necesariamente es el mismo.

Para demostrarlo, pongamos como ejemplo las expresiones de un pastor evangélico que abomina la homosexualidad, donde el contexto hace la diferencia entre una conducta que califica o no como delito.

De otro lado, recurrir al contexto es indispensable porque pretender la exactitud del lenguaje tomaría un tiempo interminable, que nadie, ni el más exigente, está dispuesto a perder. Así, si una persona dice que fue al circo, no tiene que decir que vio payasos, fieras, perros amaestrados y trapevistas, pues todo ello está involucrado en la palabra circo, aun cuando ese circo en particular no haya exhibido, por ejemplo, perros amaestrados. También, si una persona alude a un árbol, no tiene por qué referirse a la raíz, al tallo, a las hojas, flores y frutos, porque normalmente cada árbol los contiene. Las palabras circo y árbol, pues, debido a su generalidad, permiten imaginar todo lo que ellas involucran. Por eso, el lenguaje se entiende como un conjunto de convenciones, que van de lo concreto a lo abstracto (vaca-mamífero-animal-ser vivo), que permiten a las personas entenderse, aún si su discurso verbal no es preciso o exhaustivo, como, de hecho, nunca (o casi nunca) lo es.

Un caso interesante es el de la muy de moda alusión a ambos géneros por separado (amigos y amigas, hombres y mujeres, compañeros y compañeras, ciudadanos y ciudadanas). Pues bien; ante la «viralización» de esta práctica, la Real Academia Española (RAE) le ha negado, de manera tajante, valor lingüístico y lo ha hecho precisamente en aplicación del principio de economía del lenguaje, donde el género masculino involucra

al femenino y donde, precisamente por eso, cabe hacer referencia a colectivos mixtos utilizando únicamente el masculino.

Y debe seguir involucrándolo, por más que ello resulte chocante a quienes consideran que esa suerte de absorción del género femenino por el masculino es políticamente incorrecta o —peor aún— que es señal de machismo. La necesidad de abreviar, pues, ha forzado a la RAE a recordar a quienes usamos el lenguaje («a todos» y «a todas») que la unificación en el masculino es una regla gramatical y que debe recurrirse a la distinción de géneros únicamente si ella es necesaria (como cuando se dice los niños crecen más rápido que las niñas). Y eso no tiene nada que ver con la discriminación ni atenta contra la tan ansiada igualdad de género. No exagerar, pues. Para que los salarios de hombres y mujeres se equiparen, no es necesario distorsionar el lenguaje.

En conclusión, siempre, se interpreta y si no hay conciencia de ello es porque, lo que normalmente ocurre es que las personas logran entenderse debido a que entienden de manera similar una determinada situación. Exactamente igual como en el caso del muerto incendiario y de los comensales en el restaurante —el cliente y el mendigo— donde los textos solo pueden ser entendidos si se toma en cuenta el contexto.

Nuevamente, pues, *no hay texto sin contexto*.

4. LA AMBIGÜEDAD DEL LENGUAJE

Entre la idea y la realidad...cae la sombra

T.S. Eliot (Los hombres huecos) en McLeod (2002)

Hoy es unánime la asunción de que el lenguaje es ambiguo. Casi podría decirse que no hay escapatoria, a tal punto que el juez norteamericano Félix Frankfurter decía, con resignación, que todo lo escrito es susceptible de presentar problemas de significado, debido a la verdadera naturaleza de las palabras (Cross, 2009; p. 50).

Pero, la indeterminación del lenguaje tiene un límite. Cross señala, por ejemplo, que es posible discutir el exacto significado del término *azul*, pues algunos considerarán que el color turquesa se encuentra en la paleta de los azules, mientras que otros, que no. Pero —continúa Cross— lo que no puede decirse es que azul es igual a naranja, porque son colores distintos. Lo mismo ocurre con la palabra *felino*, en la que pueden considerarse tigres y gatos, pero nunca vacas o perros salchicha (Cross, 2009; p. 50). La ambigüedad del lenguaje, pues, aun cuando exista, no es absoluta. Y es por eso que, en un lugar y tiempo determinados, las personas son capaces de entenderse. Pero, se llega al límite cuando la atribución de un significado a determinada palabra ambigua u oscura lleva a consecuencias absurdas, lo cual no es aceptable.

La gran duda



5. LA INTERPRETACIÓN COMO PROBLEMA

Aún no se ha diseñado un conjunto de palabras respecto de las cuales un abogado ingenioso no pueda encontrar una dificultad

Lord Cave en Bennion (2008)

Como he adelantado, ocurre que no siempre emisor y receptor logran entenderse. Y cuando dicha falta de coincidencia afecta intereses particulares, se presenta el problema de interpretación. Y en este caso, el escenario de la interpretación es, fundamentalmente, legal.

Para Zander (2004, p. 107), hay varias razones que explican por qué y cómo la interpretación se convierte en un problema:

- (i) El lenguaje que se emplea en los documentos legales (por ejemplo, leyes, contratos, etcétera) es una combinación de lenguaje ordinario y jerga jurídica y, normalmente, es el resultado de la intervención de muchas manos (la expedición de una ley proviene de acuerdos partidarios, donde hay modificaciones puntuales, a veces contradictorias con el resto del texto o con el espíritu de la norma). Por eso, el texto termina siendo, muchas veces, una solución poco feliz. Y, para clarificarlo, requiere ser interpretado.
- (ii) El documento legal no habla del presente, sino del futuro. Y la capacidad del redactor de anticipar todas las eventualidades no es absoluta ni ilimitada. Por más fértil que sea su imaginación, nunca llegará a predecir totalmente lo que ocurrirá en el futuro. Y, aún en el caso de que el redactor tuviera una capacidad de previsión excepcional, siempre optará por valerse de reglas o cláusulas más abstractas y generales, para no convertir el documento en una inacabable lista de hipótesis que, además, corre el riesgo de tampoco ser exhaustiva.
- (iii) El problema de interpretación surge normalmente cuando dos personas tienen intereses opuestos y, en consecuencia, sus puntos de vista sobre el significado del texto son también opuestos. Y esa discrepancia se convierte en extrema cuando los abogados entran a escena porque suelen construir o diseñar los argumentos que avalan la interpretación que favorece a su cliente. Cosa, por cierto, válida, porque la argumentación en defensa del cliente es

parte esencial del ejercicio de la profesión. En otras palabras, en (casi) todas las controversias, la norma tendrá dos significados distintos: el que le atribuye el demandante y el que le atribuye el demandado.

Y, en el escenario legal, las declaraciones, tanto del legislador (la ley), como las del juez (la sentencia), del órgano administrativo (el acto administrativo) o de los sujetos privados (el acto jurídico), son entendidas a través de la utilización de métodos y cánones de interpretación propios y exclusivos del derecho.

6. ¿QUÉ SIGNIFICA INTERPRETAR?

Teniendo en cuenta lo expuesto en el acápite anterior, puede decirse que la interpretación es la aproximación a una fórmula verbal —la norma— que apunta a encontrar su significado legal. Y, si bien ese significado es muchas veces coincidente con el gramatical, ello no siempre es así. En algunos casos la norma es ambigua, sea por razones de semántica (la palabra *condición* tiene varios significados), de sintaxis (un muerto causa incendio, cuando la idea es que un incendio causó un muerto) o de contexto (prohibido vehículos en el parque, ¿también se prohíben las bicicletas?), lo que hace que la norma sea pasible de varias interpretaciones. Y en otros, aunque la norma no sea gramaticalmente ambigua, su sentido no coincide con aquello que se llama *la intención del legislador o propósito de la ley*, sea porque se produciría un absurdo o porque resultaría en una incoherencia, que el intérprete debe evitar. Esto último no es, ciertamente, aceptado por todos, pues, para los literalistas más extremos (una especie en extinción), el juez está obligado a respetar el texto de la ley, aunque el resultado sea absurdo.

EJEMPLOS

Norma ambigua

Cualquiera que cause daño a otro con un instrumento punzocortante será reprimido con, etcétera.

Pregunta: ¿califica como instrumento punzocortante una botella rota?

En este caso, la ambigüedad está en la utilización de la expresión *instrumento punzocortante*. Y lo que se requiere es determinar si la norma quiso referirse a un objeto específicamente elaborado para cortar (un cuchillo, unas tijeras) o si se ha referido a cualquier objeto capaz de causar heridas punzocortantes (el pico de una botella de vidrio).

Norma gramaticalmente clara, pero cuyo significado requiere interpretación

Artículo 62 de la Constitución Política del Perú. Dicha norma establece lo siguiente:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

En este caso, el problema interpretativo surge en relación con aquella porción de la norma (resaltada) referida a la no modificación de un contrato por la ley. El sentido gramatical de la norma es claro: la ley no puede modificar un contrato. No obstante, si dicho criterio fuera aplicado literalmente, la ley no podría introducir cambio alguno y eso no puede ser. Porque, entonces, todavía sería posible reclamar la propiedad de los descendientes de un esclavo, que fue adquirido por una persona mediante un contrato celebrado previamente a la abolición de la esclavitud, para luego ser transmitido de generación en generación. Y eso no es posible, porque, entonces, nada podría cambiar. Pensemos también en

la eliminación del mayorazgo, los censos y las capellanías, que seguirían vigentes si, una norma equivalente al artículo 62 se hubiera aplicado de manera literal.

Se han publicado varios artículos dedicados a interpretar el sentido del artículo 62 de la Constitución. Lo que aquí interesa, sin embargo, no es la respuesta al problema, sino el problema mismo. Retomaremos este ejemplo más adelante.

Pues bien; algunos consideran que la interpretación es inevitable y que el juez o, en general, el aplicador de la norma es, en cierta medida, un legislador que crea subreglas.

Esta capacidad creadora de los jueces, sin embargo, no es, ni mucho menos, aceptada por todos. En algunas épocas y lugares se ha intentado, incluso, prohibir la interpretación. Así, el Código de Justiniano imponía penas severas a quienes pretendieran interpretar sus normas. Lo mismo ocurrió con el Código Prusiano de 1794, que —fiel a su estilo— prohibió la introducción de opiniones académicas y precedentes en su interpretación. Por otro lado, la primera constitución republicana de Ghana fue descrita por su redactor como un mecanismo basado en la asunción que las palabras tienen un significado fijo y definitivo² Tales intentos, sin embargo, fueron un rotundo fracaso. Y ello, sencillamente, porque es imposible prescindir de la interpretación.

7. ¿CUÁNDO ES NECESARIO RECURRIR A LA INTERPRETACIÓN?

La doctrina suele dar dos respuestas opuestas. La primera es que siempre se interpreta, incluso cuando la letra de la norma es clara, pues basta con leer para que ya se esté interpretando. La segunda es que solo se interpreta cuando existe una duda sobre el significado de la norma, siendo de

² Las referencias a los casos de la prohibición de interpretar han sido tomadas de Bennion (2008, p. 170).

aplicación el famoso aforismo de *in claris non fit interpretatio* que significa algo así como «cuando la norma es clara, no requiere ser interpretada».

Si bien la discusión precedente no es de gran trascendencia desde el punto de vista práctico, lo cierto es que siempre se interpreta porque incluso la interpretación literal requiere recurrir a los diccionarios para elegir uno de los múltiples significados de cada palabra. El sentido del aforismo es, entonces, asumir que, si la letra de la ley es clara, no se requiere mayor rebuscamiento ni hay necesidad de estirar o de encoger el sentido de la norma, que debe ser entendida tal cual ha sido formulada.

Mayor relevancia práctica tiene, en cambio, la regla según la cual no cabe crear una duda, retorciendo el sentido natural de la norma. En otras palabras, las dudas sobre el significado de la norma no pueden ser forzadas. Y eso significa que, para recurrir a la aplicación métodos y cánones de interpretación que trasciendan el entendimiento natural de las palabras, debe existir lo que Bennion llama *una duda real*, que no supone negar que la interpretación se produce en los casos más simples, sino que apunta a impedir que se creen problemas de interpretación donde estos no existen. Debe tratarse, pues, de una duda real, no superficial, conjetural o frívola, porque siempre es posible retorcer la norma y encontrarle uno o, incluso, más sentidos, que sobrepasan toda lógica jurídica y fáctica. Es por eso que dicho autor (2008, pp. 25-26) sugiere, no sin humor, que *los intérpretes deben estar en guardia contra los abogados que creen argumentos aparentes y que diez mil dificultades no hacen una duda*.

UN EJEMPLO DE INTERPRETACIÓN «RETORCIDA»

La ley de cuotas sustituyó el antiguo sistema de pesca de anchoveta, metafóricamente llamado «la carrera olímpica». Según la norma derogada, las embarcaciones dedicadas a la pesca de anchoveta podían pescar todo lo que fuera posible durante cierto período autorizado por el ministerio encargado. En cambio, la nueva ley, con el objeto de racionalizar la actividad pesquera, estableció que el ministerio debía asignar a cada embarcación una cuota por ser distribuida a lo largo del período de pesca. Ello ocasionó que muchas plantas de procesamiento de harina de pescado, instaladas a lo largo del litoral —cuyo sentido económico se fundaba en recibir el pescado lo más rápido posible y permitir que siguiera la carrera olímpica o pesca todo lo que puedas—tuvieran que ser cerradas, porque, con la existencia de una cuota por embarcación, la cercanía de la planta dejó de ser una necesidad ya que estas podían permitirse llevar el pescado a una planta más alejada, sin por eso perder su cuota.

Fue en ese contexto que los dueños de aquellas plantas pesqueras que pasaron a ser innecesarias —obviamente insatisfechos con el cambio— interpusieron una acción de inconstitucionalidad contra la referida ley de cuotas. Y, uno de sus principales argumentos fue el que la norma atentaba contra el derecho constitucional al trabajo, aludiendo, con ello, a la pérdida de empleo de los trabajadores de las plantas cerradas o a ser cerradas por falta de mercado.

Resultaba, sin embargo, forzado que la ley de cuotas atentara contra el derecho constitucional al trabajo, solo por el hecho de que el nuevo régimen hizo innecesario contar con tantas plantas de procesamiento y que, con ello, un cierto número de trabajadores perdiera el empleo. El Tribunal Constitucional no acogió el planteamiento de los demandantes.

Como puede verse, este es un caso en el que la interpretación de la demandante fue retorcida. Porque, si ese fuera el entendimiento del derecho constitucional al trabajo, no cabría la introducción de tecnología que reemplace la mano de obra, porque atentaría contra el referido derecho. Y eso es antinatural o contrario a la evolución.

8. ¿ES LA INTERPRETACIÓN UN EJERCICIO ABSTRACTO DE RAZONAMIENTO?

*Las reglas son algo más que proposiciones abstractas de lógica.
Ellas dependen, para surtir efectos, de la relevancia
de ciertos estados de hecho*

Sir Carleton Allen en Bennion (2008)

*Una política es una meta a lograr generalmente para mejorar en
lo económico, político o social..., un principio, un estándar que
requiere justicia, equidad o alguna otra dimensión de la realidad*

Ian McLeod

Incluso en aquellos supuestos de análisis puramente hipotéticos, las normas no se interpretan en abstracto, sino, siempre, en relación con ciertos hechos, acontecimientos o circunstancias, no interesa si son o no inventados³. Eso es lo que, en términos procesales, se conoce como los *hechos del caso*.

La idea es, entonces, que la norma no sea entendida como, tan solo, una proposición lógica y abstracta, pues su interpretación dependerá de los hechos sometidos al conocimiento del juez, del árbitro o de la autoridad administrativa.

Por eso, la labor de interpretación apunta, en primer lugar, a aclarar los hechos del caso, porque siempre cabe que la norma tenga un significado X al ser aplicada a ciertos hechos y un significado Y al ser aplicada a ciertos otros. Es por eso que Bennion (2008, p. 392) señala, con sabiduría, que la pregunta práctica es, para la corte, no lo que la norma significa en abstracto, sino lo que significa en relación con los hechos del caso.

³ Un caso de hechos inventados es el de los ejemplos que se dan durante una clase.

Siendo eso así, la interpretación de la ley tiene que lidiar con dos aspectos distintos: a saber, la interpretación de los hechos y la interpretación de la norma, que son aspectos que se complementan entre sí y que se aplican, no en forma sucesiva sino, más bien, circular o refleja (significado de la norma-adaptación a los hechos-significado de la norma-adaptación a los hechos) y así hasta aclarar el sentido de la norma en relación con los hechos del caso.

LA NORMA Y LOS HECHOS DEL CASO

Un ejemplo de la íntima relación entre la norma y los hechos del caso es la aplicación del receso o terminación unilateral del contrato de ejecución continuada, regulado en el artículo 1365 del Código Civil, que permite a cualquiera de las partes poner fin a un contrato de ejecución continuada y sin plazo. La lógica de la norma responde, naturalmente, a que nadie puede quedar eternamente atado a un contrato, porque, aunque se trate de un acto voluntario, la permanencia indefinida de un acuerdo atenta contra la libertad. Es por eso que, por ejemplo, los contratos de servicios y el usufructo tienen un plazo máximo de duración, más allá de los cuales, estos son nulos.

No obstante su lógica inclusión, el artículo 1365 del Código Civil ha traído una serie de complicaciones, que obligan a los jueces y árbitros a ser más o menos flexibles en su aplicación, ya que cada caso involucra personas, circunstancias y conductas muy distintas entre sí, que pueden o no causar daños.

Ese fue el caso de un convenio de accionistas, en el que se acordó, entre otros aspectos referidos al manejo de la sociedad, la implantación de un mecanismo de rotación en el directorio. Transcurridos dos años desde su celebración, uno de los accionistas, amparándose en el artículo 1365 del Código Civil, pretendió ponerle fin bajo el argumento de que se trataba de un contrato de ejecución continuada sin plazo convencional o legal y que, por tanto, procedía el receso o terminación unilateral.

El tribunal arbitral, trascendiendo la letra del artículo 1365, falló en contra de dicha posición, en consideración a que el receso solo aplicaba si quien lo pedía tenía justa causa, la cual no estaba presente en el caso

en cuestión, puesto que habían transcurrido tan solo dos años desde la celebración de dicho convenio.

Pero, nos preguntamos ¿qué habría decidido el mismo tribunal si la relación contractual venía durando veinte años o si el sistema de alternancia en el directorio se hubiera mostrado inconveniente a los intereses de la sociedad?

Caso real, arbitraje sujeto a la regla de confidencialidad

El caso que aparece en el recuadro demuestra que, una vez que el juez tiene claros los hechos del caso (en el ejemplo propuesto, lo que el contrato venía durando, la conducta de las partes, el grado de afectación del receso a una o a ambas partes, la posibilidad de la continuidad de la empresa, etcétera), acomoda o ajusta el sentido de la norma. Y, justamente porque no existen dos casos idénticos, las sentencias no son ni pueden ser de aplicación general. Cosa distinta son los precedentes, que establecen criterios generales de interpretación de las normas a casos similares.

Es también por esa razón que la doctrina anglosajona del *stare decisis*⁴, reconociendo las diferentes maneras de entender un caso —que depende de las particulares circunstancias de cada uno—, obliga a los jueces a sustentar sus fallos en algún principio jurídico (justicia, seguridad jurídica, no discriminación, razonabilidad, justa causa, abuso del derecho, etcétera),

⁴ *Stare decisis*, cuya denominación completa es *stare decisis et quia non movere*, implica estar a lo decidido y no perturbar aquello que está establecido, que está quieto. Se trata, en buena cuenta, de la doctrina del precedente—fundamento del Common Law anglosajón, donde el juez tiene que basarse en lo que otros jueces han señalado, no importa si lo ha dicho hoy, hace un año o hace tres siglos. El sistema continental, en cambio, no tiene ese respeto por la jurisprudencia que, aunque importante en algunos países, normalmente no obliga, como sí lo hace en el sistema del Common Law. Hoy, ambos sistemas convergen y uno toma prestado del otro lo que le hace falta. Así, en países del Common Law, la expedición de leyes es cada vez más importante y en los países del derecho continental (*civil law*) se ha comenzado a atribuir valor a un conjunto de sentencias orientadas en un mismo sentido (precedentes), como sustento de su decisión.

de modo que sea ese el corazón del precedente (y no los hechos y normas circunstanciales) que los demás jueces deben acoger.

No son, entonces, los argumentos lógicos los que más cuentan, sino los principios involucrados. Algo para aprender.

9. ¿CUÁL ES EL PAPEL DE LA LÓGICA EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY?

*El derecho no se basa en un silogismo, sino en las necesidades
sentidas de nuestro tiempo*

O.W. Holmes en Cross (2009)

La vida de la ley no ha sido lógica, sino experiencia

O.W. Holmes en McLeod (2002)

El silogismo clásico



El positivismo es la corriente de pensamiento que ha gobernado el derecho continental del siglo XX. A esa conclusión llega Giovanni Tarello (2013, p. 93), uno de los mayores exponentes italianos de la

filosofía analítica del derecho y padre de la Escuela Genovesa, quien señala, críticamente, que la lógica formal moderna devino un instrumento potente y útil de una ideología del derecho y de una técnica de organización social —el positivismo jurídico⁵ que ha dominado y domina la cultura jurídica europea (sub/neg.ag).

De acuerdo con el esquema positivista, la aplicación de la ley es vista como el desarrollo de un silogismo, donde la premisa mayor (PM) es la norma; la premisa menor (pm), los hechos del caso, y la sentencia es la conclusión.

No obstante, el esquema del razonamiento a partir del silogismo parte de algunos supuestos falsos, a saber: que la ley (PM) es siempre clara; que el intérprete no tiene que elegir la norma aplicable al caso y que los hechos son siempre idénticos.

De ahí que, según Tarello (2013, p. 94), las reglas de la lógica formal devenían parte integrante del sistema jurídico y la tarea de la ciencia jurídica quedaba definida como la de preconstituir silogismos prácticos, configurando en abstracto las hipótesis de casos, que sirviesen luego a los jueces cuando los casos hipotéticos se verificasen y fueran llevados a juicio. Así pues, todas las argumentaciones dirigidas a proponer o a motivar aplicaciones del derecho eran reconducidas, ocultando aquellas operaciones intelectuales y prácticas que al razonamiento analítico no podían conducirse.

Bajo el sistema dominado por el pensamiento positivista, pues, no se asumía la existencia de discusiones sobre el significado de los hechos (pm) y de la norma (PM). En apariencia, todo transcurría lógica y fácilmente hasta llegar a la conclusión.

⁵ Para Tarello, el positivismo jurídico es aquella concepción del derecho para la cual el derecho es solo aquello y todo aquello producido por autoridades reconocidas, que constituyen el sistema de fuentes del derecho, tales fuentes están coordinadas y tienen origen en la soberanía y todas las producciones forman parte, por ello, de un cuerpo único; la aplicación del derecho no es productiva de derecho nuevo... sino que es simple y automática aplicación de la legislación a los casos concretos; la aplicación es simple y automática, porque consiste en meros silogismos.

Tarello está en lo cierto. Las PM (la norma) y la pm (los hechos) son, a veces, muy difíciles de determinar y la tarea se convierte no en un desarrollo lógico del silogismo, sino en la apreciación de un conjunto de hechos y la de estos en relación con un conjunto de normas, cuyo significado debe, a su vez, encontrarse a la luz de dichos hechos.

McLeod (2002, p. 8) coincide con Tarello, cuando cuestiona la exactitud de las PM y pm, señalando que debemos determinar ambas premisas antes de llegar a una conclusión (sub/neg.ag.). En relación con la pm señala que la discusión en un determinado caso puede centrarse en los hechos, razón por la cual la prueba es un elemento muy relevante y, en otros casos, en el sentido de la norma, donde, encontrar su sentido resulta siendo lo relevante⁶.

Un ejemplo propuesto por McLeod puede aclarar lo señalado. Se trata del caso *Bourne v. Norwich Crematorium Ltd*, donde la discusión se centró en si un horno crematorio constituía o no una construcción industrial, cuyo costo podía ser deducido como gasto, o si se trataba de una estructura no industrial, cuyo costo no podía ser deducido. Y eso no supone la aplicación del silogismo, sino la determinación del significado de la palabra «industria».

Como puede verse, entonces, lo esencial en el razonamiento jurídico es la determinación del significado de las premisas que conforman el silogismo.

Es por eso que MacCormick (2005) señala que hay cuatro aspectos que deben ser definidos antes de recurrir al silogismo, a saber: (i) la prueba de los hechos (¿fue X el causante del daño?); (ii) la calificación jurídica (¿califican los hechos como un supuesto de daño?); (iii) la interpretación de la ley (¿qué significa la prohibición de causar un daño? ¿debe entenderse en sentido amplio o restringido?); y (iv) la relevancia de los hechos en relación con la norma (¿se adecúan los hechos a la norma?).

⁶ Para la selección de la premisa mayor, Tarello considera necesario tener capacidad intelectual altamente desarrollada que no se adquiere rápidamente, fácilmente y sin dolor.

La lógica en el derecho tiene, pues, un ámbito específico y acotado ya que cada una de las premisas del silogismo requiere ser precisada. Es más, las premisas del silogismo pueden ser correctas, con lo cual también será correcta la conclusión. Pero, si una o ambas premisas son falsas, la conclusión puede también ser correcta.

EJEMPLO DE PM INCORRECTA Y DE CONCLUSIÓN CORRECTA

PM: el inquilino tiene derecho de retracto, que es sinónimo de preferencia.

pm: A es inquilino y reclama no haber sido notificado previamente a la compraventa del inmueble.

C: la demanda de A debe ser amparada.

Comentario: la PM es equivocada, porque el retracto es un derecho distinto a la preferencia. La conclusión es, sin embargo, correcta.

EJEMPLO DE PM INCORRECTA Y DE CONCLUSIÓN CORRECTA

PM: el inquilino tiene derecho de retracto

pm: A es poseedor de mala fe. La posesión inmediata es un supuesto de inquilinato.

C: A tiene derecho de retracto.

Comentario: en este caso, la calificación de los hechos es incorrecta porque ser inquilino y ser poseedor inmediato son dos cosas distintas. La conclusión es, sin embargo, correcta.

Por el valor relativo de la lógica en el pensamiento legal, Tarello sostiene que el dominio del razonamiento legal lo tiene la *retórica*⁷, en tanto discurso

⁷ Ver en ese sentido, Amsterdam (2002, pp. 165-193).

persuasivo y justificador. Tal discurso es esencialmente distinto al discurso lógico-demostrativo propio, por ejemplo, de las matemáticas. De ahí que se identifiquen dos tipos distintos de razonamiento: el *lógico matemático*, que llega a conclusiones a través de inferencias (por ejemplo, si A es B, entonces C) y el *razonamiento práctico o argumentativo*, que se vale de técnicas que no pueden ser formalizadas en una estructura lógica⁸. El primer tipo de razonamiento declara la verdad o falsedad de una proposición, mientras que el segundo *justifica una decisión* de la autoridad, para lo cual existe un conjunto de normas que deben guiar su proceder.

La diferencia entre ambos tipos de razonamiento radica, entonces, como bien señala Perelman, en que el resultado del razonamiento lógico es correcto o incorrecto, mientras que el resultado de un argumento jurídico es fuerte o débil, ya que el primero tiene que ver con lo verdadero o falso, mientras que el segundo se relaciona con el decidir y el juzgar. Y, en este último, la motivación es esencial y es mucho más sólida si se funda en un valor (seguridad, orden, justicia, etcétera). De ahí que en todos los campos del derecho donde existe controversia se exige motivación (por ejemplo, derecho administrativo, derecho procesal).

Negarle, pues, relevancia decisiva a la lógica en el razonamiento jurídico, radica en que, siempre, detrás de esta habrá una apreciación del caso según reglas que no provienen de dicha disciplina y que, como bien señala McLeod (2002, p. 4), son la raíz y el nervio de todo el procedimiento. Entre las apreciaciones no derivadas de la lógica se encuentran, por ejemplo, el análisis de la prueba, la equidad, la razonabilidad, el balance, la ponderación y ¿por qué no? la justicia.

No debe, sin embargo, despreciarse la lógica ni negarse el valor del silogismo en el razonamiento jurídico porque, pese a su relatividad, el silogismo sigue siendo un esquema válido ya que, determinadas correctamente las PM y pm, lo que corresponde es la formulación de un silogismo.

⁸ Perelman, en Tarello (2013, p. 104).

10. LA LECTURA DIFERENTE

Un fenómeno muy presente en el proceso de adjudicación de derechos o de aplicación de sanciones es el de la lectura diferente. Se trata, según Bennion (2008, p. 130), de que diferentes mentes hacen una evaluación diferente sobre el significado legal de una ley. Generalmente es un asunto de impresión. Por eso —continúa dicho autor— la interpretación se compara con los relojes de las personas: ninguno está exactamente a la hora, pero todos creen en su propia exactitud⁹. Y, como se verá más adelante, la lectura diferente no tiene solo que ver con la letra de la norma, sino con su espíritu, con la política que ha inspirado su formulación; con la justicia o injusticia del caso concreto, con los intereses de las partes en conflicto y, ciertamente, con la capacidad de persuasión de los abogados, que no es un elemento para nada despreciable.

No obstante, la lectura diferente, aunque sea inevitable, puede crear serios problemas en la administración de justicia, en el sentido que dos casos similares que merecían respuestas similares podrían ser (válidamente) resueltos en sentido opuesto. Y eso atenta contra el principio de igualdad y subvierte la predictibilidad de los fallos, elemento que, sobre todo en el derecho anglosajón —y con toda la razón— es considerado indispensable para el desarrollo económico, para la institucionalidad y para la paz social.

Una manera de reducir el impacto de la lectura diferente es estableciendo precedentes jurisprudenciales que, a partir de la fijación de principios jurídicos (seguridad jurídica; justicia, protección de la parte más débil, libertad, respeto a las formas, positivismo, iusnaturalismo) impongan criterios que pueden o no ser compartidos por los jueces de manera individual, pero que deben ser necesariamente seguidos por estos al emitir una sentencia.

La Corte Suprema tiene la tarea pendiente de establecer un mayor número de precedentes de observancia obligatoria, cuya efectividad puede ser enorme en términos de celeridad, justicia y control de la corrupción.

⁹ Alexander Pope en Bennion, Bennion (2008, p. 131).

UN INTERESANTE CASO DE LECTURA DIFERENTE POR UN MISMO ÓRGANO ESTATAL

El artículo 42 de la ley 2804, Ley de Partidos Políticos, modificado por la ley 30414, establece lo siguiente: *Conducta prohibida en la propaganda política: Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquellos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso, no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral. Esta conducta se entiende como grave y dicha prohibición se entiende a los candidatos a cualquier cargo público de origen popular y será sancionada por el Jurado Nacional de Elecciones con la exclusión del proceso electoral correspondiente (sub/neg.ag.).*

Como puede verse, la norma ha impuesto una sanción sumamente grave, como es la exclusión del candidato del proceso electoral.

Pues bien, en un primer momento, el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), órgano competente para aplicarla, interpretó el artículo 42 antes referido de manera estricta, al sancionar con la exclusión a candidatos que ofrecían y entregaban dádivas, sin distingos ni sutilezas.

Ello fue así, hasta que las tachas a los candidatos por dádivas indebidas comenzaron a proliferar, ya que, de una manera u otra, todos o casi todos habían recurrido a esa práctica. Con lo cual, el criterio de aplicación estricta de la norma ponía en peligro la elección presidencial misma y amenazaba con una crisis política.

Fue así que el JNE flexibilizó la interpretación de la norma, por ejemplo, dejando de lado la obvia vinculación entre un partido político y la entidad organizadora del evento en el que se otorgaron dádivas o estableciendo que la dádiva solo pasó por las manos del candidato.

La interpretación estricta de la norma costó, sin embargo, la candidatura a algunos candidatos.

11. EL DERECHO COMO DISCIPLINA ARGUMENTATIVA

El derecho no es una ciencia exacta, porque no es una ciencia, sino una habilidad práctica, un arte práctico

Neil MacCormick

El derecho es una disciplina argumentativa. Y el que lo sea obliga al abogado no solo a estar familiarizado con el sistema legal, sino a ser capaz de desarrollar buenos argumentos, que pueden estar referidos a la interpretación de la ley, a los hechos, a la prueba o a los principios que iluminan la interpretación. Por eso, el estudio estructurado y ordenado de la doctrina legal es esencial para la buena práctica de la abogacía. No muchos lo aceptan y consideran que ser buen abogado implica, básicamente, conocer los aspectos prácticos de la profesión. Discrepo con dicha apreciación. El conocimiento teórico es fundamental.

El derecho, pues, puede no ser considerado una ciencia, pero, indiscutiblemente, tiene método.

BREVE HISTORIA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Aristóteles fue el pensador occidental que introdujo la interpretación de la ley como problema. En su Retórica, menciona argumentos y contraargumentos basados en la interpretación de la ley. Su aproximación práctica a la filosofía lo llevó a considerar que la interpretación solo cobra significado cuando es aplicada a circunstancias concretas. En el siglo VI, Justiniano creó el Digesto, el cual incluyó unas 200 reglas sugeridas por los pensadores para interpretar la ley. Estos preceptos son iguales a los de las culturas hindú, judía y cristiana, y se convirtieron luego en lo que hoy son los cánones de interpretación (por ejemplo, el que puede lo más, puede lo menos; a igual razón, igual derecho).

En la Edad Media Tardía, Santo Tomás aludía la existencia de una profunda relación entre la ley positiva y el derecho natural y sostenía que las leyes contrarias al derecho natural podían ser interpretadas, de una manera tal,

que llegaran a conformarse con este. Es decir, para Santo Tomás era posible trascender la letra de la ley.

Con la introducción de la hermenéutica moderna —que vuelve su mirada al derecho romano— se mantuvo la importancia de la interpretación literal, pero se comenzaron a aplicar otros métodos, como son la intención del legislador o el propósito de la ley. Y para ello se apelaba a la metáfora de la nuez: ella tiene dos partes, el envoltorio y el contenido: el envoltorio es la letra de la ley y el contenido, su espíritu.

Fue Schleiermacher quien introdujo la idea de combinar lo objetivo con lo subjetivo y establecer un vínculo con el autor de la ley. Y, desde el siglo XIX, en que comienzan a proliferar las elecciones democráticas, se apela, con mucha más fuerza, a la intención del legislador. Tal aproximación se popularizó rápidamente en el pensamiento jurídico occidental.

Los países anglosajones desarrollaron, a su vez, el pensamiento utilitarista, corriente según la cual de lo que se trata al interpretar la ley es de conseguir el mayor beneficio para el mayor número de personas. En Francia, Geny con su teoría de la libre interpretación, coincidió conceptualmente con el utilitarismo, si bien no tuvo mayor eco en el derecho continental. La aproximación utilitarista, en cambio, se robusteció en la literatura académica norteamericana y se reflejó en el realismo jurídico y en el análisis económico del derecho.

Hoy, la hermenéutica ha comenzado a dudar del valor de la intención del legislador y ha transitado hacia una corriente de pensamiento genéricamente denominado *legal process theory*, que postula la necesidad de encontrar el propósito de la ley, bajo las circunstancias actuales (interpretación dinámica de la ley).

Otros importantes desarrollos teóricos durante los últimos cien años han sido la corriente del pragmatismo escéptico y el *posmodernismo*, cuyo interés común es rechazar la autoridad del autor y la deconstrucción del texto y proponen la idea de que las instituciones legales han sido construidas socialmente —y así deben ser entendidas— abriendo un campo muy rico —aunque peligroso— en la teoría de la interpretación.

Basado en Eskridge, 1994.

HARD CASES MAKE BAD LAW

Según MacCormick, con esta expresión se busca aludir a aquellos casos en que existe la tentación de retorcer la interpretación de la ley, para que la sentencia no tenga efectos tan dañinos para el individuo. Son casos que ocurren muy excepcionalmente, pero ocurren, y se producen fundamentalmente porque hay circunstancias en que los jueces tratan de evadir el rigor de una norma de indudable aplicación al caso. Los ejemplos propuestos por dicho autor son interesantes.

¿Estado de necesidad?



El primer caso es el R v. Dudley and Stephens. En el año 1884, unos marineros, varados en medio del mar, con las provisiones agotadas y sin tomar agua por cuatro días, decidieron que, para sobrevivir, debían matar al marinero más débil a fin que los sobrevivientes bebieran su sangre. Y así lo hicieron. Después de unos días y, contra todo pronóstico, los marineros fueron rescatados y llevados a juicio. La pregunta que se formuló fue si estos podían alegar estado de necesidad. Una corte los condenó a muerte, justamente para evitar incurrir en la mala aplicación del derecho o *bad law*. Pero, la pena fue poco tiempo después conmutada y reducida a tan solo seis meses de cárcel. De esta manera, los jueces, seguramente advirtiendo que la pena podía ser conmutada, evitaron incurrir en *bad law*.

El segundo caso es el *Daniels v. White* (1938) y tiene que ver con la venta de una botella de limonada envasada, que contenía ácido carbólico. Un consumidor y su esposa compraron la limonada y se enfermaron. Por ello, demandaron a los fabricantes y embotelladores de dicho producto. Estos demostraron, sin embargo, que habían actuado diligentemente, por lo que no podía achacárseles responsabilidad. El juez, a sabiendas de la inocencia de los fabricantes, no los condenó. No obstante, consideró que el tabernero que vendió la limonada al consumidor era culpable bajo la ley de *Sale of Goods*, por vender bienes que causaron un daño. Igual que en el caso anterior, el juez evitó incurrir en *bad law*, aunque quien pagó las consecuencias fue un tercero que lo único que hizo fue comercializar la limonada.

El tercer caso ha sido expuesto por Dworkin y recogido por MacCormick. La señora Sorensen consumió indistintamente, durante muchos años, un medicamento genérico fabricado por varios laboratorios. El medicamento le causó graves daños y, como este había sido fabricado por diferentes laboratorios, la señora Sorensen demandó a todos ellos, con independencia de si consumió o no el genérico producido por alguno de los laboratorios demandados. El caso se resolvió declarando la culpabilidad de los laboratorios, con lo cual se violó el principio de que nadie responde sino por sus actos. En este caso primó el sentido de justicia y una indudable empatía con el consumidor perjudicado. No obstante, los jueces incurrieron en *bad law*, al vulnerar el principio que la responsabilidad es personal.

12. PREGUNTAS

1. ¿Tienen las palabras un significado único? Y si no, ¿cuál es el que debe elegirse?
2. ¿Es necesario interpretar en todos los casos? ¿Qué significa *in claris non fit interpretatio*?

3. ¿Es lo normal que todos los jueces lleguen a una misma conclusión? ¿Es, por lo menos, lo deseable? Para que ello ocurra, ¿hay algo que pueda hacerse?
4. ¿Es el derecho una ciencia exacta? Si no lo es, ¿cuál es su naturaleza?
5. ¿Es «lógico» el derecho?

LA COMUNICACIÓN EQUÍVOCA

Noticia en TV

Dos transeúntes regresaron a su casa, pero nunca llegaron. Fueron atropellados.

Fuente: TV peruana, 2007

Noticia en TV

Redada municipal para detectar panetones y licores adulterados que, de seguro, no faltarán en su mesa

Fuente: TV peruana, 2007

Noticia en TV

Rescatan a tres personas del incendio, dos de ellas, muertas

Fuente: TV peruana, 2007

Declaraciones de un funcionario ante cámaras

Hemos destinado 100 millones de dólares para esta tarea ilícita e ilegal, que es el tráfico de drogas.

Pregunta: ¿para incentivar o para erradicar?

Fuente: TV peruana, 2008

Declaraciones de un funcionario municipal ante cámaras, explicando el derrumbe de un puente a causa de la crecida del río

El puente no se ha caído, se ha desplomado

El Diccionario de la Real Academia define desplomarse como hacer que una pared o edificio u otra cosa pierda la posición vertical

Sinónimos de desplomarse: caerse, desmoronarse, hundirse, derrumbarse

Fuente: TV peruana, 2017

CAPÍTULO 2

EL SUJETO DE LA INTERPRETACIÓN: EL INTÉRPRETE

La corte debe encontrar el significado de la norma, a través de una aproximación informada y no fundada en la ignorancia

Francis Bennion

1. LOS POSIBLES INTÉRPRETES

El intérprete es la persona que interpreta la ley. Así de sencillo. Puede tratarse del legislador, de la autoridad administrativa, del juez, del académico, del abogado de la causa o del ciudadano común, sujeto a las leyes del Estado.

La importancia de referirse a cada intérprete en particular radica en que cada uno de ellos apunta a objetivos distintos. El objetivo del legislador es aclarar una norma a través de otra; el del juez, resolver una controversia; el del académico, comentar libre y neutralmente alguna norma jurídica; el del abogado, persuadir al juez y, finalmente, el del ciudadano, cumplir (o no) la ley.

Y, dependiendo de quién sea el intérprete, el resultado tendrá distintos efectos, pues la interpretación legal es obligatoria para todos los ciudadanos, ya que proviene de una ley; la interpretación judicial es vinculante para las partes, tiene calidad de cosa juzgada y puede incluso

valer como precedente y el comentario doctrinal es fuente no vinculante, si bien puede (y, en mi opinión debe) ser la base de la interpretación legal y judicial. Asimismo, se espera del abogado de parte una interpretación de alguna manera sesgada, es decir, no independiente, sino interesada, pues defiende la posición de su cliente. Con lo cual la autoridad encargada de resolver evaluará dicha interpretación alertada de estar ante una interpretación de parte que no puede ser considerada neutral. Finalmente, el ciudadano común debe actuar de acuerdo a la norma, aunque ni siquiera sepa que ella existe. De ahí la máxima que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento.

Cualquier persona con autoridad para aplicar la ley (el juez, el policía o el tribunal administrativo) tiene el deber de fijar el significado legal de la norma, no importa cuán difícil sea la tarea, como son los casos en los que la norma adolece de generalidad, oscuridad o imprecisión.

Y es que los aplicadores del derecho no están autorizados a invocar el principio *non liquet* (poco claro), porque ello supondría declinar su jurisdicción y tal cosa no cabe en nuestro sistema jurídico. Así, de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios generales del derecho y, de preferencia, los que inspiran el derecho peruano. Los jueces, pues, están obligados a administrar justicia y, con ello, deben interpretar la ley, no importa si es oscura, confusa o incompleta. Siempre es posible abstraer más y más, pudiendo resolver, incluso, a partir de conceptos tan amplios como justicia, equidad, eficiencia, bien común, justa causa, abuso del derecho y otros así de generales (los principios generales del derecho).

Eso no ocurre con los demás intérpretes porque, por ejemplo, en el caso del intérprete-legislador, este puede tomar en cuenta el *non liquet* (o poco claro) y, por esa misma razón, expedir una norma aclaratoria. De la misma manera, el comentarista puede llegar a la conclusión de que la norma es ininterpretable, lo que, aun cuando su valor sea relativo, puede ser muy útil para su posterior modificación.

LOS JUECES NO PUEDEN DEJAR DE ADMINISTRAR JUSTICIA POR DEFECTO O DEFICIENCIA DE LA LEY

El artículo 332 de la ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (la Ley General), establece que *las indemnizaciones que se paguen directamente a los asegurados, beneficiarios y/o endosatarios, deberá hacerse en un plazo no mayor de 30 días de consentido el siniestro. Se entiende que hay convenio de ajuste, cuando la compañía aseguradora aprueba o no ha rechazado el convenio de ajuste en un plazo no mayor de diez (10) días contados desde su suscripción...En los casos en que no exista convenio de ajuste, se entenderá como consentido el siniestro, cuando la aseguradora no se haya pronunciado sobre el monto reclamado en un plazo de 30 días contado...etcétera.*

Pregunta

¿Qué ocurre si hay desacuerdo entre ajustador y asegurado en el monto del ajuste y transcurre el plazo?

Problema interpretativo

La expresión «*cuando no exista convenio de ajuste*» es problemática, pues no se entiende si la ausencia de convenio comprende únicamente el supuesto de su no necesidad, al ser clara la obligación de la aseguradora de asumir el pago o si se consideran también los casos en que siendo dicho convenio necesario, las partes (el asegurado y el ajustador) no se han puesto de acuerdo respecto de la producción del daño o al monto.

Primera respuesta

Según el canon interpretativo, no se puede distinguir donde la ley no distinga, la expresión *no exista convenio de ajuste* comprende ambos supuestos, es decir, (i) el de falta de convenio de ajuste debido a su no necesidad por lo obvio del caso; y (ii) el de la discrepancia entre ajustador y asegurado sobre la existencia y/o monto de la indemnización, más el transcurso de 30 días.

Segunda respuesta

Pese a que una interpretación literal de la expresión *no exista convenio de ajuste* puede llevar a entender que ambos supuestos han sido contemplados por el artículo 332, el caso de inexistencia de convenio de ajuste por desacuerdo entre ajustador y asegurado no lo ha sido. Ello porque (i) el *convenio de ajuste* se convertiría en superfluo, ya que bastaría con que, ante cualquier discrepancia en el ajuste, el asegurado espere el plazo de 30 días para que se declare producido el consentimiento tácito, aun cuando la opinión del ajustador haya sido que el siniestro no se encontraba cubierto. Y esa no pudo haber sido la intención del legislador; y (ii) si se interpretara el artículo 332 de la Ley General de manera tan amplia, la asimetría del contrato de seguro —que el legislador pretende mitigar con la imposición del consentimiento tácito— no desaparecería, sino se trasladaría del asegurador al asegurado, quien pasaría a ser la parte más fuerte del contrato; (iii) que eso encarecería el seguro, trasladando el sobrecosto a los demás asegurados; y (iv) la propia expresión se entenderá como consentido utilizada por el artículo 332 de la Ley General es suficiente para entender que dicho consentimiento presupone el acuerdo de voluntades entre las partes. Y ello, porque el desacuerdo no forma ni puede formar parte del consentimiento.

Lo que el juez no puede hacer

No resolver, aplicando la regla *non liquet* o poco claro. El juez, pues, está obligado a resolver.

1.1 El legislador

El redactor de una ley es el menos indicado para interpretar la ley, porque estará inconscientemente influenciado por lo que quiso decir y no por lo que dijo

Lord Halsbury en Zander (2004)

*No glosen la ley: la entendemos mejor que ustedes,
por ser nosotros los autores*

Henghman en Bennion (2008)

El legislador imperfecto



Cuando se expide una norma legal o reglamentaria para interpretar o aclarar el sentido de otra o, lo que es lo mismo, cuando se enuncia oficialmente cuál es el sentido de una ley, se está haciendo *interpretación auténtica*. Esta forma de interpretación es, indudablemente, vinculante y, por ello, la primera en términos de rango, ya que proviene de una norma jurídica de carácter general. Y, no acoger tal interpretación por estar en desacuerdo con el sentido que la nueva norma ha atribuido a la anterior implicaría su incumplimiento.

Se la llama, entonces, interpretación auténtica no solo porque ha sido formulada por el propio legislador, sino —y, sobre todo— porque lo ha hecho a través de la expedición de una norma que, por definición, es de cumplimiento obligatorio. Con lo cual no es interpretación auténtica, por

ejemplo, la exposición de motivos de una ley. Y, ciertamente, la nueva norma puede y debe ser interpretada exactamente igual a como el legislador ha tenido que interpretar la norma sustituida. Y así, hasta el infinito.

Uno de los problemas más controvertidos de la interpretación auténtica es el de determinar si la nueva norma, por estar referida a y ser complementaria de una norma anterior, actúa o no retroactivamente. Messineo considera que la interpretación auténtica «confiere a la ley aquel determinado significado oficial, con respecto a las relaciones pendientes y también a las relaciones ya constituidas, a menos que estas últimas hayan sido decididas por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, o definidas por transacción» (1954, tomo 1, p. 96). De esta forma, para dicho autor, rige el principio de aplicación inmediata de la ley, salvo que exista sentencia firme expedida bajo la ley anterior, que es el único caso que no admite la aplicación de la nueva ley¹. La posición de Messineo es, en mi opinión, coherente con la regla de aplicación inmediata de la ley y con el principio de irretroactividad.

Finalmente, y a propósito de la actividad de legislar, es importante dedicar unas cuantas líneas a la importancia de la buena redacción de las normas. Lo señalo porque, cuando se reflexiona sobre la pobre calidad de la administración de justicia, se suele pasar por alto un problema que incide directamente en ella: la mala redacción de las leyes que son, a menudo, vagas, imprecisas e incluso contradictorias. En cambio, en países como Inglaterra², los proyectos de ley son instrumentos cuidadosamente

¹ La regla de irretroactividad de la ley se encuentra recogida en el artículo 103 de la Constitución, que establece que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. Igualmente ha sido recogida por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil: la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

² En el Reino Unido, si bien la buena redacción de las leyes ha sido materia de preocupación hace más de un siglo, el gran impulso por alcanzarla se produjo en la

redactados por un *pool* de redactores profesionales, es decir, por personas con oficio, lo cual, si bien no asegura su aplicación pacífica, ayuda enormemente a su comprensión.

La ventaja de la buena redacción de las leyes y su impacto en el desarrollo de un país es grande. Los problemas de claridad (normas ambiguas), de precisión (normas demasiado generales) o de coherencia (normas contradictorias), generados por la mala redacción, pueden impedir su aplicación pacífica, es decir, su aplicación sin suscitar discrepancias sobre su sentido. Y, con ello, se evita el costo de controversias innecesarias, que no se habrían producido si las normas hubieran sido claras, precisas y coherentes.

Puede también ocurrir —y de hecho ello es frecuente en el Perú— que una norma que resulta fundamental para entender un problema esté ubicada en una ley de las llamadas «leyes ómnibus», las cuales suelen incorporar múltiples aspectos no vinculados con la materia que se legisla. Y, con toda lógica, al intérprete puede no ocurrírsele ubicarla en ese (peligroso) conglomerado de normas inconexas.

Por lo señalado, aunque sin poder sustentarlo con evidencia empírica, no sería sorprendente constatar que la sobrecarga procesal que padece el Poder Judicial sea causada, en alguna medida, por la oscuridad de las normas legales y por su multiplicidad de sentidos. Se considera que, por eso, el legislador tiene la obligación de ser lo más claro posible. Y no cualquiera puede serlo.

Por eso es que puede concluirse, aunque todavía de manera apriorística, que, a mayor claridad de las normas, menores serán los conflictos.

¿Y qué se necesita para ser un buen redactor de normas?

segunda mitad del siglo XX, momento en que surgieron movimientos que proponían la mejora del lenguaje legal en términos de claridad, simplificación y coherencia. Asimismo, las facultades de derecho anglosajonas comenzaron a impartir —y continúan haciéndolo— cursos de drafting, es decir, de aprendizaje de técnicas de redacción de normas legales.

McLeod, citando a la Civil Service Commission de 1988, da la respuesta, y señala que

un redactor ideal de leyes reclama idealmente por una mente analítica, imaginación, tenacidad, resistencia física, habilidad intelectual (que se adquiere con el tiempo) y el poder de expresarse por escrito. Muchas leyes se preparan bajo presión, generada por la necesidad de adherir a un programa parlamentario o por urgencia de la ley en particular. Tal presión es, a veces, intensa y es impredecible las horas de trabajo que tomará (2002, p. 228).

INTERPRETACIÓN ¿AUTÉNTICA?

El artículo 205 de la Constitución de 1979 prohibía la reelección inmediata del Presidente de la República.

El Presidente F fue elegido durante la vigencia de la Constitución de 1979.

Tiempo después, el 5 de abril de 1992, dio un golpe de Estado.

Por presión internacional, se eligió al así llamado Congreso Constituyente Democrático (CCD) para que redactara una nueva Constitución, la cual fue expedida en el año 1993.

El CCD legitimó al Presidente F como Presidente Constitucional de la República.

El artículo 112 de la Constitución de 1993 permitió la reelección inmediata por una única vez.

El Presidente F postuló a un segundo mandato y fue elegido.

Durante ese segundo mandato, el CCD expidió la ley 26430, denominada *Normas aplicables al ciudadano que ejerza la Presidencia de la República y que postule a la reelección*, la que, en buena cuenta, estableció que el primer mandato del Presidente F no debía entrar al cómputo, el cual debía hacerse a partir de la expedición de la nueva Constitución (la de 1993).

De esta manera, el Presidente F fue declarado apto para postular a un nuevo mandato —legalmente, el segundo—, al que accedió, pero que no logró culminar.

Pregunta: ¿segundo o tercer mandato?

¿Es la ley 26430 una ley de interpretación auténtica o se trata de una norma que pretendió eludir la Constitución de 1993 bajo el manto de tratarse de una interpretación auténtica?

1.2. Jueces y árbitros

La ley es lo que los jueces dicen que es

Lord Devlin en Bennion (2008)

El tremendo juez



La función de todo juez, tribunal o árbitro es adjudicar derechos o imponer sanciones. Para tal fin, estos deben hacer tres cosas: (i) determinar cuáles son los hechos relevantes para resolver el caso; (ii) determinar cuál es la norma aplicable; y (iii) aplicarla. Y todo eso supone interpretar.

La interpretación judicial, entonces, no apunta a encontrar el significado de la norma en abstracto, sino a encontrarlo en relación con los hechos del caso (esos hechos, no otros).

Las partes pueden estar en desacuerdo —y de hecho lo están cuando se enfrentan en un litigio— respecto de la ocurrencia de los hechos o a su evaluación; a la aplicación de una norma o a su interpretación, o respecto a todo a la vez. Y corresponde a la autoridad decidir la controversia, acogiendo la interpretación propuesta por una de las partes o adoptando la suya propia. La interpretación de la autoridad pasa, entonces, a ser la única y definitiva. Pero, como he señalado, el proceso de interpretación es complejo, pues comprende la determinación de los hechos (que no siempre son claros); la selección de la norma aplicable (que no necesariamente es fácil); su análisis e interpretación (que no necesariamente es unívoco) y la correlación entre norma y hecho (que tampoco es fácil).

UN EJEMPLO DE DISCUSIÓN DE LOS HECHOS

Las partes discuten si se declaró o no la voluntad de vender una finca. A (supuesto vendedor) sostenía que no formuló una oferta, mientras que B (supuesto comprador) sostenía que sí la formuló. Lo que debe determinarse es, entonces, el hecho de si se emitió o no una declaración de voluntad, que contenía una oferta.

UN EJEMPLO DE LA SELECCIÓN DE LA NORMA APLICABLE

Ley de Comercio Ambulatorio, que prohíbe y sanciona el comercio ambulatorio en la ciudad.

Una persona coloca en la ventana trasera de su automóvil un cartel que dice se vende: ¿le es aplicable la Ley de Comercio Ambulatorio y, por tanto, debe ser sancionada?

Fuente: Bennion, 2008.

**UN EJEMPLO DE LA INCORRECTA APLICACIÓN
DE LA NORMA A LOS HECHOS**

Invocando las normas sobre el retracto, un concesionario reclamaba la invalidez de la venta del bien que tenía en concesión, bajo el argumento que el vendedor había vendido el bien a un tercero, sin haberle dado aviso previo.

¿Es correcta la aplicación de las normas de retracto? Si no lo es, ¿cuál sería la norma aplicable al caso? ¿Alguna? ¿Ninguna?

Debe destacarse que no cabe confundir interpretación con discrecionalidad. Así, si una ley establece que se otorgará un subsidio a una industria, previa evaluación de sus problemas, sin hacer referencia alguna a cuáles son esos problemas, se trata de una norma que deja a la discrecionalidad de su aplicador un ámbito de libertad.

Caso típico de discrecionalidad es la remisión de la ley al reglamento. También hay discrecionalidad cuando la ley deja en manos del juez o de un tercero (el consejo de familia, por ejemplo) la toma de una decisión.

De esta manera, pues, cuando se trata de discrecionalidad, no es que la ley deba ser interpretada, sino que el intérprete debe definir aquello que la norma ha dejado a su decisión. Con lo cual no se postula que el reglamento puede exceder los alcances de la ley, pero lo que sí puede —y debe— hacer es llenar sus vacíos, labor que le corresponde, en el entendido que la norma superior le ha dado discrecionalidad.

Por otro lado, la interpretación judicial se caracteriza por ser la interpretación definitiva. Y es que, como bien señala Bennion (2008, p. 128), ocurre que conceptualmente hay solo una respuesta correcta que debe derivar el proceso de juzgamiento (puesto que se trata de la adjudicación de un derecho) si bien se admite en la práctica la existencia

de diferentes lecturas³. Al final, pues, se impone un único criterio interpretativo, que es el que establece el juez de la causa, con lo cual la lectura diferente pierde relevancia práctica (salvo, ciertamente, para apelar una sentencia o para recurrir a la vía judicial, una vez agotado el procedimiento administrativo).

Así y todo, el aludido fenómeno de la lectura diferente puede producirse, incluso, al interior del sistema judicial, lo que significa que los jueces pueden no compartir criterios y, de hecho, no tendrían por qué hacerlo.

Para el realismo norteamericano no hay nada que hacer al respecto, porque discrepar es parte de la naturaleza humana. Y es que las personas se aproximan al juzgamiento con diferentes historias de vida, con ideas y prejuicios generalmente acendrados, con preferencias políticas, con sentido de pertenencia a una determinada clase social, etcétera. Y nada de eso cambia con facilidad. MacCormick⁴ señala en ese sentido que los jueces que evalúan las consecuencias de dos posibles significados pueden dar diferente peso a diferentes criterios de evaluación, tan distintos como el grado de injusticia o la inconveniencia de la adopción o el rechazo de determinado significado. No sorprende que difieran, a veces amplia e incluso apasionadamente, en relación con el resultado del fallo o sobre lo aceptable o inaceptable de los elementos considerados al atribuir significado a una norma. En este punto, ingresamos al meollo de las preferencias de valores que informan nuestro pensamiento, pero que no son demostrables a través de este. A este nivel pueden existir diferencias irresolubles de opinión, entre gentes de buena voluntad y razonamiento. Es por eso, que Bennion señala, con algo de pesimismo, que al final, los jueces no pueden encontrar mejor palabra que usar, que instinto o sentimiento. Como Lord Pearce dijo alguna vez: «Yo no sé, yo solo siento».

³ Ver capítulo 1, sobre el fenómeno de la lectura diferente.

⁴ Neil MacCormick, en Bennion (2008, p. 131).

Ese peso tan determinante de la subjetividad ha llevado a los partidarios del realismo jurídico a referirse al elemento subjetivo como el punto de partida del juez. Es por eso que McLeod señala que «detrás de una formulación explícita del razonamiento judicial yace una actitud implícita por parte del juez» (2002, p. 4).

Pero, pese a la poca confianza de, principalmente, el realismo jurídico, sobre la capacidad de los jueces de aislar del caso sus ideas, creencias y prejuicios —desconfianza que comparto—, Bennion considera que el subjetivismo no puede ser llevado al extremo (cosa que también comparto). Lo que se espera —señala dicho autor— es que los jueces que actúan en un mismo sistema concedan el mismo peso a los mismos factores y lleguen a conclusiones más o menos uniformes. De ahí que recomiende a los jueces tener autocontrol y conciencia de la influencia de la subjetividad en el juzgamiento, aislando sus prejuicios (homofobia, machismo, feminismo, racismo, religión y, en general, simpatías y antipatías). Cosa nada fácil, por cierto, dada la gran capacidad del ser humano de no reconocer siquiera *in pectore*, que tiene ideas y prejuicios sobre diversos temas controvertidos. Dichas ideas y prejuicios son, en el caso de los juzgadores, muy fáciles de envolver en razones jurídicas inobjetables. Y eso puede ocurrir, incluso, de manera inconsciente.

Un ejemplo palpable diariamente es el de violencia de género, coyuntura en la cual la policía suele ser condescendiente con el agresor, al preguntarle a la mujer maltratada o abusada «¿qué habrás hecho, hijita, para que tu marido te golpee de esa manera?». O «te habrás portado mal, pues...».

Todos hemos sido testigos de la reciente protesta femenina en contra del machismo de la policía, jueces y fiscales y todos hemos sido testigos también de que, en la misma semana de la marcha, los datos estadísticos de la agresión física contra las mujeres se mantuvieron e, incluso, se elevaron. Idiosincrasia, que le dicen.

Otro caso muy reciente, en el que es palpable la confusión entre ideología y derecho es la orden de una fiscal de archivar un proceso de abuso físico, mental y sexual por algunos dirigentes de una institución religiosa contra menores de edad. Su decisión pudo haber tenido sustento en la ley, aunque pudo haber decidido —también con sustento— de manera distinta.

Pero aislar los prejuicios y creencias, tal como recomienda Bennion, aunque es muy difícil de lograr, puede hacerse, siquiera en parte, porque esa capacidad es un rasgo esencial del profesionalismo, que exige al intérprete impedir que los propios valores y creencias —no necesariamente compartidos por los demás— influyan más de la cuenta en la solución de una controversia. Y eso debiera ser así, más aún cuando esas ideas y prejuicios se oponen a la política prevaleciente y, de alguna manera, atentan contra la separación de poderes. Eso puede ser claramente apreciado en el caso que se expone en el recuadro siguiente.

UN CASO DE INTERPRETACIÓN TEÑIDO DE IDEOLOGÍA

Se trata del caso de la venta del anticonceptivo oral de emergencia (AOE), también llamado «píldora del día siguiente», en el cual una política favorable a su utilización, explícitamente adoptada por el Poder Ejecutivo, fue imposible de ser implementada, debido a que los jueces comenzaron a acoger pretensiones de naturaleza constitucional dirigidas a que se inaplique la norma, bajo el argumento de que dicho método constituía un atentado contra la vida del (supuestamente) concebido.

Ello se convirtió en definitivo luego del fallo del Tribunal Constitucional que, entre la teoría de la fecundación y la de anidación, adoptó la primera de ellas, señalando que *la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna, con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida del nuevo ser*. E, invocando los principios de *pro debile* y *pro homine* y luego de analizar el componente de cada uno de los productos

que se expendían en el país como píldora de emergencia, el Tribunal Constitucional concluyó que el AOE, además de inhibir la ovulación, tenía el efecto de prevenir o impedir la implantación del óvulo fecundado. De esta manera, apelando a la duda razonable, falló declarando inconstitucional su distribución gratuita en centros de salud del Ministerio de Salud.

Como puede verse en este caso, el Tribunal Constitucional se apartó de la política estatal sobre el AOE y resolvió según su propia ideología, creencias y sistema de valores, priorizando el —a su entender— derecho a la vida. No le preocupó vulnerar el derecho a la no discriminación cuando se limitó a derogar la norma que permitía la distribución gratuita del AOE, pero no prohibió su venta al público. Y eso es tan incoherente como establecer que solo están autorizadas a matar las personas que pueden comprar un revólver.

Recientemente, sin embargo, a través de una medida cautelar en un proceso iniciado por una ONG, el juez, contrariamente a lo señalado por el Tribunal Constitucional, ordenó al Ministerio de Salud distribuir la píldora del día siguiente de manera gratuita. Los representantes del Poder Ejecutivo manifestaron estar satisfechos con la medida. No puede saberse, sin embargo, cómo continuarán las cosas. Asumo que habrá quienes no acepten la política estatal de distribución gratuita del AOE y que harán todo lo posible por impedirla.

Caso real

EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Como he señalado, el recurso al silogismo como modelo de razonamiento judicial es una operación incompleta porque no plantea (ni mucho menos resuelve) los problemas de evaluación e interpretación de cada una de las premisas. Así, por ejemplo, ¿qué es matar? ¿Son las lesiones seguidas de muerte un supuesto de homicidio o de lesiones? O ¿mató efectivamente X a Y? ¿En qué circunstancias? ¿Hay atenuantes o, al contrario, agravantes? Todo lo cual puede llevar a dudas o formulaciones, que son previas a cualquier deducción a través del silogismo.

El juzgamiento es, entonces, antes que un mero silogismo, el balance que hace el juez entre los argumentos a favor y en contra en un caso, que pueden estar referidos a aspectos tan diversos como la evaluación de los hechos (¿fue constante o eventual el incumplimiento?), la conducta de las partes (¿actuaron de buena o de mala fe?), el significado de la norma (¿se acoge la interpretación literal y se descarta la teleológica? ¿O al contrario? ¿O no se acoge ninguna?) y las consecuencias de un fallo (¿es socialmente eficiente? ¿Es justo?). El juzgamiento consiste, pues, no solo en un razonamiento lógico-formal, sino en poner en la balanza lo bueno y lo malo, lo positivo y lo negativo, lo eficiente y lo ineficiente, lo literal y lo no literal y fallar en función del resultado de ese balance, luego de lo cual, puede recurrirse al silogismo.

Para ello se requiere, sin embargo, oficio, que no es solo conocimiento, sino, además, apertura a otras áreas (economía, ingeniería), sensibilidad y sentido de justicia.

¿Será por eso que la doctrina señala, reiteradamente, que la interpretación es más un arte que una ciencia?

1.3. La autoridad administrativa

El burócrata insufrible



La autoridad administrativa también interpreta la ley, sea que su misión consista en aplicarla (la policía), expedir autorizaciones (la municipalidad), investigar actos que afecten a los usuarios (las agencias reguladoras), conceder derechos y establecer obligaciones (los tribunales administrativos), aplicar sanciones (tribunales sancionadores) o en una combinación de todas ellas. En el desempeño de sus funciones, pues, la administración pública recurre a la interpretación. Y, en la tarea de interpretar, su función no difiere en nada de la del juez.

¿Interpretación o arbitrariedad?



LA INTERPRETACIÓN DE UN POLICÍA

En una oportunidad, el señor S iba manejando por la Panamericana Sur y decidió desviarse a Lurín, porque necesitaba comprar unas plantas en un vivero del lugar. Tomó una avenida que corre paralela al mercado municipal y se detuvo cuando el semáforo se puso en rojo. En ese momento, se le acercó un policía y le dijo que, según el reglamento de tránsito, está prohibido estacionar en las calles y avenidas aledañas a un mercado. El señor S replicó, en un tono poco amigable, que no estaba estacionado, sino detenido en el semáforo y que esperaba continuar tan pronto este se pusiera en verde. «No señor —replicó el policía—, eso es estar estacionado, por lo que su licencia de conducir será retenida». De esta manera, el —digamos— arbitrario policía se apropió de la licencia de conducir del señor S, indicándole que podía recogerla a partir del día lunes siguiente, de 7am a 9am en una dependencia ubicada en el centro de Lima y que, además, la entrega era personal.

Caso real

1.4. La doctrina

Buscar los objetivos del cliente es la principal meta del abogado. No obstante, en el caso de los estudiosos del Derecho, el énfasis está puesto en desarrollar un entendimiento crítico de los principios legales

Ian McLeod

«El pensador»



Un buen amigo formado en filosofía se sorprendía del valor que los abogados adjudicamos a la doctrina. ¿Quién dice —se preguntaba— que el sentido que le atribuye el tratadista X a la norma es el correcto? ¿Es ese su sentido solo porque lo dice él? ¿Por qué los abogados invocan a unos autores y no a otros? ¿Valen todos los tratadistas lo mismo?

La única respuesta posible —que toca un aspecto neurálgico del valor de la doctrina como fuente del derecho— es que, cuando ella es invocada en sustento de un caso, en el fondo, se invoca el prestigio o la autoridad de quien lo dice. Todo depende de la reputación del autor, aunque ciertamente, lo que este diga tiene que hacer sentido. Y es que cualquiera puede proponer una manera de interpretar una norma, pero no cualquiera es autoridad porque, para serlo, es necesario escribir mucho y escribir bien, con conocimiento del tema, con el respaldo de autores reputados y con una buena base conceptual, además, de hacerlo razonada y creativamente. Tal vez eso responda la pregunta de mi curioso amigo.

Es interesante señalar, de otro lado, que algunos juristas extremadamente exigentes no aceptan adjudicar el carácter de autoridad a un tratadista en vida, con el argumento de que puede cambiar de opinión y eso le quita condición de autoridad. No obstante, conceder autoridad a un tratadista

vivo tiene la ventaja de poder apelar a doctrina reciente que, justamente por eso, puede ser más útil y pertinente, si se considera la velocidad con la que la sociedad viene cambiando.

De otro lado, hay quienes atribuyen mayor valor a la interpretación doctrinaria hecha por el propio redactor de la ley. Esta posición se resume en la ya citada frase de Henghman: «no glosen la ley: la entendemos mejor que ustedes, por ser nosotros los autores» (en Bennion, 2008, p. 33). Otros opinan, sin embargo, exactamente lo contrario. Así, por ejemplo, el también citado Lord Halsbury decía:

he dicho más de una vez que, al interpretar la norma, el peor intérprete es su redactor. Estará mucho más dispuesto a confundir entre lo que quiso hacer y el efecto de las palabras que empleó. En la época que redactó la ley, puede haber tenido la impresión de haberle dado efectos plenos a lo que quiso, pero él puede estar equivocado en el sentido de la interpretación posterior, ya que lo que estaba en su mente fue su intención, aunque, tal vez, no la llegó a plasmar (en Bennion, 2008, p. 33).

Lo cierto es, sin embargo, que el redactor de la norma —sea o no considerado autoridad— puede tener algo importante que decir sobre su sentido.

EL VALOR DE LA DOCTRINA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

A diferencia del sistema continental —en el cual la doctrina cumple un rol preponderante— el sistema anglosajón, concretamente el inglés, recurre poco a la doctrina y son escasos los jueces que sustentan sus decisiones en elaboraciones doctrinarias, tanto que en un famoso *dictum*, Lord Diplock señalaba que lo importante no es la doctrina, sino la eficacia de sus argumentos (en Bennion, 2008, p. 33).

Bennion intenta explicar este rechazo de la siguiente manera: «*los ingleses, una raza pragmática, desconfían de la teoría...La tendencia de nuestros jueces es, prioritariamente, decidir la controversia, el caso concreto en la corte. En ese foro diario, las partes aparecen como criaturas de carne y hueso y la abstracción ocupa un segundo lugar. Su historia, una ocurrida recientemente, se evidencia generalmente con testigos vivientes, que pueden ser examinados y reexaminados por la parte contraria* . Eso es lo que el pragmatismo prefiere. ...El jurista académico, situado muy a distancia... es raramente percibido como el oráculo no oficial de la judicatura» (2008, p. 29).*

No obstante, para dicho autor, recurrir únicamente a lo práctico no es siempre la mejor receta. «*Los ingleses —dice Bennion— están orgullosos de su sistema legal y de la robusta resistencia insular a la recepción de las doctrinas del derecho romano. No cabe duda que con esa resistencia han ganado mucho, pero también han perdido un poco. En el continente, donde el derecho romano ha sido acogido, los juristas y sus opiniones son honrados por la profesión. “La doctrine” es en Europa el cuerpo central del derecho, equipado por los escritos de sus juristas (incluidos aquellos que son también jueces). Aquí en Inglaterra, los jueces no recurren a los juristas y solo buscan la opinión de sus compañeros en la “banca (bench)”*» (2008, p. 31).

* El examen acucioso de testigos no es común en el Perú. Se está comenzando a ver en el ámbito arbitral, aunque todavía de manera puntual.

1.5. El ciudadano común

¿No es acaso frecuente que un hombre con una capacidad ordinaria, entiende un texto legal hasta que lo consulta con un abogado?

Locke en Scalia y Garner (2012)

Yo entiendo el Código Civil



A partir de la idea de que cualquier persona debe ser capaz de entender el Código Civil, Napoleón tenía el sueño de que su Código fuera el libro de cabecera de todo ciudadano francés. Los redactores del Código Civil Alemán de 1900 (BGB), en cambio, tenían una idea distinta. Para ellos, un Código Civil es una norma técnica dirigida a profesionales del derecho, quienes deben ser los únicos capaces de entenderla, para luego traducirla al ciudadano común. Estas concepciones tan distantes entre sí —y que reflejan tan bien el carácter de cada uno de los pueblos— han marcado tendencia en los códigos civiles del mundo. Se dice por eso que el Código Civil francés se caracteriza por su claridad, en tanto que el BGB, por su tecnicismo, que no es otra cosa que una manera eufemística, aunque elegante, de referirse a su oscuridad.

Por ciudadano común⁵ se entiende el sometido a la ley, es decir, la persona que está obligada a cumplirla. En rigor, todos lo estamos,

⁵ He tomado la palabra súbdito de Francis Bennion, que es apropiada en el derecho inglés, donde existe una monarquía. Así y todo, es una palabra que condensa muy bien la idea del grupo de personas sometidas a la ley.

aunque nos desempeñemos, a la vez, como jueces, árbitros, autoridad administrativa o tratadistas del derecho. Los ciudadanos comunes tienen también que interpretar la ley, si lo que quieren es cumplir con su mandato, lo cual es a veces difícil, porque —ya lo he señalado— es bastante común que la ley sea oscura; que tenga vacíos y contradicciones y cabe, en general, admitir varias interpretaciones.

Como he señalado, la cuestión de la interpretación de la ley por el ciudadano remite a la conocida máxima «el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento», que también se frasea como *ignorantia facti excusat; ignorantia iuris non excusat*. Dicha regla es indispensable en un sistema legal, porque, como señalaba Blackstone (en Bennion, 2008, p. 40), si la ignorancia de aquello que tenía la posibilidad de saber fuera admitida como una excusa legítima, las leyes podrían tener efecto, pero podrían ser siempre eludidas con impunidad. Nótese, sin embargo, que la adopción de una de las varias alternativas interpretativas por parte del ciudadano o súbdito hecha de buena fe puede significar, a los ojos de la autoridad, el incumplimiento de la ley. Ese es, por lo demás, uno de los conflictos más frecuentes entre las autoridades administrativas y los administrados de buena fe.

Finalmente, no debe confundirse la ignorancia de la ley —que no exime de cumplimiento— con el error de derecho. El Código Civil acepta la posibilidad de existencia de un error de derecho que, a diferencia de la ignorancia de la ley, es el equivocado fundamento jurídico de la celebración del acto jurídico. En otras palabras, el error de derecho ha sido la causa o razón determinante de la emisión de una declaración de voluntad, que no se hubiera producido de haber el emisor conocido la realidad de la situación jurídica (por ejemplo, A vende a B un bien que, por errónea interpretación de la ley, creía que era de su propiedad). En cambio, en la aplicación de la máxima sobre la intrascendencia del desconocimiento de la ley no existe la emisión de una declaración de voluntad de por medio y no hay, entonces, nada que anular.

2. LA INTERPRETACIÓN «INFORMADA»

La formulación de una interpretación convincente de las leyes requiere una destreza intelectual muy desarrollada, que no se puede adquirir rápidamente, fácilmente o sin dolor.

Ian McLeod

Para Bennion (2008, p. 585), se sobreentiende que, cuando el legislador expide una norma, asume que esta se interpretará de manera informada y no sin el suficiente conocimiento. Eso significa que, por clara que sea, la norma se dirige a aquellas personas que son capaces de entenderla —los profesionales— y no al ciudadano común que, por desconocimiento de las técnicas de interpretación, podría hacerlo inapropiadamente.

Nuestro autor dice algo simple y lógico, porque una norma puede dar lugar a una serie de inferencias que, únicamente los conocedores (que no tienen por qué ser iniciados) pueden utilizar con solvencia. Es a eso a lo que Bennion llama *interpretación informada*.

Como puede verse, la aproximación de Bennion coincide de alguna manera con la política legislativa del BGB y deja de lado el sueño de Napoleón, que, aunque loable, es incompatible con una realidad que se hace cada vez más compleja.

Pero la interpretación «informada» significa algo más que el requerimiento de una sólida formación jurídica. Se trata también de una exigencia impuesta al intérprete de no conformarse con la primera mirada o con su impresión inicial, pues esta puede ser engañosa. Es más, como señala Bennion (2008, p. 586), cuanto más simple es la formulación de la norma, más necesita el lector estar en guardia. Una interpretación basada en la primera mirada no califica como interpretación «informada».

Y, si bien ocurre que esa primera impresión coincide en muchos casos con el resultado de la interpretación, eso no la convierte en suficiente. Es más, en casos complicados la tarea del abogado consiste en lograr que el

juez ponga de lado su primera impresión y opte por acoger la interpretación que aquel le propone, demostrándole su mayor lógica y sentido.

Para terminar, la pregunta que todo intérprete «informado» está obligado a hacerse es si debe priorizar la letra o el espíritu de la norma. He ahí el dilema. Y responder a esa pregunta no es posible en abstracto porque —repito— el texto depende del contexto.

Pero, sea que se prefiera la letra o el espíritu de la ley, para ser un intérprete «informado», se requiere mucho estudio y amplio conocimiento de las distintas tendencias en lo que a interpretación se refiere, además de un buen manejo de los métodos y cánones de interpretación, un sentido de justicia, de lógica y de equidad. Y para eso es indispensable que el intérprete conozca los hechos del caso; determine dónde se aloja la ambigüedad de la norma y, si es juez, elija el sentido que sea más consecuente con los criterios de justicia individual, por un lado y bien común, por el otro; es decir, que entienda las consecuencias de su decisión y elija la solución más adecuada.

Bennion⁶ recomienda poner la atención en tres cuestiones: (i) cómo era la normativa anterior; (ii) cuál es la historia de la norma (proyectos, anteproyectos, exposiciones de motivos); y (iii) qué hechos han ocurrido en relación con la norma que han permitido que surja la controversia.

3. ¿ES EL JUEZ OBJETIVO?

Si el Parlamento no quiso decir lo que dijo, debe decirlo.

A.P. Herbert, *Uncommon law*
en Scalia y Garner (2012)

⁶ Nota de la autora: Bennion es un autor que no asume una posición teórica definida y presenta sus reflexiones a manera de un código, de modo que establece ciertas reglas que dan cuenta del uso y significado de cada uno de los métodos y cánones de interpretación.

Los jueces, por su educación y entrenamiento... han adquirido una sorprendente colección homogénea de actitudes, creencias y principios que, para ellos, representa el interés público

John Griffith en McLeod (2002)

Machismo



Este es un problema ya mencionado en el capítulo 1, que ha generado gran polémica en el contexto del derecho anglosajón.

Para el textualismo —corriente que, como se verá enseguida, sugiere ceñirse a la literalidad del texto—, el juez puede y debe ser objetivo, lo que significa que no interesa su particular manera de ver el mundo.

El realismo norteamericano, en cambio, duda de la existencia de la objetividad y pone de manifiesto el valor decisivo de la subjetividad del juez en el resultado de una controversia. A punto que Jerome Frank (Cueto Rúa, 1997, p. 54), uno de los más importantes representantes de dicha corriente, define al derecho como el arte de predecir la conducta del juez. Y es que para dicho autor «los jueces son hombres como los demás y responden a los estímulos del medio ambiente como los demás».

Y, las inclinaciones políticas, económicas o morales, así como las creencias, prejuicios e ideas, pueden tener gran impacto en la decisión del juez. Asimismo, no es posible para un juez estar inmunizado por completo de la simpatía o antipatía que despierten las partes ni pretender que ello no influirá en su ánimo. La reacción del juez puede originarse en aspectos tan diversos como el tono de voz, el volumen, la tendencia política, el nivel social, intelectual o económico, el género, la raza o la orientación sexual de los litigantes. Porque hay jueces conservadores, liberales, formales, informales, religiosos, ateos o agnósticos, con distintas concepciones sobre temas controvertidos, en particular, los referidos a los derechos fundamentales, (la así llamada «ideología de género», por ejemplo), a la familia, a la herencia, a la propiedad y al contrato.

La norma es, entonces, para el realismo jurídico, una simple proposición que el juez es capaz de eludir con facilidad. Por ello, Frank propone reconocer que la subjetividad del juez interviene decisivamente en el proceso de adjudicación de derechos. Eso trae a mi memoria que alguien dijo, alguna vez, que la sentencia depende del humor con el que el juez se despierte por la mañana. Exagerado, pero cierto.

Una figura que permite apreciar la influencia de la subjetividad del juez es el contrato. Algunos jueces de ideología individualista consideran que en todo contrato cada parte persigue (y debe perseguir) su propio interés. Por eso, el contrato es concebido como una relación de oposición, donde uno trata de ganar lo que más pueda en perjuicio del otro. Y, en coherencia con ello, descartan, casi por completo, la aplicación de la teoría del abuso del derecho, minimizan el requerimiento de buena fe, se abstienen de calificar una tasa de interés como usuraria y, en general, conceden plena validez a las cláusulas evidentemente leoninas.

Otros, en cambio, entienden que el contrato conlleva una obligación implícita de cooperación con la otra parte, por lo que son rigurosos en exigir a las partes colaborar entre sí para que ambas logren su finalidad, sancionan el abuso del derecho, son partidarios de figuras tales como la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación y ponen límites a las tasas de interés.

¿Y de qué depende que algunos perciban el contrato en uno o en otro sentido? Pues de lo vivido y aprendido a lo largo de la vida, donde la experiencia, buena o mala, enriquecedora o devastadora, ha tenido que dejar huella.

En ocasiones es el propio legislador quien toma partido por una determinada corriente, lo cual es saludable, aunque no muy frecuente. Así, por ejemplo, ciertas normas del Código Civil peruano permiten concluir que este ha adoptado la tesis del contrato como colaboración. Ello porque en su artículo 1362 exige la buena fe y reconoce, asimismo, la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación, que tienen que ver con el equilibrio económico de la relación, aunque la certeza (seguridad jurídica) sea puesta en peligro. Ciertamente, se trata de una tendencia teórica cuestionada por los críticos del Código Civil, aunque cuestionada sin considerar que, asumiendo la posición opuesta, también es posible caer en excesos, permitiendo, por ejemplo, que una parte contractual abuse impunemente de la otra.

**¿QUIÉN ES UN BUEN ABOGADO PARA EL REALISMO
NORTEAMERICANO?**

Aquella persona que puede despertar credibilidad en el juez sobre su versión del caso, tomando en consideración la personalidad del juez y los factores internos y externos que lo motivan a actuar.

4. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son las implicancias prácticas de interpretar como legislador, como juez, como abogado o como pensador?
2. ¿Son los intérpretes totalmente asépticos? Ejemplifique
3. Al emitir un fallo ¿deben los jueces incorporar sus creencias? ¿es inevitable que las incorporen? ¿O deben tratar de aislar su ideología o creencias del caso? ¿Es posible aislar?

CAPÍTULO 3

EL OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN: LA NORMA JURÍDICA

1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA

El derecho no se identifica con la norma jurídica. Aquel es un concepto mucho más amplio que este y puede ser definido desde diversas perspectivas teóricas, como son el iusnaturalismo, el positivismo y el historicismo. Asimismo, el derecho tiene diversas fuentes, a saber, la ley, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina. En cambio, la norma jurídica —que es la que interesa a efectos de la interpretación— es parte de lo que tradicionalmente se denomina *derecho objetivo* u *ordenamiento jurídico*, que comprende todas las leyes vigentes en un determinado lugar y momento histórico.

Normas jurídicas son, entonces —y, en principio— aquellas reglas jurídicas emanadas del Estado¹ que son objeto de la interpretación.

Lo antes señalado significa que el concepto de norma jurídica no incluye aquellas reglas expedidas por sujetos privados, como es el caso de los estatutos; los reglamentos de sociedades, asociaciones y de propiedad horizontal, que estructuran la vida colectiva y establecen derechos y

¹ Por eso, no es admisible que una organización criminal, que se rige por ciertas reglas de conducta y que tiene jerarquías definidas, pueda ser considerada ordenamiento jurídico. El Estado es el que tiene el monopolio de la ley.

obligaciones, imponen sanciones y cuentan con órganos de decisión y dirección jerárquicamente organizados. No obstante, la doctrina acepta que el estatuto sea interpretado utilizando —aunque con prudencia— los mismos métodos de interpretación que los de la ley (y no los del contrato). Se dice, por eso, que el estatuto se asemeja más a la ley que al contrato, aunque eso no lo convierte en ley.

2. CARACTERES DE LA NORMA JURÍDICA

La norma jurídica tiene los siguientes caracteres:

- a) Su necesidad, porque la sociedad no puede subsistir sin algún tipo de ordenamiento jurídico. Tal ordenamiento puede ser distinto, dependiendo de los parámetros ideológicos y de organización de cada sociedad. Lo importante es, sin embargo, que no hay sociedad que no requiera regirse por normas jurídicas.
- b) Su procedencia estatal, pues el Estado monopoliza el derecho y comprende, además de las normas expedidas por el Congreso, las normas de carácter general expedidas por la administración pública, que son de inferior jerarquía que la ley. Ese es el caso de los decretos supremos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, ordenanzas municipales, etcétera.
- c) Su carácter coercitivo, pues su inobservancia o violación producen una consecuencia—la sanción— y, con ella, la posibilidad de poner en marcha un mecanismo encaminado a hacerla efectiva. Eso no quiere decir que toda norma conlleve una sanción. Hay normas meramente declarativas o prescriptivas, que no la establecen pero que, combinadas con otras, llegan a la sanción (por ejemplo, la ley define el contrato y su incumplimiento, de producirse, da lugar a la indemnización o a su resolución). Hay, asimismo, normas supletorias, que, como su nombre indica, suplen la voluntad de los particulares si ella no ha sido declarada o si no ha sido expresada

con claridad. Así, por ejemplo, el lugar de celebración del contrato que, según la ley de que se trate, puede ser el domicilio del deudor o del acreedor.

- d) Su generalidad y abstracción, en el sentido de que establece reglas de conducta aplicables a un universo abstracto de personas, cuya situación se adapta a la previsión de la norma. Eso no significa, sin embargo, que las situaciones jurídicas previstas por esta sean idénticas. Por ejemplo, si la norma señala que el deudor que incumple con sus obligaciones debe pagar una indemnización, la prestación puede ser cualquiera, mientras no sea ilícita. Asimismo, las circunstancias del deudor A pueden ser unas, mientras que las del deudor B otras; uno puede tener riesgo de quiebra, mientras que el otro no. El acreedor, a su vez, puede ser directo o indirecto (vía subrogación) o puede tener buena o mala fe. Y el intérprete es el llamado a salvar la generalidad de la norma y adaptarla a la vida real, a fin que la norma no incurra en un innecesario casuismo que, antes que ayudar, crea inseguridad y origina lagunas.
- e) Su bilateralidad, en el sentido que la norma jurídica otorga a algunas personas situaciones de ventaja (poderes o facultades, posiciones de predominio) que, correlativamente, generan en otros sujetos situaciones de desventaja. Así, el concepto legal de compraventa crea la obligación del vendedor de entregar y la del comprador de pagar el precio y, correlativamente, el derecho del primero de cobrar y el derecho del segundo de recibir la cosa vendida. Igual ocurre con la propiedad, aunque, a diferencia del contrato, el derecho del propietario no es frente a un deudor, sino *erga omnes*, es decir, frente a todos, lo que obliga a una serie de individuos indefinidos o indeterminados a respetar dicho derecho.

3. LA NORMA Y LOS HECHOS DEL CASO

La cuestión práctica para la corte no es lo que la norma significa en abstracto, sino lo que significa en relación con los hechos del caso

Francis Bennion

Incluso en los ejercicios de interpretación puramente académicos, las normas no pueden ser interpretadas en abstracto, sino, siempre, en relación con ciertos hechos, acontecimientos o circunstancias, que pueden ser reales o imaginarios y que, en el contexto de un litigio, se denominan los *hechos del caso*.

La norma, pues, no debe ser entendida como, tan solo, una proposición lógica y abstracta, ya que su aplicación depende siempre de los hechos sometidos al conocimiento del juez (o imaginados por la doctrina).

Esto es fundamental y es la razón por la cual Viscount Simon LC ha dicho que

yo no pienso que es un ejercicio apropiado por parte de la autoridad decidir una cuestión académica, cuya respuesta no afectará de ninguna manera al demandado. Si la Corte hace eso, no estará decidiendo sobre una *litis* existente, sino expresando su punto de vista sobre una adivinanza legal, que el apelante espera que se decida a su favor, pero que no afecta en modo alguno la posición de las partes...Yo pienso que es una cualidad esencial de una apelación...que exista controversia real entre las partes, que la Corte asume para decidir como un asunto de vida (McLeod, 2002, p. 18).

Teniendo en cuenta lo señalado, la interpretación de la norma pasa por dos momentos totalmente distintos, a saber: (i) el de la determinación del supuesto de hecho, supuesto que debe aislarse de un amplio conjunto de hechos hipotéticos, que podrían o no estar considerados en la norma en cuestión —así, por ejemplo, si la norma alude al derecho de retracto ejercido por los colindantes, se considera que excluye a los que no lo son—; y (ii) el de contrastar el supuesto de hecho así delimitado, con los hechos

del caso y determinar si éstos se adecúan o no a aquél. Aquí, el intérprete deberá preguntarse, ¿por qué, en el caso del retracto, la norma aludiría al colindante estrictamente considerado y no a los vecinos, en general? Y, para descartar al simple vecino, la racionalidad de la norma sería, que la ley apunta a consolidar la propiedad en una sola unidad, por tener aquella carácter definitivo.

Es bueno recordar que siempre, detrás de cada norma (entendida como unidad de análisis), debe existir un principio que la sostenga (tal como la seguridad jurídica, no discriminación, etcétera). Hecho el ejercicio, corresponde determinar las consecuencias.

La gran mayoría de los hechos son irrelevantes respecto de un determinado caso, pero podrían ser relevantes respecto a otro. Así, por ejemplo, el nombre de la víctima, el lugar donde esta sufrió el daño, la marca del automóvil, etcétera. Pero, si lo que se discute es el monto del seguro, la marca del automóvil tendrá el mayor interés, pues de ella depende, en gran medida, el monto por cubrir.

Por eso es tan importante, al sustentar un caso, que el intérprete sepa discriminar entre los hechos que tienen relevancia y los que no.

LA ESTRUCTURA DE LA NORMA

La norma está compuesta por dos elementos: (i) el supuesto de hecho, también llamado *fattispecie* y (ii) los efectos o consecuencias. Ejemplo: quien comete un daño (supuesto de hecho) deberá indemnizar a la víctima (efecto o consecuencia). Ciertamente, esa estructura puede estar contenida en una sola norma, en una parte de ella o en un conjunto de normas.

Y el efecto de una norma se desencadena cuando los hechos del caso se adecúan a la norma, pudiendo el juez, ajustar o ampliar el supuesto de hecho según el caso concreto. Ejemplo: si la norma establece la responsabilidad de quien introduce un insecto en un producto embotellado, esa norma debería poder extenderse a todo producto envasado.

4. LA NORMA COMO UNIDAD DE ANÁLISIS

La ley es una proposición o un conjunto de proposiciones.

Jeremy Bentham en Bennion (2008)

En algunos casos, la norma jurídica es una proposición específica. Por ejemplo, quien comete un daño está obligado a repararlo. Pero eso no es necesariamente así, pues, como he adelantado, la norma puede conformarse por dos artículos de una misma ley o por tan solo una parte del artículo. Y, al contrario, una norma redactada como norma unitaria puede contener varias subnormas. La idea de norma jurídica pasa, entonces, por desvincular la proposición en concreto del concepto estricto de norma.

Tratándose, entonces, de un concepto de cuya amplitud no puede decirse nada hasta que se determinen los hechos del caso, Bennion considera que la norma es la unidad de análisis de la interpretación, porque lo que hace el intérprete es determinar su significado legal, sola, en su combinación con otras normas o, de ser el caso, fraccionada, aunque siempre en relación con determinados hechos (reales en el caso de la interpretación judicial e hipotéticos en el caso de la interpretación doctrinaria). Lo que caracteriza a la norma como unidad de análisis es que la proposición, una parte de esta o un conjunto de proposiciones tenga(n) relación con determinados hechos concretos, que son los que, por decirlo de alguna manera, delimitan sus alcances.

De este modo, la norma no puede ser interpretada aisladamente del sistema jurídico y es, entonces, tarea del intérprete conocer y analizar dicho sistema; conocimiento y análisis que resultan esenciales en la tarea de interpretar. Lo normal es que la norma requiera ser explicada a través de otra(s) norma(s) porque, como señala Bennion (2008, p. 397), el significado legal completo de una norma no puede hacerse si no es penetrando las extremidades del sistema jurídico como un todo.

Finalmente, el significado de la norma como unidad de análisis alude también a su contenido implícito. En el recuadro que sigue se incluye como

ejemplo un artículo del Código Civil tomado casi al azar, que permite apreciar la existencia de un término implícitamente contenido en la norma.

CONTENIDO IMPLÍCITO DE LA NORMA

Artículo 1351: *El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*

Pregunta: ¿califica como contrato el acuerdo entre secuestrador y secuestrado, de pagar un rescate?

Respuesta: no, porque la norma contiene implícitamente la regla de licitud del contrato.

Pregunta: ¿y cómo determinamos que la licitud está implícitamente contenida en el artículo 1351?

Respuesta: debe recurrirse al artículo 140 del Código Civil que señala que, para la validez del acto jurídico —y el contrato lo es— el fin debe ser lícito. Asimismo, la doctrina, distingue entre el acto jurídico de los actos que no lo son, como son la posesión, la notificación o el acto ilícito.

Para entender la naturaleza de una norma como unidad de análisis, Bennion propone el siguiente ejemplo. Imaginémonos, dice el autor (2008, p. 395), una norma que establezca lo siguiente: *Deróguense todas las normas referidas a homicidio y sustitúyanse por la siguiente: Prohibido matar*. La regla, por cierto, se entiende claramente: está prohibido matar. Pero esa respuesta es insuficiente, porque, de los hechos del caso surgen necesariamente otras preguntas relacionadas con la prohibición que, incluso, generan dudas sobre su aplicabilidad: ¿se trata de la muerte de solo personas o también de animales? ¿Y si la persona estaba ya muerta? ¿Y si quien mata es un menor de edad? ¿Y si quien mata lo hace en estado de obnubilación? ¿Y si es reincidente? ¿Y si es por negligencia?

Lo mismo ocurre si (con escasa originalidad) trasladamos el ejemplo a un contrato. Si una norma hipotética dijera, por ejemplo: *Deróguense todas las normas referidas al contrato y sustitúyanse por la siguiente: las partes son libres de contratar*, nuevamente, la norma es gramaticalmente entendible. Todos podemos contratar. Pero, ¿también los menores de edad? ¿Y puede contratarse sobre cualquier objeto? ¿Podría tratarse de una agencia privada de adopciones? ¿O tal vez es válida la venta de la Plaza de Armas? ¿Califica de contrato el encargo a un sicario para que mate a una persona? Y ¿qué formalidades se requieren para perfeccionar el contrato? ¿Es lo mismo comprar un alfajor que una casa? Y muchas otras más, según cuál sea el caso concreto.

Es, entonces, necesario recurrir a otras normas para responder la pregunta que el intérprete se ha formulado, con lo cual, la unidad de análisis puede estar conformada —y normalmente es así— por una multiplicidad de normas explícitas e implícitas, así como por los principios que las informan.

Es cierto —continúa Bennion— que este tipo de norma (prohibido matar o permitido contratar) jamás se expedirá. Pero la reflexión anterior refleja, con crudeza y claridad, que toda ley tiene vacíos o aspectos sin resolver, que el intérprete debe completar. Y, para hacerlo, es necesario tener fundamentalmente en cuenta los dos aspectos antes mencionados, a saber: (i) el concepto de sistema jurídico (que, como luego se verá, puede ser muy amplio); y (ii) la relevancia de los hechos del caso.

5. ¿CÓMO ENCONTRAR LA NORMA APLICABLE AL CASO?

Y ¿cómo y dónde se encuentra esa unidad de análisis que conforma la norma?

Pues eso depende de lo que el intérprete quiera determinar, lo que, a su vez, depende de las particularidades de los hechos del caso. Y, para ello, el intérprete debe hacerse las preguntas precisas y correctas sobre el problema, lo que le permitirá ubicar la totalidad de normas aplicables al caso. Lo cual no siempre es fácil porque hay multiplicidad de normas; hay

normas expedidas en momentos distintos y a veces distantes; algunas son muy precisas, mientras que otras requieren complejos procedimientos de interpretación; algunas son excepciones de normas más generales; otras son su complemento; muchas veces se encuentran contradicciones o persisten los vacíos, la oscuridad o la dificultad de entender su sentido.

Por eso, para contar con el material interpretativo completo, se requiere habilidad, conocimiento de la legislación, buen sistema de búsqueda de normas y, por supuesto, experiencia. Y el abogado debe tener presente que, si omite analizar una norma aplicable al caso, el análisis pierde todo su valor.

En lo que sigue, y recurriendo a Bennion, expondré un procedimiento para encontrar la norma objeto de la interpretación:

- a) **Revisar la totalidad del sistema jurídico pertinente**, tarea que no es fácil, pese a la ayuda tecnológica que hoy existe. La norma puede estar escondida en un cuerpo de leyes ajeno al que se está analizando o en las disposiciones finales, complementarias o transitorias o en las así llamadas leyes ómnibus, que recogen disposiciones no necesariamente vinculadas entre sí, que muchas veces los intérpretes omiten examinar. Grave error. Es, como ya he señalado, muy importante que el intérprete sepa cuáles son, exactamente, las normas aplicables al caso. Normalmente el problema se concentra en unas pocas normas, pero para asegurarse de estar en el camino correcto y ubicar con precisión el objeto de la interpretación es necesario hacer una revisión completa de la ley; descartar aquellas partes de la norma que no son útiles para resolver los hechos del caso y traer a la unidad de análisis aquellas normas del sistema que, en conjunto, se aplican a los hechos del caso.
- b) **Hacer las asociaciones correctas**, proceso que Bennion describe muy bien. Para dicho autor, en el caso de la antes mencionada norma hipotética, que señala que se prohíbe matar, es claro que

ella se aplica a quien da muerte a una persona y no a un animal. Pero, ¿cómo? ¿Y si es menor de edad? ¿Y si actuó bajo emoción violenta? ¿Y si la víctima inició la agresión? Puede verse en este ejemplo que algunas normas son incompletas y requieren el apoyo de otras, a fin de enmarcar correctamente la materia u objeto de la interpretación. Es cierto que algunas normas puedan ser únicas y completas en relación con los hechos del caso. Pero eso no es demasiado frecuente. Algunas normas varían en amplitud o precisión. Pueden también cambiar de sentido debido al transcurso del tiempo, llegando incluso a ser obsoletas, aun cuando se encuentren todavía vigentes (por ejemplo: las figuras de los esponsales y el adulterio en el Código Civil de 1936 existían, pero nadie los invocaba).

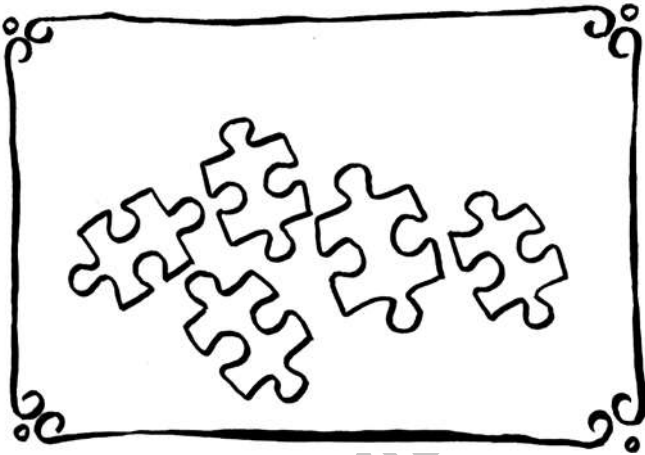
Y todo eso plantea dificultades sobre cuál es la situación de una persona en relación con la norma. Puede ser que matar esté prohibido, pero a medida que las preguntas van haciéndose más precisas, el intérprete llega a un área profunda y llena de sombras que él mismo tendrá que iluminar. Para lo cual puede hacer implicancias y ubicar jurisprudencia y doctrina que respondan a las preguntas planteadas. Pero, nada de eso cambia el hecho de que el primer paso que debe dar es ubicar, a partir de los hechos del caso, las normas aplicables y excluir las inaplicables.

- c) **Interpretar.** Cuando se ha determinado qué es exactamente lo que se quiere saber, se entra a la etapa de interpretación de la norma, momento en el cual se aplican los métodos de interpretación a las normas preseleccionadas.

Es importante concluir este acápite reiterando que, si el material de la interpretación no ha sido correctamente seleccionado, la interpretación, por lógica que sea, estará irremediablemente destinada a fracasar. Y ello, por haber utilizado material errado o incompleto, que orientó la interpretación por la ruta equivocada.

6. LA TÉCNICA DEL FRACCIONAMIENTO SELECTIVO

Un rompecabezas



El fraccionamiento selectivo es una técnica propuesta por Bennion, que ayuda a identificar el material útil (las normas legales que se relacionen con los hechos del caso) y a eliminar el material inútil (las que no se relacionen), pudiendo, incluso, aislar de la norma las palabras que son relevantes en el caso concreto y analizarlas de manera individual.

Pero este fraccionamiento solo se puede hacer recordando que la ley debe ser, además, interpretada sistemáticamente. El intérprete, pues, debe usar una técnica de «descreme», consistente en elegir los elementos que interesan en el caso concreto, eliminando lo superfluo de la norma y quedándose con lo esencial; pero lo que no puede hacer es dejar de analizar todas las normas del sistema que puedan tener aplicación al caso, lo que incluye las normas transitorias, finales o complementarias,

La técnica del fraccionamiento selectivo permite al intérprete entender una norma más o menos compleja, dividiéndola en partes y analizando cada una de ellas, para luego regresar a una apreciación completa.

Esta técnica se aplica aislando aquellas expresiones que son relevantes para el caso real, alumbrándolas o subrayándolas. Por ejemplo, el artículo 372 del Código Penal establece que el que sustrae, oculta, cambia, destruye o inutiliza objetos, registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, confiados a la custodia de un funcionario o de otras personas, será reprimido con pena privativa de la libertad. Lo que corresponde en ese caso es entonces, fraccionar, preguntándose, ¿qué es sustraer? ¿Qué es ocultar? ¿Qué es prueba? Pero, el intérprete debe tener cuidado, al fraccionar, de no olvidar el bosque por analizar el árbol.

Por último, debe tenerse siempre presente que, para hacer el fraccionamiento selectivo, el intérprete tiene que tener muy claros los hechos del caso, que —repito— aún si son imaginarios², son el referente obligado de todo proceso de interpretación.

7. NORMAS PRECISAS E IMPRECISAS Y LA IMPORTANCIA DE LA BUENA REDACCIÓN

Una norma desorganizada es aquella que carece de algún sistema; todo es casual, impensado, azaroso y actuante en la oscuridad, sin regla, guía, compás o concierto

Francis Bennion

No es suficiente para el redactor atenerse a un grado de precisión que permita a una persona de buena fe entender el texto. Es necesario atenerse, si es posible, a un grado de precisión en el que una persona de mala fe no pueda entender equivocadamente

Stephen J en McLeod (2002)

² Los ejemplos imaginarios son muy frecuentes en el dictado de clases.

Algo se ha dicho ya sobre la necesidad de buena redacción de la norma. Baste, entonces, con señalar en este acápite que la norma puede ser precisa o imprecisa. Si está redactada de manera poco cuidadosa, con exceso de verbo o es confusa, contradictoria o incompleta, el intérprete no puede insistir en aplicarla de manera estricta y exacta, pues, con ello, no obtendrá resultado alguno. Es necesaria cierta flexibilidad, que implica entender, por encima de todo, cuál es la racionalidad de la norma, haya el legislador dicho de más o de menos.

Ciertamente, no toda la doctrina está de acuerdo con eso, porque, por ejemplo, el textualismo extremo³ es tan opuesto a trascender la literalidad que admite, incluso, llegar a un absurdo, siempre que se respete la letra de la ley.

De cualquier forma, la buena redacción es esencial. Y las normas deben ser redactadas, asumiendo que serán leídas por personas de mala fe, que pretenden encontrar el resquicio para incumplir.

Este planteamiento se encuentra estrechamente vinculado a la «teoría del hombre malo» formulada por Oliver Wendell Holmes, para quien la norma debe ser leída como lo haría un hombre malo, es decir, una persona de mala fe. Siempre existirá alguien que trate de entender algo que nunca se quiso decir. Por ello, es necesario un cierto grado de precisión (sin llegar a la sobreexplicación) y un análisis que haga sentido de modo tal que una persona de mala fe no pueda pretender haberla entendido en un sentido distinto al que la norma tiene de manera natural.

Es importante traer este tema a colación, porque, como ya he señalado, en nuestro país se cuida poco la redacción de la ley y muchas veces los textos son poco claros o confusos. Ello desencadena inseguridad jurídica e, incluso, conflictos constitucionales, judiciales, arbitrales o administrativos, que aumentan la carga de trabajo de los jueces y demás órganos de administración de justicia, que se vuelven, además de poco fiables, más lentos de lo que ya son.

³ El textualismo se analizará en el capítulo 4 de este libro.

En casos de mala redacción, pues, el juez debe reconstruir el significado de la norma. Y eso toma tiempo y requiere paciencia.

El redactor



8. SE PRESUME QUE EL REDACTOR ES COMPETENTE

Desde antiguo, rige el principio de *omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta*, que significa que se presume que todas las normas han sido correctamente redactadas y, además, con las solemnidades requeridas. También se presume que el redactor se ha valido de las reglas de la gramática y la sintaxis y que, además, conoce el tema sobre el cual está legislando. Se presume, pues, en general, que el redactor no ha cometido errores.

Pero esa presunción no siempre coincide con la realidad y no faltan casos en los que la norma está en entredicho con el interés público y el juez se ve forzado a corregir errores de redacción.

9. PREGUNTAS

1. ¿Pueden las normas legales ser aplicadas en abstracto, es decir, sin referencia a hechos concretos?
2. ¿Tienen todas las normas legales la misma calidad o hay normas de calidades diferentes? Precisar las diferencias, si las hay.
3. Elija cualquier norma del Código Civil y aplique la técnica del fraccionamiento selectivo.
4. Elija cualquier problema de derecho civil que implique la aplicación de más de una norma. Explicar cómo se coordinan.
5. ¿Puede ser alegado como argumento ante un juez o una corte que el legislador carecía de cualidades de redacción?
6. ¿Es la buena redacción de las normas una cualidad innata o proviene del entrenamiento en sus técnicas?
7. ¿Cabe considerar que la norma legal tiene un contenido implícito?

Más sobre comunicación equívoca

AVISO PARROQUIAL

Recuerden en la oración a todos aquellos que están cansados y desesperados de nuestra parroquia.

Fuente: internet

AVISO PARROQUIAL

Estimadas señoras: ¡No se olviden de la venta de beneficencia! Es una buena ocasión para liberarse de aquellas cosas inútiles que estorban en casa. ¡Traigan a sus maridos!

Fuente: internet

AVISO PARROQUIAL

Para los que tienen hijos y no lo saben, tenemos en la parroquia una zona arreglada para niños.

Fuente: internet

¿Leones sí pueden ingresar?



Aviso en un restaurante

Fuente: MacLeod, 2002.

CAPÍTULO 4

LA DISCUSIÓN TEÓRICA

Una ley es siempre redactada por adelantado y con una imperfecta apreciación de los problemas, que se encontrarán cuando se aplique

Richard Posner en Cross (2009)

A pesar de la relevancia de la interpretación de la ley, lo normal es que no se incluyan o que se incluyan muy pocas normas que establezcan cómo debe interpretarse.

No es, sin embargo, algo que deba preocupar, porque la interpretación comprende un conjunto de técnicas aplicables a la comprensión del significado y aplicación de la ley, que incluso conviene no legislar, entre otras razones, para que el intérprete tenga la libertad de elegir y priorizar un método sobre otro, sin ataduras abstractas y generales.

Asimismo, si el legislador emitiera normas de interpretación, ellas serían igualmente interpretables y eso llevaría al infinito lo cual, antes que ayudar, complica.

El problema de la necesidad o no de incluir métodos de interpretación de la ley ya ha sido planteado en relación con el acto jurídico, caso en el cual el Código Civil de 1984 introdujo unos pocos métodos de interpretación. Y los métodos normados son tan pocos, que solo queda

aceptar que el intérprete está autorizado a buscar apoyo en métodos únicamente reconocidos por la doctrina. Surge, entonces, la pregunta, ¿para qué legislar sobre estos si, de todas formas, se recurrirá a los métodos ofrecidos por la doctrina?¹

Por último, como señala McLeod (2002, p. 260), estrictamente hablando, no existen normas de interpretación de la ley. Se trata, más bien, de técnicas, y principios. Me pliego a esa idea y tomo en consideración, además de la problemática antes planteada, el hecho de que las normas de interpretación no tienen la estructura típica de una norma, a saber, «si X, luego Y».

En el Perú, la única disposición que, de alguna manera, atañe a la interpretación de la ley está contenida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, que establece que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

No señala dicha norma, sin embargo, qué o cuáles son los principios generales del derecho y menos aún, cuáles son aquellos que inspiran el derecho peruano.

Lo que sí queda claro es que en el Perú los jueces no pueden dejar de resolver un caso por deficiencia de la ley, lo que permite concluir que nuestro sistema jurídico admite que el intérprete se valga de elementos de interpretación que no han sido siquiera mencionados por la ley, estando prohibidos de aplicar la ya mencionada regla del *non liquet*, que literalmente significa «me abstengo, porque no lo encuentro claro»².

Pues bien, señala Cross que el propósito de la interpretación de la ley en el derecho anglosajón —que, como he señalado, en nada se distingue de

¹ Dicho sea de paso, soy partidaria de la eliminación de las reglas de interpretación de la ley o del acto jurídico y el contrato, en cualesquiera textos legales.

² La regla del *non liquet* rigió básicamente en el Medioevo. Hoy es considerada obsoleta.

la interpretación en el derecho continental— ha sido materia de discusión. Indica dicho autor, en ese sentido, que

históricamente, la disputa sobre las metas de la interpretación legal ha sido dividida entre aquellos que creen que los jueces deberían mantenerse cerca de cuál fue la intención del legislador, basándose en toda la evidencia posible sobre tal intención y, aquellos que piensan que el propósito consiste simplemente en dar efecto al lenguaje empleado por la ley, descartando toda evidencia externa sobre la intención del legislador. Esta disputa se relaciona con las diversas posturas de las escuelas del derecho... Aquellos que creen que el propósito del proceso consiste en discernir la intención comúnmente contenida en la historia legislativa mientras que estos limitan su interpretación al lenguaje, representado por la escuela textualista. Ha emergido un tercer propósito, según el cual, la interpretación debe estar guiada por la preocupación de cuál debe ser la política sobre la mejor consecuencia bajo esas circunstancias. Esta última es generalmente considerada una interpretación pragmática, que utiliza sus propios criterios interpretativos (2009, p. 2).

No obstante, pese a tan marcadas diferencias, Cross concluye, enfáticamente, que «ninguna teoría ha superado a las teorías competidoras. A lo largo de la mayor parte de nuestra historia, las distintas teorías han coexistido» (2009, p. 2). Y tiene toda la razón.

Puede decirse que, en general, existen dos grandes discusiones teóricas sobre la interpretación de la ley: el textualismo vs. el antitextualismo; y el originalismo vs. el antioriginalismo.

El textualismo —que no tiene ramificaciones, sino, tan solo, diferencias de matices— privilegia el método literal de interpretación, considerándolo el único válido, mientras que el antitextualismo propone trascender la letra de la ley. Esta última corriente tiene variantes, que van desde la remisión a la intención o propósito del legislador concreto y real (por ejemplo, trabajos preparatorios); hasta la remisión al propósito

de la ley, apreciado desde un punto de vista objetivo, aunque siempre colocándose en el momento de su expedición (el *purposivism*).

El originalismo, por su parte, propone encontrar la intención del legislador (sea literal, real o ficta), mientras que el antioriginalismo postula la adecuación de la interpretación a la realidad actual, sea considerando las consecuencias de un fallo en particular (el pragmatismo o consecuencialismo), sea adaptando la norma al presente (interpretación dinámica de la ley) teorías que comparten la idea de no apelar a la búsqueda de la voluntad del legislador (sea subjetiva u objetiva), pues eso es cuestionable.

Y, como no podía ser de otra manera, existe, finalmente, la conjunción de todas ellas (pluralismo)³, que permite al intérprete utilizar el método (y la corriente de pensamiento) que, aisladamente o en combinación con otros, permitan entender el texto de la ley.

Esta última, aunque facilista, es la posición más real y ¡qué duda cabe! la más utilizada por los jueces.

Antes de entrar de lleno al tema, conviene hacer una precisión. Cualquiera sea la corriente de pensamiento con la que uno «simpatice», es perfectamente válido —en mi opinión— que, en un litigio, un abogado asuma una postura y en otro litigio, ese mismo abogado asuma la postura opuesta. O que, en un trabajo académico, el abogado adscriba a una determinada corriente de pensamiento y que defienda un caso

³ Como he señalado, existen diversas corrientes de pensamiento en el derecho continental (la mayor parte de las cuales son compartidas en el derecho anglosajón) que tienen que ver con los fundamentos teóricos de la interpretación de la ley. Esas corrientes son, por ejemplo, la teoría de la única respuesta correcta o tesis ontológica; la teoría de la respuesta más sensata de Dworkin; la teoría de las diversas audiencias o relativismo de Chaim Perelman; el relativismo moderado de Alexander Peczenik, que distingue entre el argumento *prima facie* (PF) y el teniendo todo en cuenta (TTC); y el constructivismo ético. No nos referiremos a ninguna de ellas en este libro, por tratarse de teorías más vinculadas a la filosofía del derecho y a la argumentación, que a la interpretación de la ley. Lo que sí interesa, en cambio, es la división entre textualismo y no textualismo, teorías que, sin dejar de tener fundamentos filosóficos, se encuentran más vinculadas a la aplicación del derecho, que a la especulación teórica.

fundamentándolo en una corriente distinta e, incluso, opuesta. Esta posición es controvertida por aquellos que la califican como reñida con la ética, dado que los abogados defendemos valores y debemos creer en ellos.

Discrepo con lo antes señalado porque —ya lo he dicho— la práctica del derecho es retórica y no necesariamente lógica y coherencia.

Una estrategia muy utilizada por abogados en litigios generalmente complejos consiste en enfrentar a los jueces o a los abogados contrincantes con opiniones, laudos o sentencias anteriores, con el propósito de que, en el caso de jueces y árbitros, opten por no contradecirse o en el de los abogados de la parte contraria, pierdan credibilidad ante el juez o tribunal. Pero, eso no tiene que ser así. Un árbitro amigo comentaba que un reconocido árbitro internacional, al ser sometido a esa confrontación, respondió que le parecía legítimo cambiar de opinión y que no se le podía pedir coherencia teórica al ejercer una función que tiene algo de teórica, pero que es fundamentalmente práctica, concreta y destinada a impartir justicia. Para no mencionar que cada caso tiene sus propios matices.

Descrédito



Por eso, cuanto más métodos y discusiones teóricas sobre interpretación domine el abogado, en mejor condición estará para defender un caso. Al abogado litigante no puede exigírsele coherencia teórica, porque su propósito es persuadir al juez con las herramientas que el derecho pone legítimamente en sus manos. Para lo cual, sin trasgredir las reglas de la ética, debe encontrar los mejores argumentos, independientemente de lo que haya opinado en ocasiones anteriores y de su visión teórica en particular. Ya se ha dicho que en materia de interpretación no hay verdadero o falso, sino buen o mal argumento y que se trata prioritariamente de retórica y no de lógica.

Eso explica, además, por qué en Inglaterra los *barristers*⁴ fueron, en un principio, actores de teatro y no abogados. Y a nadie se le hubiera ocurrido acusar al intérprete de Hamlet de no dudar, como lo hace el personaje que dicho actor interpreta.

Dicho lo anterior, en lo que sigue, expondré brevemente cada una de las corrientes de pensamiento sobre la interpretación de la ley y algunas de sus ramificaciones.

Cabe aclarar que la clasificación que propongo es propia y, por ello, tiene algo de arbitraria. Asimismo, recurro a autores que están en la órbita del derecho anglosajón porque, sin dejar de reconocer que existe doctrina sobre la interpretación de la ley en el derecho continental —algunas de cuyas corrientes teóricas toman, incluso, los fundamentos del aquel (por ejemplo, la Escuela del Realismo Genovés de Giovanni Tarello)—, es el derecho anglosajón, gracias a su muy bien fundamentada jurisprudencia y a su extraordinaria doctrina, el que plantea posiciones más claras, precisas y prácticas sobre las diversas orientaciones que existen sobre el tema.

Es necesario aclarar —eso sí— que la discusión entre las distintas corrientes de pensamiento expresa únicamente tendencias y no posiciones rígidas e inmodificables, pues —anticipo— todas y cada una de las

⁴ En el sistema inglés, *barrister* es el abogado exclusivamente litigante ante la corte, mientras que el *solicitor* es el abogado que asesora al cliente y que, para un litigio, recurre al *barrister*.

corrientes de pensamiento, por sólidas que sean y por mucho que aporten, dejan un sinfín de preguntas sin responder.

1. EL TEXTUALISMO

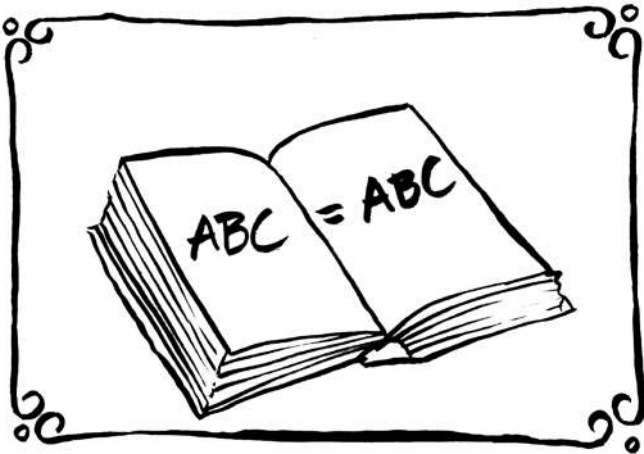
Ignoro el derecho civil, solo conozco el Código Napoleón.

Bugnet, citado por Geny en García Maynez (1994)

Los buenos jueces que tratan con leyes, no legislan.

Antonin Scalia y Bryan Garner

El hipertextualismo



1.1 Los fundamentos del textualismo

Ita lex scripta est
(Pero es la ley escrita)

*Nosotros no nos preguntamos qué es lo que el legislador quiso decir,
sino qué es lo que la ley dice.*

Oliver Wendell Holmes en Scalia y Garner (2012)

*Lo que cualquier miembro del Congreso haya pensado sobre el
significado de sus palabras es irrelevante.*

Juez Easterbrook en Cross (2009)

El textualismo, también llamado *literalismo*, tuvo su apogeo en el siglo XIX y comienzos del siglo XX y, aunque muy cuestionado, hoy convive con posiciones radicalmente opuestas. Y nada asegura que en el futuro no vuelva a adquirir igual o incluso mayor relevancia de la que tuvo en sus inicios.

Y eso es así porque cada una de las corrientes de pensamiento sobre la interpretación de la ley tiene directamente que ver con la evolución social y con la idiosincrasia prevaleciente en un momento histórico determinado, que bien puede exigir, en el futuro, un mayor apego a la letra, con el fin de priorizar la seguridad jurídica. O, al contrario, que eso no ocurra, porque es necesario priorizar la equidad.

Siempre, pues, predominará una corriente de pensamiento, mientras que la opuesta permanecerá latente hasta que la circunstancias la impongan nuevamente. La «teoría del péndulo», que le dicen.

Para el textualismo, al interpretar la ley, lo que corresponde es atenerse al sentido literal de las palabras. Estrictamente entendido, el textualismo supone atenerse únicamente a la letra de la ley, con independencia de cuán absurdo, injusto o inconsistente sea el resultado que produzca.

Sin embargo, los textualistas moderados aceptan que el absurdo es el límite de la literalidad o, lo que es lo mismo, que es necesario apoyarse en el texto siempre que ello no lleve a un absurdo o a una injusticia.

Con un ejemplo muy simple⁵, los textualistas fundamentan su teoría. La señal de tránsito «Detenerse» —sostienen— significa detenerse y nada más que eso. Un juez antitextualista podría considerar que un chofer puede no detener su vehículo a las 3 a.m., hora en la que hay poco tráfico, ya que ello guarda coherencia con el espíritu de la ley (evitar accidentes). Pero —continúan los textualistas—, cuando el cartel dice «Detenerse», no discrimina entre las horas en las que los choferes pueden o no hacerlo. «Detenerse» es siempre detenerse y a eso hay que ceñirse.

Suena fuerte y convincente, pero es discutible, como lo son todas las teorías que pretenden que existe una única respuesta para resolver los problemas de la interpretación.

Tal vez, el representante moderno más notorio del textualismo es el recientemente fallecido juez supremo norteamericano Antonin Scalia quien, en su famoso *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, escrito conjuntamente con el lingüista Bryan Garner, sostiene que

la ley ha sido infrecuente en el sistema legal anglosajón hasta mediados del siglo XIX. Cuando la ley no existía, el derecho era producto de la invención judicial... No es sorprendente que jueces, que eran legisladores, se hayan tomado ciertas libertades con las leyes que comenzaron a suplantarse su obra... (Es más) ...las reglas para llenar los vacíos en las leyes tenían que hacer menos con su significado que con lo que los jueces percibían como política pública (2012, p. 3).

Esta regla —continúan Scalia y Garner— ha permanecido y, de hecho, algunos jueces mantienen la política de crear derecho produciendo no el resultado que deriva de las palabras de la ley, sino el que ellos consideran deseable y ...han convencido a todos, que los jueces, en efecto, legislan (2012, p. 5).

⁵ Ejemplo propuesto por Scalia y Garner (2012, p. 6).

En suma, eso no es así, pues legislan los legisladores y juzgan los jueces.

Para demostrar el absurdo del antitextualismo, Scalia y Garner (2012, p. 6) citan como ejemplo el emblemático caso *Sea World* (2011), donde una corte determinó que la prohibición de la esclavitud establecida por la Enmienda Décimo Tercera de la Constitución de los Estados Unidos era también aplicable a las ballenas cautivas en un acuario. Fallo exagerado, por cierto, aunque puede ser el resultado de un antitextualismo poco reflexivo y algo «desbordado».

Ahora bien; por criticados que sean, los textualistas no están, ni mucho menos, huérfanos de argumentos. Exponen razones poderosas, incluso de carácter constitucional que, además, sustentan con coherencia.

La primera de ellas es que trascender el texto legal hace que los jueces se conviertan en legisladores y que ingresen a un territorio que no les corresponde, que es el de legislar. Los jueces —continúan— no son creadores de derecho ni están facultados a dar nuevos contenidos a la ley. Les corresponde, simplemente, aplicarla. Tampoco son pioneros de las grandes transformaciones legales y no es cierto que las palabras sean siempre ambiguas y sin un significado claro y definitivo. Y es mucho menos cierto que los jueces deban apuntar a garantizar la máxima libertad y tratamiento justo, porque su labor consiste, única y exclusivamente, en aplicar la ley. De esta manera, pues, llenar vacíos de la ley tiene poco que ver con el significado del texto y mucho que ver con la noción que tenga el propio juez sobre política pública.

Y para Scalia y Garner⁶, es simplemente incompatible con un gobierno democrático y, aún incluso, con un gobierno justo determinar el significado de una ley por lo que el legislador quiso decir y no por lo que el legislador promulgó.

Otra razón que expone el textualismo es que la interpretación literal es la única segura, porque impide a los jueces crear o construir más allá

⁶ En Cross (2009, p. 34).

del texto de la norma. Es, en consecuencia, el método más predecible y objetivo.

Como puede verse, el textualismo apela a la seguridad jurídica, Y este valor privilegia la certeza sobre la justicia, con el objeto de permitir la circulación de la riqueza, pilar del desarrollo capitalista. Y es que la seguridad jurídica permite la predictibilidad de las sentencias, con lo cual evitarían los litigios, pues todos sabrían a qué atenerse. Y eso es lo más seguro que hay.

Y, aunque

reconociendo los defectos de cualquier teoría de interpretación de la ley y sin intentar dar a la literalidad la calidad de verdad eterna, los jueces han actuado sobre la base de que el canon literal se fundamenta en verdades aproximadamente precisas y en criterios suficientemente objetivos para el trabajo del día a día en cualquier corte ocupada. El significado patente es tratado como la manera más segura para llegar al significado latente de la ley y la discrecionalidad que invade el campo de la legislación, si bien no puede ser eliminada, puede ser reducida al mínimo⁷.

Ante todo, pues, la seguridad jurídica porque cuanto más se aparte un juez del texto, mayor será la discrecionalidad que ejercerá y mayor la inseguridad que creará. Lo cual, en un sistema de separación de poderes, es inaceptable.

Es cierto —señalan Scalia y Garner— que la teoría de la interpretación es confusa. Pero, la confusión proviene —continúan— no del texto de la norma, sino del deseo de los jueces de liberarse del texto, lo que les permite hacer lo que quieren (2012, p. 9). Y eso no cabe. La liberación del texto ha sido introducida —señalan los textualistas— por litigantes con malos argumentos, que los impulsa a distorsionar el texto para lograr que su posición sea aceptada. Dura afirmación, aunque no demostrada.

⁷ E.R Hopkins; *The Literal Canon and the Golden Rule*; citado por Zander (2004. pp. 120-121).

El textualismo no niega que puedan existir normas vagas o ambiguas. Pero tal ambigüedad es causada —dicen— por el descuido en la redacción. Y precisamente por tratarse de un descuido, resulta contradictorio apelar a la intención del legislador⁸ porque, por lógica, tal intención no puede haber existido.

Y —continúan— en cuanto a la vaguedad del texto, ella es normalmente intencional, como ocurre con la obligación de «mejores esfuerzos», la expresión «duda razonable» y el concepto de «buena fe» y se utiliza cuando existe una multitud de situaciones que no pueden ser especificadas una por una. En esos casos, los textualistas admiten que el contexto es el que da el sentido a la expresión.

No niegan, por tanto, el valor del contexto, pero para ello, este tiene que estar en estrecha conexión con el texto. Y es que, como señala Cross:

los textualistas modernos entienden que las palabras son signos sobre una página, que son animados por el contexto... (y) ...en las elegantes palabras del juez Oliver Wendell Holmes, una palabra no es un cristal transparente e inmodificable; es la piel de un pensamiento vivo y puede variar en su color y contenido, de acuerdo a las circunstancias y al tiempo en que han sido utilizadas (2009, pp. 25 y 26).

Por eso, los textualistas moderados no son tan simplistas como para no admitir que el contexto juega un rol importante en la interpretación. No son, pues, literalistas en el sentido limitado de la palabra. Lo que ocurre es que se apoyan de manera esencial en los diccionarios, aun cuando, como se verá más adelante, la fiabilidad de estos últimos es discutible.

Tampoco confían los textualistas en la así llamada voluntad o intención del legislador, sencillamente porque tal voluntad no existe ya que, al final, la determinación del sentido de la norma es una decisión arbitraria del intérprete, producto de múltiples circunstancias. La ley es, entonces, lo que los ciudadanos son capaces de leer y así conocer sus deberes y derechos⁹.

⁸ La intención del legislador o *ratio legis* será analizada en el capítulo 5.

⁹ Cass R Sunstein y Adrian y Vermeule, en Cross (2009, p. 40).

Pero, lo que los textualistas no pueden negar es que, como bien ha señalado Bacon, las palabras permanecen mientras las cosas desvanecen. Las palabras, pues, en tanto representaciones de las cosas, tienen que cambiar cuando las cosas cambian. No es, pues, saludable, venerar el texto, pues para entenderlo correctamente debe tenerse en cuenta la (muy cambiante) realidad.

Y, para salvar sus propias contradicciones, los textualistas admiten que, en efecto, existen normas oscuras, vagas o ambiguas y proponen el método de recurrir al paradigma del lector correcto u honrado. Ese lector es, según Scalia y Garner, un hombre imaginario, que se caracteriza por ser razonable y competente en el lenguaje, el cual habría atribuido a la norma el significado que ella tuvo en el momento en que fue expedida. De esta manera, pues, el propósito del texto sí debe ser analizado, pero se llega a este a través del texto.

La tarea requiere, entonces, ¿cómo no decirlo? un intérprete apto, que, por encima de todo, sea capaz de descartar sus preferencias personales. Así, el propio Scalia reconoce que lo que corresponde es hacer una interpretación holística —en realidad, sistemática— de manera que un término poco claro puede ser clarificado si se recurre a la totalidad del texto de la ley. Y admite también que existe cierto grado de apreciación por parte del juez, aunque, a diferencia de las corrientes de pensamiento que, según ellos, dan carta blanca a los jueces para introducir sus propias ideas, la intención del legislador aceptada por el textualismo es objetivada, es decir, derivada del texto mismo.

Finalmente, en defensa del textualismo se señala que:

- (i) Incentiva la creación de buenos redactores legales, dado que estos no pueden ser suplantados por los jueces y, por eso, se ven en la necesidad de redactar correctamente;
- (ii) No se descartan de plano los avances tecnológicos, sino, por el contrario, estos se incorporan. Así, Scalia y Garner (2012, pp. 15-16) consideran que lo que corresponde es recurrir al

principio interpretativo más antiguo y con el mayor sentido común; en su pleno contexto, las palabras significan lo que ellas expresan para personas razonables en el tiempo en que fueron redactadas, con el entendimiento de que los términos generales pueden luego abarcar innovaciones tecnológicas posteriores.

Este fundamento acerca al textualismo a su opositor —el antitextualismo— que apela, igualmente, a una ficción.

- (iii) El propio Scalia admite la aplicación de los cánones de interpretación. Y, como se verá al tratar sobre estos, ningún canon es totalmente objetivo, pues son fórmulas utilizadas para fortalecer una determinada respuesta interpretativa que pasa, necesariamente, por la aplicación de uno o más métodos de interpretación.

No es, pues, que el textualismo sea irracional o rígido al extremo de no considerar, de alguna manera, la racionalidad de la ley o el propósito del legislador. Lo que hace es, simplemente, privilegiar el texto sobre el poco asible concepto de espíritu de la norma.

- (iv) Ante un vacío o ambigüedad de la norma, es mejor y más seguro —se dice— contar con un solo método de interpretación (el literal) que tener que elegir entre varias alternativas; y

- (v) Aunque no completamente, el método literal es el más adecuado para limitar la incorporación de la ideología del juez. Se trata, pues, de reducir la remida flexibilidad de los jueces y es la mejor garantía de cumplimiento del principio de seguridad jurídica.

UN CASO EMBLEMÁTICO CUESTIONADO POR EL TEXTUALISMO
HOLY TRINITY CHURCH V. UNITED STATES



Una ley norteamericana del año 1933 prohibía a extranjeros realizar cualquier trabajo en los Estados Unidos, salvo que se tratara de conferencistas, artistas o cantantes.

La iglesia Holy Trinity contrató un pastor de origen extranjero y el gobierno de Estados Unidos pretendió cobrar a la iglesia una multa por haber incumplido la disposición.

La Corte Suprema decidió, sin embargo, que los pastores eclesiásticos estaban incluidos entre las excepciones a la ley.

Para Scalia y Garner, esta sentencia contiene una *interpretación viperina*, porque recoge el *casus male inclusus*, según la cual, los jueces pueden desconocer un texto legal equivocado. Y eso es inaceptable.

Fuente: Scalia y Garner, 2012.

1.2 Las críticas al textualismo

El razonamiento legal es una bolsa que incluye anécdota, introspección, imaginación, sentido común y empatía, motivos, autoridad del legislador, metáforas, precedentes, analogía, costumbre, memoria, experiencia intuición e inducción (y, aun así) proporciona un alto grado de certeza...

Richard Posner en Cross (2009)

El textualismo ha sido (y sigue siendo) cuestionado con argumentos indudablemente atendibles. Como veremos enseguida, de tal cuestionamiento puede deducirse que esta corriente no es tan infalible ni tan segura ni tan justa, como pretenden sus defensores.

Los principales argumentos en contra del textualismo son los siguientes:

- (i) Los textualistas recurren fundamentalmente a los diccionarios para determinar el sentido de las palabras. Pero, no siempre los diccionarios dan la respuesta precisa.

Un ejemplo interesante sobre el valor relativo de los diccionarios es la discusión producida en relación con un impuesto a las verduras, donde el debate se centró en si el tomate era, como señala el diccionario, una fruta o si era, como se considera ordinariamente, una verdura;

- (ii) La Constitución no remite a los diccionarios; el lenguaje nunca dejará de ser ambiguo y, en muchos casos la legislación proviene de una decisión perfectamente democrática, donde decide la mayoría;
- (iii) En general, los diccionarios contienen diferentes significados de una sola palabra, por lo que el intérprete no puede resolver objetivamente el problema de interpretación. Y, además, recurrir a los diccionarios es tan o más externo que recurrir a

los trabajos preparatorios o a las exposiciones de motivos, que normalmente reflejan el significado de la ley de mejor manera que los diccionarios.

Y ese es el mayor problema de los textualistas: parten de la idea de que las palabras tienen un significado único y eso no es cierto. Baste con abrir un diccionario cualquiera, para ver la multiplicidad de sentidos que estas pueden tener.

Por eso, aludir a un sentido usual o normal de la palabra es incorrecto porque este puede ser cualquiera y dependerá íntegramente del contexto.

Es más, como acertadamente señalan Hayakawa y Hayakawa (1990, p. 34), cuando comentan la tarea de editar diccionarios, la redacción de un diccionario no es tanto la tarea de incorporar definiciones autoritarias sobre el verdadero significado de las palabras, sino la de registrar, hasta lo que se puede, lo que las palabras han significado para el autor en un pasado distante o inmediato. *El autor de un diccionario es un historiador, no un legislador.*

Y, como el sarcasmo no puede estar ausente de la discusión, la excesiva confianza en los diccionarios es calificada por los antitextualistas como *dictionary shopping*;

- (iv) En ocasiones, la ley guarda silencio sobre un aspecto. Ese silencio significaría que la ley no aplica en ese caso. Pero, eso no siempre es así, pues dicho silencio podría interpretarse en el sentido que la solución implícitamente contenida en la norma es la contraria (*canon a contrario sensu*). En materia de interpretación de la ley, pues, el silencio es, a veces, elocuente;
- (v) Trascender la letra de la ley no constituye una invasión de los jueces de la tarea legislativa porque, como bien señala McLeod (2002, p. 256), hoy no se entiende así la división de poderes, que se conceptúa como algo más funcional que político.

Se acepta, asimismo, cada vez más, la inevitabilidad de que los jueces trasciendan la literalidad y complementen los vacíos y oscuridades incurridos por el legislador;

- (vi) Es falso que exista un significado usual o normal de las palabras porque en todo litigio hay dos partes que, de hecho, atribuyen un sentido opuesto a los términos utilizados por la ley. Por eso, aunque se considere posible hablar de un sentido normal o usual en determinados ámbitos (por ejemplo, conversaciones informales, comunicaciones sociales), eso no cabe en materia legal porque en una controversia, casi por definición, la discusión se centra en la existencia de varios significados de las palabras utilizadas por la norma;

- (vii) No hay forma de ser siempre literal, porque permanentemente se producen absurdos, contradicciones o incoherencias, que son inevitables y que solo demuestran la imprecisión del lenguaje.

Es más, quienes cuestionan el textualismo citan sentencias contradictorias de jueces supuestamente textualistas. Así, por ejemplo, Zander señala que Lord Tenterden, a quien se considera el padre del literalismo inglés, tuvo que admitir, alguna vez, que el legislador no pudo haber pretendido atribuir a la norma significado literal de sus palabras. Lord Bramwell, quien retó a cualquier persona a que le mostrara un absurdo tan grande que justificara apartarse del significado usual, tuvo, según Zander, interesantes lapsus, pues se vio obligado a trascender los límites del texto de la norma. Zander menciona, finalmente, a Lord Halsbury, quien, pese a su inflexibilidad en la aplicación de la literalidad, tuvo, en alguna ocasión, que desertar y apelar a la equidad de la ley (2004, p. 122);

- (viii) Debido a esa búsqueda obsesiva (e imposible) de certeza, el textualismo ha perdido mucho de su pretensión. Y eso porque, aun cuando la aproximación literalista sea la correcta,

el abogado podrá siempre recomendar a su cliente iniciar un litigio, ya que —dirá— no todos los jueces son textualistas y, con buenos argumentos, podría ser posible que incluso los textualistas más extremos descarten tal aproximación, como en algún momento hicieron los inflexibles Lord Tenterden, Lord Bramwell y Lord Halsbury.

- (ix) Es falso que el textualismo promueva mejores redactores. Siempre se producirán errores y vacíos en la redacción, sea porque los redactores no estuvieron atentos; porque no imaginaron una hipótesis relativamente remota que luego se dio en la realidad; porque no eran suficientemente inteligentes; porque tuvieron un mal día e, incluso, porque no eran profesionales en derecho.

Piénsese, nada más, en la regulación emitida por algunos organismos públicos, en los que no siempre intervienen abogados y, en los que intervienen, pueden hacerlo mal. Piénsese también en los contratos redactados por las propias partes, cosa muy frecuente, por lo demás. Hasta que aparecen las discrepancias entre las partes y la redacción se pone a prueba. Para los antiliteralistas, pues, la aproximación literal extrema no reconoce la pura y simple realidad, ni que las ambigüedades del lenguaje existen ni que los redactores de la ley están siempre expuestos a fallar;

- (x) El textualismo es un rezago de la práctica primitiva de los contratos ingleses *under seal* o de la *mancipatio romana*¹⁰. Estas fórmulas, que, como se sabe, se caracterizaban por el valor absoluto concedido a la solemnidad (el cobre y la balanza en la *mancipatio*) y por el rechazo de toda evidencia externa sobre el

¹⁰ Zander cita a Llewellyn Davies (1935, pp. 519-522), que se refiere al temor reverencial de los sistemas primitivos, en relación con la palabra.

sentido de las palabras, parecen ser los antecedentes remotos de la aproximación literalista;

- (xi) El textualismo es derrotista y flojo, porque los jueces no luchan por entender el sentido de la ley. Por eso, si bien es cierto que el literalismo puede dar buenos resultados, estos son producto del azar, porque pueden no ser correctos, justos o acertados. Es, casi, como tirar una moneda al aire.

Por eso, el literalismo termina siendo arbitrario, porque el juez atribuye a las palabras un significado —el que él considera— sin pensar en lo que quiso el legislador y, mucho menos, cuáles serían las consecuencias del fallo. Y con eso, abdica de su verdadera responsabilidad, que es impartir justicia;

- (xii) Finalmente, como señala sarcásticamente Posner¹¹, los textualistas no quieren ayudar al legislador a que logre sus metas.

2 EL ANTITEXTUALISMO

La legislación por los jueces es inevitable, con independencia de su relativo atractivo.

Richard Posner en Cross (2009)

En rigor, el antitextualismo es aquella aproximación que acepta la posibilidad de trascender la letra de la ley y se basa en una suerte de principio de conservación, según el cual, algo tiene que haber querido decir el legislador al redactar la norma y es cuestión de descubrirlo.

¹¹ En Cross (2009, p. 55).

Rompiendo las amarras



El antitextualismo puede ser entendido hasta de cuatro distintas maneras, a saber:

- (i) La capacidad del intérprete de analizar la totalidad de la ley y no solo las palabras o frases oscuras o problemáticas. Esta capacidad —que, como puede verse, no se aparta del texto— equivale a la interpretación sistemática, que será tratada más adelante;
- (ii) La capacidad del intérprete de analizar los elementos de hecho, tanto técnicos como económicos, presentes de manera explícita o implícita en la norma.

Dicho análisis debe hacerse de acuerdo al estado del arte (*state of the arts*) y sirve para encontrar el sustrato de la finalidad de la norma (por ejemplo, aspectos hidrológicos, de bolsa, de telecomunicaciones, de electricidad, de navegación, etcétera). El intérprete debe saber que el sustrato de hecho puede variar con el tiempo, aunque la letra de la ley permanezca inalterada;

- (iii) La capacidad del intérprete de analizar el futuro, es decir, las consecuencias de una determinada interpretación y encontrar un significado a la norma que ayude a evitar absurdos o incoherencias. Este aspecto caracteriza al pragmatismo o consecuencialismo, que será analizado más adelante. Y, finalmente;

- (iv) La capacidad del intérprete de conocer y valorar el propósito del legislador histórico porque, definitivamente, algo han querido decir quienes votaron en mayoría por la ley bajo interpretación. Esta capacidad equivale a la interpretación histórica, que será también tratada más adelante.

¿Y cuándo debe indagarse por la intención del legislador? ¿Solo en el caso que falle la interpretación literal? ¿O aún si el resultado de dicho método es claro?

Algunos consideran que el recurso a métodos de interpretación distintos al literal es una regla secundaria o accesoria a aquel, que únicamente se aplica si falla el método literal, lo cual solo puede ocurrir cuando, analizando el texto, se llega a una solución absurda o incoherente. Otros, en cambio, consideran que de lo que se trata es de valerse, desde el comienzo, de todos los métodos que ayuden entender el contexto y, con ello, el sentido de la ley, por lo que la aplicación de dichas reglas forma parte del razonamiento obligado en todo proceso interpretativo.

Es por eso que Zander considera que el problema no es tanto si se acepta o no la posibilidad de búsqueda de la intención del legislador sino, cómo debe procederse para encontrarla, es decir, qué fuentes pueden ser utilizadas para hallar algo que, en buena cuenta, es una ficción o, más aún, una metáfora.

Pues bien; en lo que sigue expondré las dos corrientes que se apartan del literalismo y que apuntan a descubrir la intención del legislador. Estas son¹²: (i) el intencionalismo, (traducción libre del *intensionalism*), que implica descubrir la intención del legislador, valiéndose principalmente, de textos históricos (trabajos preparatorios, exposiciones de motivos, discusiones parlamentarias, etcétera); y (ii) el *purposivism ratio legis* o propósito de la norma, que no apunta a descubrir el propósito del legislador de carne y hueso, sino a entender la lógica de la norma misma, que es independiente de la persona del legislador. Ello, sin dejar de «ponerse en

¹² Pueden existir otras corrientes antitextualistas, pero nos limitamos a las preponderantes.

los zapatos del legislador», es decir, remitiéndose al momento de expedición de la ley¹³.

2.1. El intencionalismo

La cuestión no es entender lo que significan las palabras, sino lo que el Congreso quiso que significaran.

Juez Frankfurter, en Cross (2009)

Casi todos los conflictos sobre legislación involucran una batalla de propósitos en conflicto.

Frank B Cross

La voluntad del legislador



Según esta aproximación, la idea central de la interpretación es la búsqueda de la intención del legislador, lo que significa que el intérprete debe tratar de encontrar la voluntad que subyace en la norma. La pregunta que se

¹³ Puede verse, en relación con esta clasificación, Guastini (2010).

hace el juez es, entonces, ¿cómo habría resuelto el legislador este problema? Con lo cual, trasciende el texto.

Pero, ¿qué es, en concreto, la intención del legislador?

Como ya he señalado al tratar del antitextualismo, para entender la intención del legislador debe recurrirse al pensamiento del legislador de carne y hueso, lo cual equivale básicamente a la interpretación histórica de la ley, que recurre a los trabajos preparatorios, a los debates parlamentarios y a las exposiciones de motivos. Pero implica también el esfuerzo del intérprete de descubrir el propósito del legislador tratando de descifrar el significado de la norma misma o, lo que es lo mismo, qué es lo que hubiera pensado el legislador en las circunstancias que lo rodearon.

El intencionalismo ha merecido muchas y muy fundadas críticas, pues se considera que la ley nace normalmente como producto de una votación en la que algunos parlamentarios han votado a favor y otros en contra. Se trata, por eso, de una ficción. Es más; si hubiera existido consenso entre los parlamentarios que votaron a favor de la ley, quienes lo hicieron en el mismo sentido pueden haber tenido intenciones muy disímiles entre sí, que no necesariamente tienen que ver con el texto mismo. Se ha dicho, por eso, que la intención del Parlamento no es tanto una descripción, como una conveniencia lingüística¹⁴. Asimismo, existen normas de las que se puede deducir intenciones distintas e, incluso, opuestas.

Un buen ejemplo sobre la inoperancia de esta corriente es el siguiente: la ley establece que será penado con prisión quien suplante en una votación a una persona con derecho a voto. ¿Y si se suplanta a un muerto? Para algunos suplantar a un muerto es un supuesto que sí es abarcado por la norma, porque lo que ella sanciona es una falta contra el proceso electoral en general. Para otros, en cambio, no se trata de suplantación, porque se entiende que la ofensa prevista en la ley es contra la persona con derecho a voto y ese no es el caso de un muerto, que ya no existe y que, por lo tanto, no tiene derechos. Y, ¿qué pensó o habría pensado el legislador cuando expidió la norma? Pues es muy difícil saberlo.

¹⁴ Rupert Cross, en Harris (1997, p. 163).

Otra crítica al intencionalismo es que existen normas con intenciones indirectas y, de hecho, ocurre muchas veces que no hay una intención relacionada con el asunto legislado, pues el legislador ha votado la ley, con la única intención de ser reelegido. Y hay también normas con intenciones múltiples, como es el caso de la creación de un tributo, donde pueden haber existido múltiples propósitos. Finalmente, pueden existir normas sin intención alguna, como ocurre, por ejemplo, cuando se vota la ley por indolencia, por acuerdo de bancada o para satisfacer al jefe del partido.

Por otro lado, existen casos de silencio de la ley. ¿No es contradictorio —se preguntan los no intencionalistas— recurrir a la intención del legislador para descubrir lo que el legislador definitivamente no anticipó? Y es que, por lógica, quien no tuvo el problema en mente, no puede haber tenido una intención.

Y tampoco se concibe —cuestión de matemáticas— que la suma de intenciones particulares pueda dar como resultado final una única voluntad. El Congreso es un organismo colectivo, donde no es posible determinar qué tenía en mente cada individuo y menos aún, cuál es la intención de un colectivo. Para el juez Easterbrook¹⁵, por ejemplo, es imposible para una corte, aún en el caso de que conozca las preferencias de cada uno los legisladores, afirmar lo que un cuerpo colectivo habría sostenido en relación con un texto que no consideró una determinada hipótesis.

Lo mismo ocurre cuando las circunstancias han cambiado y la intención del legislador sea ya obsoleta. Esto ocurre con las normas medioambientales, por ejemplo, donde el cambio viene siendo tan vertiginoso que la intención del legislador (el original) pierde rápidamente trascendencia.

Pero, tal vez, la crítica más severa al intencionalismo es el cuestionamiento de la así llamada legislación por los jueces, crítica que, como ya he señalado, ha sido levantada por los textualistas para justificar

¹⁵ Palabras del juez Frank Easterbrook en Cross (2009, p. 30).

que el recurso a la intención del legislador desconoce la división de poderes, porque permite al juez invadir competencias que no le son propias. A ello se responde, sin embargo, señalando que no se trata de que los jueces legislen en el sentido real de la palabra porque, al emitir un fallo, el juez no sigue el procedimiento legislativo y las sentencias no aparecen publicadas como normas legales (en el Perú, en el diario oficial *El Peruano*); tampoco son tratadas por la jurisprudencia como si fueran legislación.

EL TEOREMA DE ARROW

Arrow ha demostrado matemáticamente que las decisiones grupales —que fundamentan la así llamada voluntad del legislador— no son necesariamente estables ni responden a una verdadera elección democrática, que represente las preferencias de la mayoría. Lo que Arrow buscaba demostrar es que no existe una verdadera intención colectiva, puesto que la ley representa muchas veces un compromiso entre diferentes tendencias. En consecuencia, los textos legales son arbitrarios y no necesariamente representan la elección de la mayoría.

La discusión parlamentaria



No obstante las muy fundadas críticas al intencionalismo, sus defensores sostienen que la expresión intención del legislador es una fórmula validada por la experiencia. Se usa hace muchos siglos y se entiende su significado, aunque no haya podido ser definida de manera totalmente satisfactoria.

No se trata de una intención específica, sino de imaginar lo que el legislador histórico habría decidido en el caso concreto. Otros son menos flexibles y tratan siempre de encontrar apoyo en su voluntad expresada en exposiciones de motivos. Y otros sostienen que la expresión intención del legislador supone que este ha dado señales al intérprete, quien no es libre de entender la norma según su leal saber y entender, ya que debe encontrar en la norma el propósito que tuvo el legislador; propósito que está obligado a respetar, lo que acerca el intencionalismo al *purposivism*.

Finalmente —continúan los intencionalistas— es posible hablar de intención del legislador, aunque la ley haya sido votada solo por mayoría, porque la regla de las mayorías es la base de la democracia que permite considerar que la ley, una vez expedida tenga un solo espíritu y una única racionalidad.

EL CASO WEBER Y LA INCERTIDUMBRE SOBRE CUÁL ES LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR*

En el año 1974, la empresa Kaiser Aluminium (KA) y el Sindicato de Trabajadores del Acero cerraron una negociación colectiva. Uno de los acuerdos producto de dicha negociación fue establecer un plan de contratación a partir de conjunto de normas y acuerdos que apuntan a dar acceso a la educación y al trabajo a las minorías (*affirmative action*).

La idea del acuerdo entre la empresa y el sindicato era eliminar el desbalance existente entre trabajadores blancos (la mayoría) y afroamericanos (la minoría). Para ello, se convocó a un concurso a 13 personas, siete de las cuales eran afroamericanas, con lo cual se actuó en concordancia con la *affirmative action*.

Uno de los no elegidos en dicho concurso fue un trabajador blanco llamado Brian Weber, que alegaba tener mucha más experiencia que cualquiera de los afroamericanos elegidos. Después de que la Comisión de Empleo desestimara su queja, Weber demandó judicialmente a KA por discriminación, con el argumento de que el rechazo que había sufrido por parte de KA —que no lo eligió— implicaba la violación de la sección 7.03 (a) 1 del *Civil Rights Act* (CRA) expedida en el año 1964, que consideraba ilegal la discriminación en el trabajo por razones de raza, religión, género o nacionalidad.

La discusión se centró en determinar cuál había sido la intención del legislador de la CRA, es decir, si su intención fue la de establecer un balance racial basado en la *affirmative action* o si se trataba de una ley antidiscriminatoria en general, que prohibía excluir a personas de cualquier raza.

Ello motivó la división de opiniones en la Corte Suprema, donde el juez Brennan, apelando al intencionalismo, consideró que la *affirmative action* era consistente con la CRA, porque el espíritu y el propósito de dicha ley era crear un balance racial, lo que permitía establecer cuotas. El juez Rehnquist dudó de esta conclusión y se tomó el trabajo de recabar la opinión de catorce senadores, de los cuales siete opinaban que la CRA era compatible con el establecimiento de cuotas, pues esa había sido la intención original, y otros siete consideraban que la CRA prohibía las cuotas pues se trataba de una ley de igualdad de oportunidades para todas las razas y no de igualdad de resultados.

Con lo cual quedó demostrado que era imposible, o por lo menos muy difícil, determinar cuál había sido la intención del legislador, que pudo ser cualquiera de las mencionadas o, incluso, ninguna de ellas.

* El caso Weber es uno sobre los que Eskridge basa su teoría de interpretación dinámica de la ley.

Frente a las dificultades que planteaba el caso Weber sobre la verdadera intención del legislador, surgió una variante del intencionalismo, que Eskridge ha llamado la «teoría de la reconstrucción imaginaria» y que

apunta a encontrar la intención del legislador, no solo a través de la palabra de la ley, sino del análisis de las circunstancias que rodeaban al legislador en el momento en que expidió la norma (por ejemplo, ¿quiénes fueron los legisladores esenciales en la aprobación de una determinada ley? ¿Qué problema trataban de resolver?).

Pero, al igual que el intencionalismo, la teoría de la reconstrucción imaginaria es una propuesta compleja y difícil de asumir, porque descubrir quiénes fueron los legisladores clave en la expedición de una ley no es tarea fácil, sobre todo cuando se trata de una ley muy antigua.

Es por eso que Eskridge señala, sarcásticamente, que esta teoría tiene más de imaginativa que reconstructiva y que en todo trabajo de interpretación existen ciertas asunciones que muchas veces son incorrectas. Señala, asimismo, que la norma puede cambiar su orientación primigenia a través de la interpretación, porque el objeto de esta última es que poco a poco la ley se vaya adaptando a nuevas circunstancias y necesidades. Ello será analizado más adelante, al tratar la teoría dinámica de interpretación.

2.2. El propósito de la norma o *purposivism*

Cuando la mente trabaja para descubrir el significado de la ley, se vale de todo aquello que le pueda prestar ayuda

Juez Marshall en *United States v. Fiber*



El *purposivism* es una variante del intencionalismo, que floreció en los Estados Unidos entre los años 1938 a 1959. Sus principales exponentes fueron Henry Hart y Albert Sacks, para quienes las ambigüedades de la ley pueden ser resueltas a través de la *búsqueda del propósito objetivo de la norma*¹⁶.

Esta corriente de pensamiento propone la búsqueda de la voluntad del legislador, pero no su voluntad real, sino el propósito objetivo de la norma o, lo que es lo mismo, la voluntad del legislador objetivada. Por eso, para sus partidarios, las fuentes de interpretación no se restringen a las exposiciones de motivos, trabajos preparatorios y debates parlamentarios —como parecería hacer el intencionalismo— sino que acuden a otras fuentes para tratar de comprender, de manera objetiva, el propósito de la norma.

Se trata, como puede verse, de una propuesta alternativa al intencionalismo, porque es menos rígida y exigente que este, ya que no reclama la evidencia de la intención del legislador de manera documentada, sino impone descubrirla a partir del propio texto de la norma.

No se exige, pues, desentrañar la intención psicológica de los autores de la ley —cosa de la que nunca se podrá estar seguro— sino de entender su lógica, con independencia de lo que haya podido haber dicho el legislador de carne y hueso. De esta manera, cuando el texto aparezca como irracional o contrario a la política de la ley, los partidarios del *purposivism* consideran posible trascender su letra.¹⁷ Y es que —según señalan— el legislador no ha podido, no puede ni podrá prever el detalle que el caso real reclama.

Esta teoría ha sido, sin embargo, criticada por razones parecidas a las críticas al intencionalismo. La principal objeción que se le hace es que el *purposivism* no explica cómo así se puede saber que se ha encontrado la

¹⁶ Henry Hart Jr y Albert M Sacks en Eskridge (1994 p. 26).

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema norteamericana de 1940, en *United States vs. American Trucking Association*; en Cross (2009, p. 59).

lógica de la norma, dado que los partidarios de esta corriente no proponen una metodología para llegar a ella.

Los críticos de esta corriente señalan que está demostrado que los legisladores no son, necesariamente, personas racionales que buscan un resultado racional, pues muchas veces sus objetivos son más populistas que racionales. El proceso político sugiere que los compromisos son endémicos en el proceso político; es un conglomerado de propósitos diferentes que, inclusive, pueden estar en conflicto (Eskridge, 1994, p. 27), razón por la cual, no hay cómo llegar a determinar la racionalidad de una norma.

Se señala, asimismo que, al igual que el intencionalismo, el *purposivism* tiene una considerable dosis de indeterminación, lo cual es opuesto a su objetivo de crear estabilidad y equilibrio. Ello es así, en primer lugar, porque el propósito de la ley puede ser muy elástico y permitir múltiples interpretaciones. Así, como ha quedado demostrado con el caso Weber¹⁸, la ley antidiscriminación (CRA) pudo haber sido interpretada tanto como una ley que prohibía la discriminación de cualquier persona, sin considerar la raza, o como una ley que establecía cuotas para los trabajadores afroamericanos.

De otro lado, el objetivo al que aparentemente apuntaba la ley en sus orígenes pudo haber llevado a un buen resultado en el corto plazo —en el caso del CRA, el crecimiento de la masa laboral afroamericana— pero no en el largo plazo porque, como bien señala Eskridge, su posible efecto sería, en el mediano plazo, que las empresas que iban a requerir mano de obra calificada decidirían mudarse a lugares donde la fuerza laboral afroamericana no fuera significativa.

¹⁸ Ver acápite 4.2.1 del presente libro.

3. EL ORIGINALISMO Y EL ANTIORIGINALISMO

I Todo sistema de interpretación—incluyendo el antiguo y nuevo textualismo— debe estar basado en, por lo menos, algo de discrecionalidad.

Juez israelí Barack en Cross (2009)

El originalismo implica, básicamente, recurrir a la intención del legislador, sea la del legislador de carne y hueso, sea la del propio texto de la ley, entendido como se entendió en el momento de su expedición. El antioriginalismo, en cambio, se opone a esa visión, a la que califica de obsoleta y absurda.

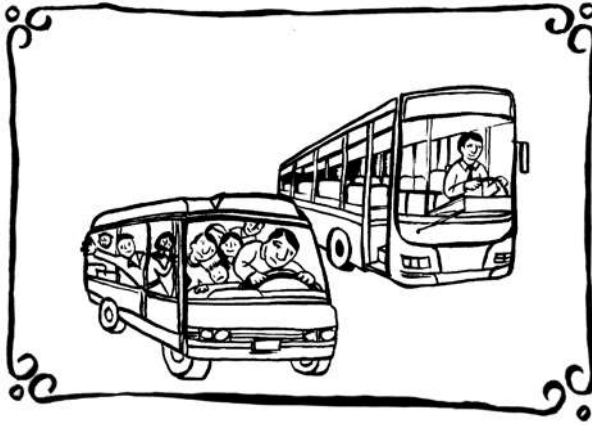
Dado que las corrientes originalistas han sido ya expuestas al presentar el textualismo y el antitextualismo, en lo que sigue plantearé tan solo dos variantes del antioriginalismo, a saber: (i) el pragmatismo o consecuencialismo, que, ante todo, valora las consecuencias de la sentencia o fallo antes de emitirlo, con independencia de cuál fue la intención del legislador; y (ii) la interpretación dinámica de la ley, que postula la necesidad de adaptar la norma a la situación actual.

3.1. El pragmatismo o consecuencialismo

Existen únicamente dos clases de jueces: aquellos que admiten estar orientados al resultado y aquellos que están también orientados al resultado, pero que no lo admiten.

J. Braxton Craven Jr. en Cross (2009)

La racionalidad económica



La ley debería desarrollar sobre la base de una lógica relativa a las consecuencias antes que, a los antecedentes, una lógica de predicción de probabilidades, antes que una de deducción de certezas.

Dewey en MacCormick (2005)

El pragmatismo es la corriente que propugna tomar fundamentalmente en cuenta las consecuencias que una sentencia pueda tener (como el aprovechamiento futuro del productor en perjuicio del consumidor, la imposibilidad del acreedor de cobrar la deuda, etcétera) y goza de la reputación, según Cross, de ser la «teoría moderna de la interpretación más controversial... (porque)... no confía en el material legislativo o en reglas de interpretación que limitan la discrecionalidad judicial... (y) apunta al mejor resultado social (énfasis agregado) (2009, p. 102).

Para dicho autor, el consecuencialismo se distingue de las otras corrientes por su linaje filosófico. Entre sus representantes se encuentran aquellos pensadores que se autobautizaron como El Club Metafísico, entre los cuales se menciona a John Dewey y a Oliver Wendell Holmes.

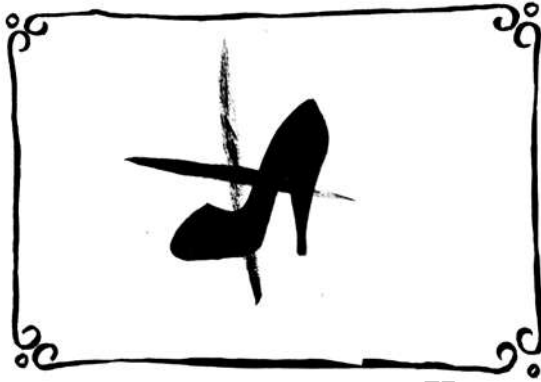
Los pragmáticos no defienden un absoluto, sino aquello que mejor se adapte a la realidad del momento. Es, pues, una teoría instrumentalista, que se basa en tomar en cuenta, al interpretar, la percepción, por el juez, de la política pública y de las necesidades de un tiempo determinado. Y el fallo es construido de acuerdo con dicha percepción.

Modernamente, esta teoría ha sido defendida por el juez Richard Posner y por los estudiosos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, que han señalado que «los jueces han sido pragmáticos al interpretar la ley durante la mayor parte de la historia» (Cross, 2009, p. 104).

Para los pragmáticos, el razonamiento legal es fundamentalmente práctico y su análisis se centra en las consecuencias del fallo en uno u otro sentido, cosa que, según ellos, ocurre en la vida real. La función del juez es, pues, dar sentido a las normas y tratarlas como las trataría una persona razonable, actuando razonablemente (2009, p. 104) y siempre colocándose en el presente.

El pragmatismo, antes de buscar una verdad absoluta «simplemente piensa en qué es lo que funciona en el mundo... la moralidad de un acto descansa en sus consecuencias y el acto se evalúa conforme a lo que funciona en el mundo real... La moralidad de la acción se juzga según sus consecuencias y se evalúa según sus resultados (2009, p. 103). Y no es que el pragmatismo desconozca el texto de la norma, sino se aparta de ella cuando las consecuencias de su aplicación sean perversas o socialmente inconvenientes. Lo que se pretende, pues, es adaptar la norma a las circunstancias y lograr el mejor resultado social.

EL CASO DE LA CONFORMACIÓN DEL JURADO



En los Estados Unidos, cuando se expidió la ley de selección de los integrantes del jurado, se optó, como criterio de selección, por figurar en la lista de votantes. En ese momento, las mujeres no tenían derecho a voto, por lo que dicha lista incluía solo hombres.

La pregunta es si hoy en día, en que la mujer tiene derecho a voto, debe interpretarse la ley en el sentido que tuvo originalmente, es decir, considerar elegibles solo a hombres o si debe aplicarse un criterio más amplio, que incluya a hombres y mujeres, aunque ello no derive estrictamente del texto de la ley.

Fuente: Richard Posner en Cross, 2009.

Para los defensores de esta corriente es absurdo tener que esperar que la ley cambie, porque todo cambio es un proceso largo y complejo. Es mucho más fácil que los jueces compensen la lentitud de la reforma legislativa con decisiones rápidas y contemporáneas. De esta manera, pues, así como los textualistas parten de una norma que, aunque obsoleta, debe ser aplicada en sus propios términos, los pragmáticos se orientan al resultado, sea individual o social, que se produciría adoptando una cierta manera de

interpretar la ley. Las consecuencias que tendrá la aplicación de la ley son lo primero y lo más importante.

UNA DECISIÓN JUDICIAL BASADA EN EL PRAGMATISMO

La Sherman Antitrust Act

Este caso es emblemático. La Sherman Antitrust Act prohibía la celebración de cualquier contrato que restrinja el comercio (por ejemplo, venta de una marca con cláusula de prohibición de competencia).

Pero la norma resultó ser demasiado amplia, porque cualquier restricción, por mínima que fuera, caía dentro de esta y el resultado, entonces, terminaba siendo —paradójicamente— una mayor restricción al comercio.

Los jueces, entonces, añadieron que la restricción de comercio pactada debía ser no racional, teniendo en cuenta los principios económicos actuales.

Como puede verse, el término no racional no fue utilizado por la norma, pero los pragmáticos se preocupan no solo de lo que dice la norma, sino de las consecuencias de aplicarla de manera estricta.

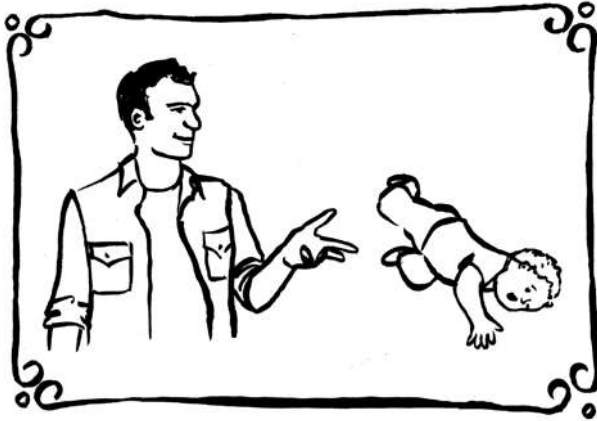
Fuente: Cross, 2009.

Así pues, una forma de interpretar pragmáticamente la ley es recurriendo a la teoría del absurdo.

Lon Fuller lo ilustra con un ejemplo:

Si, durante una tormenta el patrón le dice a su empleado «arroja todo lo que tienes en la mano y ven corriendo a la casa», no le está diciendo que arroje también al bebé que el empleado tiene en brazos. Y eso sencillamente, porque las palabras no se pueden interpretar en el sentido de ordenar a una persona a cometer un delito, porque la norma se interpreta evaluando la razonabilidad, la racionalidad y el sentido común... lo cual —señala Cross— es incluso aceptado por los textualistas más extremos (2009, p. 108).

¿Arroja todo lo que tienes en la mano?



Ahora bien, como es de suponer, el pragmatismo ha sido (y es) objeto de crítica. Lo primero y más importante es el inconveniente de otorgar un poder tan amplio a los jueces, pues este puede ser mal utilizado por quienes no saben usar los métodos de interpretación y prefieren aplicar la ley según su leal saber y entender.

La impericia, e incluso la pereza, pueden estar ocultas bajo una teoría que, aunque sumamente atractiva, puede llevar a decisiones catastróficas.

Otro argumento contra el pragmatismo es que atenta contra la división de poderes. Para los antipragmáticos, los jueces no son los «reyes de la filosofía» ni una élite privilegiada que cuente con el poder de decidir arbitrariamente el significado de la ley. Esto último ha sido enfatizado por Scalia en diferentes textos en los que cuestiona el antitextualismo.

Los jueces no tienen la verdad en sus manos ni son quienes determinan lo que es bueno y lo que es malo para la sociedad. Esto, según Cross, es aceptado incluso por Posner —uno de los defensores del pragmatismo—, quien sugiere que, al interpretar, es necesario que el juez encuentre el propósito legislativo. No es tan sencillo, pues, dejar de lado la letra de la ley ni omitir recurrir a la intención del legislador, debido a la incertidumbre que crearía.

También se critica esta corriente de pensamiento porque, según los antipragmáticos, no es claro a qué clase de consecuencias debemos referirnos, es decir, si a las derivadas del caso —que solo atañen a las partes— o a las consecuencias sociales, como son la mayor eficiencia económica, la mayor razonabilidad, la mayor justicia, etcétera¹⁹.

Por otro lado, las consecuencias pueden resultar siendo opuestas o, por lo menos, distintas a las previstas por el juez, quien no tiene una bola de cristal para prever con exactitud los efectos individuales, económicos o sociales de su decisión.

Además, la justicia se imparte de manera individual, por lo que no es admisible que las ideas de un juez sobre el bien común o sobre lo más eficiente económicamente trasciendan al caso en particular. Es más, diferentes jueces pueden tener distintas aproximaciones y eso atenta contra la tan apreciada predictibilidad de los fallos y sentencias. E incluso, si las sentencias pudieran trascender el caso concreto, los jueces no están mejor preparados que, por ejemplo, las agencias reguladoras, para decidir lo que es bueno y lo que es malo para la sociedad, para el consumidor o para una industria en particular.

Por último, tampoco se ha demostrado que el pragmatismo produzca mejores resultados individuales o sociales.

El caso que mejor grafica la inoperancia del pragmatismo es el ya mencionado *R v. Dudley and Stephens*²⁰, en el cual, como se recordará, un grupo de marineros perdidos en el mar por más de ocho días y sin comer, acordó que, hasta que fueran rescatados, matarían a uno de ellos —el más débil— a fin de beber su sangre y así sobrevivir. En efecto, mataron a uno. Los marineros fueron, finalmente, rescatados y dos de ellos fueron acusados de homicidio. El abogado de los acusados sostenía que no se trataba de un homicidio, sino de un estado de necesidad. Y, para

¹⁹ El análisis económico del derecho, por ejemplo, es una teoría en la que el pragmatismo es de carácter social o general (la eficiencia económica).

²⁰ Ver el recuadro «Hard cases make bad law» en el capítulo 1.

evitar hacer *bad law* y previendo que habría una solución benigna para los marineros, la corte los condenó a prisión, a sabiendas de que tiempo después se les conmutaría la pena. Lo cual, en efecto, ocurrió, aunque pudo no haber ocurrido.

Y los detractores del pragmatismo se preguntan, ¿qué consecuencias quiere la sociedad para el futuro? ¿Que se permita el homicidio en esas circunstancias? ¿O que se siga respetando el principio de respeto a la vida ajena? Porque, como señala MacCormick respecto de un caso similar²¹, se correría el riesgo de que «la gente juzgara sus propios casos; que la mayoría de la gente estaría lista a invocar las excepciones»(2005, pp. 105-106) y habrá oportunidades para los médicos de proponer los hechos para la aprobación por la corte, antes de hacer la operación. Y eso ni funciona ni es aceptable. Y, añado una reflexión: la aproximación pragmática puede dejar pasar, incluso, la impericia y la corrupción, tan frecuentes —yo diría que estructurales— en nuestro país.

Tampoco es posible fijar por anticipado y de manera objetiva el significado del bien común ni los jueces tienen, necesariamente, la idea correcta de su significado. Y, además, como bien señala Cross, normalmente en un juicio, los jueces se encuentran limitados por los argumentos de los abogados, sin que les quede un mayor margen de acción.

Frente al peso de la crítica, los partidarios del pragmatismo sostienen, aunque débilmente, que no es que los jueces puedan juzgar según sus preferencias individuales. Los jueces deben aplicar la ley, aunque teniendo en cuenta las consecuencias (positivas y negativas) que su fallo provocará. Aceptan también que su teoría es únicamente aplicable a los casos difíciles, que no son susceptibles de ser resueltos aplicando los métodos tradicionales de interpretación de la ley.

Coincido con ese planteamiento. El pragmatismo no es capaz de dar respuestas teóricas suficientes. No obstante, la práctica profesional enseña

²¹ Se trata del caso de separación o no de unos siameses, en el cual uno de ellos —el más débil— moriría. Se discutía en ese caso el derecho a la vida.

que, al sentenciar, no es posible ni deseable prescindir de las consecuencias del fallo, porque hacerlo puede generar injusticias o arbitrariedades, lo que no es deseable.

¿VALE EL PRAGMATISMO?

En un caso arbitral, en el cual una sociedad demandó a otra por daños y perjuicios, se incluyó como responsables a otras dos empresas pertenecientes al mismo grupo económico que la causante del daño. Un tribunal arbitral declaró fundada la demanda y estableció que los tres demandados (dos de los cuales no habían intervenido en el convenio arbitral) eran solidariamente responsablemente del pago de una indemnización.

El tribunal era consciente de que, según el Código Civil, la solidaridad debe ser expresamente pactada y eso no había ocurrido en este caso. Pero también era consciente de que, si no declaraba la responsabilidad solidaria, la víctima no llegaría a cobrar la indemnización, pues la única que podría asumir el pago era una de las demandadas (la empresa matriz). Primó en este caso el análisis de las consecuencias desfavorables de un fallo a la víctima y el tribunal se apoyó, para declararla en la «teoría del levantamiento del velo societario», teoría reconocida por la legislación peruana, tan solo en áreas específicas, como el mercado de valores y la banca.

Fuente: caso real. Arbitraje sometido a reglas de confidencialidad.

3.2 La teoría de la interpretación dinámica de la ley

La Corte Suprema generalmente interpreta la ley de una manera que revela el propósito de la norma o los valores actualmente existentes en lugar de la intención original del legislador.

Nicholas Zeppos en Eskridge (1994)

Si voy a ser criticado —y de hecho lo seré— prefiero ser criticado... por adelantarme al tiempo y no por estar detrás de él. Mi esperanza es estar de acuerdo con los tiempos.

LJ Ward, en McLeod (2002)

Hoy y ayer



De manera similar al pragmatismo, la teoría dinámica de interpretación no discute si la norma puede ser o no trascendida. De hecho, la acepta. Lo que critica es la posición llamada *originalista* que, como ya he dicho, incluye el textualismo, el intencionalismo y el *purposivism*, teorías que parten del significado fijo e inamovible de la norma desde el momento

que fue expedida. Ello hace que los partidarios de la teoría dinámica de interpretación califiquen a las teorías originalistas de «arqueológicas».

La teoría de la interpretación dinámica de la ley sugiere que los jueces adapten sus decisiones a las circunstancias del presente (MacCormick, 2005, p. 100), pues no se trata de descubrir la intención del legislador, sino de resolver el caso con criterio actual²². Y, según señala Eskridge —principal impulsor de la teoría— es inevitable hacerlo²³.

Para Eskridge,

la interpretación de una ley por el intérprete no es necesariamente aquella que el legislador original habría avalado... Y, cuanto más aumenta la distancia en el tiempo entre la expedición de una norma y su interpretación, un originalismo puro se convierte en imposible o irrelevante (1994, p. 6).

La interpretación de la ley debe ser, entonces, multifacética y evolutiva, antes que estática y pasiva.

Pero, no solo se trata de adecuar la ley a los tiempos. Los partidarios de esta teoría reconocen también la decisiva intervención en la interpretación de la subjetividad del intérprete, con lo cual concuerdan con el realismo jurídico norteamericano. Y es que, para ambas, en el proceso interpretativo, el intérprete responde tanto a la política actual, como a la historia de su cultura.

²² Curiosamente, la fuente original de la teoría dinámica de interpretación la encuentra Eskridge, no en autores más o menos modernos, sino en Aristóteles, para quien la labor del intérprete sirve para corregir la omisión de la ley.

²³ Señala Eskridge que uno de los originalistas más combativos, como es el juez Scalia, acepta que, al expedir una norma, el Congreso puede elegir términos generales como buena fe o fraude, esperando que los jueces desarrollen dichos conceptos.

LA ANALOGÍA DEL COMANDANTE DEL PELOTÓN

Cuando un juez interpreta una ley, actúa como lo hace el comandante de un pelotón, que sigue órdenes para actuar en el campo de batalla.

No es infrecuente, sin embargo, que el comandante se encuentre con situaciones inesperadas y no contempladas en las órdenes que ha recibido. Dadas las características del campo de batalla, le es imposible comunicarse con sus superiores y tiene que ir más allá o, incluso, en contra de la orden dada, si quiere ganar la batalla.

Eso es lo que hacen los jueces cuando el mensaje de la norma no es claro y también cuando esta plantea vacíos o contradicciones.

Para Eskridge, quien toma la metáfora antes expuesta de Richard Posner, *«al igual que un agente relacionado, el juez es un subordinado en una empresa en marcha, que sigue las directivas generales del contrato (de agencia) y las órdenes específicas dadas por su principal, pero su obligación más importante es poner sus mejores esfuerzos para alcanzar las metas generales y órdenes específicas, a lo largo del tiempo»* (1994, p. 125).

Fuente: Eskridge, 1994.

De esta manera, y aunque parezca exagerado, dos personas diferentes actuando de buena fe interpretan generalmente la ley en dos sentidos diferentes (Eskridge, 1994, p. 49). Y no es que el intérprete recree un significado de la ley sino moderniza, dinamiza y amalgama el antiguo significado con el nuevo.

La perspectiva del intérprete —es decir, su ideología, sus convicciones políticas y sus creencias culturales— juega, entonces, un rol fundamental. Y los intérpretes pueden tener distintas perspectivas sobre una misma cuestión, lo cual se aprecia mejor cuando la ley envejece. Ya hemos aludido a este problema al describir el fenómeno de las lecturas diferentes²⁴.

²⁴ Ver el capítulo 1.

Son, en conclusión, dos los planteamientos de la teoría de la interpretación dinámica de la ley, a saber: (i) que el intérprete debe adaptarse a las nuevas circunstancias debido a la evolución de la base social y cultural de un sistema jurídico. De hecho, las cosas cambian y pueden volverse muy distintas a cómo eran en el momento en que se expidió la norma, lo que obliga a adecuarse a la nueva realidad. Y para Eskridge, esa relatividad de la interpretación no tiene por qué hacer de la ley algo impredecible. Y (ii) que en la interpretación interviene la subjetividad del juez, aunque los originalistas, especialmente los textualistas, lo nieguen rotundamente.

De ahí que, al criticar las teorías originalistas, los defensores de la interpretación dinámica consideren que hoy es rutinario que los jueces apelen a elementos no originales o acudan a desarrollos posteriores a la expedición de la ley y los asocien con los actuales valores y necesidades sociales. No se interpreta, pues, a partir de valores vigentes cuando la ley fue expedida, sino a partir de los valores actualmente existentes.

Finalmente, nadie puede negar la sabiduría que encierran las palabras del juez Posner, cuando afirma que una ley es siempre redactada por adelantado y con una imperfecta apreciación de los problemas que se encontrarán cuando se aplique²⁵. Razón no le falta, pues ni el cerebro mejor dotado puede llegar a vislumbrar qué cambios traerá el futuro.

²⁵ Richard Posner en Cross (2009, p. 14).

LA METÁFORA DE BENNION



La norma vigente es como un barco que parte en un viaje sin retorno y sin pasajeros, que va del viejo orden al nuevo. El barco no regresará ni tampoco sus pasajeros.

Fuente: Eskridge, 1994.

Esta metáfora expresa que la realidad es efímera y cambiante. Por ello, para los partidarios de la interpretación dinámica, una vez expedida la ley, ella cobra vida propia. En otras palabras, con el tiempo el mundo cambia y ese cambio impacta decididamente en la interpretación de la ley.

Y es que, con el cambio, la ley puede convertirse en irrelevante; puede desaparecer el objeto sobre el cual se aplicaba y sus fundamentos pueden convertirse en obsoletos. Lo cual obliga al intérprete a amoldarse a las nuevas circunstancias. Piénsese nada más en la importancia de los grupos económicos en la vida moderna, importancia que no tenían en 1984, año en el que se expidió el Código Civil. En ese sentido, ¿puede seguir entendiéndose que la responsabilidad solidaria debe ser expresamente pactada?

Por lo demás, como señala Eskridge (1994, p. 55), la toma de decisiones humanas tiende a ser policéntrica, espiral e inductiva —y no unidimensional, lineal deductiva—. Consideramos diversos valores y su fortaleza en un el contexto del problema que se tiene que resolver. El intérprete, pues, no aplica la ley de manera aislada, sino en relación con el contexto actual y entender el cambio de circunstancias es vital para comprender y aplicar la ley.

UN CASO QUE DEMUESTRA LA INEVITABILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA DE LA LEY

La Immigration and Nationality Act norteamericana de 1952 estableció en su sección 212 (a) (4) que *todos los aquejados de personalidad psicopática, epilepsia u otro defecto mental no serán admitidos en los Estados Unidos* (énfasis agregado).

Como señala Eskdrige (de quien he tomado el ejemplo), esta fue una de las disposiciones originadas en recomendaciones médicas, que incorporaron las agencias de salud pública en coordinación con las agencias de inmigración.

En un principio se entendió que las expresiones *personalidad psicopática* y *defecto mental* eran tan amplias que se incluía dentro de sus alcances a la homosexualidad. Esta manera de entender la norma fue avalada por el gremio médico-psiquiátrico en la década de 1950, cuando se consideraba que la homosexualidad era una enfermedad mental.

En ese contexto, un ciudadano canadiense llamado Clive Michael Boutilier —que gestionaba su ingreso a los Estados Unidos— admitió haber tenido relaciones homosexuales, pero demostró ser bisexual, condición que no había sido explícitamente considerada en la ley.

El caso llegó a los tribunales y la pregunta que se planteó fue la siguiente: ¿es lo mismo ser bisexual que homosexual? ¿Se puede considerar que un bisexual tiene *personalidad psicopática* o un *defecto mental*? Obviamente el legislador no había sido consciente de la semejanza-diferencia entre ambos conceptos, por lo que la Corte Suprema tuvo que cubrir el vacío y decidió que Boutilier no tenía prohibición de ingresar a los Estados Unidos.

Pero, la historia siguió su curso y en la década de 1960, la inclusión de la homosexualidad entre las enfermedades mentales comenzó a ser cuestionada, lo que se agudizó luego de los famosos disturbios de Stonewall en 1969*. Poco después, la Asociación Americana de Psiquiatría y otras asociaciones médicas excluyeron la homosexualidad del catálogo de enfermedades mentales.

Fue así como en 1979 la agencia gubernamental de inmigraciones determinó que la prohibición de ingreso a los Estados Unidos no aplicaba a los homosexuales, debido a la falta de sustento científico de su carácter de enfermedad mental. La agencia de inmigración, entonces, sin todavía escapar de la letra de la ley, relativizó la aplicación de la prohibición de ingreso, señalando que el ingreso a los Estados Unidos estaba prohibido para aquellos que voluntariamente hubiesen declarado ser homosexuales. Con lo cual, si bien forzadamente, redujo casi a la nada los alcances de la norma.

Años después y luego de que el Servicio Público de Salud se negara a certificar que la homosexualidad era una enfermedad mental, la norma fue interpretada en el sentido que su prohibición *no incluía a los homosexuales*.

Como puede verse, la interpretación de la ley tuvo directamente que ver con el cambio de mentalidad de la sociedad norteamericana frente a la orientación sexual, que —hoy se sabe bien— carece de toda relación con la enfermedad mental. La evolución social y cultural, pues, convierte en irrelevante lo que tiempo atrás se consideró relevante.

* Los disturbios de Stonewall ocurrieron en 1969 en una discoteca llamada Stonewall Inn, ubicada en el barrio neoyorkino de Greenwich Village. Se trató de la primera manifestación de la comunidad LGBT contra la discriminación, a raíz de una redada policial de homosexuales en los bares de la zona. Estos disturbios fueron el origen de la hoy famosa Marcha del orgullo gay.

4. EL PLURALISMO

El sentido común sugiere que la investigación se beneficia, si se revisa más cantidad de información adicional, que si se la ignora.

Juez White en Cross (2009)

El pluralismo concede otra herramienta a los jueces para introducir su ideología, con lo cual, aumentan el problema y las posibilidades de fallar equivocadamente.

Antonin Scalia, en Cross (2009)

Pluralismo culinario



Haciendo honor a su nombre, el pluralismo es una teoría que acepta tanto el textualismo, como el antitextualismo, así como el originalismo y el antioriginalismo.

Como buenos eclécticos, los pluralistas optan por una mixtura de todos los métodos y cánones de interpretación, lo que significa que el intérprete puede valerse de una, de varias de todas las teorías, sin que interesen los conflictos y contradicciones de estas entre sí. Para Cross (2009, p. 46), en esta aproximación, los jueces pueden elegir el material interpretativo utilizado en la interpretación de la ley, sobre la base de un criterio de caso por caso.

Los jueces, pues, tienen la discrecionalidad de basarse, en ciertos casos, en el texto de la ley, en otros, en la intención del legislador; en unos puede interesar la racionalidad de la norma misma, mientras que en otros es necesario aquilatar las consecuencias del fallo en relación con las políticas públicas imperantes y en la situación actual respecto a la ley.

Y eso solo es posible cuando se confía en el buen criterio de los jueces de elegir la mejor solución posible en cada caso y siempre a partir de la premisa de que no hay dos casos idénticos.

El pluralismo, entonces, concede una amplia discrecionalidad a los jueces e incentiva a que estos revisen caso por caso y busquen soluciones prácticas y adaptadas a la realidad, apelando a cualquier aproximación teórica que resulte convincente al caso.

Pero, de todas formas, el pluralismo es criticado. Así, por ejemplo, los textualistas apelan a la incertidumbre que se crearía si los jueces pudieran valerse de todas las corrientes de pensamiento a la vez. Y apelan, asimismo, a que las soluciones nunca serían iguales, pues no todos los jueces elegirán la mejor opción, lo cual atenta contra el principio de predictibilidad de la sentencia.

UNA COMPARACIÓN INTERESANTE

Juez Easterbrook vs. juez Posner

Un estudio liderado por Daniel Farber comparó los fallos del juez Easterbrook —textualista declarado— con los del juez Posner —pragmático declarado— y concluyó que las diferencias teóricas entre ambos eran marginales, pues normalmente coincidían en su sentido.

Fuente: Cross, 2009.

DÁNDOLE LA VUELTA

La pregunta que uno debe hacerse no es cuál de las teorías es la mejor, sino cuál de ellas produce menos errores e injusticias.

Fuente: Adrián Vermeule en Cross, 2009.

5. PREGUNTAS

1. ¿Está obligado el intérprete a identificarse con una sola corriente de pensamiento?
2. En la defensa de un caso ¿tiene que ser coherente el abogado con su posición teórica? ¿Atenta la incoherencia contra la ética?
3. ¿Es sostenible hoy en día el textualismo extremo? ¿Y el consecuencialismo extremo?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 5

LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Los métodos de interpretación no son reglas vinculantes. Son nuestros sirvientes, no nuestros amos.

Ian McLeod

La conclusión a la que se llega de la lectura del capítulo anterior es que cada una de las teorías sobre la naturaleza y alcances de la interpretación tiene de bueno y de malo. De ahí que el pluralismo sea, aunque facilista, la opción más útil, práctica y realista, porque toma lo mejor de cada corriente y permite trabajar caso por caso, sin el corsé de coherencia que impone mantenerse en una única posición.

Por eso, no puedo estar más de acuerdo con MacCormick cuando señala que

Detrás de la interpretación lingüística se encuentra el ánimo de preservar la calidad y la precisión del lenguaje y un principio de justicia que prohíbe la reescritura en retrospectiva de las palabras elegidas por el legislador. Detrás de la interpretación sistemática yace el principio de racionalidad, base del principio de coherencia e integridad del sistema legal. Detrás de la interpretación teleológica yace el respeto por el razonamiento práctico, que demanda que la actividad humana

se guía por un conjunto de valores a ser alcanzados y principios a ser observados. Pero, en el caso de este último nivel fundamental del razonamiento práctico el problema perenne de la situación es la disputa interpersonal de los valores y principios que nos deben guiar (2005, p. 139).

De esta manera, en lo que sigue, no acogeré una postura teórica. Lo que haré es proponer una suerte de protocolo de interpretación de la norma, que supone la aplicación de todos los métodos de interpretación, sin que interese si es o no un procedimiento que encierra contradicciones teóricas.

De otro lado, no puedo dejar de reconocer la interrelación existente entre la objetividad del texto y la subjetividad del intérprete. Es inevitable —reitero— que esta última interfiera en el razonamiento objetivo, pues todos, absolutamente todos, tenemos una forma de pensar o, más precisamente, una ideología que, de una manera u otra, se plasma en nuestra actitud y apreciación de las cosas. Pero —nuevamente— cuanto más profesional sea el intérprete, en mejores condiciones estará para evitar de manera consciente la interferencia de lo subjetivo en lo objetivo.

Soy consciente de que ciertos métodos de interpretación no son lógicamente compatibles entre sí (la interpretación literal vs. la interpretación antiliteral y el originalismo vs. el antioriginalismo, por ejemplo). Pero, incompatibles o no, todos pueden ser aplicados si se les entiende como aproximaciones distintas que convergen en un resultado. Y, cuantos más métodos coincidan en el resultado, este será más sólido.

Y como la misión del abogado es defender al cliente, mientras que la del juez es impartir justicia, en lo que sigue, abordaré, como primer tema, la ya comentada necesidad de identificar el rol que cumple el intérprete, es decir, la toma de consciencia de que se está actuando como abogado defensor, como juez, como tratadista independiente, etcétera, posiciones que necesariamente orientarán el sentido de la interpretación de la ley. Analizaré, sin embargo, únicamente los roles de abogado y de juez, por ser los más trascendentes en el proceso de administración de justicia.

1. IDENTIFICAR EL PROPIO ROL

1.1. Como abogado litigante

El ejercicio de la abogacía no supone sostener y mantener una determinada postura teórica, sino defender un caso, para lo cual el abogado puede (y debe, por lealtad a su cliente) valerse de todos los argumentos posibles, aunque discrepe *in pectore* con alguno de ellos¹.

Por eso, el abogado no tiene la obligación de ser un «creyente» de la teoría a la que apela y adoptará la(s) que mejor se acomode(n) al interés de su cliente.

Así, por ejemplo, si restringir los alcances de la norma es lo que conviene en el caso en discusión, el abogado apelará a la necesidad de seguridad jurídica e intentará persuadir al juez a que privilegie la literalidad del texto. Si, en cambio, lo que conviene a la defensa es entender el texto de la norma en sentido amplio (no restrictivo) o si se requiere apelar a la realidad actual (y no a la existente al momento en que se expidió la norma), a la justicia o a otros valores, puede invocar cualquiera (o todas) las corrientes que, en general, privilegien la intención del legislador y admitan que el intérprete puede trascender la letra; que privilegien las consecuencias del fallo; o, finalmente, adaptar la solución a las actuales circunstancias.

Y es que los abogados defendemos causas, no teorías. Y no hay por qué sonrojarse. La abogacía tiene algo de mercenaria² y puede llevarnos, en ocasiones, a sostener aquello en lo que intelectualmente no creemos.

¹ Eso no significa que los abogados deban defender todos los casos que se les propongan. Son libres de rechazar aquellos en los que tengan reparos o escrúpulos de cualquier clase. Pero, si deciden hacerlo, la primera regla es la lealtad con el cliente, en un contexto, ciertamente, de legalidad y de buena fe.

² Esta afirmación puede resultar chocante. Por eso, me permito reproducir una reflexión tomada de un texto sobre la enseñanza del derecho, en la que el profesor pregunta a sus alumnos de primer ciclo: «¿Por qué quieren estudiar derecho?» Muchos de ellos respondieron: «porque quiero hacer el bien»; «porque aspiro a la justicia»; «porque me identifico con los marginados», y así por el estilo. A lo que el profesor respondió: «Mejor no estudien derecho; incorpórense al Cuerpo de Paz».

No debe olvidarse que en la defensa de un caso intervienen retórica, argumentación, lógica y persuasión, sin que interese la posición teórica del abogado-intérprete.

Todo depende, pues, del caso en discusión y la labor del abogado consiste en obtener el máximo provecho posible. Ello, ciertamente, dentro de las reglas de la ética profesional, de la legalidad y la buena fe. Esto último debe quedar claro.

1.2. Como árbitro, juez o autoridad administrativa

Los árbitros y los jueces, así como los órganos gubernamentales que resuelven procedimientos administrativos, actúan en forma distinta, pues aspiran (o, por lo menos, deben aspirar) a ser neutrales, justos, equitativos y correctos.

Pero, la experiencia enseña —y el realismo norteamericano también— que los jueces no resuelven en abstracto. Primero «sienten» el caso e «intuyen» la solución, proceso en el que intervienen sus particulares ideas de justicia, equidad, eficiencia y, en general, de su manera de ver el mundo (conservadores, liberales, racistas, feministas, nacionalistas, etcétera). Y, luego de haber llegado a una conclusión —que, ciertamente, debe basarse en lo leído y escuchado— el juez estudia a fondo el caso, tratando de confirmar aquello que intuyó en una primera instancia como justo, equitativo, ético, seguro o, en general, valioso.

No obstante, la primera intuición no siempre queda confirmada después del análisis profundo de un caso. En el proceso de evaluación, el juez puede toparse con argumentos de hecho o de derecho irrefutables, a tal punto que lo obliguen a cambiar de perspectiva. Ese podría ser, por ejemplo, el caso en que una parte alega la prescripción de la deuda, de forma tal que, por injusto que le parezca liberar al deudor, el juez no tendrá más remedio que hacerlo. Pero, más allá de eso, los jueces suelen apreciar el caso, en una primera instancia, guiados por su sentido de justicia, para luego sustentarla de la mejor manera posible.

Juzgar, entonces, no es una tarea que se realice en abstracto ni tampoco es aséptica y acontaminada por nuestras ideas, creencias y valores. Todo lo contrario, la tarea de interpretar y juzgar es un ejercicio en el cual la idea de lo justo, lo lógico, lo ético, lo eficiente, lo natural y lo equitativo —como quiera que se les llame— es parte de la solución del problema, es decir, está en el centro de la cuestión. Y ello, aunque en ocasiones el juez se vea obligado a cambiar de postura.

2. LA REGLA GENERAL

Los principios de interpretación legal no son otra cosa que los principios de comunicación lingüística.

Ian MacLeod

Bennion³ sugiere acoger, como criterio general de interpretación, el balance del resultado de cada uno de los métodos aplicados y siempre fundamentado dicho resultado en un principio (justicia, seguridad, eficiencia, ética, etcétera).

Por eso, dicho autor señala que, contrariamente a lo que siempre se dice, las cortes no eligen una de las diversas guías, aplicándola con exclusión de las demás. Lo que la corte hace (o debería hacer) es dar una mirada general, pesar todos los factores interpretativos y luego llegar a una solución balanceada.

Yo diría que Bennion está en lo correcto. No hay un método que pese más que el otro. Se trata de hacer un balance entre resultados eventualmente distintos y optar por uno de ellos.

³ En MacLeod (2002, p. 275).

3. EL SIGNIFICADO LEGAL VS. EL SIGNIFICADO LITERAL

Señala Bennion que no debe confundirse el significado legal de una norma con su significado literal.

El primero surge de la intención del legislador (signifique lo que signifique), a lo cual se añade la decisión judicial que la consagra y consolida. En cambio, el segundo es el significado meramente gramatical de la norma, que puede o no coincidir con el significado legal.

La interpretación, por lo demás, puede cambiar con el tiempo, según se ha podido ver al analizar la teoría de la interpretación dinámica de la ley.

4. LA INTERPRETACIÓN LITERAL O GRAMATICAL

Jamás recorro a los diccionarios y me tapo los oídos si son mencionados en la corte.

Lord Wilbforce en McLeod (2002)

Dictionary shopping



4.1. Concepto

La interpretación literal, textual o gramatical es equivalente a la regla anglosajona del *plain meaning* (regla del significado claro o evidente) y supone o que la norma solo admite un significado o que, luego de una interpretación informada⁴ se concluye que la norma debe ser entendida en el sentido que se evidencia con su sola lectura.

Se señala, por eso, que cuando no hay nada que modificar, alterar o calificar en relación con el lenguaje de la norma, sus palabras y oraciones deben ser entendidas en su significado normal o natural (Bennion, 2008, p. 549).

Ello se resume en la regla *in claris non fit interpretatio*, que algunos entienden equivocadamente como la no necesidad de interpretar cuando la norma es clara.

Eso no es, sin embargo, correcto, porque la interpretación literal supone que el intérprete deba elegir uno de los significados que ofrece el diccionario. Y ello, aunque, por lo obvio de su significado, su selección no implique abrir siquiera el diccionario.

Así, por ejemplo, sin necesidad de recurrir al diccionario, el intérprete es normalmente capaz de saber que la palabra diligencia significa cosas diferentes, según el contexto en el que se utilice: una conducta no negligente; el proceso de toma de información en un proceso de adquisición de una empresa (diligencia debida) o el vehículo jalado por caballos (ya desaparecido), que sirvió como medio de transporte en los siglos XVII, XVIII y XIX. Y el sentido que elegirá es el que se acomode al contexto. Y supongo que un juez sensato prescindirá de esta última acepción.

¿Y cómo se encuentra el significado literal de la norma? Pues, lo primero que corresponde hacer es corregirla o restaurarla, de ser ello necesario. Tal situación se produce, por ejemplo, en el caso de la remisión de una ley a otra inexistente. Ahí hay un error material, que el intérprete

⁴ Sobre interpretación informada, ver el capítulo 1.

debe rectificar señalando simplemente que, si bien la ley remite a la sección «X», es claro que lo que pretendió es remitir a la sección «Y», puesto que no existe sección «X».

Culminada dicha operación, el intérprete resuelve el problema oponiendo los dos (o más) posibles significados de la norma, para luego atribuir más peso a uno de ellos. Pero, al hacerlo, debe siempre basarse en un principio (seguridad, justicia, equidad, etcétera). Los principios, entonces, están permanentemente presentes en la tarea interpretativa, incluso en aquellos casos en que el intérprete considera que la interpretación literal es suficiente.

Pero, ¿por cuál significado debe optar el intérprete? ¿Por el significado ordinario de la palabra o por su significado técnico?

Castillo Alva⁵ considera que, por razones de seguridad jurídica y el logro de homogeneidad, prevalece el significado técnico sobre el común, aunque más adelante flexibiliza su posición, señalando que

sin embargo, esta regla (se refiere a la prevalencia del significado técnico sobre el ordinario) se encuentra supeditada, en última instancia al análisis caso por caso, que se haga de los términos usados por la disposición jurídica en cuestión pues, en ocasiones, se puede utilizar un término jurídico en sentido vulgar; o, a la inversa, a un término del habla cotidiana se le puede haber querido asignar un significado jurídico o técnico determinado.

McLeod (2002, p. 275) señala, más bien, que la verdad del asunto es que no hay una prueba ácida (sobre cuál de los dos significados debe priorizarse) y las cortes están contentas de preservar esa incertidumbre para reservarse algo de flexibilidad.

Eso significa que el juez podrá decidir, con un importante margen de flexibilidad, si la palabra ha sido utilizada en su sentido ordinario o en su sentido técnico. Este problema no es infrecuente y se presenta, por ejemplo,

⁵ En Rubio Correa (2012; p. 81).

cuando el texto contiene palabras tales como interés, oferta, condición o depósito, cuyos significados ordinario y técnico son absolutamente distintos.

No es, pues, posible establecer una regla que indique, en abstracto, cuál de los significados debe ser elegido por el intérprete —el técnico o el ordinario— pues eso dependerá de cada caso. Y ya he comentado la importancia decisiva que tienen los hechos del caso en la interpretación de la ley.

4.2. El sentido común

Todo juez debe asumir que la ley no siempre es lógica.

Lord Devlin en Cross (2009)

La prudencia



Debido a la aplicación del principio de economía del lenguaje, es inevitable que el legislador recurra al uso de la elipsis, es decir, al método lingüístico utilizado para economizar palabras. Así, si la norma establece que, *si una persona viaja a Colombia y a Ecuador, debe vacunarse contra la fiebre amarilla*, no es necesario decir si viaja a Colombia y si viaja a Ecuador,

porque está sobreentendido que se trata del viaje a cualquiera de esos dos países o a ambos.

El sentido común se invoca no solo en el caso de la utilización de la elipsis, sino en los de silencio del legislador o de normas muy generales, donde es necesario llenar vacíos. Así, el sentido común nos dirá si en un determinado caso es de aplicación el canon *en lo más está contenido lo menos* o el canon *con mayor razón o lo que no está incluido está excluido*. Todo depende del caso.

Tan importante se le considera, que se ha sostenido que, si una proposición es contraria al sentido común, no es derecho.

Bennion nos ilustra sobre el significado de sentido común con el siguiente ejemplo: una persona «A» detiene su auto en una carretera y mira por el espejo retrovisor y constata que no hay carros a la vista, por lo que procede a abrir la puerta. En ese momento, aparece un auto a gran velocidad conducido por «B», que colisiona con la puerta abierta y le causa un daño. La ley establece que está prohibido abrir las puertas de los autos en carreteras, por lo que «A» debería ser declarado responsable. No obstante, la corte sostuvo que no tenía responsabilidad, porque «B» no guardó una distancia prudente.

Eso es sentido común. Y en este caso el silencio de la norma es elocuente, ya que ella no tiene por qué reiterar que los conductores deben guardar una distancia prudente.

Otro ejemplo de la aplicación del sentido común (también tomado de Bennion) es el siguiente: cuando la ley señala un plazo y no se refiere a la posibilidad que pueda ser extendido, se entiende, por sentido común que, una vez vencido, ya no es posible su extensión pues no hay nada que extender.

4.3. Las implicancias de la norma legal

Este tema está íntimamente ligado al anterior. Pese a que la jurisprudencia y la doctrina anglosajonas han señalado innumerables veces y en

innumerables casos que no hay que dejar nada a las implicancias, es inevitable que ello ocurra.

Pretender que las implicancias no existen no pasa de ser un deseo de buena voluntad pues, se quiera o no, estas siempre se pueden deducir. Y existen porque, como señala Bennion, el redactor de una norma legal no puede evitar dejar de decir «algo», con la seguridad de que ese «algo» se sobreentiende. Si no fuera por la elipsis, las normas serían interminables.

Así, por ejemplo, la norma prohíbe que se cause un daño a una persona. De esta norma se infiere que todos tenemos libertad de acción, mientras no causemos daño. Asimismo, si la norma prohíbe una acción —la venta de licor a menores de edad— es porque permite su venta a mayores de edad. Finalmente, si algo está permitido a los menores de edad —por ejemplo, fumar en el cine—, con mayor razón le estará permitido a los mayores de edad.

Casos curiosos de implicancia recogidos por Bennion en su extraordinaria obra son (i) una norma del siglo XV en Inglaterra, que señalaba que todos los habitantes de un pueblo debían asistir al servicio religioso los domingos por la mañana, de donde se podía deducir que se permitía algo de diversión después del servicio; y, al contrario, (ii) una ley que autorizaba al alcalde a manejar libremente los ingresos de la municipalidad no implicaba que este podía abusar de esa atribución y cobrar, por ejemplo, tarifas de estacionamiento exageradamente altas.

Finalmente, y recurriendo a un caso de actualidad, el que la ley no condene la homosexualidad no quiere decir que la promueva. El tan temido «caperucito rojo» contenido en textos escolares, que tan injustas críticas ha merecido, apunta a la igualdad —y no a promover la homosexualidad— porque se dirige a mostrar que las niñas no son las únicas que pueden ser engañadas por un lobo. Un niño también puede serlo y la desconfianza no tiene género.

UN EJEMPLO EN EL QUE LAS IMPLICANCIAS PARECEN DUDOSAS

Si el demandante obtiene sentencia favorable, el tribunal puede ordenar el pago de costas a la parte demandada. Las costas cubrirán...etcétera.

En un caso, el tribunal omitió pronunciarse sobre costas.

Emitido el laudo, el demandante —que perdió el juicio— solicitó al tribunal que se pronunciara sobre las costas.

Las opiniones estuvieron divididas: unos miembros del tribunal consideraron que el laudo había sido incompleto y que correspondía completarlo, pronunciándose sobre las costas. Otros consideraron, en cambio, en que se deducía de la norma que, si el demandante perdía el caso, estaba obligado a pagar las costas.

Fuente: arbitraje sujeto a reglas de confidencialidad.

5. TRASCENDIENDO LA LITERALIDAD

5.1. La presunción de competencia del legislador

Como bien señala Bennion, se presume que el legislador es competente. Y esta presunción comprende varias presunciones menores, como son: (i) que el legislador no ha querido que los sujetos a los que afecta sufran inconvenientes debido a la aplicación de la ley (la exigencia de formalidades inútiles); (ii) que el legislador no ha querido resultados ilógicos (si la ley ordena a una persona que ha provocado un incendio indemnizar a quienes hayan estado en el lugar, es lógico que no ordena que se indemnice a sí mismo); (iii) que el legislador no ha querido resultados sin sentido, lo cual se resume en la máxima *lex nil frustra facit* (la ley no hace nada en vano); (iv) que el legislador no ha buscado resultados artificiales (como ocurrió en el caso de una corte escocesa, que se preguntaba si la inseminación artificial constituía o no adulterio); y (v) que el legislador no ha querido proponer una solución que sea más dañina que la de la ley anterior. Ejemplo de

este último caso es el de una ley inglesa que disponía que, en casos de violencia familiar, el agresor debía ser separado de la casa. La norma no establecía, sin embargo, el tiempo de duración de la separación. Un juez se vio precisado a fijar un plazo, con el objeto de permitir al agresor retomar su vida y ver a sus hijos, evitando con ello que el remedio fuera peor que la enfermedad⁶. De esto último no estoy tan segura.

5.2. El absurdo, la ambigüedad, la oscuridad y la regla de oro⁷

Las palabras y, en particular, las palabras generales, no pueden ser leídas aisladamente, su color y contenido derivan del contexto.

Viscount Simonds, en McLeod (2002)

Como he señalado, más allá de los buenos fundamentos que puedan tener los textualistas, es posible trascender la literalidad de la norma si, interpretándola gramaticalmente, se llega a un absurdo.

Pero, ¿qué es un absurdo? La respuesta no es fácil, pues este puede estar referido a la lógica (el intérprete llega a una conclusión contradictoria con el razonamiento que le sirve de apoyo); a la cuestión fáctica (el intérprete no puede llegar al absurdo de considerar que la vida es igual que la muerte) o a la cuestión jurídica (el intérprete debe elegir entre dos normas contradictorias, una que permite una acción y otra que la prohíbe).

⁶ Todos los ejemplos han sido tomados de Bennion (2008, pp. 969-1008).

⁷ La regla es que se puede trascender la interpretación literal cuando se trata de un caso patológico, donde la norma, literalmente interpretada, lleva a un resultado incoherente o absurdo. Esta libertad de apartarse de la letra es relativamente moderna. Tiempo atrás, Lord Esher en 1892 y, después, Lord Bramwell, señalaban que no interesa si el resultado es absurdo, inconsistente o si repugna al derecho: el juez está obligado a aplicar la norma de acuerdo a su letra, pues, de otra forma, estaría invadiendo un terreno que no le corresponde, que es el terreno legislativo. Hoy se considera mayoritariamente, en cambio, que si el resultado es absurdo, incoherente o si repugna al derecho, el intérprete puede —y debe— trascender la letra de la ley.

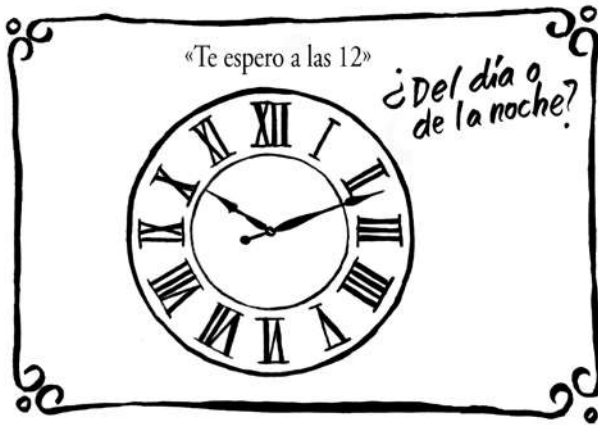
Y para Bennion, se presume que el legislador no pudo haber querido que se produzca un absurdo, entendido como «todo resultado que es impracticable, inconveniente, anómalo o ilógico, fútil, o sin sentido, artificial o capaz de provocar un desproporcionado control de daños» (2008, p. 969).

La oscuridad puede considerarse, también, como la fuente de un absurdo. Sin embargo, tampoco es fácil definir cuándo estamos en esa situación. Ello porque lo que es oscuro para una persona puede no serlo para otra. Y, de hecho, esa situación es muy común en procesos en los que cada parte tiene un punto de vista diferente sobre el significado de la ley. Será, entonces, el juez el que considere si la oscuridad existe, teniendo en cuenta para ello que todas las corrientes, incluso el textualismo, ordenan analizar cada palabra en el contexto de la frase u oración y cada frase u oración, en el contexto de la totalidad de la ley.

Pues bien, en el mundo anglosajón, la regla que permite trascender la literalidad es llamada la regla de oro (*the golden rule*), la cual implica que, si al aplicar la interpretación literal —primer método indiscutiblemente aplicable— a un conjunto determinado de hechos, el intérprete se topa con una ambigüedad, una incoherencia o si la norma es oscura, puede forzarla y trascender su significado literal.

Y, para proceder de esa manera, debe tratarse de un texto que, en relación con un caso concreto, puede tener dos o más significados distintos. La ambigüedad puede ser semántica (de significado), sintáctica (del orden de las palabras) o contextual (la relación de la norma con el contexto).

El desencuentro



El clásico ejemplo de ambigüedad es, para Bennion, decir te espero a las 12, sin precisar si se refiere al mediodía o a la medianoche.

Otro caso de ambigüedad se produce cuando no se sabe si la consecuencia se aplica a una o a varias partes del supuesto de hecho. Si la norma dice, por ejemplo, que el árbitro puede, con el consentimiento de las partes, ampliar el plazo de expedición del laudo y omitir la realización de la audiencia de informes orales, no queda claro si tal consentimiento se requiere solo para ampliar el plazo de expedición del laudo o si es también exigible para prescindir de la realización de la audiencia de informes orales. Este último es un problema de interpretación muy frecuente y se produce por el uso de las conjunciones «y» y «o». Ello será analizado más específicamente al tratar los cánones de interpretación.

Pero, no todos los intérpretes estarán de acuerdo en cuándo estamos en presencia de un absurdo. Unos pueden pensar que una forma de analizar un caso conduce a un absurdo y otros, que no.

Es cierto que los jueces pueden trascender la letra a fin de evitar expedir sentencias ilógicas, aunque conformes a la literalidad del texto. Pero el problema es que no es fácil llegar a la conclusión de que la norma lleva a un absurdo. Y ello, básicamente, porque el absurdo es tan difícil de definir

como lo es el significado normal de la norma (*plain meaning*), lo que, según Willis⁸ «permite que la *golden rule* sea aplicada, no porque el texto lleve a un absurdo, sino por la visión política y social de los hombres, que ocurre que están sentados ahí para resolver». Es más, para este descreído autor, las cortes utilizan *la golden rule* como «un instrumento para obtener el resultado buscado». Exagerado, pero cierto.

La *golden rule* puede ser errática, ya que, en muy pocas ocasiones, el intérprete estará completamente seguro de que la aplicación literal de la norma lleva a un absurdo y ni siquiera que dicha aplicación es inconveniente o injusta y que es posible trascender su letra.



LA AMBIGUA RESPUESTA DEL REY

Cuando el embajador francés transmitió al rey Carlos V un mensaje del rey de Francia para que arreste al duque de Milán, la respuesta del rey fue: *aquello que le place a mi hermano, el rey de Francia, me place también a mí*. Mayor ambigüedad, difícil.

Fuente: Pufendorf en Bennion, 2008.

¿Y qué supuestos se encuentran excluidos de la calificación de una norma como ambigua?

Pues, básicamente dos: (i) si el legislador ha empleado términos intencionalmente generales, como son la buena fe, el abuso del derecho,

⁸ John Willis en Zander (2004, p. 125).

el dolo, etcétera, lo que revela que este ha concedido al juez un ámbito de discrecionalidad; y (ii) si el legislador ha otorgado de manera directa y expresa facultades discrecionales al encargado de implementar la norma. El caso típico de esto último es la delegación de ciertos asuntos por la ley al reglamento.

CASOS DE APLICACIÓN LITERAL QUE LLEVAN A UN ABSURDO

- (i) Un decreto supremo señala lo siguiente: Quedan derogadas todas las normas que se opongan al presente decreto supremo. ¿También queda derogada la Constitución y las leyes, que son de jerarquía superior a un decreto supremo?
- (ii) Una ley señala que los efectos de la expropiación tendrán vigencia a los 30 días de expedir el acto expropiatorio. Un afectado no es notificado. ¿El efecto de la norma está vigente desde su expedición o desde su notificación?
- (iii) Una ley establece que *las máquinas X deben estar constantemente mantenidas mientras están en movimiento*. Un obrero pierde una mano al manipular una máquina, pero no mientras estaba en movimiento, sino mientras estaba detenida. La corte determinó que el significado de en movimiento no podía restringirse al supuesto que la máquina estuviera encendida, porque ello llevaría a un resultado absurdo.
- (iv) La ley señala que la institución pública X está prohibida de financiar a la institución pública Y. Algunos opinan que la prohibición de financiación incluye la contribución en los gastos para la organización de un evento. Yo opino que no, porque la restricción apunta a un verdadero financiamiento, no a un apoyo o contribución. Sería absurdo que la finalidad de la ley pudiera haber sido esa.

5.3. ¿Cuándo es necesario trascender la letra de la ley?

Animus homines est auma scripti
(La intención del hombre es el alma de lo escrito).

Y, ¿cuándo es posible trascender la letra de la ley? O, lo que es lo mismo, ¿cuándo estamos frente a un absurdo?

Según Bennion (2008, p. 458), en cuatro casos específicos, a saber: (i) cuando una norma se contradice con otra(s); (ii) cuando se advierte que las consecuencias de la interpretación literal son indeseables y no queda otro remedio que trascender la letra; (iii) cuando el intérprete advierte un error en el texto que falsea la intención del legislador; y (iv) cuando las circunstancias han cambiado, sobre todo, si ha transcurrido mucho tiempo desde la expedición de la norma.

Catálogo bastante amplio el anterior y siempre discutible. Lo que no es, sin embargo, discutible es que el textualismo puro es teóricamente impecable, pero impracticable en la vida real.

LA INEVITABILIDAD DE TRASCENDER LA LETRA DE LA LEY

Hay un sinnúmero de ejemplos sobre la inevitabilidad de apartarse del texto de la ley. Apelaré, para demostrarlo, a varios ejemplos, algunos de los cuales han sido propuestos por Bennion.

- La norma señala que *las partes pueden oponer excepciones dentro de los cinco días*. ¿Dentro de los cinco días de expedida la resolución o dentro de los cinco días de notificada? Esta última interpretación es la más razonable, en virtud de la aplicación del principio del debido proceso (derecho de defensa).
- Otro caso es el siguiente: *el mandato del director comenzará dentro de los 30 días de su designación*. ¿Designación o notificación?
- Asimismo: *en el caso de divorcio, las visitas de los padres al hijo que permanece con el otro será de dos veces por semana*. Pero, ¿pueden ser más días, si los padres estaban de acuerdo?

- Una antiquísima ley puritana, que prohibía vender carne los domingos. La pregunta que surge es la siguiente ¿estaba restringida también la venta de helados? En este caso, el juez consideró prudente interpretar la norma como la harían los puritanos —prohibida la venta de helados— aunque con la convicción de que esa norma sería prontamente derogada. Pues, Bennion comenta jocosamente que la norma se derogó un siglo después.
- Una ley del siglo XV que calificaba como delito que un extranjero escalara los muros de la ciudad. Un extranjero efectivamente escaló el muro de la ciudad, pero con el objeto de derribar a un soldado extranjero, que subía por ese mismo muro para atacarla. Para Pufendorf (en Bennion, 2008), a quien pertenece el ejemplo, la solución más adecuada era restringir los alcances de la norma, de forma tal que la prohibición solo alcanzara a aquellos que lo hicieran con el objeto de espiar.

Como puede verse, la norma no utilizó la palabra espiar, pero el sentido que se le atribuyó atemperó la injusticia de aplicarla según, estrictamente, su texto.

5.4. La regla de la ubicación del defecto (*mischief rule*)

Según esta regla, para trascender la letra de la ley, el intérprete debe preguntarse qué es lo que falló en la ley anterior para que tuviera que expedirse la nueva ley. ¿Qué establecía la norma antes de su modificación? ¿Cuál era el defecto o falencia que se intentó corregir con la nueva ley? ¿Se logró ese objetivo?

Se trata de una regla sumamente útil, pues permite entender el contexto en el que se expidió la ley que se está interpretando y las razones de su expedición. ¿Qué se buscaba con la nueva ley? ¿Castigar? ¿Reparar? ¿Evitar daños? ¿Cuál fue su verdadero propósito?

Y, si se obtiene una explicación coherente, el intérprete habrá avanzado mucho en entender el sentido y los alcances de la norma y en determinar si es o no necesario trascender su significado literal.

Finalmente, como se verá más adelante, la *mischief rule* se encuentra íntimamente vinculada a la interpretación histórica de la ley.

5.5. El significado de la intención del legislador

La intención del legislador es superflua, es un mito, es una ficción.

Francis Bennion

La devolución del Panactum



LA ALIANZA ENTRE LOS BEOCIOS Y LOS ESPARTANOS

Después de una guerra entre beocios (antiguos pobladores de la parte occidental de Grecia, cuya ciudad principal fue Tebas) y espartanos, las partes celebraron una alianza en la que acordaron que los beocios devolverían a los espartanos el *Panactum*, un fuerte situado en la frontera entre Grecia y África. Efectivamente, los beocios lo devolvieron, aunque destruido. ¿Responde eso a la intención de las partes?

Fuente: Bennion, 2008.

Luego de todo lo dicho, ¿qué se debe entender por intención del legislador? Como bien señala Harris (1997, p. 163), hay varios propósitos para emplear el término *intención del legislador*. Puede significar únicamente que, cuando el lenguaje no es claro, es una fuente autoritativa de la ley, que permite a los jueces dictar leyes. Puede también significar que toda

la ley debe leerse en conjunto, como si fuera obra de una sola cabeza. Tercero, puede, a su vez, expresar la intención de permitir la interpretación biográfica sobre lo que quienes estuvieron envueltos en el proceso de legislar tuvieron en mente, un rol de control sobre la interpretación de la ley. La intención del legislador, pues, se compone de una multiplicidad de elementos.

Lo cierto es, sin embargo, que la intención del legislador no puede ser hipotética o especulativa y debe ser entendida como un concepto objetivo y razonable pues se trata del significado que el juez otorga —de manera razonable— a un mandato del Poder Legislativo. Tampoco puede tratarse de la búsqueda de la voluntad interna, es decir, no expresada del legislador. Para Betti (1971), el término «interpretar la voluntad» resulta elíptico pues el objeto de la interpretación no puede ser una pura entidad psicológica interna, inaferrable como tal, sino únicamente las manifestaciones en las cuales se muestra como socialmente reconocible.

Algunos sostienen que el azar (y no la razón) es la causa de la redacción de la ley en un determinado sentido. Bennion no concuerda con esa postura y señala que, aunque sea cierto que un millón de monos, en un millón de años podrían ser capaces de producir una obra de Shakespeare, no es correcto negar la necesidad de la razón. Y ello porque la ley es expedida, no por monos, sino por hombres que saben lo que quieren y tienen suficiente noción de cómo decirlo —aunque se equivoquen—. La idea es, pues, que lo que se entienda sea razonable.

En resumen, y en términos prácticos: (i) es posible trascender el significado literal de la norma; (ii) la intención del legislador es una sola, aunque exprese una voluntad colectiva (la del Congreso); y (iii) la búsqueda de la intención del legislador envuelve, de alguna manera, la interpretación histórica, que, para entender la norma, comprende la revisión de la normativa anterior, los trabajos preparatorios o exposiciones de motivos y los debates parlamentarios; (iv) esa búsqueda es distinta a la de la voluntad psicológica y no manifestada por el legislador y (v) también interviene la interpretación racional o teleológica, que apunta a entender

la razón de ser de la norma, su finalidad económica, social o moral y, en general, los principios que la inspiran.

6. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Tradicionalmente, la interpretación sistemática ha sido entendida como aquella que recurre a la totalidad de normas de un sistema legal o a parte de ellas, para entender el significado de la ley. Como puede verse, la interpretación sistemática alude a la aplicación del principio de no contradicción propio de la ley. Las normas tienen que armonizar para que el sistema funcione. Ellas no pueden contradecirse, porque, de hacerlo, el sistema no puede funcionar.

Por ello son dos las reglas jurídicas fundamentales para la aplicación del principio de no contradicción: (i) la norma especial es preferida a la norma general; y (ii) la norma posterior es preferida a la anterior. De ellas derivan las reglas según las cuales (i) la norma especial anterior se prefiere a la norma general posterior, pues vale como excepción; y (ii) la norma especial posterior no deroga la norma general anterior, sino establece una excepción.

Estas simples reglas de lógica ponen fin al problema de contradicción o incoherencia, pues una de las normas en conflicto sencillamente desaparece. Es, sin lugar a dudas, una forma de interpretación abrogante, en la cual una norma es descartada por ser desplazada por otra.

A pesar de que ello es correcto, la definición del método sistemático —recurriendo tan solo a ubicar la norma dentro del sistema legal— es parcial, pues solo se ocupa de la ley y no de las demás fuentes del derecho.

En ese sentido, MacCormick ofrece una mirada más amplia del método sistemático, al considerar también la interpretación a la luz de la jurisprudencia, el precedente, la doctrina, la analogía y los principios generales del derecho. En otras palabras, el sistema legal es, para dicho autor, algo más que la ley. Y las fuentes y elementos que incluye pueden

contribuir —a veces decisivamente— a explicar el sentido de una norma legal. Y eso amplía y enriquece los alcances de la interpretación.

Por eso, en lo que sigue, expondré cinco de las seis formas de interpretación sistemática propuestas por MacCormick. Estas son: (i) la interpretación sistemática basada en la armonización conceptual; (ii) la interpretación sistemática basada en el precedente; (iii) la interpretación sistemática basada en la analogía; (iv) la interpretación sistemática-conceptual; y (v) la interpretación sistemática recurriendo a los principios generales del derecho. La interpretación histórica —que MacCormick incorpora como sexto mecanismo de interpretación sistemática— será tratada al analizar el método histórico de interpretación.

6.1. La interpretación sistemática basada en la armonización conceptual

Como es sabido, no solo los términos singulares se agrupan en normas jurídicas. Las normas se coordinan en organismos progresivamente más amplios y abstractos, hasta llegar al nivel máximo de abstracción.

Por ejemplo, si un mandatario ha cometido un error, la norma concreta (el mandato) remitirá a la institución más cercana (la prestación de servicios); y esta, a su vez, a una más amplia (el contrato en general) y esta, a una aún más amplia y abstracta (la representación), de cuya armonización, el intérprete encontrará la respuesta. Con lo cual, la norma es entendida en su contexto legal.

La armonización conceptual es tan esencial como la interpretación literal porque el análisis de un problema difícilmente se limitará a la norma en concreto, sino abarcará todo el sistema normativo, que servirá para aclarar, complementar, contradecir o relativizar su contenido. Y eso impone al intérprete desarrollar una capacidad de abstracción tal que le permita recorrer todo el sistema jurídico de manera orgánica, valiéndose de la coordinación y la jerarquización de sus normas y la aplicación del principio de no contradicción, tal como se ha expuesto en el acápite anterior.

La armonización conceptual es, entonces, inevitable, porque mientras el intérprete no haya recorrido todo el sistema normativo en busca de aclaraciones, complementos, contradicciones o relativizaciones, su conclusión será siempre incompleta.

Puede decirse, por eso, que, sea cual sea la corriente de pensamiento a la que uno adscriba, recurrir a todo el texto de la ley es parte imprescindible del proceso de interpretación.

Ahora bien, no puede dejar de reconocerse que la armonización conceptual es una tarea compleja, sobre todo cuando se expiden normas que cambian constantemente exigencias y requerimientos y las consecuencias de ciertos actos. Así, por ejemplo, en épocas de turbulencia financiera, las normas de supervisión de entidades financieras son modificadas con mucha mayor frecuencia que cuando no existe turbulencia. En tal caso, una buena práctica de redacción de normas —que aprendí de una inteligente colega, curiosamente no abogada— es la de derogar la totalidad de la norma anterior (un reglamento, por ejemplo) y volver a expedirlo, incorporando las modificaciones. De esta manera, el administrado o usuario tendrá la seguridad de que la última norma contiene toda la regulación, lo cual los ayudará enormemente a no tener que reconstruir la norma con retazos tomados de las (muchas o pocas) normas expedidas a lo largo del tiempo, lo que es una pérdida de tiempo, un esfuerzo inútil y un procedimiento sumamente inseguro. Es cierto que, de cuando en cuando, se expiden los así llamados Textos Únicos Ordenados. Sin embargo, estos son insuficientes, porque el cambio de la normativa puede ser, en algunos casos, bastante frecuente, además de abundante.

Cuanto más clara y fácil de ubicar sea la norma, menos incumplimientos generará. Es recomendable que la administración pública conceda al administrado esa facilidad que, por lo demás, no implica mayor gasto o esfuerzo y facilita, además, la regulación, el control, la supervisión y la aplicación de sanciones.

Finalmente, una recomendación que me permito hacer —aunque el lector pueda considerarla innecesaria por sabida— es tener siempre en cuenta que es preciso revisar la ley en su totalidad, incluyendo las normas

complementarias, finales o transitorias. Un descuido de ese tipo puede ser fatal en el análisis de un caso.

CONSISTENCIA Y COHERENCIA SEGÚN MACCORMICK

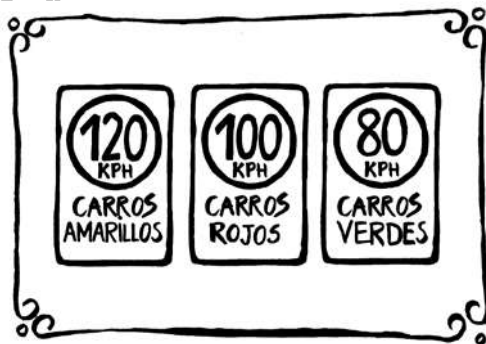
MacCormick sostiene que, para determinar si una norma hace o no sentido, es necesario distinguir entre consistencia y coherencia.

Una norma es consistente cuando cumple o satisface el principio de no contradicción, es decir, cuando encaja perfectamente en el sistema sin contradecirlo, aunque todo en conjunto resulte siendo un sinsentido.

Coherencia es, en cambio, un conjunto de proposiciones que hacen sentido. Eso significa que la coherencia es general, razón por la cual un texto puede contener algunas inconsistencias y ser, sin embargo, coherente. Por eso, es bueno tener en cuenta que la consistencia de una historia no implica, necesariamente, su coherencia.

Dicho autor ejemplifica la diferencia de la siguiente manera: imaginemos que una ley exige a los automóviles distintos límites de velocidad, según su color. Así, los amarillos tendrán un límite de velocidad de 100; mientras que los rojos, de 90; los verdes, de 80 y así.

Esa norma es perfectamente consistente con las demás normas del sistema, pues puede coexistir con estas sin provocar una contradicción. Sin embargo, ¿hace sentido? O, lo que es lo mismo, ¿es coherente?



Pues, como es obvio, se trata de una norma banal que, por supuesto no hace sentido y que, por tanto, podrá ser consistente, pero no es coherente. Porque si se trata de la imposición de límites de velocidad, la norma haría sentido si se fundamentara en (i) mayor seguridad para los usuarios; (ii) economía de combustible y consecuente mejora desde el punto de vista económico y ambiental; y (iii) el menor desgaste de carreteras, pues a mayor velocidad, mayor desgaste.

Además, la coherencia admite grados —puesto que convive, necesariamente, con los principios que reflejan los valores sociales de un momento histórico determinado—. Un ejemplo es la igualdad contractual luego de la Revolución Francesa, regla que mantiene su valor. La consistencia, en cambio, no admite grados, pues es cuestión de lógica abstracta y nada más.

Comenta MacCormick, jocosamente, que jamás pensó que se toparía con un caso real de una norma consistente, pero incoherente, hasta que leyó un comentario de Ruggero Aldister, que daba cuenta de una ley italiana que imponía límites de velocidad según la marca y el año del vehículo.

En el ejemplo propuesto, si bien la norma tenía algo más de sentido que aquella otra (imaginaria) que imponía límites de velocidad según el color del vehículo, se trata de un caso en el que la coherencia está presente solo a medias.

En conclusión, la exigencia de coherencia es la conformidad de la norma con principios y valores socialmente reconocidos y no se restringe a la armonización o consistencia con las demás normas de un sistema.

6.2. La interpretación sistemática basada en el precedente

Si bien en el sistema anglosajón el recurso a precedentes es amplio y general, en el sistema continental (al que adscribe el peruano) eso no es así.

Para tener calidad de precedentes, las sentencias del Tribunal Constitucional deben cumplir con los requisitos del artículo VII del Código Procesal Constitucional y las sentencias de la Corte Suprema,

con el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La primera establece que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (y que) cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. La segunda señala, en igual sentido que la anterior, que las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial *El Peruano* de las ejecutorias que fijan los principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales. Estos principios pueden ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que, por excepción, decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Y, aunque para seguirlos, los precedentes no tienen que ser obligatorios, sí pueden ser persuasivos y servir de sustento a una sentencia en virtud de una bien formulada *ratio decidendi*. Incluso —señala MacCormick— en países del sistema continental, como es el caso de Francia, Alemania y algunos países sudamericanos, la *jurisprudence* constante tiene un peso significativo en las decisiones judiciales.

Lo mismo ocurre en el Perú, donde cada vez con más frecuencia los abogados invocan pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que —en ciertos casos bien y en otros no tanto— se ha pronunciado sobre una diversidad de temas, tales como la interpretación de la ley, el valor de la doctrina, los principios aplicables al procedimiento administrativo, etcétera.

Para terminar, es necesario recordar la antes mencionada contribución de buena jurisprudencia a la administración de justicia, en términos de predictibilidad, celeridad y justicia.

6.3. La interpretación sistemática basada en la analogía

Para MacCormick (2005, p. 129), cuando una norma legal es análoga a la previsión de otra ley, de un código o en alguna parte del código en la que aparece, proporciona una buena base para interpretar por analogía.

Si bien en el sistema continental la analogía es considerada como un método de integración de la ley, al cual se recurre cuando, habiendo aplicado todos los métodos de interpretación, la norma sigue siendo ambigua u oscura, resulta muy útil porque aporta racionalidad.

No obstante, en materia de interpretación cabe la interpretación extensiva que, sin llegar a ser un método de integración, amplía los alcances de la norma a situaciones similares y la interpretación restrictiva, que circunscribe los alcances de la ley a lo estrictamente señalado por esta e, incluso, restringe sus alcances.

6.4. La interpretación sistemática basada en la argumentación conceptual

Esta consiste, básicamente, en recurrir a la doctrina a fin de encontrar la explicación del sentido de una norma. Esta juega un rol importantísimo en la interpretación de una norma y en la defensa de un caso en el que se discute su naturaleza y sentido.

La doctrina es fuente del derecho y así lo ha establecido el Tribunal Constitucional⁹ al tratar sobre su aplicación. Y se trata de una fuente de enorme utilidad, porque desarrolla la problemática que surge de la

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 2006 (Exp. No. 047-2004-AI-TC).

aplicación de las normas. Y —cuando es buena¹⁰— aclara conceptos, responde interrogantes, esfuma dudas, amplía el espectro, explica, razona y deduce, lo cual es indispensable si se quiere tener éxito en la defensa de un caso.

Esa es la razón por la cual es recomendable que estudiantes, jueces y abogados en ejercicio estudien el caso que tienen entre manos a la luz de los comentarios de la (buena) doctrina. Ella aporta la claridad que se necesita para entender la figura jurídica bajo análisis. Y no siempre se recurre a ella, aunque cada vez más.

7. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA BASADA EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los principios jurídicos...son controvertidos, su peso es importante, son innumerables; cambian tan rápido que el inicio de la lista podría ser obsoleto antes de llegar a la mitad.

Ronald Dworkin en Bennion (2008)

Todos estamos de acuerdo en que no existe ley capaz de cubrir toda la materia. Pero, es posible que en la vida real nunca se presente un problema relacionado con el vacío de la ley¹¹, aunque puede presentarse.

Y, como toda ley opera en un determinado contexto de valores y principios, se suele recurrir a los principios generales del derecho como último recurso, aunque dichos principios son, paradójicamente, base del razonamiento.

¹⁰ Hay buena y mala doctrina. Cualquiera puede escribir un libro de derecho, pero no cualquiera puede escribir un buen libro de derecho.

¹¹ Cuando enseñé el curso de Acto Jurídico, allá por los años setenta, una destacada alumna y amiga me dijo —medio en serio, medio en broma— «tu acto jurídico no sirve de nada en la práctica». Yo solo pensé que mi exalumna, por esas cosas del azar, jamás había resuelto un caso de vacío de un contrato en el que, de todas maneras, hubiera tenido que aplicar las reglas de interpretación del acto jurídico.

Y esto último es así porque se entiende que toda norma reposa sobre una serie de principios generales, los cuales actúan como reglas que guían, pero que no atan, y normalmente no están escritos en ninguna parte que no sea la doctrina. Aun así, su importancia es grande, porque son tan valiosos e indiscutibles que pueden poner límites a los jueces y evitar, de esta manera, soluciones arbitrarias.

Para Dworkin, quien sostiene la necesidad de recurrir a estándares o políticas:

los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen...la dimensión de su peso o importancia. Cuando los principios chocan... quien debe resolver el conflicto tiene que tomar en cuenta el peso relativo de cada uno. Eso no puede, ciertamente, tratarse de una medida exacta y la importancia de un principio sobre otro, será siempre controvertida (en MacLeod, 2002).

Es por eso que siempre —incluso si la interpretación es puramente literal— habrá que establecer cuál es el principio que yace tras la norma.

Las fuentes de los principios generales del derecho pueden ser varias: filosóficas, legales, el derecho natural, doctrinarias e incluso, para algunos, religiosas (con lo que no concuerdo).

Entre los principios generales se consideran, entre otros, la seguridad jurídica, la razonabilidad, la igualdad ante la ley, la justicia, la búsqueda del bien común, la predictibilidad, la autonomía de la voluntad. Ellos se traducen en máximas que se expresan en axiomas tales como nadie puede dar más derecho del que tiene; el primero en el tiempo es el primero en el derecho (*prior tempore potior iure*); uno responde por sus propios actos, no por los ajenos; es mejor evitar un daño que favorecer un lucro; no puede hacerse recaer en una persona más de una vez responsabilidad por el hecho (*ne bis in idem*); no es lícito hacer justicia por mano propia; nadie puede beneficiarse de su propia torpeza; la equidad es deseable (*aequum et bonum*); y la ley debe apuntar al bienestar de las personas (*salus populi suprema lex*).

Ahora bien, es muy común en la interpretación de la ley que sea posible invocar dos principios generales en oposición (por ejemplo, justicia frente a seguridad jurídica). De ahí que si, al interpretar una norma, el intérprete se encuentra en la disyuntiva de tener que recurrir a dos principios opuestos, debe hacer un balance y elegir el que tenga, a su juicio, mayor peso y relevancia respecto del caso concreto. En otro caso podrá, evidentemente, optar por el principio que descartó. Y, como he adelantado, los dilemas son abundantes y estructurales: orden-libertad, libertad de expresión-control de medios, seguridad jurídica-justicia; caso en el cual, el juez debe elegir aquel que contribuya de mejor manera a alcanzar, en general, el valor que se encuentre en juego. Pero —repito— con participación de su subjetividad y siempre en relación con el caso concreto. A veces se concede más peso a unos principios sobre otros, por lo que no hay prioridades.

Pero, a veces, se oponen dos valores igualmente apreciables, como son la seguridad jurídica y la justicia y, el intérprete tiene que elegir, sopesándolos. De eso ya se habló.

Un ejemplo bastante actual permite entender la colisión de principios generales. Por razones de seguridad nacional, la escucha telefónica legal puede ser más valiosa (en determinado momento y en relación con determinado caso) que el derecho constitucional a la privacidad de las comunicaciones —por ejemplo, en los casos de lucha contra la corrupción—. Pero, eso no es así en todos los casos y sería reprochable que un gobierno hiciera uso supuestamente legal de la escucha telefónica con fines distintos a los de la persecución de un delito.

Otro caso de colisión entre principios es el derecho del abogado a guardar la confidencialidad respecto a los asuntos de su cliente frente a la necesidad de llegar a la verdad de un caso. Dicho principio, sin embargo, no aplicaría si de lo que se trata es de determinar si el abogado ha ayudado a su cliente a cometer fraude.

Aludiendo a un ejemplo más actual aun, el proyecto de ley que prohíbe que «los corruptos» accedan a la dirección de un medio de prensa y la

creación una veeduría ciudadana con la finalidad de que la prensa publique con objetividad es, en apariencia, un buen propósito (defensa al público lector de obtener información objetiva y veraz), pero en la práctica puede llevar a un control de medios, propio de una dictadura. Para la tranquilidad general, dicho proyecto ha sido retirado, aunque, según entiendo, hay otros nueve proyectos que son distintas versiones de lo mismo.

Para terminar, el tiempo y el lugar influyen decisivamente sobre el peso de cada uno de los principios generales. Este es un tema ciertamente complejo, pero absolutamente real. Un caso que demuestra con claridad el impacto del tiempo es la prevalencia casi absoluta del principio de autonomía de la voluntad, lo que no ocurría durante el feudalismo, al punto de que la celebración de un acto entre privados requería la intervención del rey o del señor feudal, cosa que hoy sería impensable. Lo mismo ocurre en relación con el lugar. Así, por ejemplo, los derechos de las minorías (como la comunidad LGTBI) son ampliamente aceptados en la mayoría de países occidentales desarrollados y duramente restringidos en algunos países musulmanes.

Sopesando principios



Curiosamente, en el Perú, donde no ha podido prosperar la ley del matrimonio igualitario, y ni siquiera la unión civil, una reciente resolución judicial ordena inscribir en los registros públicos un matrimonio celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo, pese a que el Código Civil establece que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer. Todo lo cual lleva a pensar que los principios generales también evolucionan. Lentamente, pero evolucionan.

OTROS RECURSOS DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Además de los señalados, pueden considerarse submétodos sistemáticos, el encabezado o título de la norma (que antiguamente se consideraba extralegal) y el preámbulo o los considerandos que, en el Perú, corresponden únicamente a las normas expedidas por el Poder Ejecutivo (decretos supremos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, directorales, circulares, etcétera).

Es muy frecuente, según Zander, encontrar en los preámbulos la razón de ser de la norma —normalmente el *mischief* o la referencia al error o al vacío que intenta cubrir— y resulta muy útil como elemento definitorio en aquellos casos en que el texto de la norma da lugar a dos interpretaciones contrarias.

Forman también parte de la interpretación sistemática los anexos de las normas legales.

8. LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Una vez que el edificio está construido, ya no interesan los andamios.

Francis Bennion

La interpretación histórica supone revisar la evolución de la norma en el tiempo, a fin de determinar qué fue lo que el legislador quiso corregir, aclarar, evitar o consagrar con su expedición. Este método es, en buena cuenta, una aplicación de la *mischief rule* e implica determinar la intención del legislador, no a partir de especulaciones, sino de lo que efectivamente dijo a propósito de la derogación de una ley y la expedición de una nueva. Obviamente, por legislador se entiende el de carne y hueso.

Este método es tan importante que para Bennion, por ejemplo, una interpretación califica de informada cuando el intérprete conoce el estado de la ley antes de ser expedida, así como la historia de su expedición y la de su posexpedición. La historia de la norma, pues, aporta mucho sobre su significado.

Entre las fuentes de la interpretación histórica se encuentran los debates parlamentarios, la legislación anterior y las exposiciones de motivos oficiales (*explaining memoranda*).

A pesar del valor que aporta este método a la interpretación, ha sido duramente cuestionado debido al argumento de que la ley tiene que ser entendida a partir de su texto, sin que deba recurrirse a fuentes extrañas a esta, que son irrelevantes. Para Bennion (2008, p. 611), sin embargo, este cuestionamiento ha demostrado ser, en la práctica, idealista y teórico. Y ello porque sencillamente, y teorías aparte, el recurso a la historia de la norma puede ser muy útil para demostrar lo que el legislador pretendía hacer y no hay razón para descartarlo. Eso no quiere decir, ciertamente, que este método tenga un valor superior a los demás. Su valor es relativo, porque es posible que la norma —literal, sistemática y teleológicamente interpretada— lleve al intérprete a una conclusión contraria a la que se

llega analizando la historia de su evolución. Y, al igual que en todos los casos de interpretación, el intérprete debe sopesar o evaluar las razones que derivan de la aplicación de uno u otro método de interpretación y elegir el resultado que sea más coherente, más justo, más equitativo, más seguro o alguno otro que considere valioso.

8.1. Los debates parlamentarios

Señala Rubio:

que sirven para averiguar la intención del legislador las intervenciones que se hicieron cuando se debatió la norma, sobre todo si se trata de una ley aprobada por el Congreso de la República. Allí están los documentos de las comisiones que participan en el dictamen de la norma y los diarios de debates del Pleno del Congreso... a través de todos esos documentos podemos formarnos, normalmente, una idea clara de por qué se generó la norma y también, de detalles que fueron añadiéndose a su texto en función del intercambio de ideas de los legisladores (2012, p. 112).

A diferencia de lo que ocurre en el derecho continental, el recurso a los debates parlamentarios ha sido objeto de ardua discusión entre los anglosajones. Así, por ejemplo, hasta antes de la década de 1980, en Inglaterra no estaba permitido citar en la corte lo dicho en la Cámara de los Comunes, sin el previo consentimiento de esta. Fue recién en dos sentencias expedidas en el año 1979 (*Davies v. Johnson y Docker's Labor Club and Instituto Ltd. v. Rase Relaciones Borrada*) en que se reconoció el valor de dicha fuente, señalando que los debates parlamentarios pueden alumbrar normas particularmente oscuras y que no hay nada malo en que un juez acuda a ello en busca de guía.

Dichos argumentos, sin embargo, han sido cuestionados, y se ha señalado que se trata de un recurso costoso e inútil; que los intereses políticos —que son los que se enfrentan en un debate parlamentario— no necesariamente explican el significado del lenguaje; que los debates

parlamentarios, antes que ayudar, promueven la confusión y la oscuridad y que no equivalen a los así llamados trabajos preparatorios del derecho continental, que sí pueden ser consultados.

En el Perú, el recurso a los debates parlamentarios como método de interpretación no ha merecido mayor discusión teórica, al menos en el ámbito del derecho civil. En un solo caso discutido en el ámbito internacional, uno de los expertos legales invocó dicha fuente. Los árbitros, sin embargo, no concedieron a dichos debates ningún valor o influencia en su decisión, bajo el fundamento de que (i) los debates parlamentarios no equivalen a los trabajos preparatorios y constituyen, más bien, la exposición de puntos de vista individuales, que no necesariamente han sido recogidos por los redactores de la norma; y que (ii) los legisladores, cuyos puntos de vista se invocaba, carecen del peso intelectual suficiente como para ser considerados los verdaderos autores de la ley, aunque formalmente lo sean.

Otro caso en el cual los debates parlamentarios de la Constitución de 1993 fueron más un problema que una solución es el de la discusión parlamentaria del actual artículo 62 de la Constitución, referido a la inmodificabilidad de los contratos por una ley.

En dichos debates, un parlamentario puso como ejemplo de la estabilidad que daría una norma como la del artículo 62 la necesidad de dar valor a los contratos de arrendamiento vencidos con el fin de proteger a los propietarios —en ese momento ya ancianos— de los abusos de los inquilinos que, al amparo de las ya derogadas leyes de inquilinato, no podían ser desalojados si no eran demandados exactamente dentro de los quince días de vencido el contrato. Y si se demandaba más allá de dicho plazo, los contratos pasaban a ser a plazo indefinido, equivocadamente entendidos como contratos perpetuos (cosa que no existe ni puede existir).

Esta norma ha dado lugar a más de un dolor de cabeza. Y ello porque si la prohibición que establece se interpretara literalmente, se impediría toda posibilidad de cambio de la ley y la regla de su aplicación inmediata sería imposible de ser implementada. Porque, de haber sido así, el contrato de compraventa de un esclavo y sus sucesores tendría hoy validez plena. Y

eso no puede ser porque, que se sepa, en el Perú la esclavitud fue abolida por Castilla en el siglo XIX.

Por tanto, no es posible aplicar el artículo 62 de la Constitución interpretándolo de manera literal, porque ello lleva un absurdo.

Y tampoco convencen sus fundamentos, porque si lo que se quería era permitir a los arrendadores privados recuperar la posesión, no era necesario recurrir a esa suerte de «estabilidad absoluta» de los contratos y mucho menos hacerlo a través de una norma constitucional, pues hay soluciones que, sin llegar a tal absurdo, fueron capaces de conseguir el mismo o mejor resultado. Así, el Código Civil de 1984 calificó expresamente los contratos de duración indefinida como aquellos que podían ser terminados por cualquiera de las partes, en cualquier momento. Con lo cual, si un contrato de arrendamiento a plazo se convertía en indefinido, el propietario podía desalojar al inquilino cuando lo considerara, cobrando la merced conductiva generada durante la vigencia del arrendamiento indefinido.

Puede decirse, entonces, que no hay por qué «entronizar» este método, sino que es necesario evaluarlo críticamente antes de aplicarlo. Y el artículo 62 de la Constitución y su justificación en el debate parlamentario —ambos un sinsetido— son la mejor muestra de ello.

8.2. El recurso a normas anteriores

El recurso a normas anteriores es frecuentemente utilizado en la interpretación. Pero dichas normas no se invocan para ser aplicadas, como es obvio, sino para explicar el cambio introducido por la nueva ley, como sería el caso de vacíos, contradicciones u otros defectos de la norma derogada. Y también puede ocurrir que, al contrario, la nueva ley mantenga el texto de la ley anterior y que su justificación pueda ser encontrada en los debates parlamentarios.

Se trata, entonces, de un método auxiliar al de la búsqueda de la *ratio legis* (*intensionalism* o *purposivism*), o, más precisamente, de uno que ayuda a esclarecer cuál habría sido la «intención del legislador».

Y —repito— el recurso a normas anteriores no es otra cosa que la aplicación de la *mischief rule*, que explica la nueva ley en función de las fallas o los aciertos de la anterior.

El intérprete debe, sin embargo, tener claro que el legislador pudo haber optado por el cambio por razones puramente gramaticales y de redacción (por ejemplo, mejorar la sintaxis). Pero también pudo haber mantenido el texto de la norma, sin ser consciente de que el contexto había cambiado, lo cual reabre la discusión entre textualismo y antitextualismo. O pudo no haber conocido la normativa anterior. Cualquier cosa puede ocurrir.

Por eso, apoyarse únicamente en los debates parlamentarios no es esencial.

8.3. Los trabajos preparatorios y las exposiciones de motivos

Los trabajos preparatorios son, según Messineo (1954, p. 104), el conjunto de los testimonios dejados de la elaboración de las normas por parte de sus redactores. Una exposición de motivos, en cambio, es un documento orgánico elaborado por el redactor de la norma, que la acompaña, con el objeto de explicarla.

En otras palabras, los trabajos preparatorios pueden consistir, por ejemplo, en la transcripción de las discusiones de los redactores de la ley, donde es posible apreciar lo que algunos opinaron, así como sus coincidencias y discrepancias. En cambio, una exposición de motivos es un documento especialmente preparado para explicar el sentido de la ley, donde se asume que su redactor es uno solo (el legislador).

En rigor, no existe obligación de que una ley lleve anexa una exposición de motivos, si bien es lo usual cuando se trata de la expedición de nuevos códigos, que pueden implicar un cambio de modelo teórico, que el redactor explica y que puede tener un gran valor interpretativo.

En cuanto al valor de los trabajos preparatorios como método de interpretación de la ley, Messineo, conjuntamente con otros pensadores (podría decirse que la mayoría) señala que

en el contraste entre formulación de la norma y propósito manifestado por el legislador en los trabajos preparatorios prevalece la formulación. Pero, el propósito, cuando es concorde con el texto (formulación) de la norma, tiene un notable valor explicativo y ofrece un fundamento muy sólido a la interpretación (1954, p. 104).

Difícil darle completamente la razón, porque se trata de las palabras del propio autor de la ley, que algo tienen que significar, aunque —nuevamente— todo depende del caso.

A esa misma conclusión llega Castillo Alva, cuando señala que se ha de señalar —contra lo que usualmente se piensa— que «la exposición de motivos, si bien se encuentra adscrita a la ley o se promulga con ella, carece de valor vinculante, siendo su naturaleza solo expositiva»¹².

Pero, la unanimidad en relación con el valor de la exposición de motivos no es razón para degradarla. Como se ha señalado, lo esencial en la interpretación es el balance adecuado entre todos los resultados con todos métodos de interpretación.

Finalmente, es importante referirnos a la normativa emitida por el Poder Ejecutivo (decretos supremos, resoluciones supremas, ministeriales y directorales).

Estas normas, si bien no llevan normalmente exposición de motivos, en aplicación del principio de motivación que rige en el derecho administrativo, debe contener una motivación. De ahí que los decretos y reglamentos incorporan obligadamente unos párrafos denominados «considerandos», los cuales expresan las razones por las cuales se ha emitido la norma y, por tanto, no se distinguen, en esencia, de una exposición de motivos.

El valor de los considerandos se ha discutido mucho, habiéndose llegado a establecer que tienen igual valor que la parte resolutive de la norma. Eso no es correcto, aunque el valor de los «considerandos» puede ser muy importante en un ejercicio de interpretación.

¹² En Rubio Correa (2012, p. 114).

9. LOS CÁNONES DE INTERPRETACIÓN

9.1. ¿Son los cánones reglas autónomas de interpretación?

Los cánones son máximas, generalmente milenarias, basadas en la lógica y en las reglas del lenguaje, que acompañan —y solo acompañan— a los métodos de interpretación, prestándoles valor lógico.

Como equivocadamente sostienen algunos abogados —y me ha tocado escucharlos en audiencias de informes orales— los cánones no equivalen, de ninguna forma, a los principios generales del derecho. No lo son, en lo absoluto. Se trata de instrumentos meramente auxiliares, cuya única función es dar «cobertura» lógica al resultado de la aplicación de uno o de varios métodos de interpretación. Son, sin embargo, muy útiles, pues «sellan» la interpretación. Constituyen cánones, por ejemplo: quien puede lo más, puede lo menos; lo que no está incluido está excluido; con mayor razón, etcétera.

Ahora bien, el intérprete tiene que ser consciente de que los cánones pueden apuntar —y de hecho eso ocurre— a direcciones distintas e incluso opuestas. Como bien señalaba Llewellyn, hay dos cánones opuestos en casi todos los puntos¹³. Así, por ejemplo, el canon *expressio unius et exclusio alterius* (lo que no está incluido está excluido) se opone a los cánones *a pari* (donde hay la misma razón hay el mismo derecho) y *a fortiori* (si una prohibición se aplica a una situación, con mayor razón se aplicará a otra más grave que la anterior). Y la contradicción está en que, en el primer caso, la aplicación del canon restringe los alcances de la norma, mientras que, en el segundo, el ámbito de aplicación de la norma se extiende a supuestos no contemplados.

Pero esa contradicción no constituye un problema ni desvaloriza los cánones porque —repito— un intérprete razonable sabe que no puede basarse únicamente en estos y que está obligado a recurrir a la aplicación de uno o más métodos (literal, intención del legislador, interpretación

¹³ En Scalia y Garner (2012, p. 59).

histórica, etcétera) y aplicarlos, además, dentro de un determinado contexto.

Un ejemplo puede aclarar tal contradicción. Si el famoso ejemplo de Fuller sobre la «prohibición de vehículos en el parque» se sustituye por «se prohíbe el uso de bicicletas en este lugar», la pregunta que surge es la siguiente ¿está también prohibido el uso de automóviles?

Hay dos respuestas: (i) la norma solo se refiere a bicicletas, razón por la cual será de aplicación el canon *expressio unius et exclusio alterius*, con lo cual los automóviles no estarían prohibidos de ingresar al lugar; y (ii) si la restricción se aplica a las bicicletas, con mayor razón debe considerarse prohibido el uso de automóviles, siendo de aplicación del canon *a fortiori*.

Y ya se ha señalado que la elección de la respuesta depende del contexto. ¿Se trata de un parque? ¿De una calle o de una avenida? Porque, si se trata de un parque, el uso de automóviles debe considerarse prohibido con mayor razón que el de bicicletas. Pero, si se trata de una vía expresa, la lógica será la inversa: la norma se refiere solo a bicicletas, por el peligro que su uso significa en una vía de esa naturaleza, tanto para los propios ciclistas, como para los automovilistas.

Solo si se responde a esas preguntas, entonces, utilizando los métodos tradicionales de interpretación y recurriendo, necesariamente al contexto, se tendrá la claridad para determinar cuál es el canon aplicable.

Y es, precisamente, por su dependencia de los métodos de interpretación y del contexto, que una parte de la doctrina ha minimizado su importancia, considerándolos vacíos e inconsistentes o calificándolos, como lo hace Posner¹⁴, como «las hojas de parra que cubren decisiones a las que se ha llegado mediante otros fundamentos»¹⁵. Posner tiene cierta razón, porque no cabe sostener en el vacío que no debe distinguirse donde la ley no distingue ni que quien puede lo más, puede lo menos dado que,

¹⁴ En Scalia y Garner (2012, p. 60).

¹⁵ La alusión a las hojas de parra (en inglés *fig leaves*) sirve para referirse a la cobertura de algo desagradable con una cosa de apariencia inocua.

según las circunstancias, sí podría distinguirse donde la ley no distingue o podría ocurrir que el que pueda lo más, no pueda lo menos. Pero, no por eso dejan de ser elementos de gran utilidad en la interpretación.

Los cánones son, pues, tan solo, argumentos lógicos, donde dos premisas falsas pueden llevar a una conclusión verdadera desde el punto de vista de la lógica. Y eso ocurre cuando, en palabras de Rubio (2012, pp. 134 y ss.) no existe «equiparidad» o «similitud sustancial» entre las normas relacionadas. Así, por ejemplo, si se considera que las normas «A» y «B» comparten la misma racionalidad y que «A» es «lo más» y «B» lo «menos», pero eso resulta no ser correcto, la conclusión podrá ser correcta —«B» puede lo que «A» puede— pero las premisas no lo son. Con lo cual, la interpretación fracasa.

Sin embargo, y como he adelantado, no obstante su poca autonomía, la doctrina acepta su aplicación, pues se le considera una generalización de la experiencia y una valiosa ayuda para uniformizar la administración de justicia e, incluso, para la redacción de leyes.

Hecha la advertencia, en el siguiente acápite expondré los cánones de interpretación más importantes.

9.2. Los cánones más importantes

9.2.1. *El canon ex silentio o casus omissus*

Un casus omissus no justifica la expedición de legislación judicial.

Juez Louis Brandeis

Si una norma ha dispuesto en determinado sentido respecto de una situación y ha callado respecto de otra es porque la norma no ha previsto nada en cuanto a esta última. De este canon deriva la regla según la cual lo que no está prohibido está permitido.

Este canon se expresa también en la frase (*expresio —o inclusio— unius est exclusio alterius*) que significa que, aunque los casos sean análogos, la norma no se les aplica.

El argumento *ex silentio* o *casus omissus* es útil cuando la posición del abogado es que una norma tiene carácter excepcional (y por lo tanto solo incluye lo expresamente señalado por esta).

Como a estas alturas es ya fácil advertir, los textualistas defienden la aplicación preferencial de este canon, y fundamentan su aseveración en que no corresponde al juez ampliar, extender o mejorar los alcances de la ley, pues esa es tarea del Poder Legislativo. El juez, pues, no está autorizado a juzgar según lo que el legislador habría querido y, cuando suple vacíos, trasciende la función judicial e invade la función legislativa.

Y los textualistas se preguntan, ¿qué es un vacío?, respondiéndose que no es otra cosa que la diferencia entre la ley y alguna otra consideración que la podría hacer mejor, más auténtica y más justa¹⁶. Y que —añado— no son parte de la ley.

Los antitextualistas, en cambio, opinan lo contrario y no se aferran a la aplicación de este canon, ya que admiten que las palabras de una norma pueden ser extendidas. Consideran que no hay ley que pueda contemplar todos los supuestos y que, precisamente por ello, el juez debe ser creativo en su interpretación y aplicación.

Este canon contradice, de alguna manera, la afirmación referida a la existencia de consecuencias implícitas de la ley¹⁷. Así, si una norma autoriza la realización de cierta acción —por ejemplo, explotar una mina— no tiene por qué señalar que dicha explotación incluye la posibilidad de ingresar maquinaria al terreno superficial, pues eso se sobreentiende.

Y los propios Scalia y Garner (2012, p. 97) —tan apegados a la letra de la ley— admiten que existe dificultad de distinguir entre un vacío y el contenido implícito de una norma, razón por la cual se resignan a señalar que es parte de la habilidad y honestidad de un buen juez distinguir entre el significado de llenar vacíos y el de determinar la existencia de un contenido implícito de la norma. Suscribo esa opinión.

¹⁶ Huntington, citado por Scalia y Garner (2012, p. 95).

¹⁷ Ver en ese sentido, el numeral V.4.3 del presente libro.

9.2.2. *El canon a contrario sensu*

Este canon es muy parecido, pero no igual, al canon *ex silentio* y significa que si una norma no ha incluido un cierto supuesto de hecho es porque a los demás supuestos se les aplica la solución contraria, opuesta o, por lo menos, distinta.

Así, si la norma prohíbe el matrimonio a menores de 16 años, se entiende que los mayores de 16 años sí pueden casarse. Este canon se aplica fundamentalmente al derecho excepcional y se considera que cuanto más específica es la enumeración hecha por la ley, más fuerza tiene el canon, porque revela la voluntad del legislador de ser estrictamente taxativo.

Pero, aun cuando la aplicación de este canon parezca relativamente simple, hay casos dudosos.

Así, por ejemplo, el artículo 1366 del Código Civil prohíbe la adquisición de bienes nacionales, entre otros, al presidente de la República, a los ministros de Estado y a los magistrados de la Corte Suprema. El artículo 1367 de dicho código establece, a su vez, que la prohibición se extiende a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas impedidas. Es, sin duda, una norma que debe interpretarse restrictivamente. Pero, ¿se extiende la prohibición al cónyuge de alguno de los impedidos, teniendo en cuenta que, según señala pacíficamente la doctrina, los cónyuges no son parientes entre sí?

Un caso emblemático de interpretación que contradice claramente el canon *a contrario sensu* es el antes mencionado caso Holy Trinity. Se trataba, como ya he comentado, de una ley que prohibía la contratación de extranjeros para desempeñar labores en Estados Unidos y exceptuaba de sus alcances a artistas y a conferencistas. Dicha excepción no incluía a los clérigos. La iglesia Holy Trinity contrató a un pastor de origen inglés, razón por la cual, fue demandado por el Estado.

La Corte Suprema acogió la posición de dicha iglesia, bajo el fundamento de que las excepciones establecidas por la ley eran un *casus male omisus*, es decir, un caso inapropiadamente excluido de la norma

(que, en este caso, dejó a los clérigos fuera de la excepción, sin razón alguna para ello)¹⁸.

9.2.3. *El canon in pari materiae*

Significa que donde hay la misma razón, hay el mismo derecho. Por ello, ante dos situaciones iguales o equivalentes —una legislada y la otra no— la conclusión debe ser la misma.

El fundamento de este canon es, según Rubio

la equidad, la que a su vez se basa en la igualdad ante la ley. Funciona cuando hay sustantiva similitud entre dos situaciones de hecho, la que puede aparecer, tanto por las características de ambas como por su finalidad (2012, p. 140).

No obstante, si bien la regla es lógica, en ocasiones es difícil precisar si se trata, exactamente, de la misma materia o si, de nuevo en palabras de Rubio, existe «equiparidad o sustantiva similitud».

Este canon, además, es el opuesto a los dos cánones anteriores —*ex silentio* y *a contrario sensu*— pues, a diferencia de estos últimos —que fuerzan a hacer una interpretación restrictiva— el canon *a pari* apunta a una interpretación extensiva.

9.2.4. *El canon a fortiori (o in maius)*

Significa «con mayor razón» y puede ser *a maiori ad minus* y *a minori ad maius*.

Es *a maiori ad minus* cuando se considera que, si una norma concede un poder de amplitud mayor, concede también un poder de amplitud menor (el que puede lo más puede lo menos).

Así, si la ley faculta a los mayores de edad a vender, los faculta también a arrendar.

¹⁸ Scalia y Garner señalan que la doctrina Holy Trinity ha sido descartada por la Corte Suprema norteamericana hace más de veinte años.

Es *a minori ad maius* cuando se considera que, si una norma prohíbe un determinado acto a una cierta categoría de sujetos, con mayor razón dicho acto se considerará prohibido a una categoría que se encuentra en situación inferior.

Así, si la ley prohíbe a los menores de edad alquilar inmuebles, con mayor razón les prohibirá comprar. O, quien responde por culpa, tanto más responde por dolo.

9.2.5. *El canon ejusdem generis*

Significa «de la misma clase» e implica que todos los ítems de la misma clase —trátese de objetos, sujetos o circunstancias— deben considerarse incluidos en la norma, aunque esta no los mencione expresamente. Es lo que en el derecho continental se denomina *norma ejemplificativa*, que puede ser válidamente ampliada, a diferencia de la norma taxativa, que no puede serlo, debiendo ser interpretada de manera restrictiva.

9.2.6. *El canon sedes materiae*

Este canon toma en cuenta el lugar donde se encuentra ubicada la norma. Por ejemplo, si una norma está en la sección referida a contratos, se supone que ella no se aplica a testamentos.

Por cierto, aplicando otros cánones se puede llegar a la solución opuesta, como en el caso del contrato vs. testamento, en los que se aplicarían los cánones *a pari* y el *a fortiori*. Porque la norma podría también ser interpretada en el sentido de que, si contrato y testamento son igualmente actos jurídicos, se sujetan a las mismas reglas. Nuevamente, todo depende de los hechos del caso.

9.2.7. *El canon de la efectividad de toda la ley*

Según este canon, el intérprete debe analizar toda la ley y no solamente una norma o una parte de ella. Y eso es así porque la ley en conjunto comunica un significado.

Este canon no es otra cosa que la aplicación del método de interpretación sistemático de la ley, que ya ha sido comentado.

9.2.8. El canon de interpretación coordinada

Este canon supone combinar el fragmento de una norma con el de otra, para encontrar la regla aplicable al caso.

Es, al igual que el canon precedente, un derivado del método sistemático de interpretación¹⁹.

9.2.9. El canon de la prevalencia de lo específico sobre lo general

El significado de este canon es que, frente al conflicto entre dos normas, una especial y una general, el intérprete debe elegir la norma especial. En esencia, todas las excepciones a las reglas generales descansan en este canon.

9.2.10. El canon regla/excepción

Al interpretar una norma, debe procederse a calificarla de regla o de excepción. Esa calificación permitirá utilizar mejor los demás cánones, pues, como he señalado, normalmente el canon *ex silentio* o el *a contrario* se aplican a normas de carácter excepcional.

9.2.11. El canon de la ley posterior prevalece sobre ley anterior

Este canon se basa en la regla de derogación de una ley por otra posterior, contenida en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil. Pero debe advertirse que no significa que, en un mismo texto legal, digamos un código, el artículo 2 sea considerado norma posterior al artículo 1, pues ambos se entienden simultáneamente expedidos.

Y, como ya se ha señalado, la norma especial anterior prevalece sobre la norma general posterior, pues vale como excepción. Ello, salvo que el intérprete considere que la nueva ley ha derogado toda la materia como

¹⁹ Ver capítulos 3 y 5.

ocurre, por ejemplo, con la dación de un nuevo código civil o de un código penal.

Asimismo, la norma especial posterior vale sobre la norma general anterior, pues vale como excepción.

9.2.12. *El argumento ab absurdo*

Este canon se utiliza para negar determinada interpretación, al señalar las consecuencias absurdas o inconvenientes de esta. Un caso real de interpretación *ab absurdo* es el siguiente: ¿impide una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, derogando una ley, que el Congreso vuelva a legislar sobre la materia derogada? Y en tal caso, ¿puede repetir el texto derogado? La respuesta es que el Congreso no pierde su potestad de legislar, dado que si —hipotéticamente y *ab absurdo*— el Tribunal Constitucional decidiera derogar todas las leyes de la República y se considerara que dicha derogación implica una prohibición al Congreso de volver a legislar, se produciría un caos.

Se considera que se trata de un caso de interpretación *ab absurdo* porque, desde el punto de vista práctico, sería impensable que el Tribunal Constitucional derogue todas las leyes. No obstante, el ejercicio de llevar las cosas al extremo es sumamente útil para sustentar un determinado punto de vista.

9.2.13. *El canon generalia verba sunt generaliter intelligenda*

Según este canon, a los términos generales debe dárseles un sentido general, lo que significa que deben ser interpretados con los alcances más amplios. Ello porque se entiende que la intención del legislador (o de la ley) de utilizar palabras generales es la de producir efectos generales, por lo cual no caben, en principio, excepciones.

Es cierto que, como acertadamente señalan Scalia y Garner (2012, p. 101) «uno tiene razón cuando duda y pondera antes de decidir que una

situación específica se adecuaba o no a la previsión general». Pero, al final, las palabras generales son palabras generales y tiene que dárseles efecto general.

Ejemplo: si una norma establece que se prohíbe discriminar por razón de género y un hombre es quien alega discriminación, no cabría sostener que la norma fue pensada para que aplique únicamente a la discriminación contra la mujer, pues dicha norma ha empleado un término general. Que la discriminación contra la mujer sea más frecuente no cambia el sentido de este canon. Ver, si no, el caso Weber, mencionado en el capítulo 4.

9.2.14. El canon de lo mandatorio y lo permisivo

Si bien, como señalan Scalia y Garner este canon es, en principio, de fácil aplicación, el problema se presenta cuando no queda claro si la norma es mandatoria o permisiva. Lo mandatorio se expresa normalmente con la utilización del imperativo, como puede ser «deberá», «entregará», «pagará», etcétera, pero eso no es así necesariamente. Por ejemplo, para obtener la concesión, la persona pagará un monto, no es una norma mandatoria, sino una norma que impone una carga (si quieres obtener Y, deberás hacer X, pero nada obliga a hacerlo).

Lo permisivo, en cambio, se expresa con la utilización de términos tales como «podrá» (exigir, explotar, reclamar, etcétera).

En muchos casos, sin embargo, la ley utiliza un término en una acepción aparentemente mandatoria, cuando por lógica debe ser entendida como permisiva. Por ejemplo, «el agraviado deberá reclamar daños y perjuicios al autor del daño». Pero, ¿es obligatorio reclamar? La respuesta es definitivamente negativa. La norma califica, entonces, de permisiva, aunque haya sido redactada en términos mandatorios.

Un caso real, aunque adaptado, de confusión entre lo mandatorio y lo permisivo puede ser apreciado en el numeral 5.9.2.15 siguiente, que se refiere al uso del conjuntivo y el disyuntivo.

9.2.15. *El canon sobre el conjuntivo y el disyuntivo*

Como se sabe, el conjuntivo se expresa con la conjunción y el disyuntivo con la conjunción o. En el primer caso, se añade o se combina (por ejemplo, para la obtención de la licencia se deberán acompañar la licencia anterior y el documento de identificación); en el segundo caso, se trata de alternativas (por ejemplo, para la obtención de la licencia, se deberá acompañar la licencia anterior o un documento que acredite haberla tenido).

Pero la aplicación del conjuntivo/disyuntivo no es nada fácil. Cada supuesto tiene que ver, fundamentalmente, con la calidad de la norma de que se trate. Estos son:

— (i) Norma mandatoria o imperativa

Conjuntivo	Disyuntivo
Deberá hacerse A, B y C	Deberá hacerse A, B o C

Si la norma es conjuntiva, es preciso que se realicen las tres acciones, mientras que, si es disyuntiva, tan solo una (cualquiera de ellas).

— (ii) Norma prohibitiva

Conjuntivo	Disyuntivo
Se prohíbe hacer A, B y C	Se prohíbe hacer A, B o C

En el caso de la norma conjuntiva, las acciones que corresponden al listado están individualmente permitidas, pero colectivamente prohibidas. Es decir, para que la prohibición opere, deben producirse A, B y C.

En la disyuntiva, en cambio, cada posibilidad está negada, es decir, no es posible hacer A ni B ni C.

EJEMPLOS DE PROHIBICIONES CONJUNTIVA Y DISYUNTIVA

Conjuntiva

Prohibido tomar y manejar. Eso significa que se puede tomar sin manejar o manejar sin tomar.

Disyuntiva

Prohibido difamar o calumniar a través de medios masivos. Eso significa que ambas acciones —difamar y calumniar— están prohibidas, tanto de manera individual como conjunta.

UN CASO INTERESANTE DE CONJUNCIÓN/DISYUNCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA (OfficeMax Inc. v. United States)



El Código Tributario Federal norteamericano, vigente en 1965, impuso un impuesto sobre el cargo por peaje al servicio telefónico de larga distancia, cargo que, según dicha ley, se determinaba mediante una combinación de distancia y tiempo de utilización del servicio.

En ese momento, la única operadora prestadora de servicio de larga distancia era AT&T, cuyo peaje por llamadas de larga distancia se determinaba basándose en la utilización de ambos factores.

En 1990, otras operadoras comenzaron a brindar el servicio de larga distancia y a cobrar el peaje basado únicamente en el tiempo de uso del servicio, dejando de lado la distancia. El gobierno sostuvo que el impuesto procedía respecto al peaje, aunque se calculara únicamente por tiempo.

Dicho razonamiento fue rechazado por una corte, bajo el fundamento de que la ley aludía a la determinación del peaje basándose en dos factores —tiempo y distancia— y no solo en uno de ellos.

Fuente: Antonin Scalia y Bryan Garner

— (iii) Norma permisiva

El acreedor podrá hacer A, B $\vee$ C

El acreedor podrá hacer A, B $\cup$ C

En este caso, es indiferente el uso de las conjunciones *o* y *y* porque, si la norma dice que el acreedor puede hacer A, B $\vee$ C o si puede hacer A, B $\cup$ C, en ambos casos puede optar por ejecutar todas las acciones permitidas o solo algunas de ellas. Y ello, por la naturaleza permisiva de la norma.

UN EJERCICIO INTERESANTE SOBRE EL USO DE CONJUNTIVO O DISYUNTIVO EN UNA NORMA PERMISIVA

La norma señala lo siguiente: *en un contrato de fletamento en el que la nave no cumpla con llegar al puerto de destino en el plazo indicado, el fletador puede resolver el contrato y requerir daños y perjuicios.*

La discusión entre las partes estuvo referida al significado de la conjunción «y». Para el demandante, su derecho a reclamar daños y perjuicios

no requería haber demandado previamente la resolución del contrato, cosa que no había hecho. Para el demandado, en cambio, el uso de la conjunción «y» era indicativa de que el actor debió intentar ambas acciones en conjunto, o ninguna de ellas.

El Tribunal falló (en mayoría) por darle a la conjunción «y» el sentido de o todas o ninguna.

Dicha solución es, sin embargo, discutible, tratándose, como se trataba, de una norma permisiva. Otro hubiera sido el sentido de la norma, si ella hubiera sido mandatoria. Pero no lo era.

El error del laudo en mayoría consistió en no haber identificado previamente la naturaleza permisiva de la norma, atribuyéndole a las conjunciones un significado abstracto.

Fuente: caso arbitral sujeto a reglas de confidencialidad

— (iv) La introducción de sinónimos

Cuando se introduce un sinónimo, se introduce un equivalente, razón por la cual, la conjunción «o» se aplica a uno cualquiera de los términos.

Ejemplo: si la causa del daño proviene de caso fortuito «o» fuerza mayor. En este caso, la utilización de ambos términos es, en la práctica, indistinta. La doctrina, sin embargo, los distingue claramente: el caso fortuito equivale a los actos de dios; y la fuerza mayor, al hecho del príncipe.

— (v) La utilización de los términos «uno o más» y «todos»

Si se utiliza el término «uno o más», lo que se quiere decir es que el supuesto de la norma se considera cumplido si es que ocurren uno o ambos supuestos considerados por ella.

Ejemplo: se otorgará licencia de funcionamiento si el solicitante cumple con uno o más de los siguientes requerimientos: A, B, C.

Si, en cambio, se utiliza la expresión «todos», el supuesto de la norma se considerará cumplido solo si ocurren todos.

Ejemplo: se otorgará licencia de funcionamiento si el solicitante cumple con los siguientes requerimientos: A, B, C.

9.2.16. Los cánones «sujeto a» y «no obstante» o «sin embargo»

La utilización de «sujeto a» y «no obstante» o «sin embargo» denota la prevalencia de la norma que utiliza dichos términos.

El término «sujeto a» significa que una norma está condicionada a otra.

Ejemplo:

Norma 1: para obtener una licencia de funcionamiento, el solicitante debe cumplir con A, B y C.

Norma 2: tratándose de restaurantes y, sujeto a la Norma 1, el solicitante debe cumplir con X, Y y Z.

Eso significa que, para abrir un restaurante, el solicitante debe cumplir con A, B, C, X, Y y Z.

Y, como señalan Scalia y Garner (2012, p. 126), la previsión de «sujeto a» nunca puede contradecir la provisión que la frase «sujeto a» modifica.

En cambio, la utilización de «no obstante» o «sin embargo» se utiliza para denotar que el sentido es el opuesto al anterior. Ejemplo:

Norma 1: para obtener una licencia de funcionamiento, el solicitante debe cumplir con A, B y C.

Norma 2: «no obstante» lo establecido en la Norma 1, si se trata de un restaurante, el solicitante debe cumplir con, únicamente, A.

Para Scalia y Garner, en ocasiones se utiliza el «no obstante» o «sin embargo» sin que exista una norma anterior que sea contradicha. Se trata, según dichos autores, de una previsión atrapa-todo (*catch-all provision*) que se utiliza únicamente para resaltar que la norma será aplicada de todas maneras, exista o no otra que tenga que ser contradicha.

9.2.17. Cánones de género y número

9.2.17.1. El género

La regla gramaticalmente correcta es que el masculino incluye al femenino. No obstante, como ya he señalado, en los últimos años dicha regla pasó a convertirse en «políticamente incorrecta», al punto que, quienes pretendían expresarse debidamente, lo hacían aludiendo por separado a ambos géneros.

Algunos autores utilizan indistintamente el masculino y el femenino o, solo el femenino, dando a entender que no discriminan. Esto último es cierto: no discriminan, pero sí confunden.

Y como también he señalado, hoy las cosas han cambiado porque la RAE —que esperemos no sea acusada de machista— ha establecido la aplicación del principio de economía del lenguaje, al señalar que lo correcto es utilizar solo el masculino para referirse a ambos sexos. Y es que no es necesario cambiar reglas y principios del lenguaje para demostrar corrección. Hay mil otras maneras de expresar el rechazo a la misoginia, que no recurren a retorcer el lenguaje; por ejemplo, siendo intolerantes con la violencia de género.

9.2.17.2. El número

La regla es que las palabras en singular incluyen el plural y que las palabras en plural incluyen el singular.

Scalia y Garner citan como ejemplo una ley del año 1278 que establecía una penalidad por robar caballos. Un juez concluyó que la pena no era aplicable a quien robaba un solo caballo. Esta dudosa aplicación fue avalada por Bentham, quien señaló que era una cuestión de escrúpulos y, en definitiva, de justicia, pues no era posible aplicar la misma pena a quien robaba un caballo que a quien robaba más de uno. Hay, entonces, según Bentham, un cierto grado de castigo a cierto grado de culpa (Scalia & Garner, 2012, pp. 130-131). Discrepo, con todo respeto, con lo señalado por este gran pensador.

9.2.18. La utilización del término «incluyendo»

Cuando se utiliza la expresión «incluyendo», la disposición es meramente ejemplificativa.

Ejemplo: «los profesionales, incluyendo abogados e ingenieros» significa que pueden también considerarse incluidos psicólogos, los médicos, los biólogos y los maestros. Si se hubiera querido aludir a una lista cerrada o taxativa, debieron utilizarse términos tales como «están únicamente incluidos...» o «se consideran taxativamente incorporados...».

9.2.19. Las antinomias

Una antinomia implica la coexistencia de dos normas vigentes contradictorias entre sí. El intérprete debe tratar de buscar la conciliación entre ambas, lo que implica eliminar la contradicción.

Si la conciliación no es posible, el intérprete tendrá que aplicar los criterios de jerarquía y de tiempo, pudiendo, restringiendo o ampliando el sentido de una o de ambas normas.

El intérprete puede hacer incluso interpretación abrogante, que implica considerar no escrita aquella de las dos normas que se presente como una desviación de los principios.

10. PREGUNTAS

1. ¿Conviene incorporar los métodos de interpretación a la legislación?
2. ¿Qué método debe priorizarse cuando la aplicación conjunta de estos lleva a soluciones contradictorias?
3. ¿Por qué hay cánones con resultados opuestos?
4. ¿Cuál es la diferencia entre un canon y un principio general?

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio Aulis, Manuel Atienza & Francisco Laporta (2010). *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Madrid.

Amsterdam, Anthony G. & Jerome Bruner (2002). *Minding the law*. Massachusetts: Harvard University Press.

Atienza, Manuel (1997). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bennion, Francis (2008). *Bennion on Statutory Interpretation*. Quinta edición. Londres: Lexis Nexis.

Betti, Emilio (1971). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Calabresi, Steven G. (2007). *Originalism, a quarter-century of debate*. Washington D.C.: Regnery Publishing.

Capella, Juan Ramón (1999). *Elementos de análisis jurídico*. Madrid: Editorial Trotta.

Carrió, Genaro (2011). *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Quinta edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Comanducci, Paolo (2004). *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara S.A.

- Costanzo, Margot (1995). *Problem solving*. Londres: Cavendish Publishing Limited.
- Cross, Frank B. (2009). *The Theory and Practice of Statutory Interpretation*. California: Stanford University Press.
- Cueto Rúa, Julio César (1997). *El Common Law, su estructura normativa, su enseñanza*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cunningham Lawrence A. (2012). *Contracts in the real world*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Danz, Erich (1926). *La interpretación de los negocios jurídicos*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Davies, DJ Llewellyn (1935). The interpretation of statutes in the light of their policy. *Columbia Law Review*, 35, 519-522.
- Díaz Revoredo; Javier F. (2003). *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Dworkin, Ronald (1996). *Law's Empire*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Eskridge, William N. Jr. (1994). *Dynamic Statutory Interpretation*. Massachusetts, Londres: Harvard University Press.
- Eskridge William N. Jr, Philip Frickey & Elizabeth Garrett (1999). *Legislation and Statutory Interpretation*. Nueva York: Foundation Press.
- Feteris, Eveline T. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Frosini, Vittorio (1991). *Teoría de la interpretación jurídica*. Bogotá: Temis.
- García Maynez, Eduardo (1994). *Lógica del raciocinio jurídico*. México D.F.: Fontamara.
- Glendon, Mary Ann, Michael Wallace Gordon & Paolo Carozza (1999). *Comparative legal traditions; In a Nutshell*. Minnesota West Group.

Guastini, Riccardo (2010). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F.: Editorial Porrúa.

Harris, J.W (1997). *Legal Philosophies*. Segunda edición. Londres: Butterworths.

Hart, H.L.A. (1997). *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press.

Hayakawa, S.I. & Alan R. Hayakawa (1990). *Language in Thought and Action*. California: Harvest Original, Harcourt Inc.

Hernández Marín, Rafael (1999). *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

MacCormick, Neil (2005). *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press.

MacCormick Neil & Robert S. Summers (1991). *Interpreting Statutes*. Ashgate: Dartmouth.

Martínez Fabián, Constantino & Mauro Rivera León (2001). *Elementos de lingüística jurídica*. México D.F.: Distribuciones Fontamara.

Massini Correas, Carlos M. (2008). *Objetividad jurídica e interpretación del Derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, Universidad Panamericana.

McLeod, Ian (2002). *Legal Method*. Cuarta edición. Serie Law Masters. Londres: Palgrave Macmillan.

Messineo, Francesco (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Posner, Richard A. (2002). *The problematics of moral and legal theory*. Massachusetts, Londres: Harvard University Press.

Posner, Richard A. (2008). *How judges think*. Massachusetts, Londres: Harvard University Press.

Prieto Sanchís, Luis (2005). *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Bogotá: Palestra, Temis.

Rosen, Lawrence (2008). *Law as culture, An Invitation*. Tercera edición. Nueva Jersey: Princeton University Press.

Rubio Correa, Marcial Antonio (2012). *Manual de Razonamiento Jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Scalia, Antonin (1997). *A matter of interpretation*. Nueva Jersey: Princeton University Press.

Scalia, Antonin & Bryan A. Garner (2012). *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. Minnesota: Thomson/West.

Tarello, Giovanni (2013). *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra Editores.

Zander, Michael (2004). *The Law-Making Process*. Serie Law in Context. Quinta edición. Londres: Butterworths.

Fondo Editorial PUCP

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
abril 2018 Lima - Perú

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP