

LOS SUEÑOS
DE LA RAZÓN

UN ENSAYO SOBRE
INTERPRETACIÓN JURÍDICA

RODRIGO VALENZUELA CORI

INDICE

INTRODUCCIÓN

| | |
|---------------------------------|----|
| Una reflexión sobre la práctica | 11 |
|---------------------------------|----|

OBJETIVIDAD Y FUNDAMENTO

| | |
|---|----|
| A. Algunos planteamientos tradicionales | 15 |
| B. Algunos planteamientos menos tradicionales | 21 |
| C. ¿Qué nos muestra la realidad? | 24 |

¿QUÉ HACE EL ABOGADO QUE INTERPRETA LA LEY?

| | |
|---|----|
| A. Usos del lenguaje | 33 |
| B. El contexto en que el abogado formula un discurso interpretativo | 36 |
| 1. Necesidad de definir anticipadamente su preferencia por un determinado resultado | 36 |
| 2. Sentido abierto de las circunstancias de hecho | 38 |
| 3. La existencia de una tradición normativa a la cual referir la interpretación | 38 |
| 4. La existencia de un auditorio específico al cual persuadir | 38 |

| | |
|---|-----|
| C. Cuatro componentes de la acción del abogado que interpreta la ley | 42 |
| 1. Definir una preferencia | 43 |
| 2. Dar sentido a los hechos | 46 |
| 3. Buscar aplicar la ley | 50 |
| 4. Persuadir a un auditorio | 58 |
| D. Poética, hermenéutica, retórica | 68 |
| 1. La generación de sentido | 71 |
| 2. Poética: dar sentido a los hechos | 76 |
| 3. Hermenéutica: dar sentido a la tradición normativa | 78 |
| 4. Retórica: dar sentido al discurso interpretativo | 85 |
| REGRESO A SITUACIONES CONCRETAS | |
| A. Guzmán viuda de Shirizawa, Berta y otros con Empresa de los Ferrocarriles del Estado | 87 |
| B. La Última Tentación de Cristo | 104 |
| ALGUNAS CONCLUSIONES | |
| A. El camino recorrido | 115 |
| B. La excepción y la norma | 117 |
| C. Herramientas de acción y docencia | 122 |
| D. El clima cultural del Derecho | 125 |

No es la razón la que engendra monstruos, sino sus sueños, sus desvaríos, sus extravíos, según reza el *Capricho* de Goya. Entre éstos destaca esa recurrente fantasía de que sería deseable, e incluso posible, que la razón destierre de nuestro actuar la subjetividad, el cuento, el prejuicio y el recurso a la seducción. Los monstruos resultantes de esta pretensión son la subjetividad mal oculta bajo un plumaje de verdad absoluta, el cuento con ínfulas de no tener sesgo, el prejuicio que posa de necesidad universal y la seducción que se maquilla de inferencia deductiva. Todos ellos monstruos inquietantes e intolerantes porque no saben cuán precario es su disfraz.

Este breve ensayo busca mostrar, en primer lugar, que la interpretación jurídica no puede sino apoyarse en la subjetividad, en el cuento, en el prejuicio y en el ejercicio de la seducción. En seguida y sobre esa base, explica cómo, no obstante, las interpretaciones jurídicas que realizan los profesionales suelen rebosar buen sentido. Dejando así de lado los sueños de asepsia racional, queda a la vista la forma de actuar de una razón humana sin cuya comprensión poco se entiende de lo que hace un abogado cuando interpreta la ley.

La estructura del ensayo es simple. Al comienzo se pasa revista a los planteamientos sobre interpretación jurídica con que normalmente ha tenido contacto la mayoría de los alumnos de nuestras escuelas de derecho, sugiriéndose sobre la base de ejemplos y comentarios su insuficiencia como herramienta explicativa de lo que el profesional hace cuando interpreta la ley. En seguida, se desarrolla una perspectiva diferente desde la cual mirar la interpretación jurídica. Posteriormente, se analizan con bastante detalle algunas sentencias judiciales para ilustrar el poder explicativo de esta perspectiva diferente, en comparación con los planteamientos más tradicionales descritos al comienzo del trabajo. En una última sección se atan algunos cabos teóricos.

Las ideas que me sirven de apoyo no son originales, aunque la arquitectura con que se entrelazan para dar cuerpo al ensayo sí. Mal podría hoy pretender originalidad un ejercicio más de desenmascaramiento de la subjetividad racionalizada, considerando la antigüedad del trabajo de Marx sobre la alienación, de Nietzsche sobre la falsa conciencia o de Freud sobre la ilusión. En cuanto a lo inevitable de que, para relatar hechos, uno siempre cuente, y a su manera, lo que le parece que amerita ser contado, nada podría yo agregar a los estudios de Paul Ricoeur, de Jean François Lyotard o de Hayden White sobre narrativa. La función necesaria del prejuicio como instrumento de comprensión ha sido explicada con claridad por Wilhelm von Humboldt y por Hans-Georg Gadamer. La naturaleza actuante, a menudo seductora, del discurso ha sido analizada en detalle por Chaim Perelman, J.L. Austin y John Searle. Pero más allá de esta referencia selectiva y algo personal de algunos autores pertinentes del último tiempo, hay un sentido más interesante conforme al cual nada hay de nuevo bajo el sol, a saber, que jamás y en ninguna parte los profesionales del derecho han *actuado* de manera diferente a lo que en este ensayo se indica. Otra cosa es que a menudo esa acción se haya *explicado* de manera diferente a como se muestra en este trabajo.

Si bien, como resultará evidente al lector a medida que avance en el texto, los planteamientos desarrollados son manifiestamente pertinentes, no sólo en el ámbito de la interpretación jurídica, sino también en el

terreno del discurso político y moral, he hecho un especial esfuerzo por circunscribir el alcance de la exposición sólo al trabajo del profesional del derecho. El motivo de esta restricción radica en mi convicción de que la teoría pura lo aguanta todo, en tanto que su aplicación a lo concreto no. Si hemos de evaluar los méritos de una teoría, de poco sirve atender a la mera coherencia de sus planteamientos abstractos, sino que habrá que mirar cómo nos ayuda a lidiar con esta y aquella situación concreta que tenemos por delante. Esto hace que una y otra vez el ensayo baje la mirada al detalle terreno de situaciones jurídicas específicas. Una teoría no vale más que cada una de sus aplicaciones.

El ensayo nació de dos fuentes, cuales son, por una parte, el trabajo docente de algunos años con alumnos de quinto año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y, por la otra, la necesidad práctica de buscar medios de entrenamiento más efectivos para abogados jóvenes contratados por la firma de la cual soy socio. Tanto en la universidad como en la firma ha habido personas que han estado de acuerdo y otras que han estado en desacuerdo con lo que aquí planteo. Pero creo que todas han encontrado motivante la conversación. Este ensayo no tiene otra pretensión que la de contribuir a que se amplíe el ámbito de la motivación y de la conversación.

INTRODUCCIÓN UNA REFLEXIÓN SOBRE LA PRÁCTICA

Aunque le pese al filósofo que quisiera sentirse más necesario en el mundo de la acción, es un hecho que a la larga, con o sin el apoyo de alguna teoría sobre la interpretación jurídica, el abogado igual terminará haciendo su trabajo, y tal vez extraordinariamente bien, por la simple circunstancia de encontrarse lanzado a la acción sin más remedio que hacer lo suyo. El proceso de aprendizaje es como el del niño arriba de una bicicleta a quien se le da un empujoncito para que agarre vuelo. Tal vez se caerá unas pocas veces, pero, sin necesidad de teoría alguna y apoyándose en su buen sentido (del equilibrio), terminará por aprender. El joven abogado lanzado al ejercicio profesional tendrá también algunos tropiezos, pero, sin necesidad de teoría alguna y apoyándose en su buen sentido (acerca de cómo actúan y toman decisiones los hombres) terminará por aprender. En consecuencia, una reflexión como la que sigue lo es acerca de una práctica que, igual, con o sin reflexión, el profesional logra llevar adelante y muchas veces con gran éxito.

Sin embargo, no por eso es inútil el esfuerzo. Es cierto que no interesa mayormente (entre otras razones porque es imposible) tratar de enjaular la práctica dentro de algún sistema ideal acerca de lo que *debera* ser la Razón, el Derecho y la Interpretación. Pero sí es interesante

observar atentamente lo que en el hecho ocurre, y reflexionar acerca de lo que vemos para mejor comprenderlo y, tal vez como eventual pero no necesaria consecuencia, para mejor hacerlo. Desde luego, la reflexión *a partir de la práctica* sirve para dar sentido a la práctica, para elevarla al menos en parte a nivel de conciencia, lo que no ocurre ni con la simple acción sin reflexión, ni tampoco con el mero teorizar acerca de cómo la práctica “debiera” ser pero olvidando cómo en el hecho *es*. Por otra parte, esta reflexión pudiera también eventualmente ayudar a uno que otro lector a desenvolverse en el ejercicio profesional con más confianza, soltura y eficacia, por el solo hecho de permitirle hacer *lo mismo* que en el hecho e inevitablemente ya está haciendo, pero ahora conscientemente, vale decir, con mayor conciencia del repertorio de recursos con que cuenta. Pudiera decirse entonces que este ensayo tiene un doble propósito, primero *descriptivo* de lo que los abogados hacen, y en seguida *prescriptivo* en el sentido de recomendar que hagan *lo que ya hacen*.

Percibo que, con algunas excepciones que conozco y otras que no conozco pero sin duda existen, nuestros alumnos de Derecho no tienen ocasión de detenerse mayormente en el estudio de la interpretación. Además, y tal vez por lo mismo, las publicaciones sobre interpretación jurídica que tangencialmente suelen leer no constituyen hoy en día un apoyo suficiente para comprender la práctica interpretativa tal como se la encuentra en el ejercicio profesional. En esto no hay falta alguna de mérito en las obras típicamente leídas, pero sí se refleja el paso del tiempo, considerando que la mayoría de ellas fue publicada hace ya más de veinte años y varias hace mucho más. En ese lapso puede no haber cambiado demasiado la práctica interpretativa del abogado profesional, pero sí ha cambiado la forma de mirar muchos fenómenos culturales incluyendo, entre otros, el de la práctica interpretativa.

El presente ensayo busca dar a alumnos de cuarto y quinto año de Derecho material para pensar acerca de la interpretación jurídica. Confío que será igualmente útil para quienes consideren razonable el planteamiento que se propone, como para quienes estén en total desacuerdo con él, ya que tal ha sido hasta el momento mi experiencia en la sala de

clases con discusiones que de uno u otro modo han cubierto lo que aquí se trata. Como ya anuncié, este trabajo no pretende normar la práctica sino comprenderla. Esto es importante. Saber es saber hacer. Sólo sabe andar en bicicleta quien anda sin caerse, cualquiera sea el discurso con que explique su hazaña. Y no sabe andar el que cae, por conerente que sea su explicación acerca de cómo *debiera* procederse. El saber ha de buscarse en la acción del que lo hace bien, y no en esta o aquella teoría que pueda deducirse abstractamente de tal o cual visión acerca de cómo las cosas debieran ser. Si queremos saber de interpretación jurídica, observemos atentamente la práctica de quienes la hacen.

Dentro de esta práctica a ser explicada, incluyo especialmente fenómenos tan corrientes (y a menudo desconcertantes para quienes no son abogados) como la existencia de decisiones judiciales (o incluso administrativas) a todas luces contrarias al texto legal pero consideradas acertadas por la comunidad, planteamientos contrapuestos entre miembros de tribunales colegiados respecto de un mismo caso, decisiones diferentes de la Corte Suprema respecto de casos que razonablemente se pudieran considerar similares. En términos más generales, cualquier teoría de la interpretación jurídica debería hacerse cargo del hecho tan corriente que, frente a una misma situación, dos profesionales competentes y honestos puedan llegar a conclusiones contrapuestas acerca de lo que manda, prohíbe o permite el ordenamiento jurídico. Cualquier abogado que ejerza la profesión sabe que, normalmente, esas contraposiciones de criterios *no* son consecuencia de la ignorancia, el error o el cinismo de los intérpretes en discordia, sino que son consustanciales a lo que es la interpretación jurídica. ¿Qué es, entonces, la interpretación jurídica si, bien realizada, puede igualmente en muchas situaciones arrojar tanto una conclusión como la conclusión contraria? Y si son posibles discrepancias tan radicales, ¿construye o limita realmente el texto al intérprete y, de ser así, de qué modo?

Finalmente, antes de entrar en materia, quisiera aclarar que en este ensayo me refiero a la interpretación como sinónimo de aplicación, vale decir, de aplicación de las normas jurídicas a un caso concreto. Esta

noción de interpretación jurídica incluye prácticamente toda la actividad interpretativa que realiza el abogado, quedando fuera solamente la interpretación teórica cuyo único propósito es contribuir a la llamada dogmática jurídica. La razón detrás de esta separación se irá aclarando a lo largo del ensayo, y corresponde al hecho que la interpretación teórica es una realidad de naturaleza muy diferente a la que se da en todos los demás lugares donde se desarrolla el discurso jurídico.

OBJETIVIDAD Y FUNDAMENTO

A. ALGUNOS PLANTEAMIENTOS TRADICIONALES

Todo alumno de quinto año de derecho ha escuchado que interpretar la ley es desentrañar su sentido, descubrir lo que ella significa, descubrir lo que manda (o prohíbe, o permite) el ordenamiento jurídico en relación con determinada situación, y ha escuchado también que para ello cuenta con ciertos métodos. Así vistas las cosas, el gran problema que enfrentaría el intérprete sería entonces encontrar o descubrir ese sentido *que está ahí*. Ese *sentido de la ley* se ha buscado tradicionalmente en (i) *la voluntad del legislador*, y también en (ii) *lo que la ley misma expresa* como significación propia, independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, conforme a las palabras del texto y a las conexiones sistemáticas entre un texto y otros textos del mismo ordenamiento. O como dice con mayor simplicidad Umberto Eco¹, el sentido del texto se ha buscado en la *intentio auctoris* y en la *intentio operis*: la intención del autor y la intención de la obra. Cualquiera sea el polo que se enfatice, hay un fondo común: allá afuera en los textos legales y otros

1. Umberto Eco, "Los Límites de la Interpretación", Editorial Lumen, 1990, Pg. 29.

documentos, hay un dato a ser descubierto, sea éste la intención del autor o la intención de la obra o una combinación de ambas; y la labor del intérprete consiste en descubrirlo. El intérprete es un sujeto que observa y da cuenta imparcial de un *objeto* que está allá afuera, a saber, el sentido de la ley. Puede que acierte, vale decir, que dé con el sentido de la ley; como puede que yerre, es decir, que lo que él aduzca ser el sentido de la ley no lo sea. En definitiva, manda el objeto. El sujeto sólo busca dar cuenta imparcial de ese objeto, o sea, dar cuenta *objetiva*. En eso consiste la *objetividad* del intérprete.

Como consecuencia de la búsqueda *objetiva* antedicha, interesa distinguir entre una interpretación correcta y una incorrecta. Cobra entonces crucial importancia el *fundamento* en que se apoye la interpretación, entendiéndose por fundamento una combinación de premisas verdaderas, acompañada de un razonamiento válido que conduzca desde las premisas hasta la conclusión. El fundamento permite comprobar que la interpretación es correcta, y hace comunicable ese carácter correcto de la interpretación. En los planteamientos más tradicionales a los cuales me estoy refiriendo en estos párrafos, el énfasis suele colocarse en el método de razonamiento. Es así, como se enseñaba tradicionalmente, que la búsqueda de la intención del autor se apoyaría principalmente en los *métodos históricos de interpretación*, y la búsqueda de la intención de la obra se apoyaría principalmente en los *métodos lógico-sistemáticos de interpretación*. Esta dicotomía no siempre ha sido tajante, sin embargo, porque quienes buscan la intención del autor entienden normalmente que los propios textos legales son la mejor ventana hacia ella puesto que el autor buscó precisamente plasmarla en dichos textos.

Detengámonos unos instantes para recordar cómo los autores normalmente leídos por nuestros alumnos recogen estas ideas de objetividad y fundamento.

En palabras de Luis Claro Solar, "Interpretar una ley es fijar su verdadero sentido y su alcance"². Vale decir, Claro Solar señala, en pri-

2. Luis Claro Solar. "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", volumen I, De las

mer lugar, que la ley *tiene* un verdadero sentido y alcance a ser determinado por el intérprete. En seguida aclara que ese verdadero sentido es la intención del legislador, la *intentio auctoris*. Es así como señala que "La obra del intérprete, como hemos dicho, es reconstruir *el pensamiento del legislador* y como el legislador ha formulado su pensamiento en un texto, la letra de la ley es la expresión del pensamiento del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos este pensamiento netamente declarado, *conocemos la intención del legislador por su propia boca y no podemos eludirla*". Señala más adelante que "Cuando el texto deja la menor duda, diremos con los jurisconsultos romanos que no es conocer la ley saber sus términos, que es necesario penetrar la corteza *para posesionarse de la verdadera voluntad del legislador*". La letra de la ley, en caso sea clara, es para Claro Solar el medio para conocer la intención del legislador. En caso no sea clara, habrá que buscar por otros medios esa intención del legislador: "Mas si la ley es oscura habrá que recurrir forzosamente a los otros elementos de la interpretación o sea a la interpretación lógica, que del contexto y armonía de las diversas partes de la ley, de la historia de su establecimiento y del papel que la ley está llamada a llenar en el sistema general de la legislación, *nos deducirá la intención o espíritu del legislador*".

Alessandri y Somarriva, por su parte, indican que "La interpretación legal es la determinación del significado, alcance, sentido o valor de la ley en general y frente a las situaciones jurídicas concretas a que dicha ley debe aplicarse"³. Nuevamente, tanto en general como frente a las situaciones jurídicas concretas, hay un significado, alcance, sentido o valor *de la ley* que el intérprete ha de determinar. Aclaran también, en seguida, que lo que se busca en última instancia es la intención del legislador, la *intentio auctoris*: "En efecto, si *el proceso interpretativo consiste en la investigación de la voluntad legislativa expresada en una*

Personas, Editorial Jurídica de Chile, 1978, Pg. 120.

3. Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos de Derecho. Editorial Nascimento, 1971. Pg. 118.

fórmula, que puede ser inadecuada, el resultado de la indagación será necesariamente uno de estos tres: o reconocer que la fórmula o términos literales coinciden exactamente con el pensamiento legislativo, es decir, que lo expresan con fidelidad y acierto (interpretación declarativa) o en comprobar que expresan menos de lo que fue querido (interpretación extensiva), o que expresan más (interpretación restrictiva)". En seguida pasan a explicar los diversos métodos de interpretación, y señalan que "Desde el punto de vista de la legislación positiva chilena, y dentro del ámbito en que se reconozca imperio a las reglas de interpretación de la ley que señala el Código Civil, el método lógico tradicional debe ser acatado por el intérprete"⁴. Agregan que "Este método pretende sobre todo acertar a la voluntad de la ley al momento de ser redactada y promulgada. Concentra la búsqueda de la intención del legislador en los textos legales, en sus palabras, antecedentes y motivos, y también en la ilación lógica o racional de sus diversas disposiciones y del principio o principios que las inspiran".

En su artículo sobre la interpretación de la ley tributaria⁵ del año 1967, Jorge Streeter señala que una norma jurídica tiene una estructura lógica del tipo "Si A es, debe ser B, y si no-B es, debe ser S", donde A representa una circunstancia de hecho referida a un sujeto pasivo, B una prestación obligatoria en favor de un sujeto activo, no-B la ausencia de prestación o incumplimiento, y S constituye la sanción con que se percibe al sujeto pasivo. Sobre esta base define el propósito de la interpretación en los siguientes términos: "Desde que toda norma jurídica debe responder a la construcción lógica expuesta, el conocimiento de la misma consistirá en *aprehender intelectualmente el exacto contenido de todos y cada uno de los elementos señalados*. Conocer una norma, en

4. Op. Cit., Pg 131.

5. Jorge Streeter. "La Interpretación de la Ley Tributaria", en Revista de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Año VI, números 21 y 22. Streeter tiene publicaciones posteriores con un enfoque diferente. Menciono aquí ésta, publicada hace más de treinta años, porque cae dentro de lo que he querido categorizar como textos tradicionales de uso actual más o menos corriente entre alumnos.

otras palabras, significa dar respuesta a diversas interrogantes. 1) ¿Quién es el sujeto pasivo y bajo cuáles circunstancias queda obligado? 2) ¿Cuál es la prestación o conducta que se le exige y en favor de quién? 3) ¿Cuándo se entiende que hay incumplimiento? y 4) ¿En qué consiste la sanción, qué autoridad es la llamada a aplicarla, y cuáles son los procedimientos fijados para ello?".

Como puede apreciarse, con un mayor desglose lógico de lo que pueden ser los componentes del sentido y alcance de un precepto legal, Streeter coincide con los autores ya citados en cuanto a que lo buscado es un sentido que está ahí para ser encontrado; empleando sus palabras, lo buscado es un *exacto contenido a ser aprehendido intelectualmente*. En este sentido, refiriéndose después a la interpretación jurisprudencial, señala que "La hermenéutica es un verdadero arte intelectual mediante cuyas reglas y métodos se desentraña el contenido de un precepto legal"⁶. Es interesante destacar en esta concisa fórmula la referencia a *reglas y métodos*. Como decíamos, si la interpretación busca descubrir un sentido (un *exacto contenido*, como dice Streeter), tarea en la cual se puede acertar o errar, entonces es fundamental la existencia de un método que ayude en la búsqueda y permita además fundamentar la conclusión a que se llegue. En seguida, al calificar de "la buena doctrina" un fallo de la Corte Suprema, parece él también aceptar que es la intención del autor lo que ha de encontrarse en ese "exacto contenido" de la ley a ser aprehendido. La cita reza, en su primera parte, como sigue: "*Para buscar el pensamiento del legislador* y, finalmente la verdad jurídica, es menester que el intérprete use cuatro elementos: gramatical, lógico, histórico y sistemático"⁷.

Carlos Ducci Claro destaca por cuanto, dentro de la dicotomía entre *intentio auctoris* e *intentio operis*, opta decididamente por esta última, a diferencia de los demás autores citados anteriormente para quienes, como hemos visto, la dicotomía no es tan tajante y, en todo

6. Op. Cit. Pg. 49.

7. Op. Cit. Pg. 50.

caso, tienden a dar prioridad o carácter más final a la intención del legislador. Afirma, por ejemplo, que “La ley no es lo que ha querido una persona o personas determinadas sino que es la manifestación de la voluntad del estado, que ha recogido y dado fijeza a principios de derecho ya existentes en el cuerpo social. Es por esto que su sentido debemos buscarlo objetivamente en ella misma”⁸. Refiriéndose más adelante en su obra a las normas sobre interpretación de la ley que contiene nuestro Código Civil, insiste en qué es lo buscado por el intérprete y en la objetividad de la búsqueda. Dice: “Esta intención o espíritu, esta finalidad de la ley es, dentro de la norma que analizamos, un concepto absolutamente objetivo”⁹.

Pablo Rodríguez Grez también recoge las ideas de la objetividad y el método. Partiendo de una distinción entre la norma general y abstracta, por una parte, y la regla particular a desprenderse de ella, por la otra, señala que el propósito de la interpretación es, primero, determinar el verdadero significado de la norma y, en seguida, desprender *deductivamente* de ella una regla particular. En sus palabras: “Este proceso interpretativo está integrado por dos fases de muy distinto contenido. Una destinada a *determinar* el sentido y alcance de la norma, esto es, *su verdadero significado*. Otra, destinada a *extraer* de la norma general una norma particular, que es la que se usa para calificar el caso concreto que debe resolver el derecho”¹⁰ (énfasis agregado). Como se ve, Rodríguez entiende que la norma general tiene un *verdadero significado* a ser encontrado por el intérprete. Ahora, el carácter deductivo del proceso de “extraer” la regla particular a partir de la norma general es presentado en los siguientes términos: “La norma abstracta y general (más abstracta y más general en cuanto mayor sea su jerarquía en el ordenamiento jurídico) debe aplicarse a casos particulares y concretos. Esta función se cumple mediante la interpretación. Ella consiste, entonces,

8. Carlos Ducci Claro. “Interpretación Jurídica”, Editorial Jurídica de Chile, 1977. Pg. 56.

9. Op. Cit. Pg. 122.

10. Pablo Rodríguez Grez. “Teoría de la Interpretación Jurídica”, Editorial Jurídica de Chile, 1995. Pg. 51.

no sólo en conocer su significado real sino, lo que es mucho más trascendental, en desprender una regla particular (*mediante un razonamiento deductivo lógico*) de una norma general y abstracta”¹¹ (énfasis agregado). Notemos que, porque la regla particular *se deduce lógicamente* de la norma general, entonces aquélla también ha de tener el mismo carácter objetivo que el “verdadero significado” de la norma general. El verdadero significado de la norma general está dado ahí afuera para ser encontrado, y, por lo tanto, también están dadas las reglas particulares que de ella se deducen, en el sentido de estar éstas lógicamente implícitas en aquélla.

B. ALGUNOS PLANTEAMIENTOS MENOS TRADICIONALES

Durante ya más de un siglo, con más o menos intensidad según las épocas y los lugares, ha venido sufriendo duros embates la confianza que la Ilustración puso en la crítica racional —en la objetividad y el fundamento— para derrotar el error, las creencias infundadas, el prejuicio, el sesgo ideológico. Frente a esos embates, se han elaborado nuevas defensas de la objetividad y el fundamento, algunas extraordinariamente interesantes. El Derecho no ha sido ajeno a este fenómeno, destacando en su ámbito dos enfoques complementarios que, aunque con muchísima menos frecuencia que los textos tradicionales antes mencionados, también son estudiados por algunos alumnos de nuestras escuelas.

Ronald Dworkin ha expresado su defensa de la *objetividad* en términos de que existe una única respuesta correcta que es obligación del juez encontrar para cada caso. En sus palabras, “La tesis de que no hay una única respuesta correcta contradice la tesis de los derechos que yo defiendo”. Con igual sentido dice “...insisto en que, incluso en los casos difíciles, se puede decir sin riesgo de error que el proceso apunta más bien a descubrir que a inventar los derechos de las partes en liti-

11. Op. Cit. Pg. 50.

gio...”¹². En cuanto al *fundamento* que permitiría sostener y comunicar el carácter de única respuesta correcta de la solución alcanzada, Dworkin pone todo el énfasis en los *principios*. El tema es el siguiente. Dworkin pareciera tener particular interés en atacar las teorías positivistas conforme a las cuales el Derecho sería un mero sistema de reglas. Como un sistema de reglas bien pudiera ser incompleto o inconsistente ya que el legislador no puede prever y advertir todo, el positivista concluye que queda entonces al arbitrio del juez la decisión cuando no hay regla para el caso o bien hay reglas contradictorias. Repugnándole esta posibilidad de arbitrariedad del juez, Dworkin llama la atención sobre una segunda dimensión del Derecho conforme al cual el juez ha de fallar, y que es la dimensión de los *principios*. Dice Dworkin: “Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos... echan mano de estándares que no funcionan como normas...”. Agrega después: “Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado... porque es una exigencia de la justicia”¹³.

Robert Alexy toma un camino diferente, pero complementario, buscando fundamentar si no una respuesta correcta al menos una que sea aproximadamente correcta, no solamente mediante principios sino, además, mediante una *argumentación correcta*. El tema aquí es el siguiente. Los principios a que se refiere Dworkin tienen una dimensión de *peso*, en el sentido que, si se contraponen dos principios, el uno no invalida al otro, sino que prima el que tenga más *peso* en la situación concreta¹⁴. Como es obvio, no siempre es claro ante una situación concreta qué principio ha de tener más peso. Luego, disponer de principios no nos conducirá a una única respuesta correcta, mientras no tengamos una herramienta que nos permita jerarquizar o priorizar principios ante el caso concreto. Pues bien, para Alexy esa herramienta es *la argumentación*. Ahora, como todos hemos visto a diario, las argumentaciones no

siempre conducen a una única respuesta, terminando a menudo los participantes en posiciones tanto o más distanciadas que al inicio de la discusión. Ante esta realidad, y siguiendo a Habermas, Alexy ha buscado formular *reglas* del discurso práctico racional cuya observación aseguraría el resultado correcto. En sus palabras: “La cuestión de la única respuesta correcta depende esencialmente de si el discurso práctico lleva a una única respuesta correcta para cada caso. Llevaría a ello si su aplicación garantizara siempre un consenso. Ya un simple esbozo muestra claramente que varias de sus exigencias, bajo condiciones reales, sólo se pueden cumplir de manera aproximada. Esto ya excluye un consenso para cada cuestión. Por tanto, una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber (i) tiempo ilimitado, (ii) información ilimitada, (iii) claridad lingüística conceptual ilimitada, (iv) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y (v) carencia de prejuicios ilimitada”¹⁵. Como estas condiciones ideales de habla son inalcanzables en la práctica, el planteamiento de Alexy toma un carácter trascendental, de tarea incesante, en cuyo camino nos iremos siempre acercando a la única respuesta correcta.

En nuestro medio, Jorge Streeter se encuentra entre quienes recogen la preocupación actual por la objetividad y el fundamento, aunque en términos más alejados de lógica formal y más cercanos a lógica argumentativa que en sus publicaciones de hace treinta años. Dice, por ejemplo, que “Lo que sí es importante es que la decisión, una vez ofrecida a las partes y al público, se muestre como razonablemente fundada, esto es, que ella contenga argumentos que constituyan una justificación fundada y comunicable de los motivos expresos de la decisión”¹⁶. Respecto de la naturaleza de este fundamento, es naturalmente una combinación de “premisas que sean verdaderas o plausibles, por oposición a aquellas que son erradas o menos plausibles”, con un razonamiento “se-

12. Ronald Dworkin, “Los Derechos en Serio”, Editorial Ariel S.A., 1989, Pg. 397.

13. Op. Cit., Pg. 72.

14. Analizaremos este tema más adelante en relación con los *tópicos*.

15. Robert Alexy, “Derecho y Razón Práctica”, Distribuciones Fontamara S.A., 1993, Pg. 22.

16. Jorge Streeter, “El Razonamiento Jurídico”, en “Interpretación, Integración y Razonamientos Jurídicos”, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Pg. 104.

gún las reglas de la inferencia lógica para evitar el razonamiento incorrecto, el argumento falaz”¹⁷. Concluye que “La correcta justificación interna o externa [inferencias válidas o veracidad de las premisas] de las decisiones jurídicas... puede evitar, o al menos disminuir, los problemas de aleatoriedad en las soluciones jurídicas...”¹⁸.

He separado lo que he llamado “planteamientos tradicionales” de aquellos que he denominado “planteamientos menos tradicionales” porque, no obstante compartir todos ellos la idea de objetividad y fundamento, difieren en algo muy importante, a saber, que los primeros colocan el énfasis de la búsqueda del intérprete en el texto de la ley (o de lo que el legislador quiso lograr con ese texto), en tanto que los últimos se abren a reconocer decididamente todo su peso al análisis de las particularidades del caso concreto. Como es sabido, el caso concreto tiene un impacto decisivo en la interpretación de la ley. Esta es la razón por la cual, como anunciaba en los primeros párrafos de este ensayo, he optado por tratar la interpretación como sinónimo de aplicación. Como veremos de inmediato con un ejemplo, el caso concreto hace prácticamente inútiles los conceptos tradicionales. La situación de los planteamientos menos tradicionales es más compleja y se podrá analizar mejor con la ayuda de ciertas ideas a ser desarrolladas más adelante.

C. ¿QUÉ NOS MUESTRA LA REALIDAD?

Sobre la base de un primer ejemplo veremos ahora que no se ajusta a la realidad la idea de la interpretación como una búsqueda objetiva y fundada de un sentido de la ley que estaría ahí a la espera de ser descubierto, ya sea en la intención del legislador o en la intención de la obra o en ambos. Posteriormente, desarrollaremos una idea de interpretación que sí pareciera explicar mejor situaciones reales como la del ejemplo.

17. Op. Cit. Pg. 107.

18. Op. Cit. Pg. 115.

Finalmente, analizaremos algunas sentencias judiciales a la luz del planteamiento propuesto acerca de lo que es la interpretación jurídica.

Formulo, para iniciar nuestro análisis, una pregunta de derecho tributario muy sencilla, tal vez la más sencilla y básica de todas, a saber, cuándo debe reconocerse un ingreso.

El artículo 29, inciso segundo, de la ley sobre impuesto a la renta dispone que los ingresos han de incluirse *en la renta del año en que ellos sean devengados*. Reafirma la regla el artículo 15 conforme al cual, para determinar el impuesto a la renta, los ingresos deben imputarse al *año en que hayan sido devengados*. Finalmente, para completar el concepto, el artículo 2, número 2, de la ley define el significado de “devengado”. Conforme a esta última disposición, ingreso devengado es aquel sobre el cual se tiene un título o derecho, independientemente de su actual exigibilidad y que constituye un crédito para su titular. En síntesis —y permítaseme, para simplificar posteriores referencias, tomar esta síntesis como si fuera el texto legal—, la ley dispone lo siguiente: *Los ingresos han de reconocerse en el año en que se tenga título o derecho sobre ellos, independientemente de su actual exigibilidad*.

Formularé de inmediato algunos comentarios.

En primer lugar, el texto (vale decir la síntesis que por simplicidad de referencia consideraremos como si fuera el texto legal) es claro y su sentido es claro. En efecto, desde una perspectiva de sintaxis, se trata de una oración castellana, gramaticalmente bien formada. Así también, desde una perspectiva semántica, los términos que contiene (“ingresos”, “año”, “título o derecho”, etc.) tienen referentes claros, y la oración tiene un sentido manifiesto, a saber, que los ingresos han de reconocerse en el año en que se tiene derecho a ellos.

Además, la disposición tiene un propósito claro y de buen sentido jurídico. En primer lugar, ante la incertidumbre que resultaría de entregar algo tan importante como la determinación de la oportunidad de reconocimiento de ingresos a principios contables que, por su naturaleza, son cambiantes y carecen de formulación canónica, el legislador optó por establecer para fines tributarios una regla de perfiles bien marcados:

si por ley o contrato se tiene derecho al ingreso, éste ha de reconocerse; en caso contrario, no. Y en segundo lugar, más aún, esta regla no sacrifica consideraciones de fondo a pretexto de eliminar ambigüedades de forma, sino que, por el contrario, armoniza plenamente con el concepto de incremento de patrimonio jurídico. En efecto, dada la definición de patrimonio jurídico como conjunto de derechos y obligaciones valorables en dinero, es del todo natural que se reconozca como ingreso (vale decir, como incremento tributable del patrimonio jurídico) la incorporación de un nuevo derecho a ese conjunto.

Por último, no existen en la legislación vigente otras disposiciones que contradigan aquella que comentamos. Tampoco resulta discrepante la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición, porque no la tiene.

Estamos entonces en muy buena situación para determinar el sentido y alcance de la norma con que el ordenamiento jurídico vigente responde a la sencilla pregunta inicial acerca de cuándo ha de reconocerse un ingreso. Esta buena situación que permite responder a la pregunta con confianza radica en que la disposición legal pertinente (i) es gramaticalmente clara, (ii) es semánticamente clara, (iii) tiene un propósito jurídico claro, y (iv) no es contradicha por otras disposiciones de la legislación vigente.

La respuesta buscada pareciera ser, entonces, necesariamente, que los ingresos se reconocen tributariamente cuando se tiene título o derecho sobre ellos. Ese sería indudablemente el sentido *de la ley*, un sentido objetivo, es decir un sentido *que está ahí*, en el texto y en la intención del legislador, el cual habríamos descubierto mediante métodos lógico-sistemáticos tales como la gramática (sintaxis correcta), la semántica (no hay ambigüedades en los términos que componen la disposición, ni tampoco en el sentido castellano de ella en su conjunto), y la relación sistemática con otras disposiciones (ninguna da lugar a contradicciones con el texto analizado y, por el contrario, como ya se ha explicado, armoniza plenamente con el concepto de patrimonio jurídico).

Veremos, sin embargo, cómo el encuentro con situaciones concretas puede llevar a conclusiones diferentes.

En diciembre de 1996 una viuda cuyo patrimonio consiste en ciertas obras de arte chilenas de algún valor que le dejó su marido, da en arriendo dichas obras a una empresa para decoración de salas de reuniones, y se dispone a vivir de esas rentas. El contrato es a plazo fijo por cinco años. En el contrato se estipula que el precio del arrendamiento sea pagado a razón del equivalente a 30 UF mensuales.

Si aplicamos a esta sencilla situación de hecho nuestro análisis del texto legal acerca de la oportunidad en que deben reconocerse los ingresos para fines tributarios, a saber, cuando se tiene título o derecho sobre ellos, tendríamos que informarle a la señora que en abril de 1997 ella debería cancelar algo más de \$10.000.000 en impuestos por tener título y derecho a cinco años de arrendamiento por un total de 1.800 UF, sin que importe su actual falta de exigibilidad (como señala el texto legal)¹⁹.

Pero, como le resultará obvio al lector, sepa o no de impuestos, no puede ser que la desafortunada señora tenga que pagar diez millones de pesos en impuestos hoy por lo que va a ganar a lo largo de los próximos cinco años por el arrendamiento de las obras de arte. De hecho, existe unanimidad en plaza respecto de la materia. Diga lo que diga la ley, nadie duda (ni siquiera los funcionarios de Impuestos Internos) de que en una situación como esta ella *no* debe tributar hoy por los próximos cinco años de arrendamiento.

Volvamos al tema central: ¿En qué consiste entonces la interpretación jurídica? ¿Qué hacen los abogados que, ya sea como funcionarios de Impuestos Internos, como asesores o como miembros de un tribunal, concluyen sin dudar un instante que la señora no ha de tributar de inmediato por la totalidad de su contrato de arrendamiento? ¿No se sienten acaso *constreñidos* o *limitados* por el texto legal? Podemos decir, al

19. El arrendador tiene derecho al precio total, sin perjuicio que éste no sea exigible de inmediato. Para aclarar una confusión frecuente entre alumnos, notemos que el hecho que el contrato sea de tracto sucesivo dice relación con el *cumplimiento* diferido y gradual de las obligaciones del contrato y no con el nacimiento diferido o gradual de las mismas. A mayor abundamiento, el artículo 1945 del Código Civil deja también en claro que el arrendador tiene derecho sobre el precio total.

menos, que lo que *no* están haciendo es analizar metódicamente el texto legal para descubrir el sentido *que él contiene*, ya sea como intención del autor o como intención de la obra. En efecto, como hemos visto al analizar la sintaxis, la semántica, el propósito jurídico y la armonía con otras disposiciones del texto legal, cualquier búsqueda del sentido contenido en dicho texto llevaría a la conclusión contraria a aquella a la cual en el hecho llegan quienes interpretan la ley. Por otra parte, el texto que nos interesa no tiene respaldo en discusiones parlamentarias, informes de comisiones técnicas o mensaje del Ejecutivo, de modo que cualquier referencia a la voluntad del legislador expresada al margen del texto legal sería meramente especulativa. Más bien pareciera que lo que los intérpretes han hecho es mirar, más allá del texto, las consecuencias que tendría en el mundo la conclusión que se desprendería de la sola lectura de dicho texto, considerarlas inaceptables, y entonces buscar una conclusión que sí sea razonable en sus consecuencias.

No se tomen las últimas líneas del párrafo anterior como un planteamiento acerca de lo que es la interpretación. Sería en extremo simplista e insuficiente como explicación. Por ahora quiero utilizar este ejemplo sólo para hacer ver lo que la interpretación *no* es. Y el ejemplo pareciera indicar que la interpretación no es la búsqueda de un sentido contenido ya de antemano en el texto, ni tampoco (como agregaría Pablo Rodríguez) la deducción de una regla especial a partir de dicho sentido dado de antemano en el texto. De hecho, la no tributación sobre la totalidad del contrato no sólo no se deduce del sentido general que se puede extraer del texto, sino que lo contradice.

Quisiera hacer un breve comentario sobre este ejemplo inicial. Para aislar y destacar los aspectos cruciales del fenómeno interpretativo que queremos examinar y evitar la complicación innecesaria que implicaría, para esta primera etapa, hacerse cargo de interpretaciones contrapuestas, quise iniciar la discusión con un ejemplo (hay muchos del mismo tipo) en que una conclusión interpretativa “contra ley” fuera indiscutida. El precio de esto, precisamente como consecuencia de lo indiscutido del ejemplo escogido, es que no han existido discrepancias que

hayan dado lugar a litigios generadores de jurisprudencia: todos están de acuerdo en que no se tributa de inmediato por la totalidad del ingreso a que da derecho desde su perfeccionamiento un contrato de arrendamiento a plazo fijo. Como consecuencia de este criterio para seleccionar nuestro primer ejemplo, no existe jurisprudencia que nos permita examinar los considerandos de un fallo que aborde el tema. Más adelante en el ensayo, trabajaremos con algunas sentencias.

Lo importante, por ahora, es que el lector tome nota de la insuficiencia de las explicaciones tradicionales de lo que es la interpretación jurídica para explicar un fenómeno interpretativo real como el de la oportunidad de reconocimiento de ingreso resultante de un arriendo a plazo fijo.

Concluyamos esta sección destacando lo que hemos observado en la práctica interpretativa de un texto tributario básico. Hemos observado lo siguiente:

Que el texto legal conduce a una lectura inusualmente unívoca, gracias a su claridad sintáctica, semántica y de propósito jurídico; y gracias a su armonía con algunos principios o conceptos jurídicos básicos (por ejemplo, con el concepto jurídico de patrimonio) y a la inexistencia de contradicción con otras disposiciones legales.

Que conforme a dicha lectura, los ingresos han de reconocerse si y sólo si se tiene título o derecho sobre ellos.

Que, sin embargo, en el caso del arrendamiento a plazo fijo, *si bien existe título o derecho* sobre el precio total del arrendamiento, la interpretación ha concluido de manera unánime que, no obstante, *no debe reconocerse el ingreso* por dicho precio.

Que ninguno de los planteamientos doctrinarios tradicionales que hemos comentado acerca de lo que es la interpretación jurídica nos indica cómo habríamos de haber llegado, a partir de los textos legales vigentes, a las conclusiones que en la realidad han sido aceptadas sin discusión.²⁰ (Este ensayo busca, precisamente, dar una visión de la interpreta-

20. Desde luego, no se explica la situación descrita mediante el apego al texto de la ley clara que, conforme a Claro Solar, sería propio de la interpretación jurídica. Tampoco resulta ilustrativa

ción que explique situaciones como ésta, y que dé al estudiante herramientas para enfrentar en la práctica profesional este tipo de situaciones).

En cuanto a los planteamientos menos tradicionales, el tema no se puede despachar en dos frases dado el carácter *abierto* de dichos planteamientos. En efecto, porque desde una perspectiva tradicional centramos nuestra atención en la ley más que en el caso, entonces el análisis se circunscribe a constatar cómo los métodos lógico-sistemático e histórico no nos ayudan a alcanzar la respuesta que en el hecho se da a la situación. En cambio, desde un punto de vista menos tradicional, ampliada nuestra atención al caso mismo, no parece posible lisa y llanamente afirmar que *no existe* un principio rector con más peso que principios contrapuestos, o una argumentación correcta, que conduzca a dicha respuesta. Sin embargo, ya comienzan a aparecer nubes en el horizonte. En efecto, aun si existiera un principio preponderante o una argumentación que obligue, uno puede preguntarse por qué en este caso el

la explicación dada por Alessandri y Somarriva de acuerdo con la cual es preciso acatar el método lógico-tradicional consistente en buscar la intención del legislador en diversas fuentes comenzando con los propios textos legales. Streeter, como veíamos, expande lógicamente aquello a ser descubierto por el intérprete, vaie decir, el exacto contenido de cada uno de los elementos de la norma jurídica, pero ese desarrollo no nos sirve para entender, por ejemplo, por qué a pesar que el sujeto pasivo (la señora arrendadora) se encuentra en la circunstancia de hecho contemplada en la ley (tener hoy título y derecho sobre 1.800 UF), y a pesar que la ley atribuye a esa circunstancia de hecho una prestación obligatoria a favor de un sujeto activo (pagarle impuestos por \$10.000.000 al Fisco), la interpretación concluye unánimemente que en este caso no existe la obligación de cumplir con dicha prestación. Tampoco parece posible en este caso buscar a partir de la ley, conforme indica Pablo Rodríguez, una norma abstracta y general de la cual se deduzca lógicamente que la arrendadora no reconocerá ingreso aun cuando sí tiene título o derecho sobre él. Por cierto que, *ex post*, uno pudiera simplemente afirmar que la norma general es una aseveración del tipo "No hay título o derecho en el caso de los arrendamientos a plazo fijo", o cualquier otra que se haga cargo de las conclusiones a las cuales por alguna otra vía ya habríamos llegado, y de ahí obviamente que podríamos *aparecer deduciendo* las reglas particulares. Pero, como es evidente, con eso no habríamos resuelto el problema sino que simplemente lo habríamos trasladado íntegramente al nivel de la norma general, ya que lo que nos interesaría comprender es esa otra vía por la cual se supo que la norma general debía contener los antecedentes lógicos que permitan deducir justamente las reglas especiales buscadas. Ante los planteamientos de Streeter y Rodríguez, es interesante recordar un dicho de Chesterton: sólo se encuentra la verdad mediante la lógica cuando ya se la encontró antes sin ella.

intérprete siquiera sintió la necesidad de salir en busca de tales principios o argumentaciones, en tanto que en otro caso no, como ser concluir sobre la base de la misma ley que en una compraventa a plazo el vendedor sí debe reconocer de inmediato la totalidad de su ingreso²¹. No parece prometedor para quien busca objetividad y fundamento que la búsqueda de principios rectores y argumentaciones sobre cuya base torcer la mano al texto legal dependa de que al intérprete *no le guste* la conclusión alternativa. En efecto, a distintos intérpretes bien pudieran gustarles diferentes conclusiones. Así, algún intérprete pudiera considerar que lo único apropiado es que la señora tribute, por ejemplo porque no se debe entregar la ley al capricho del gusto sobre los resultados de su aplicación, sin perjuicio que estime que la ley debe cambiar para que a futuro no se tribute en casos como éste. Podemos imaginar principios atendibles y argumentaciones razonables que apoyen esta posición. Retomaremos el comentario sobre los planteamientos menos tradicionales después de haber desarrollado una idea alternativa de interpretación.

Dejemos entonces de lado la doctrina que no nos ha resultado útil para explicar la realidad observada, y volvamos nuestra mirada a la práctica interpretativa. Centremos nuestra atención en lo que *hace* el abogado que interpreta la ley, sea en su calidad de funcionario judicial, administrativo o asesor independiente. Después, sobre la base de lo observado en ese hacer, formularemos un planteamiento diferente acerca de lo que es la interpretación jurídica, el cual dará mejor cuenta de la realidad.

Ahora bien, no es teóricamente inocuo que optemos por centrar nuestra atención en *lo que hace el abogado que interpreta la ley*. En efecto, los dos ejemplos analizados nos muestran que, en el hecho, la interpretación jurídica puede llevar —¿tal vez siempre?— la marca no tanto de la intención del autor o de la intención de la obra, sino de la intención del lector o intérprete. En lenguaje de Eco, junto a las tradicio-

21. Tampoco hay duda alguna en plaza al respecto: el caso de una compraventa a plazo el ingreso se reconoce íntegramente de inmediato, aun si el plazo para el pago de la compraventa es, digamos, de cinco años.

nales *intentio auctoris* e *intentio operis*, reclama nuestra atención la *intentio lectoris*²². En lo que sigue, buscaremos explicar la naturaleza de la interpretación jurídica apoyados en la idea —como se irá viendo, mucho más razonable e intuitiva de lo que aparece a primera vista— de que el significado no está en el texto legal sino en cómo éste es leído. Veremos que el significado de la ley se encuentra en la naturaleza de las acciones con que el intérprete produce ese significado y, por cierto, en las limitantes que el intérprete encuentra en el proceso. En consecuencia, el estudio de la interpretación jurídica, vale decir el estudio de la determinación de ese significado, habrá de centrarse en las estrategias interpretativas del lector y en lo que por ahora podríamos llamar la resistencia o docilidad del texto y del caso concreto frente a sus operaciones interpretativas particulares.

22. Obra citada, Pg. 29.

¿QUÉ HACE EL ABOGADO QUE INTERPRETA LA LEY?

A. USOS DEL LENGUAJE

Dejemos momentáneamente de lado el problema de comprender qué hace el abogado que formula una interpretación jurídica, y tratemos de comprender qué hace un abogado (o cualquier otra persona) que en su oficina formula otra cosa: dice “Es tuyo” a un amigo que admira un cuadro en la pared²³.

—Una posibilidad es que *esté informando* a su amigo de un hecho que éste no recuerda o no sabe: que el cuadro es de su propiedad. Si tal fuera el caso, podríamos decir, por ejemplo, que el abogado hizo una afirmación verdadera (o falsa).

—Otra posibilidad es que *esté donando* a su amigo el cuadro. Notemos que, en tal caso, resultaría absurdo preguntarse si lo que dijo es verdadero o falso, porque un acto de donación no es verdadero o falso

23. En los ejemplos que siguen me apoyo en algunas de las ideas de J. L. Austin respecto de oraciones *performativas*, y de John Searle respecto de las *acciones de habla*. Ambos centran su atención en los usos de la *oración*, lo que para nuestros fines no será suficiente. Emplearemos después un análisis similar para tratar la unidad más amplia de significado que es, ya no esta o aquella *oración*, sino el *discurso interpretativo del abogado*.

sino, posiblemente, adecuado o inadecuado (Sería inadecuado si el amigo es Juez Tributario, el cuadro es muy valioso y el abogado está defendiendo a un cliente importante en contra de Impuestos Internos en una causa que ese juez está conociendo).

Estas dos posibilidades ilustran cómo el lenguaje puede tener diversos usos, por ejemplo, en este caso, *hacer una afirmación* y *hacer una donación*. No es que la oración “Es tuyo” sea una afirmación. Más bien, como vemos, dicha oración *puede usarse para* hacer una afirmación (así como también *puede usarse para* hacer una donación). En consecuencia, para comprender *qué hizo* el abogado al decir “Es tuyo”, no basta con comprender lo que ha enunciado sino que es necesario comprender *la acción* que ha realizado mediante ese enunciado: en un caso afirmar algo, en el otro caso donar algo. *Cuando uno habla (o escribe), actúa. En consecuencia, aquello a ser comprendido es la acción, y no tan sólo el enunciado.*

El lector ya estará visualizando hacia dónde vamos. Para que no quepa duda acerca del rumbo que hemos tomado, conviene de inmediato adelantar una pregunta a ser respondida más adelante: ¿Qué *hace* el abogado cuando formula una interpretación jurídica? Conforme a lo recién explicado, es posible que para responder a esta pregunta haya que mirar *la acción* y no tan sólo el discurso. Tal vez si comprendemos *la acción* que realiza el abogado no nos confundiremos con disquisiciones que no vienen al caso acerca, por ejemplo, de la contraposición entre lo que a todas luces la ley dice y la conclusión del intérprete (como en nuestro ejemplo sobre arrendamiento), o acerca de lo correcto o incorrecto de una determinada interpretación, o acerca de la contraposición entre distintas sentencias sobre lo que es sustancialmente la misma materia. Esto en el mismo sentido que no viene al caso, por ejemplo, exigir verdad o falsedad al enunciado “Es tuyo”, una vez que hemos comprendido que la acción realizada mediante la enunciación fue una donación y no una aseveración.

Consideremos un par de ejemplos más a fin de proporcionar al lector algunas instancias adicionales de lo que se explica. El abogado examina una carta que su procurador enviará a la contraparte, y le dice

“Yo en tu lugar la suavizaría”. ¿Qué hace el abogado?

—Una posibilidad es que *esté informando* al procurador lo que él haría si estuviera en su lugar. En tal caso su enunciado podría ser verdadero o falso.

—Otra posibilidad es que *esté sugiriendo* al procurador que suavice el tono de la carta. Aquí no viene al caso hablar de la verdad o falsedad de una sugerencia. Más aún, podría *no* ser el caso que él, en el lugar del procurador, hubiera suavizado la carta, pero comprendiendo que el procurador no tiene su mismo temperamento combativo, prefirió sugerirle enfrentar a la contraparte con una actitud más conciliadora. El hecho es que la sugerencia misma no es ni verdadera ni falsa.

Nuevamente vemos que la unidad significativa, aquello a ser comprendido, no es el enunciado (incomprensible por sí solo) sino *la acción* que se lleva a cabo mediante el enunciar, a saber, *afirmar* o bien *sugerir*.

Un último ejemplo. El abogado dice a otro “Puedes irte”.

—Si se lo dice a un preso para quien ha obtenido la excarcelación, *le está informando* acerca de una situación, a saber, que nadie lo detendrá en la salida si toma sus cosas y se va. Es posible decir de su afirmación que es verdadera (o falsa en caso de error o broma de mal gusto).

—Si se lo dice a un alumno universitario a quien ha terminado de interrogar, no le está informando acerca de sus capacidades para salir caminando de la sala, sino que *le está ordenando*, tal vez con gentileza, que se retire. En este caso no tiene sentido preguntarse si lo dicho es verdadero o falso.

Apoyado en estos pocos ejemplos, el lector ya por su cuenta podrá imaginar tantos otros que nos muestran que las oraciones siempre son usadas para realizar diferentes acciones, de entre las cuales *afirmar* es sólo una de muchas posibilidades. Otras acciones posibles son, por ejemplo, *donar, sugerir, impartir una orden, prometer, pedir, advertir, criticar, disculpar, perdonar*, etc. Y para nuestros fines, la consecuencia más importante de esto es que lo que acontece cuando se enuncia una oración no se comprende con sólo mirar la oración enunciada, sino que requiere mirar *la acción* que se realiza mediante el enunciar la oración.

Dejemos ahora de lado el ámbito de las oraciones, y pasemos a una unidad de lenguaje más abarcadora como lo es el discurso interpretativo del abogado, vale decir, por ejemplo, el fallo fundado del tribunal, el informe del asesor, el dictamen de la autoridad administrativa. Dentro de nuestro propósito de comprender qué *hace* el abogado que interpreta la ley —a fin de poder después formular sobre esa base un planteamiento acerca de lo que es la interpretación jurídica—, centraremos nuestra atención no sólo en el discurso interpretativo sino en la acción que realiza el abogado mediante la formulación de dicho discurso.

B. EL CONTEXTO EN QUE EL ABOGADO FORMULA UN DISCURSO INTERPRETATIVO

Queremos entender qué *hace* un abogado cuando interpreta la ley. De más está decir que comprender una *acción* requiere, a su vez, una labor interpretativa. Volveremos sobre esto más adelante. Pero, entretanto, es evidente que para comprender una acción (por ejemplo, lo que hace el abogado al interpretar la ley) es de extrema utilidad prestar atención al *contexto* en que se desarrolla la acción. Notemos que en los ejemplos recién comentados donde el protagonista enunciaba la oración “Es tuyo” o “Puedes irte”, nuestra comprensión de lo que él podía estar haciendo al formular su enunciado (donar, ordenar al alumno que se retire) fue alcanzada mediante una descripción del contexto en que actuaba (se trataba de un amigo que estaba admirando el cuadro en la muralla; el alumno había terminado su examen).

El contexto en que el abogado formula interpretaciones jurídicas incluye las siguientes cuatro circunstancias:

1. NECESIDAD DE DEFINIR ANTICIPADAMENTE SU PREFERENCIA POR UN DETERMINADO RESULTADO

Nunca está el abogado en mera posición de asombro frente a los textos legales que interpreta. Por el contrario, siempre tiene una marca-

da preferencia por determinado resultado antes de haber completado (a menudo antes de haber siquiera iniciado) el análisis de los textos legales. En efecto, después de haber tomado conocimiento de los hechos, después de haber evaluado los mismos a la luz de, por ejemplo, consideraciones éticas, de buen sentido práctico, tal vez políticas, considerará que determinada solución es la adecuada y tendrá obviamente interés en que esa solución prevalezca, de modo que buscará, en la medida de lo posible (limitante ésta a cuyo alcance y naturaleza nos referiremos más adelante), formular una interpretación jurídica guiada por la preferencia por dicha solución.

Así por ejemplo, consultado un abogado por la arrendadora de nuestra ilustración, no restringirá su labor a leer la ley e informarle a la señora que debe pagar \$10.000.000 de impuestos en abril, sino que, hasta donde sea posible (como decía, más adelante analizaremos esta limitante), leerá y releerá tanto la ley como la jurisprudencia en busca de apoyo para la tesis de que ella no debiera tributar hoy por el total de su contrato.

Cualquier abogado que ejerza sabe que, ante un problema a resolver, no se conformará con el acto casi reflejo de ver con asombro qué dice la ley, sino que se ocupará primero de alcanzar una idea clara de su preferencia (*por ejemplo*, una idea clara de qué es lo justo aquí y ahora), y después examinará la ley y la jurisprudencia guiado (¡hasta donde sea posible!) por su preferencia.

Volveremos más detalladamente sobre este tema cuando veamos qué *hace* un abogado con este aspecto de su realidad profesional. Por el momento, baste notar que la labor de interpretación del texto legal se da en un contexto que incluye una preferencia marcada por un determinado resultado²⁴.

24. De más está decir que esta preferencia directriz del trabajo interpretativo puede cambiar, y varias veces, a lo largo del mismo análisis de la situación que se conoce, tal vez a la luz del estudio de los antecedentes o incluso gracias a la lectura de la propia ley cuyos conceptos y distinciones a menudo ayudan a descubrir perspectivas interesantes que no se habían tomado

2. SENTIDO ABIERTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO

Otro aspecto fundamental del contexto en que se desenvuelve el abogado que interpreta la ley, es que parte del trabajo requerido consiste en dar sentido a las circunstancias de hecho del caso concreto. El trabajo profesional del intérprete siempre incluye comprender *lo que pasó*²⁵; cuáles fueron las motivaciones; cuáles fueron las relaciones causales. Como es obvio, la comprensión que se alcance de *lo que pasó* es determinante para la decisión de qué normas son aplicables y cómo.

3. LA EXISTENCIA DE UNA TRADICIÓN NORMATIVA

A LA CUAL REFERIR LA INTERPRETACIÓN

Como bien sabemos, la interpretación del abogado debe aparecer como continuación de una tradición normativa contenida en textos legales y sus interpretaciones anteriores. El abogado debe apoyar su interpretación en la ley y en cómo ésta ha sido comprendida hasta la fecha, incluyendo en esto último la posibilidad de *hacerse cargo* de cómo ha sido comprendida hasta la fecha en caso él pretenda introducir un cambio.

4. LA EXISTENCIA DE UN AUDITORIO ESPECÍFICO AL CUAL PERSUADIR

Será útil desglosar en cuatro aspectos esta parte del contexto en que se desenvuelve la acción del abogado.

4.1 Siempre existe un auditorio *específico*.

Siempre hay un auditorio específico al cual el abogado dirige su interpretación. Según algunos (no comparto esta opinión), no ocurriría lo mismo, por ejemplo, con el discurso del filósofo, el cual estaría dirigido no a un auditorio específico sino a todo el que esté dispuesto a razonar, digamos a un auditorio *universal*. Pero, en todo caso, el contexto en que actúa el abo-

en cuenta. Pero, igual, la lectura de la ley que se expresa en el discurso interpretativo (sea éste un discurso intermedio, mero papel de trabajo, o sea éste el discurso final que constituirá el texto del fallo, del dictamen o del consejo) es una lectura guiada por una preferencia escogida con anterioridad a esa lectura.

25. O "lo que pasará" o "lo que pasaría", por ejemplo tratándose del trabajo interpretativo que se incluye en una petición de dictamen formulada a la autoridad administrativa.

gado es otro que el que se atribuye al filósofo. Si se trata de un juicio en que el abogado defiende a una de las partes, el auditorio es el tribunal; si se trata de un juicio en que el abogado es juez o miembro del tribunal, el auditorio está constituido desde luego por las partes, por los tribunales de mayor jerarquía, y a veces también por la prensa o, si se quiere, el grueso público; si se trata de obtener para un cliente un pronunciamiento de la autoridad administrativa, el auditorio es el funcionario que actúa por la autoridad administrativa; si el abogado de nuestro interés en este último caso es el funcionario administrativo, entonces el auditorio es, obviamente la contraparte y, normalmente también, el conjunto de todas las personas que podrían verse afectadas por este pronunciamiento particular de la autoridad.

4.2 Siempre existe una contraposición de criterios.

Siempre el abogado se encuentra ante una actual o potencial contraposición de criterios. En situaciones como las recién descritas, existe una contraposición de discursos interpretativos, sea actual como en el caso de la defensa de un cliente en juicio, o potencial como en el acercamiento preventivo a la autoridad administrativa. Incluso si el abogado de nuestro interés es el juez o miembro de un tribunal colegiado, su planteamiento será contrapuesto al de una de las partes o tal vez al de ambas.

4.3. Siempre existe la necesidad inminente de una decisión.

Invariablemente, el proceso interpretativo está destinado a terminar en una *decisión* entre los discursos interpretativos contrapuestos. Las polémicas filosóficas pueden nunca resolverse, y no por eso las posturas contrapuestas dejan de cumplir con su función de contribución a la cultura. El abogado, en cambio, trabaja con miras a una decisión de plazo definido y normalmente corto.

4.4 Siempre existe la necesidad de persuadir.

El abogado que formula una interpretación lo hace siempre con el propósito (entre otros) de que sea aceptada por el auditorio. Esto es obvio en el caso del abogado que defiende el interés de su cliente ante un tribunal que haya de aceptar su interpretación o ante la autoridad administrativa que haya de aceptarla. Pero es igualmente así, hoy en día, en el caso del juez o miembro de un tribunal.

En efecto, la comunidad espera que los tribunales no ejerzan arbitrariamente o de manera no razonable sus facultades. Es así como el tribunal debe dar cuenta de la manera en que hace uso de su poder (por ejemplo, cumpliendo con las exigencias sobre fundamentación de las sentencias, contenidas en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil), y *debe hacerlo de manera que sea aceptada por su auditorio* (las partes en el litigio, los tribunales de mayor jerarquía, la opinión pública). Para esto no bastaría (como se quiso inmediatamente después de la revolución francesa donde se buscaba —y se creía posible— que el juez fuera sólo una voz que dice la ley) una mera enumeración de las disposiciones legales empleadas y de las circunstancias de hecho probadas o no controvertidas. Y no bastaría por la sencilla razón que el fallo no se deduce de manera inevitable de dichas disposiciones y circunstancias. Las decisiones de un tribunal no son mecánicas; el fallo judicial no es consecuencia inevitable de un proceso deductivo como lo es un teorema matemático²⁶. El fallo resulta de ciertas *opciones* relativas a la apreciación de las circunstancias de hecho, a su calificación, a lo que se estima esencial en dos situaciones para considerarlas similares o no similares (y entonces darles o no igual tratamiento jurídico), a valores, a perspectivas de lo que es socialmente conveniente. Para que se produzca la paz social buscada, la razonabilidad de estas opciones debe ser aceptada por el auditorio del tribunal, vale decir por las partes, por los tribunales superiores, y en algunos casos por la opinión pública. Es labor del tribunal lograr esa aceptación o, en otras palabras, persuadir a su auditorio. El fallo del tribunal es tanto acto de autoridad como de persuasión.

En síntesis, el abogado nunca interpreta la ley en un vacío. La interpretación jurídica siempre se formula en un contexto en que (i) el abogado tiene una marcada preferencia por determinada solución, (ii)

26. Prueba de ello es la existencia de tribunales *colegiados* cuya razón de ser radica precisamente en el hecho de que diferentes personas pueden decidir una misma situación de manera diferente aunque razonable. Sería absurdo, en cambio, establecer tribunales colegiados para decidir por votación la validez o invalidez de un teorema matemático.

debe dar sentido a los hechos que constituyen el caso concreto que requiere decisión, (iii) debe apoyar su argumentación en la tradición normativa en que se encuentra y (iv) se dirige a un auditorio específico al cual busca persuadir.

Recordemos brevemente la dirección que lleva nuestra pesquisa. Hemos visto, con la ayuda de una situación real y básica sacada del derecho tributario, que los planteamientos doctrinarios tradicionales acerca de lo que es la interpretación jurídica no nos permiten explicar lo que es la realidad del trabajo interpretativo del abogado. Respecto de los planteamientos que llamábamos “menos tradicionales”, hemos dejado tan sólo formuladas algunas dudas. Hemos resuelto, entonces, mirar con atención la práctica interpretativa para tratar de extraer de ella una explicación diferente de lo que es la interpretación jurídica, explicación que soporte mejor el desafío de la adecuación a la realidad explicada. A este efecto, y para asegurarnos mirar en la práctica lo que requiere ser mirado, hemos destacado (con la ayuda de algunos ejemplos extraídos de un ámbito más sencillo) que la unidad significativa a ser comprendida no es el texto interpretativo sino la acción que realiza el abogado mediante la enunciación de ese texto. En otras palabras, no nos bastará con sólo mirar sentencias y sus considerandos, o los textos de peticiones de dictámenes o los textos de informes a clientes, si no comprendemos qué está *haciendo* el abogado mediante la formulación de esos textos. Nos hemos abocado, entonces, a comprender qué *hace* el abogado cuando interpreta la ley. Para comprender mejor la acción del abogado, hemos observado cuál es el contexto que en gran medida determina la naturaleza de esa acción. Este contexto es tal que (i) el abogado tiene una marcada preferencia por determinada solución, (ii) debe dar sentido a los hechos que constituyen el caso concreto que requiere decisión, (iii) debe apoyar su argumentación en la tradición normativa en que se encuentra y (iv) se dirige a un auditorio específico al cual busca persuadir.

Corresponderá ahora dar un primer paso hacia una descripción de lo que el abogado hace cuando formula una interpretación jurídica.

C. CUATRO COMPONENTES DE LA ACCIÓN DEL ABOGADO QUE INTERPRETA LA LEY

Como sería de esperar, lo que el abogado *hace* cuando formula una interpretación jurídica está marcado por cada una de las exigencias que nacen del contexto recién descrito. Es así como, a modo de sinopsis que a nadie sorprenderá, lo que *hace* el abogado que formula una interpretación es (i) definir su preferencia, (ii) dar a los hechos un sentido acorde con dicha preferencia, (iii) buscar apoyo para dicha preferencia en la tradición jurídica en la cual se desenvuelve (o sea, en los textos legales, en la jurisprudencia, en la doctrina, en las prácticas) y (iv) persuadir un auditorio.

Examinaremos ahora en detalle en qué consiste cada una de estas acciones o, si se prefiere, componentes de la acción del intérprete. Pero antes, evitemos un malentendido. Aunque el producto final de la interpretación se presente al auditorio de otra manera, el pensamiento del intérprete no es lineal. Comenzará tal vez con la definición de un resultado preferido; seguirá posiblemente con una reformulación de los hechos conforme a dicha preferencia; pasará de ahí a buscar apoyo en las disposiciones legales; tal vez el examen de las disposiciones legales muestre al intérprete perspectivas y distinciones que no había visualizado y, entonces, traiga consigo un ajuste o incluso un cambio radical en la preferencia inicial, sustituyéndose ésta por una nueva preferencia; o quizá también la revisión de los textos legales lleve al intérprete a variar la narración de los hechos para destacar el tipo de circunstancias que la ley contempla como hipótesis de hecho; por cierto que los ejercicios alternativos de narración de los hechos van enriqueciendo la comprensión de éstos, de donde también puede resultar una variación en el resultado preferido, o en la decisión de qué textos legales son pertinentes; a su vez, las características del auditorio para el cual se elabora el texto interpretativo pueden afectar la estructura de la narración de los hechos; etc. En consecuencia, si bien en lo que sigue iremos analizando uno a uno estos componentes de la acción del intérprete, no infiera el lector

que en la práctica ellos se dan en algún orden prefijado, como cerrando capítulos, sin influencias mutuas y múltiples revisiones.

1. DEFINIR UNA PREFERENCIA

La fenomenología del proceso de definición de una preferencia es conocida de todo abogado que ejerza, y puede ilustrarse con el siguiente *debate interior*: “Leo que, si se tiene derecho sobre un ingreso, ha de reconocerse de inmediato el mismo. Luego, la señora debería reconocer ingreso hoy por los cinco años de arriendo. ¡Pero esto es absurdo, ya que ella, en términos informales pero de buen sentido, no se ha *ganado* sus cinco años de arriendo en el día uno!²⁷ Vuelvo a revisar la ley tributaria en busca de una disposición de excepción. No encuentro ninguna aplicable. Releo las disposiciones civiles sobre arrendamiento en busca de algo que permita sostener que ella no tiene derecho al precio total del arrendamiento. Sin éxito. Pienso entonces que, a todas luces, la regla es que efectivamente ella ha de tributar hoy por los cinco años, y que si la regla legal es así de clara, es también un valor importante respetarla y no entrar yo, mero intérprete, a legislar sobre lo que ya está legislado. ¡Pero, igual, la consecuencia para ella parece demasiado injusta! Vuelvo a examinar, entonces, con detención, la expresión legal sobre tener derecho para efectos tributarios, en busca de una interpretación razonable que excluya la situación concreta en estudio. Detengo

27. Aquí se ve cómo el abogado no lee el texto con asombro, dispuesto a aceptar lo que resulte, sino que lo lee con una precomprensión o prejuicio de cómo las cosas deben ser. No importa, al menos a primera lectura, lo que diga la ley, pero no puede ser que la señora tenga que tributar el día uno por cinco años de arrendamiento. Gracias a que la lectura se ve influida por este prejuicio, se inicia un esfuerzo de búsqueda de confirmación del prejuicio. Si el abogado hubiera leído la ley con total asombro, dispuesto simplemente a aceptar lo que lea, el debate interior habría terminado en este caso con la primera lectura, concluyéndose que la ley manda que la señora tribute. Recordemos a este respecto nuestras dudas iniciales, las “nubes en el horizonte”, acerca de la objetividad y fundamentación de los planteamientos menos tradicionales: ¿De qué depende que siquiera se gatille una búsqueda de principios rectores y argumentaciones? Si depende de la preferencia del intérprete, entonces pareciera desaparecer la objetividad y la fundamentación de lo objetivo, aun cuando el texto interpretativo que resulte contenga principios rectores y argumentaciones, todos *ad hoc*, que apoyen la preferencia inicial.

ahora mi atención en el hecho que lo que la ley dice es que *los ingresos* han de reconocerse cuando se tenga título o derecho sobre ellos. Luego, para que se gatille tributación, no basta que la arrendadora tenga derecho a la totalidad del precio de arriendo, sino que *además* aquello sobre lo cual ella tiene derecho debe ser un ingreso. Me desplazo hacia un nivel más alto de abstracción, y trato de formular algunos principios básicos acerca de lo que constituye un ingreso, ya que la ley nada dice. Encuentro apoyo en principios contables, conforme a los cuales la señora ha de reconocer como ingreso su arrendamiento con el pasar del tiempo y no al inicio. Luego, puedo afirmar que el arriendo de los años dos y siguientes simplemente *no son* un ingreso en el año uno. Y, entonces, como *no son* ingreso, no se genera tributación por el solo hecho de que la señora tenga derecho a ellos. Creo haber dado con una buena solución. Pero entonces me doy cuenta que con este mismo subterfugio puedo dejar sin tributación una enorme variedad de ingresos que jamás nadie ha dudado que deban tributar. Vuelvo entonces a repensar el tema en busca de una salida más específica, más dependiente de las circunstancias de este caso, para evitar que el planteamiento lleve a absurdos en otras situaciones. Etc.

En este proceso recién descrito, es cierto que el abogado, buscando definir su preferencia, fue tomando en consideración ciertos *principios* o perspectivas valóricas acerca de lo que debiera o no debiera ser. Así, por una parte, tomó en consideración que *una persona no debiera pagar impuesto a la renta antes de haberse ganado –en algún sentido corriente– la renta*. Asimismo, por otra parte, también consideró que *si el legislador ha fijado ciertas reglas, es bueno para la sociedad que dichas reglas sean respetadas incluso si en ciertos casos particulares la consecuencia es imprevista y poco satisfactoria*. No se ve, sin embargo, que exista un *método* jerarquizador de principios del cual se pueda echar mano para encontrar *el* principio rector. En este ejemplo específico, el abogado dio mayor peso al primer *principio* que al segundo. ¿Sobre qué base? Desde luego, no sobre una base lógica que obligue a aceptar una preferencia y no la otra, ya que ninguna de las dos posibilidades es con-

tradictoria o, ni siquiera, descabellada. Su opción probablemente depende de sus particularidades psicológicas, de sus experiencias de vida, de la cultura en la cual se encuentra inserto. Probablemente no lo sabe ni él mismo. Y no importa.

En definitiva, pareciera no tener mayor sentido para nuestros propósitos que nos detengamos a buscar el motivo de la preferencia del intérprete. Puede que sea su sentido de lo justo ante la situación concreta, o puede que sea su interés por obtener un buen honorario del cliente, o puede que sea su visión política de lo que conviene al país como precedente más allá de los méritos del caso concreto. Nada nos permitirá distinguir entre textos interpretativos provenientes de unas u otras motivaciones. Dicho de otro modo, no es posible distinguir entre un razonamiento y una racionalización; entre lo que algunos llamarían una argumentación *honest*a y lo que es, simplemente, ponerle argumentos a una idea preconcebida. De hecho, yendo más allá, es difícil sostener siquiera que *exista* una diferencia entre razonamiento y racionalización, si consideramos que uno no es transparente a sí mismo como lo hubiera querido un hombre de la Ilustración, sino más bien bastante opaco; como hemos aprendido de Marx y de Freud, entre otros. No es fácil lanzar una primera piedra sobre este planteamiento, a menos que uno crea tener siempre clara conciencia de sus más profundos impulsos y motivaciones.

Pero lo importante para nuestros fines es, primero, tomar conciencia de que no existe alternativa: el intérprete no interpreta sino desde la perspectiva de una preferencia definida de antemano. Aun bajo el escenario más “honesto” que se imagine el lector, sigue siendo un hecho que el razonamiento jurídico del intérprete no persigue una finalidad teórica (como, por ejemplo, concluir doctamente que la ley establece que la arrendadora debe cancelar hoy el impuesto por los próximos cinco años de arrendamiento), sino una finalidad fundamentalmente práctica (como, por ejemplo, evitar que la señora arrendadora sea víctima de tal absurdo). Esta finalidad práctica consiste en lograr, mediante una aplicación *adecuada* de la ley al caso concreto, la realización de ciertos principios y valores preferidos por el intérprete (por ejemplo, un princi-

pio tal como que una persona no debiera pagar impuesto a la renta sobre cantidades que, conforme a algún buen sentido que habría que precisar, aún no gana –tenga o no título o derecho–). En consecuencia, aun bajo este “honesto” escenario, el intérprete enfrenta su labor bajo la directriz de una concepción acerca de cuál sería la solución justa, adecuada, razonable para el caso.

Y en segundo lugar, dado que inevitablemente el intérprete interpreta desde la perspectiva de una preferencia definida de antemano, nos interesa observar el efecto que esto tiene en lo que el abogado *hace* al interpretar un texto legal. Como el interés del intérprete es la realización de su preferencia, entonces su verdadera preocupación no es una preocupación académica, meramente lógica o epistemológica, por encontrar el significado de tal palabra o el significado de tal disposición legal; su verdadera preocupación final no es, por ejemplo, saber cómo define tal o cual expresión (por ejemplo, “ingreso”) el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Más bien, *su real y último propósito es dar con una solución final que tenga sentido para su percepción de la situación concreta*. Esto significa que *lo que el abogado hace* no es una labor reduccionista por la cual determina primero el sentido de las palabras de la ley, después y sobre la base de lo anterior, el sentido de las disposiciones legales, y como consecuencia *resulta* determinada imputación de derechos u obligaciones a la cual él se entrega con descomprometido asombro. Más bien, guiado por su preferencia por determinada solución, construye un discurso que da sentido a la realización de dicha preferencia, y busca *consecuencialmente* para las palabras y disposiciones significados que armonicen con el sentido ya predefinido para dicha construcción. Todo esto, como ya hemos dicho, *hasta donde sea posible*, tema que analizaremos al tratar el papel que juega la búsqueda de apoyo en la tradición normativa y la necesidad de persuadir a un auditorio.

2. DAR SENTIDO A LOS HECHOS

Las escuelas de derecho nos acostumbran a distinguir entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho. Estas últimas suelen conside-

rarse *dadas*, por lo tanto *intocables*, y en consecuencia se entiende que no exigen del abogado más trabajo que el de averiguarlas y probarlas. En el ejercicio profesional, sin embargo, se descubre que nada de esto es así. Los hechos no están dados, y más que averiguarlos la tarea del intérprete es *construirlos*. Paso a explicar el uso de mis términos para evitar malentendidos semánticos.

Los *hechos* que llevan a definir una preferencia por tal o cual aplicación razonable de la ley no son meros datos: son *algunos* de los datos del océano casi infinito de datos disponibles, *hilados* de alguna manera que tengan sentido, vale decir, de alguna manera que explícita o implícitamente muestren *vínculos causales y motivaciones*. Dicho de otro modo, los hechos no existen aislados, sino sólo como componentes de una narración. Y es aquella narración la que tiene un sentido que nos permite emitir juicios, preferir tal o cual vía de acción al respecto o pensar cómo aplicar la ley. Un ejemplo aclarará lo dicho.

Supongamos que alguien nos pregunta qué pasó en Chile durante el año 1973. Si creyéramos posible hacerlo y quisiéramos simplemente entregar a nuestro interrogador datos de manera *objetiva*, vale decir sin distorsión alguna resultante de la visión que tenemos nosotros que contamos la historia, no nos quedaría sino contarle cronológicamente *todo* lo que ocurrió ese año. Sería algo así como lo siguiente: a las 00:01 hrs. del primero de enero de 1973 nacieron las personas que se indican en las clínicas que se señalan y con los indicadores de salud que se describen:... (listado); ...; a las 3:43 hrs del cuatro de enero se produjo un eclipse de luna; ...; a las 18:00 hrs. del 7 de enero fue asesinado Juan Pérez mientras hacía cola en una interminable espera en el almacén XX para comprar pan;...; etc... Como es obvio, con esta enumeración de *todos* los datos *no* estamos respondiendo a la pregunta de quien nos interroga acerca de qué pasó. No le estamos dando una respuesta *que tenga un sentido* con el cual él pueda hacer algo (como, por ejemplo, comprender lo ocurrido o emitir un juicio de valor). Si, entonces, para dar sentido a la respuesta, eliminamos datos por considerarlos irrelevantes, el relato comienza a estar distorsionado por la circunstancia de ser

uno, el relator, quien escoge lo que es relevante y lo que no lo es. Yo, por ejemplo, omitiría el eclipse de luna. Pero tal vez un astrólogo lo incluiría como pieza fundamental de su narración acerca de por qué cayó el gobierno ese año, y me acusaría de falsear los hechos por omisión prejuiciada de datos importantes. Sin duda el lector recordará haber escuchado relatos contrapuestos acerca de lo que ocurrió en Chile en 1973, y tal vez recuerde cómo algún relator incluía ciertos datos en su narración (por ejemplo las colas, huelgas, tomas ilegales, y demás datos indicativos de alguna suerte de caos o ingobernabilidad), en tanto que otro hacía una selección diferente (por ejemplo, reivindicaciones sociales legítimas finalmente satisfechas, indicios de intervención foránea para desestabilizar el gobierno, y demás datos indicativos de una reacción de quienes dentro y fuera de Chile perdían privilegios). Notemos también cómo la selección de datos no es inocua, por cuanto sugiere (o también puede explicitar) relaciones causales y motivaciones (por ejemplo, de manera implícita en los datos seleccionados o, también, explicitado si se quiere, se puede sugerir la existencia de una falta de capacidad de gobernar que causó un caos social que motivó a las fuerzas armadas a intervenir). Como ni el lector, ni yo, ni nadie tiene el ojo de Dios, vale decir, esa mirada no limitada por un punto de vista porque abarca todos los puntos de vista, entonces la respuesta a qué pasó en Chile en 1973 será siempre la narración de alguien; una de innumerables narraciones posibles. Dicho de otro modo, lo que pasó en Chile en 1973, como relato pleno de sentido que permita emitir juicios o sugerir acciones (y no una mera crónica de todos los nacimientos ocurridos, declaraciones de políticos, accidentes automovilísticos, resultados deportivos, etc.), no es algo que esté *dato* para ser averiguado sino algo que debe ser *construido* como narración por el relator. E inevitablemente, no por mala fe sino porque tal es la condición humana, toda narración será cargada; toda narración será una narración desde alguna perspectiva.

Como se ve y era de esperar, entonces, esta *construcción* de los hechos a la cual me refiero no implica *inventar* datos, sino seleccionarlos, concatenarlos y presentarlos para dar sentido a una narración pre-

concebida. El intérprete, en el entendido que no esté lisa y llanamente mintiendo, cree en la verdad de las afirmaciones existenciales singulares en que apoya su discurso interpretativo. Si afirma que en tal fecha Salvador Allende declaró que Chile tenía reservas de harina para cubrir las necesidades de los próximos tres días, es porque cree que eso declaró ese día el presidente. Pero los hechos que permiten comprender o emitir un juicio de valor acerca de lo que pasó en Chile en 1973 no son una inocua conjunción de afirmaciones existenciales singulares. Que la narración sugiera que la falta de harina es consecuencia de una incapacidad de gobernar, o de una agresión reaccionaria o de una mala conjunción de los astros, dependerá de qué otros datos se hayan seleccionado y de cómo se hayan concatenado sobre la base de causalidades y motivaciones, implícitas o explícitas. En síntesis, el intérprete está sujeto a la verdad proposicional, pero construye libremente la verdad narrativa.

De más está decir la importancia que tiene para el trabajo interpretativo del abogado determinar *qué pasó*, o qué pasará o qué pasaría. Como es obvio, sobre la base de los hechos, de lo que pasó, el intérprete definirá su preferencia por una u otra solución y decidirá qué textos legales son pertinentes y cómo habrán de entenderse. Pero resulta que, como acabamos de ver, lo que pasó, los hechos, no son algo dado, sino algo por construir. Es así, entonces, como también pasa a ser parte fundamental del trabajo del intérprete elaborar una narración adecuada de los hechos.

Hay un aspecto de este tema que no quisiera dejar de mencionar. No escapan al lector los múltiples vaivenes con que debe desplazarse el pensamiento del intérprete. Desde luego, como ya decíamos al mencionar más arriba el carácter no lineal del pensamiento, no se *despacha* primero y de una vez por todas la situación de hecho, para entonces después atender a lo que nos parece una solución razonable y luego preocuparse de comprender los textos legales, ya que tal vez, por ejemplo, los matices y distinciones contenidos en los textos legales nos abran los ojos a aspectos de los hechos en que no habíamos reparado y, en consecuencia, revisemos nuevamente nuestra comprensión (construcción) de

los hechos. Pero, más aún, la sola interpretación de los hechos nos llevará ella misma a múltiples vaivenes entre el todo y las partes. Si para respondernos qué pasó en Chile en 1973 centramos nuestra investigación en los datos indicativos de desgobierno, es porque ya de antemano tenemos una visión de conjunto que nos indica que esos datos particulares son los pertinentes y no, por ejemplo, el eclipse de luna que ni siquiera buscaríamos. A la inversa, el examen de los datos nos puede llevar a ver (aunque sea en un comienzo de reojo) que hay múltiples indicios de haberse destapado mucha frustración y sufrimiento de grupos sin privilegios, lo cual contribuirá posiblemente a que matemos o cambiemos nuestra visión de conjunto. En resumen, tanto en lo relativo a la solución del problema legal concreto (llegar a la conclusión o recomendación o fallo) como en lo relativo al solo examen de los hechos, se da lo propio de la comprensión de cualquier aspecto de la cultura, a saber, un ir y venir entre nuestras opiniones provisorias sobre el todo y nuestras opiniones provisorias sobre las partes, hasta que, finalmente, nos sentimos suficientemente cómodos con el sentido que hemos logrado ver en la situación que nos interesa. Destaco la inevitabilidad de estos círculos hermenéuticos para que piense el lector si realmente será posible hablar de *método fundado o fundante* (como lo hacían los autores tradicionales que hemos citado) en el trabajo interpretativo del abogado. Los vaivenes antes referidos entre el todo y las partes *hasta que la situación concreta cobre sentido suficiente para el intérprete* tienen un carácter marcadamente conversacional y no metódico. Volveremos sobre este tema más adelante²⁸.

3. BUSCAR APLICAR LA LEY

Las dos actividades del intérprete hasta ahora comentadas, a saber, definir una preferencia y dar sentido a los hechos, parecen ambas darle un gran espacio para conducir su pensamiento donde mejor le plaz-

28. Es importante el énfasis en cursiva: los vaivenes entre el todo y las partes no prosiguen hasta que, digamos, "se encuentre la verdad" (situación teórica que no es claro siquiera que tenga significado), sino que prosiguen *hasta que la situación concreta cobre sentido suficiente*. Mantenga el lector este comentario en mente.

ca²⁹. Sin embargo, como es obvio, lo que busca el intérprete no es meramente tratar de hacer valer su voluntad, sino, *también*, hacer algo que podríamos denominar "aplicar la ley". El lector se preguntará si no podría en muchos casos haber una contradicción en ese "también"; en buscar el intérprete, a la vez, imponer su voluntad (vale decir, imponer su preferencia, por ejemplo su sentido de lo justo, razonable o adecuado aquí y ahora) y buscar *también* aplicar la ley. Veamos ahora si existe realmente tal contradicción.

¿Qué hace el intérprete cuando aplica la ley a un caso determinado?

No nos equivocaremos, a nivel de primera constatación de lo que en la práctica ocurre, si decimos que lo que *termina* haciendo el intérprete es elaborando una argumentación de la forma siguiente: "*tales textos legales establecen que, si A es el caso, entonces debe ser B; como A es el caso en esta situación, entonces conforme a dichos textos legales debe ser B en esta situación*", donde, como señala Jorge Streeter³⁰, "A representa una circunstancia de hecho referida a un sujeto pasivo, y B una prestación obligatoria en favor de un sujeto activo". Pareciera que así se puede describir, muy razonablemente, lo que *termina* haciendo el intérprete cuando aplica la ley a una situación determinada. Sin embargo, esta aparente simplicidad de la forma discursiva con que el intérprete *presenta*, a sí mismo o a terceros, su conclusión, oculta la complejidad y asistematicidad del camino por el cual el intérprete llegó a dicha conclusión. Entonces, para comprender lo que realmente *hace* el abogado que aplica la ley a un caso concreto, es necesario examinar con más detención ese camino.

Recordábamos en el párrafo anterior que el abogado que busca aplicar la ley busca sustentar una correspondencia entre la situación concreta que tiene delante y el supuesto jurídico (vale decir, la hipótesis A contenida en la norma "Si A, entonces debe ser B") de algún texto legal.

29. Digo "parecen" ya que, en el hecho, la libertad no es tanta como aparenta, ni en materia de preferencias ni en cuanto a narraciones alternativas para dar sentido a los hechos. Volveremos sobre esto.

30. Op. Cit. 1967.

Pero, como resulta obvio si afinamos el enfoque, la correspondencia buscada no puede darse entre *una situación concreta* (por ejemplo: es miércoles, hace frío, el vendedor es rubio, concurre a tal notaría, viste de rojo, etc.), por una parte, y *un conjunto de marcas de tinta en un papel* (los textos legales), por la otra. Más bien, la correspondencia que se busca sólo puede darse entre *el sentido que el abogado atribuya a la situación de hecho concreta en una determinada narración de la misma*, por una parte, y *el sentido que él atribuya a las marcas de tinta en una determinada interpretación de las mismas*, por la otra. Y es precisamente en razón de esto que desaparece toda contradicción entre buscar hacer valer una preferencia y buscar aplicar la ley: no es que la correspondencia buscada o bien esté ahí de antemano para ser *descubierta* por el intérprete, o bien simplemente no esté ahí; más bien dicha correspondencia es preparada o *construida* por el intérprete mediante ajustes narrativos de los hechos y ajustes interpretativos de las disposiciones legales. Una vez narrados adecuadamente los hechos e interpretados adecuadamente los textos, ¡sorpresa!: sucede que las circunstancias de hecho del caso corresponden, precisamente, a la hipótesis contenida en la norma. Repito una vez más que en esto hay ciertas limitaciones a las cuales me referiré posteriormente.

El hecho que la correspondencia entre los hechos y el derecho, para la aplicación de este último a una situación concreta, no sea materia de descubrimiento sino de *construcción* por parte del intérprete, puede llevar naturalmente en este punto a la interrogante acerca de si existe, entonces, alguna diferencia entre lo que sería *interpretar* la ley y lo que sería *usarla* para sustentar este o aquel planteamiento.

Pues bien, el hecho que el intérprete inevitablemente conduzca su labor guiado por una *preferencia* definida de antemano, tiene por efecto diluir cualquier diferencia que pudiera existir entre *interpretar que el texto legal tiene determinado sentido* para una situación concreta y *usar el texto legal* para resolver dicha situación concreta de una manera que tenga sentido. Retomando nuestro ejemplo inicial, si el intérprete resuelve que los arriendos de los años posteriores no son *ingreso*

en el año primero y, por tanto, no importa que la señora tenga derecho a ellos, ¿estamos en presencia de una *interpretación* de la ley o de un *uso* de la ley? Como sabemos, sea que denominemos “interpretación” o que denominemos “uso” a esta operación, lo que ocurrió fue que el intérprete buscó alguna manera razonable de evitar lo que a él parecía un absurdo. Todo parece indicar que la distinción entre *interpretación* y *uso* no es una distinción con la cual podamos hacer nada útil en la práctica (como ser distinguir entre *verdaderos* textos interpretativos y *seudo* textos interpretativos que se limitaron a *usar* la ley). Luego, si la distinción de nada nos sirve, será mejor despreocuparnos de ella, ya que los conceptos interesan sólo en la medida que nos permitan lidiar con el mundo.

Un camino más prometedor se abre si nos formulamos la siguiente pregunta de fondo: ¿Tiene el intérprete absoluta libertad para dar a los datos y a los textos legales el sentido que se le antoje, para en seguida mostrar su “correspondencia”, o bien existen algunas limitaciones a su actividad constructora de sentido?

Pues bien, existen ciertas limitaciones a su libertad, cuya naturaleza se tratará orgánicamente y quedará más clara hacia el final de este ensayo. Pero en el intertanto, ya es oportuno mencionar algunas de las manifestaciones de estas limitantes. En primer lugar, tanto él como su auditorio están inmersos en la cultura de un lugar y un momento en la cual algunas construcciones de sentido son aceptables, otras son menos aceptables y otras simplemente no lo son. Así, por ejemplo, una interpretación astrológica de la caída del gobierno de la Unidad Popular no es generalmente aceptada en la cultura chilena de la segunda mitad del siglo veinte. Asimismo, por tomar otro ejemplo extremo, consideremos el artículo 2083 del Código Civil, que se refiere a la responsabilidad del socio que retarda la entrega de lo que le corresponde poner en común. El segundo inciso dispone lo siguiente: “Comprende esta disposición al socio que retarda el servicio industrial en que consiste su aporte”. Pues bien, el abogado que tenga interés en interpretar esta disposición se encontrará inconscientemente bajo el efecto del siguiente prejuicio: no se busca el

sentido de los textos legales leyéndolos como acrósticos. Así, entonces, bajo el peso de la cultura en la cual se encuentra inserto, ni siquiera se le ocurrirá detener su atención en las primeras letras del comienzo del texto, “Comprende *esta disposición al* socio que retarda el servicio industrial en que consiste su aporte”, para en seguida concluir que el legislador ha dicho “Ceda, socio que retarda...”, interpretando entonces que el socio incumplidor se ve sujeto a la sanción de ceder forzosamente sus derechos sociales a los otros. Notemos, sin embargo, cómo, dentro del contexto de culturas otras que la jurídica chilena actual, nada tendría de particular que un lector interrogue un texto de ese modo. Si se tratara, por ejemplo, de una cultura literaria de corte esotérico, bien podría leerse de ese modo la Divina Comedia³¹. O en el contexto de lo que es la cultura en que se desenvuelven adolescentes enamorados, también se podría buscar significado en las primeras letras de las oraciones de una carta. Pero, como es obvio, es tal el peso de nuestra tradición interpretativa jurídica, que el abogado ni siquiera necesita desechar conscientemente este camino de indagación sino que, simplemente, no se le pasaría por la mente usarlo. Esa es la fuerza con que la tradición puede limitar al intérprete, normalmente sin que él siquiera tenga conciencia de ello.

Es así, entonces, como existe un verdadero “rayado de cancha”, en gran medida no consciente, resultante del hecho de ser nosotros parte de una tradición interpretativa que no acoge la búsqueda de acrósticos y que deja, de igual modo, una enorme variedad de opciones fuera del alcance de nuestra libertad de elección, en el sentido que normalmente ni alcanzamos a pensarlas como opciones que requieran decisión: Y, en cambio, las opciones interpretativas que conscientemente escogemos, aun en nuestros momentos de mayor audacia e imaginación, están todas bien situadas dentro de *lo que se hace*, dentro de lo que es *bien visto* por nuestra comunidad jurídica. Es por esto que, si bien muchas veces la interpretación jurídica que ha hecho un colega nos puede haber parecido aventurada, “equivocada” incluso, sería muy raro que nos haya parecido

31. Hay interesantes estudios de La Comedia en que así se ha hecho.

alienada. Podemos no estar de acuerdo con el colega, pero lo que ha dicho y cómo lo ha dicho nos permite reconocer en él un miembro de nuestra tradición interpretativa.

La tradición incluye no tan sólo barreras como las recién ilustradas, las cuales impiden que la libertad del intérprete para dar sentido a los datos y a los textos legales arroje *cualquier cosa*, sino que además contiene ciertos elementos sin los cuales es difícil sustentar positivamente el pensamiento individual o dar una base sobre la cual apoyar un consenso con otros. Me refiero a aquellos principios o, mejor, puntos de vista de general aceptación en la cultura de un lugar y momento, *aforismos* como se dice en las escuelas de derecho, lugares comunes o técnicos, que podemos denominar “tópicos”. Los tópicos son planteamientos que, en un contexto histórico determinado, cuentan a su favor con una presunción de plausibilidad y son tenidos como postulados evidentes o generalmente aceptados, de modo que no son discutidos o, en todo caso, quien los cuestione debe soportar la carga de la argumentación.

Algunos ejemplos de tópicos jurídicos son los siguientes:

–Ley posterior deroga ley anterior.

–Ley especial deroga ley general.

–Hay que escuchar a ambas partes.

–In dúbio, pro reo.

–La excepciones son de interpretación estricta.

–No se puede ser juez en causa propia.

–La buena fe merece protección.

–Lo necesario está permitido.

–A lo imposible nadie está obligado.

Es importante destacar que los tópicos no son axiomas que se impongan al razonamiento. Constituyen un acervo inestructurado de sabiduría compartida del cual se puede extraer alguna orientación para el pensamiento y el consenso. Desde luego, y a diferencia de los axiomas, los tópicos pueden contradecirse entre sí y no por eso pierden importancia y utilidad. Por ejemplo, tomando los primeros dos de la lista

ilustrativa, si estamos ante una ley general nueva que difiere de una ley especial antigua, el primer tópicos aconseja escoger como vigente la ley posterior, en tanto que el segundo aconseja escoger como vigente la ley anterior. Pues bien, de algún modo resolverá el intérprete este problema ante cualquier situación concreta que tenga delante, tal vez echando mano de otros tópicos y herramientas, pero es evidente que, a pesar de esta contradicción, ambos, el de la ley especial y el de la ley posterior, siguen conservando todo su sentido y utilidad para futuro uso. Nada parecido puede ocurrir en un sistema de axiomas, donde una contradicción entre ellos invalida sin más la totalidad del sistema. Así también, los tópicos no son verdaderos o falsos, sino adecuados o inadecuados para dar cuenta de determinada situación concreta. No es que sea *verdadero* que la ley posterior deroga a la anterior, y que lo contrario sea falso. Simplemente es una forma razonable de mirar las cosas, sin perjuicio que la situación concreta pudiera no hacerlo un enfoque adecuado. El tópicos es para el pensamiento lo que el hábito es para la acción: ambos recogen la experiencia del pasado y, por lo mismo, sería necedad prescindir de ellos descuidadamente. Pero, a la vez, como el mundo es complejo y trae situaciones imprevistas, también sería necedad actuar encadenado por determinados hábitos o por determinados tópicos, sin la flexibilidad que la situación concreta requiere. El hábito dejado de lado ante una situación que así lo requiere, o el tópicos dejado de lado cuando lo exigen la circunstancias, no son un hábito *falso* o un tópicos *falso*. Simplemente son un hábito y un tópicos que no fueron *adecuados* para determinada circunstancia particular, pero que de seguro seguirán siéndolo para otras circunstancias más corrientes.

Los tópicos no son formales sino materiales: están constituidos por su contenido concreto. Hay tópicos tributarios, tópicos penales, tópicos constitucionales, tópicos económicos, tópicos políticos, etc. Volviendo al tema central, el intérprete, entonces, también ve limitada su libertad para dar sentido a los datos y a los textos legales, porque casi inevitablemente deberá buscar apoyo para sus planteamientos en este acervo de tópicos compartidos por la comunidad cultural a la cual perte-

nece. Es cierto que, como decíamos, tal o cual tópicos no obliga como un axioma. Pero sin embargo, por ejemplo, *hoy* en Chile requeriría de un enorme esfuerzo sostener que en un caso determinado no es menester escuchar a ambas partes.

¿Qué hace entonces el abogado al buscar aplicar la ley?

Sabemos que el producto final que busca es una sustentación de su preferencia por determinado resultado, sobre la base (entre otras cosas) de una argumentación de la forma siguiente: *tales textos legales establecen que, si A es el caso, entonces debe ser B; como A es el caso en esta situación, entonces conforme a dichos textos legales, debe ser B en esta situación*. Pero también sabemos que *previo* a esta forma de *presentar* lo ya concluido, el abogado busca dar un sentido a los datos del caso y a textos legales posiblemente aplicables, de manera que la argumentación antedicha después simplemente *resulte*. Para este efecto echará mano de narraciones adecuadas de los hechos y de lecturas adecuadas de los textos, aceptables para el medio cultural en que se desenvuelve. Este trabajo previo, una vez completo y debidamente editado, normalmente se incluye y desarrolla en el propio texto interpretativo a fin que el auditorio acompañe al intérprete en su comprensión de los hechos y de los textos.

Como hemos visto, los tópicos no determinan lo que pudiera llamarse *una única respuesta correcta para el caso concreto*, ya que no se imponen a la razón como se imponen los axiomas. Puede haber, como veíamos, hasta contraposiciones de tópicos para un mismo caso, y el intérprete habrá de darle más *peso* a uno que a otro, tomando en cuenta los méritos de la situación y, muy especialmente, el rumbo de pensamiento prefijado de antemano por su preferencia. Luego, como hemos visto, si bien el peso de la tradición cultural reinante tiende a impedir que el intérprete concluya *cualquier cosa*, todo ello gracias a las barreras culturales conscientes o inconscientes que hemos comentado y también por efecto de esa sabiduría común compartida que son los tópicos, quedan igualmente disponibles al intérprete muchos grados de libertad, lo que hace perfectamente posible que dos intérpretes alcancen conclu-

siones contrapuestas ante un mismo caso³². Encontraremos, sin embargo, un factor fuertemente estabilizador de interpretaciones en el tema que trataremos a continuación.

4. PERSUADIR A UN AUDITORIO

Puede llamar la atención que aquí se considere que tratar de *persuadir a un auditorio* es parte de lo que el abogado hace *al interpretar la ley*. Es cierto, como decíamos, que el abogado siempre interpreta la ley en un contexto que incluye la necesidad de lograr el consenso de un auditorio, pero eso no tendría por qué implicar que el trabajo de interpretación y el trabajo de persuasión se confundan, aunque ambos sean necesarios en algún momento. Más bien se tendería a pensar que, en primer lugar, se interpreta la ley y, posteriormente —como actividad diferente—, se busca persuadir a un auditorio acerca de la interpretación ya obtenida. Pero en el hecho no es así.

Es cierto que si la verdad se impone a la razón de modo que quien discrepa o bien está equivocado o bien se resiste de mala fe, como cuando en el contexto de la teoría aritmética decimos que dos más dos son cuatro, entonces el acuerdo del auditorio pasa a ser una circunstancia social diferente y posterior al descubrimiento y fundamentación de la respuesta correcta. Pero pareciera no ser esa la situación de una interpretación jurídica. Recordemos que la interpretación jurídica es guiada muy fuertemente por la preferencia que tenga el intérprete acerca de qué solución dar a la situación concreta que analiza. Recordemos también que, a la luz de esta preferencia, el intérprete seleccionará ciertos datos, los hilará conforme a ciertas relaciones causales o motivacionales, todo ello para dar a los hechos una de infinitas narraciones posibles y que sea concordante con su preferencia. Recordemos, por último, que el intérprete buscará para las palabras y otras expresiones de la ley significados

que se adecuen a su percepción de los hechos y a los valores de su preferencia. ¿Podríamos en este contexto decir que en materia de interpretación jurídica *la verdad habla por sí sola*? Pareciera más bien que, como hemos venido viendo, quien habla no es la verdad sino el intérprete; que otro intérprete pudiera razonablemente hablar diferente; y que no existe una piedra de tope metafísica o lógico-empírica que dirima entre ambos³³. No existiendo esa piedra de tope para sustentar una interpretación jurídica, vale decir, no teniendo las interpretaciones jurídicas un *fundamento* que haga indiscutible su validez y que haga igualmente indiscutible el error de la interpretación contraria, el intérprete no cuenta con más apoyo que un planteamiento persuasivo capaz de lograr su propio asentimiento así como el consenso de su auditorio. De este modo se confunde en una sola labor lo que es la búsqueda de un apoyo sobre el cual sustentar una interpretación y lo que es la búsqueda del acuerdo de un auditorio que podría perfectamente negar su asentimiento sin pecar de mala fe o error.

Demos mayor concreción a esta idea. ¿Qué *hace* el abogado cuando interpreta la ley? Pues bien, hace un texto. En efecto, no existe más interpretación que aquella formulada en lenguaje escrito, hablado o pensado; no existe sino la interpretación materializada en un texto o discurso. En lo sucesivo, digamos “texto” para referir tanto el escrito como el discurso. Así como mal podría decirnos un escultor que ha *hecho* una obra de arte que es digna rival de *La Pietà* pero, claro, existe por ahora sólo como idea y falta el detallito de materializarla en piedra, tampoco podría un abogado decirnos que ha *hecho* una interpretación pero que, por ahora, ella existe en un mundo de intuiciones sin lenguaje, y falta

32. Esta es la razón por la cual los tópicos o *principios* de Dworkin no permiten, por sí solos, conducir a una única respuesta, que sería la correcta. Y es esta misma razón la que Alexy esgrime para que, en la búsqueda de la única respuesta correcta, se agregue a la dimensión de los principios aquella de la argumentación correcta.

33. Quien considere que existe esa piedra de tope metafísica o lógico-empírica, tendría que describirnosla (yo no la conozco) y sobre todo mostrarnos *cómo ella se utiliza para producir de manera unívoca e indiscutible la verdad que habla por sí sola ante cualquier y todo caso concreto* tributario (como el del arriendo a cinco años), civil, constitucional, laboral u otro. La existencia de votos de minoría en los tribunales colegiados —por tomar uno de tantos ejemplos del mundo real— pareciera indicar que los ministros tampoco conocerían esa piedra de tope...o pareciera indicar que no existe.

sólo el detallito de vertirla en castellano (escrito o hablado), cosa de la cual se encargará una secretaria con buena ortografía y redacción. Si no hay una obra en piedra, no hay escultura de la cual hablar. Si no hay un texto interpretativo, no hay interpretación de la cual hablar. Recuerde ahora el abogado cómo han sido los textos interpretativos que ha producido a lo largo de su vida profesional, y no me refiero sólo a escritos para un tribunal, sino también a los papeles de trabajo redactados en casa o en la oficina para dar forma a un planteamiento. Han sido indudablemente textos al servicio de alguna preferencia del intérprete. La narración de los hechos no ha sido mera enumeración de datos, sino que ha sido cuidadosamente redactada para destacar el sentido que el intérprete ve en lo acontecido. La explicación del significado de las expresiones de la ley no ha sido el resultado de una descomprometida lectura de diccionarios, sino que ha sido el producto de una delicada elaboración conducente a la conclusión que el intérprete ya de antemano buscaba. Muchas veces el texto habrá contenido ejemplos extremos que hagan aparecer absurdo un planteamiento contrario; habrá contenido también imágenes incisivas, ironía. En ninguno de estos elementos hay un verdadero *fundamento*, pero sí hay instrumentos generadores de adhesión por el planteamiento del intérprete: la forma de narrar los hechos, la forma de explicar el significado de las expresiones de la ley, la forma de usar ciertos ejemplos, ciertas imágenes y ciertas ironías. Con ese mismo texto el intérprete *se* convence y convence a otros. Dicho sencillamente, *entender y darse a entender* son dos caras de una misma moneda. Y es por eso que en el planteamiento de este ensayo considero que tratar de persuadir a un auditorio es parte de lo que el abogado invariablemente hace *al interpretar la ley*, y no *después* de interpretar la ley. Continuemos, entonces, con nuestro análisis de qué hace un abogado cuando interpreta la ley, y examinemos ahora en qué consiste ese hacer que es tratar de persuadir a un auditorio.

Tal vez la mejor forma de visualizar la naturaleza de ese hacer que es *tratar de persuadir*, sea contrastarlo con ese hacer diferente que es *demostrar*³⁴. Hagamos un breve paralelo.

(a) *En tanto el razonamiento demostrativo busca la validez universal deduciendo lógicamente la conclusión a partir de determinadas premisas, la persuasión busca lograr el acuerdo de un auditorio específico.*

Si nos detenemos a pensar esta diferencia un instante, veremos que constituye un verdadero abismo entre ambos tipos de razonamiento.

Es así como el matemático que demuestra un teorema sólo se ocupa de que cada paso de su deducción se infiera con necesidad lógica de las premisas y conclusiones intermedias anteriores, hasta llegar a la conclusión final que había que demostrar. En cuanto matemático, no busca ni le preocupa el acuerdo de ningún auditorio, sino tan sólo cumplir con las reglas de inferencia de su sistema demostrativo. Si la deducción es incorrecta, su objetivo no se ha logrado y en nada ayuda que la conclusión cuente no obstante con el acuerdo de todos los auditorios del mundo. Si la deducción es correcta, su objetivo se ha logrado y en nada se ve disminuido si ningún auditorio acepta sus conclusiones³⁵. En aquellos ámbitos en que “la verdad habla por sí sola” no interesan las opiniones de los hombres.

El trabajo interpretativo del abogado, en cambio, se nutre de y se vuelca íntegramente hacia las opiniones de los hombres o, más concretamente, de los hombres que componen su auditorio. Ya habíamos destacado el hecho que siempre hay un auditorio específico cuyo acuerdo el abogado busca, sea éste el tribunal, las partes, el tribunal de mayor jerarquía, la prensa, la autoridad administrativa, etc. Por este motivo, parte

34. El lector encontrará un desarrollo moderno del tema en “Traité de L’Argumentation”, de Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, Editions de l’Université de Bruxelles, 1992. No conozco traducciones. Hay una excelente síntesis, sin embargo, del propio Perelman traducida al inglés bajo el nombre de “The Realm of Rhetoric”.

35. Las válidas conclusiones acerca de la naturaleza de los conjuntos infinitos, a que llegó Georg Cantor a fines del siglo pasado, eran tan contraintuitivas que fueron rechazadas y ridiculizadas por los matemáticos de más prestigio de la época. Cantor murió desprestigiado y loco. Pero este hecho es una mera curiosidad anecdótica carente de todo interés para quien busca comprender la teoría de conjuntos: el razonamiento demostrativo de Cantor es correcto, y eso basta. Las verdades matemáticas nada tienen que ver con lo que acepten o rechacen estos o aquellos auditorios.

importante de lo que el abogado *hace* al interpretar la ley es adaptarse a su auditorio específico. Adaptarse al auditorio comprende varias cosas. Tal vez la principal, que cualquier abogado reconocerá como parte de su actividad profesional, sea apoyar la argumentación sobre premisas que el auditorio acepta. Esto es obvio: si yo te he persuadido es porque he logrado conducirte desde *tus* premisas a *mis* conclusiones. Si busco apoyo en premisas que yo acepto, pero no las acepta mi auditorio, habré caído en un vicio de *petitio principii*, que no es una falacia lógica (en lógica nada tienen de malo las tautologías) sino una deficiencia retórica (terminaré persuadido yo, pero no mi auditorio). Es por esto que el abogado siempre apoyará su planteamiento en aforismos jurídicos, jurisprudencia, doctrina o lugares comunes que razonablemente espera sean compartidos (o, a veces, *sabe* que son compartidos) por su auditorio³⁶. Se da en la profesión que el abogado de experiencia corrija en el muchacho o muchacha recién salido de la escuela un típico error: el principiante, cual hombre de la Ilustración, se encandila con sus propias ideas claras y distintas acerca de un texto legal, y no pone atención suficiente a las opiniones reinantes en el medio en que ha de hacer valer sus planteamientos. Como hemos visto, eso está bien para el matemático que *demuestra* (y no tiene auditorio), pero no para el abogado que *persuade* (y cuyo éxito se juega en lograr el acuerdo de determinado auditorio).

36. Es posible mirar el papel que juegan los aforismos, la jurisprudencia, la doctrina, los lugares comunes, desde una perspectiva retórica y desde una perspectiva hermenéutica. Desde un punto de vista retórico, los aforismos, jurisprudencia, doctrina y lugares comunes constituyen un acervo de tópicos que el auditorio muy probablemente comparte y que, por lo tanto, sirve al abogado de fuente de premisas para las argumentaciones a elaborar. Desde un punto de vista hermenéutico, los aforismos, jurisprudencia, doctrinas y lugares comunes pertinentes constituyen parte de una tradición interpretativa acumulada gradualmente en el tiempo y que sirve de puente al abogado intérprete para darle vida aquí y ahora a un texto cuyo sentido originario quedó en un pasado fuera de su alcance. Ambas perspectivas son útiles para nuestro propósito de comprender que *hace* el abogado al interpretar la ley. Como decía más arriba, son dos caras de la misma medalla: entender y darse a entender; hermenéutica y retórica. Menciono esto porque hay de cuando en vez pugnas inútiles entre intelectuales acerca de la primacía de una u otra para explicar una multiplicidad de fenómenos culturales. La disputa en nada afecta a nuestra pesquisa.

(b) *En tanto el razonamiento demostrativo busca trasladar a las conclusiones el valor de verdad que se atribuye a las premisas, la persuasión busca trasladar a las conclusiones la adhesión que su auditorio tiene por las premisas.*

Ya vimos que el razonamiento demostrativo busca la validez universal deduciendo lógicamente la conclusión a partir de determinadas premisas, en tanto que la persuasión busca lograr el acuerdo de un auditorio específico. Consecuencia de esto es que, mientras quien razona demostrativamente sólo se ocupa de trasladar lógicamente a las conclusiones el valor de verdad que se atribuye a las premisas, quien persuade necesita trasladar a las conclusiones *la adhesión* que su auditorio tiene por las premisas. Los medios para hacer lo uno y lo otro no son iguales, circunstancia que marca entonces fuertemente aquello que *hace* el abogado cuando interpreta la ley. En efecto, lo que el abogado hace está al servicio de trasladar adhesión a sus conclusiones, que es un hacer diferente al hacer meramente demostrativo.

Aclaremos de inmediato un punto. El abogado a menudo plantea su posición en una forma demostrativa, por la sencilla razón de que dicha forma suele tener un fuerte efecto persuasivo. No de otro modo se explica el esfuerzo del abogado, que anteriormente hemos descrito, por adaptar narrativamente los hechos a las hipótesis de hecho de los textos legales, y por adaptar interpretativamente el sentido de las disposiciones legales, todo para después *presentar* su planteamiento en una forma silogística basada en que la situación concreta queda clara y plenamente *comprendida* en la ley.

Ilustremos lo dicho con algunos ejemplos, conocidos por todo abogado, de la diferencia entre lograr adhesión y lograr validez lógica:

—Es posible que el auditorio acepte la validez lógica (real o aparente) de cada uno de los pasos inferenciales que han conducido desde premisas aceptadas hasta la conclusión, y que sin embargo no sienta adhesión alguna por la conclusión sino tal vez rechazo por parecerle aberrante para el caso concreto en cuestión. Lo más probable en tal caso es que el auditorio revisará su aceptación inicial de las premisas y la

matizará de modo que ya no conduzca a aceptar la conclusión indeseada. Habrá operado una suerte de *reductio ad absurdum* retórico³⁷. Esto no es novedad para el abogado: él bien sabe que un tinterillo hábil, por silogístico que sea su aspecto, no basta para persuadir a un auditorio que por otros motivos rechaza una conclusión. Es así, entonces, como a menudo el abogado debe apoyar sus presentaciones demostrativas con herramientas diferentes a la mera lógica deductiva.

—El uso de imágenes incisivas, memorables, es totalmente ajeno al proceso de inferencia lógica demostrativa, pero extraordinariamente pertinente al proceso de generación de adhesión. Cualquier abogado recordará haber empleado imágenes como parte de su argumentación, típicamente ejemplos verosímiles que realzan de manera extrema el absurdo de la posición contraria a la defendida.

—El carácter liviano del texto interpretativo es a menudo importante. No, por cierto, en el sentido de que sea superficial, sino en cuanto a no ser innecesariamente denso, detallista o lisa y llanamente aburrido. Nada nuevo bajo el sol para el profesional. El auditorio es humano, con limitadas capacidades de concentración y limitada disponibilidad de tiempo y paciencia. Esto hace normalmente conveniente, por ejemplo, que los planteamientos desarrollados por el abogado no contengan con absoluto rigor *todos* los pasos de su razonamiento. Si los contuviera *todos*, el texto (escrito o hablado) sería varias decenas de veces más largo y, por lo mismo, inconducente para lograr la adhesión de un auditorio que ya se desconcentró antes de leer o escuchar la primera mitad³⁸. Es así como el abogado normalmente detallará en su razonamiento interpretativo ciertos pasajes de especial dificultad, pero saltará de afirmación infun-

dada en afirmación infundada en todo aquello que sabe o estima que el auditorio aceptará sin necesidad de mayores explicaciones.

—El abogado sabe que *el orden* en que presente sus argumentos, narraciones, imágenes y demostraciones es fundamental en lo referente a lograr la adhesión de su auditorio. Importan el ritmo que impide aburrimiento, las sorpresas o el suspenso enganchador de atención. El diseño global del texto debe estar bien calculado en este sentido. En el razonamiento demostrativo, en cambio, no tiene incidencia alguna el orden de las afirmaciones que lo componen, con tal que queden todas demostradas al final del recorrido. (En el contexto de nuestra preocupación central acerca de lo que el abogado *hace* cuando produce una interpretación, es importante destacar el carácter *literario* más que *lógico* de estas virtudes de liviandad, uso de imágenes, ritmo, de las cuales normalmente se preocupa el profesional³⁹).

—En tanto en el contexto de un razonamiento demostrativo las definiciones son meramente convencionales, las definiciones ofrecidas en un proceso de persuasión conllevan una interpretación de la realidad, pertinente para que la conclusión a alcanzarse sea más fácilmente aceptada por el auditorio. En efecto, en el contexto del raciocinio demostrativo, la definición no es más que una nomenclatura económica que ahorra tinta y saliva y que no tiene poder alguno para afectar las conclusiones de la demostración que seguirá después. Así, por ejemplo, dos matemáticos acordarán que “primo” significa un número natural divisible solamente por sí mismo y por el número uno. De este modo, se puede después en la demostración utilizar una sola palabra en lugar de doce para hacer referencia a ese tipo de número. En nada afecta esta abreviación lo que se puede o no se puede demostrar de esos números. El abogado, en cambio, puede influir enormemente en la adhesión que el auditorio dará a sus planteamientos si ha definido adecuadamente expresiones como “libertad”, “buena fe”, “democracia”. Sus definiciones pueden llevar de contrabando parte importante de su argumentación.

37. Digo “una suerte de” reducción al absurdo “retórico” ya que, en rigor, la reducción al absurdo es una herramienta de inferencia lógica que sólo tiene cabida en sistemas demostrativos formales, y no en el razonamiento informal en lenguaje corriente.

38. En su *Principia Mathematica* Bertrand Russell no se salta ni un solo paso inferencial en sus demostraciones. Era necesario dada la finalidad que perseguía (a saber, *demostrar* que la matemática es una extensión de la lógica). Pero la lectura de sus mil quinientas páginas es tan apasionante como leer la guía de teléfonos.

39. Para un interesante análisis de ellas refiero al lector a las *Seis Propuestas para el Próximo Milenio*, de Italo Calvino.

—El papel que juegan en la persuasión elementos como las imágenes, la ordenación de los planteamientos, las definiciones, hacen fácil comprender por qué mientras en el contexto de un razonamiento demostrativo las inferencias son o bien correctas o bien incorrectas, en el contexto de la persuasión los argumentos son fuertes o débiles, pero no necesariamente correctos o incorrectos.

Antes de seguir adelante, conviene dar un paso adicional para precisar qué es este tratar de persuadir que realiza el abogado. Acabo de presentar una descripción comparativa entre ese hacer del abogado que es tratar de persuadir y ese otro hacer que es tratar de demostrar. Ante este paralelo, los estudiosos de la lógica argumentativa o informal (entre ellos Robert Alexy) bien podrían objetar que he escogido dos extremos, a saber, *tratar de demostrar* y *tratar de persuadir*, sin tomar en cuenta una acción intermedia que sería *argumentar*, en cuyo ámbito se ubicaría la interpretación jurídica. En efecto, tomé los dos extremos para mejor ilustrar, con la ayuda de un contraste fuerte, la naturaleza de ese tratar de persuadir que realiza el abogado. Ahora, sin embargo, haciéndome cargo de esta muy probable y natural objeción, podré consolidar el planteamiento acerca de la naturaleza de la actividad persuasiva del abogado. Lo que supuestamente estaría en juego es que, por una parte, la *argumentación* es un discurso que tiene una pretensión de racionalidad lógica, aunque ésta sea informal. Podríamos decir que la argumentación busca la convicción racional. Por este motivo, la argumentación podría servir de instrumento conducente a la *respuesta correcta*, como lo pretende Alexy, ya que la racionalidad lógica no debiera poder conducir el pensamiento a conclusiones contrapuestas. En cambio, ese discurso más amplio que busca la adhesión del auditorio “empleando los medios disponibles de persuasión”⁴⁰, es lo que se conoce como *retórica*. La retórica engloba a la *argumentación*, pero difiere de ella por su mayor amplitud de recursos tales como, por ejemplo, el uso de definiciones, de imágenes, de sorpresas, de ritmos. A su vez, la presencia de estos recursos

40. Aristóteles, Retórica. Libro I, 1355.

adicionales crea esa frontera poco definida y resbalosa entre persuasión y engaño con la cual se suele asociar a la retórica; crea esa facilidad con que pareciera poder pasarse de *convencer* a *seducir*. Y, en lo que atañe a un planteamiento como el de Alexy, la seducción obviamente no sería un instrumento idóneo para alcanzar la única respuesta correcta, sino tal vez todo lo contrario, como pudiera leerse en la historia desde que en el primer ejercicio de retórica se dijo a Eva y Adán “seréis como Dioses”. Pues bien, el discurso con que el abogado trata de persuadir a su auditorio es retórica.

Al respecto, es importante notar que, como hemos indicado, lo que el abogado en el hecho *hace* incluye tratar de lograr el acuerdo de un auditorio *específico* e incluye tratar de trasladar a las conclusiones propias la *adhesión* que el auditorio tiene por sus propias premisas.

El carácter específico del auditorio del abogado hace patente una diferencia fundamental entre lo que *hace* el abogado y el ideal racional que busca la argumentación. En efecto, la racionalidad de la argumentación se expresa en su carácter *universalizable*. Si el argumento convence, debiera convencer a cualquiera que esté abierto a escuchar y que por ejemplo cuente, como dice Alexy, con una ilimitada carencia de prejuicios. Por lo mismo, quien argumenta, no argumenta para un auditorio específico sino para el auditorio universal. El abogado, en cambio, no busca una aceptabilidad universal kantiana o habermasiana (o Alexyana) para sus planteamientos, sino que busca persuadir al auditorio que lo concierne en el caso concreto. No es efectivo siquiera que *trate*, como tarea incesante y por aproximaciones, lograr argumentos universalizables. Y tampoco parece legítimo decirle al abogado que así actúa, que entonces actúa mal y *debiera* buscar argumentos para un auditorio universal. A tal condena y prescripción, el juez (por tomar como ejemplo una de las funciones posibles del abogado) con justa razón pudiera responder que para hacer justicia aquí y ahora y lograr la paz social que es parte de su función lograr, debe hablarle precisamente a los prejuicios no universalizables de su auditorio, considerando, por ejemplo, en su decisión y en la motivación de ella la historia, costumbres y tradiciones de

su medio. Veremos algo de esto más adelante con ocasión del análisis de algunas sentencias.

La búsqueda de adhesión del auditorio concreto lleva al abogado por caminos que lo alejan del ideal argumentativo. Recordemos, por ejemplo, cómo el abogado inevitablemente construye una narración que se adecue a su planteamiento, lo que no es argumentar sino persuadir mediante una redescrición del mundo acerca del cual, recién después, se va a comenzar a argumentar; recordemos su empleo de imágenes llamativas; recordemos su empleo de definiciones adecuadas, lo que tampoco es argumentar sino persuadir mediante una redescrición de los conceptos con los cuales, después, se va a argumentar. Y difícil sería aquí también condenar al abogado por todo esto y prescribirle que se restrinja a la argumentación racional, considerando que nada hay más humano, liberador y generador de sentido que las reformulaciones de lenguaje y de imágenes con que construimos el mundo. Después veremos algo de esto en las sentencias que serán objeto de comentario.

D. POÉTICA, HERMENÉUTICA, RETÓRICA

Pasemos breve revista al camino recorrido:

—En primer lugar, con la ayuda de un ejemplo tomado del derecho tributario, hemos constatado *la insuficiencia* de que adolecen los planteamientos tradicionales para dar cuenta de la interpretación jurídica *tal como en el hecho se la ve* en la actividad profesional. Además, dejamos sentadas en ese punto algunas dudas acerca de la utilidad de los planteamientos menos tradicionales para explicar la realidad de la interpretación.

—En seguida, como en última instancia una interpretación jurídica es un *discurso* escrito o hablado, notamos que aquello que queremos comprender es un determinado tipo de texto lingüístico. Entonces, dejando momentáneamente de lado el Derecho con ánimo de preparar el camino para el análisis de esos textos que son las interpretaciones jurídicas, observamos como el lenguaje puede tener diversos *usos*, como en

nuestro ejemplo de la oración “Es tuyo” que podía ser usada para hacer una afirmación pero también para hacer una donación. Constatamos, entonces, que para comprender qué significa “Es tuyo” no basta con comprender el enunciado, sino que es necesario comprender *la acción* que ha realizado la persona mediante la formulación de ese enunciado: en un caso afirmar algo, en el otro caso donar algo. Sobre la base del análisis de varios ejemplos como ese, corroboramos que *hablar (o escribir) es sólo parte de una totalidad mayor que es actuar. En consecuencia, es razonable pensar que la unidad susceptible de ser comprendida es la acción completa*, y no tan sólo el enunciado que incluye dicha acción, puesto que de lo contrario estaríamos estudiando ya no todo el fenómeno sino una parcela del mismo, lo que nos impediría alcanzar la comprensión que buscamos.

—Armados con esa conclusión, regresamos al ámbito del Derecho, pero dando ahora una dirección diferente a nuestra pesquisa. Extendiendo lo observado en cuanto a que las oraciones no se comprenden bien por sí solas, sino más bien como parte de una acción mayor de la cual no son sino un eslabón, resolvimos que tal vez aquello a ser comprendido no es solamente la interpretación jurídica sino lo que *hace* el abogado cuando formula una interpretación jurídica. En otras palabras, comprendimos que, para responder a nuestra inquietud sobre la naturaleza de ese discurso que es la interpretación jurídica, hay que mirar *la acción* y no tan sólo el discurso. Nuestra esperanza fue que, al ampliar nuestra atención desde una mera parcela del fenómeno al fenómeno completo, desaparecerían los sinsentidos y las contradicciones aparentes entre teoría y práctica profesional que aquejan a los planteamientos tradicionales.

—En seguida, para comprender esa acción del abogado que interpreta, centramos primeramente nuestra atención en el *contexto* en que actúa el abogado toda vez que interpreta la ley, considerando que una comprensión del contexto en que alguien actúa ayuda enormemente a comprender el sentido de su acción. Observamos que ese contexto incluye la necesidad de definir anticipadamente una preferencia por deter-

minado resultado: incluye la necesidad de dar sentido a circunstancias de hecho que por sí solas no lo tienen; incluye la necesidad de referir la interpretación a una tradición normativa; e incluye la necesidad de persuadir a un auditorio específico en relación con una contraposición de criterios que necesita de decisión de manera inminente. Como era de esperar, el peso de ese contexto hace que *la acción* que realiza un abogado *al interpretar la ley* incluya como componentes definir una preferencia, dar sentido a los hechos, aplicar la ley y persuadir a un auditorio. Este análisis nos permitió transmutar de duda a abierta objeción nuestras aprensiones iniciales acerca de la utilidad de los planteamientos menos tradicionales sobre principios y procedimientos argumentativos que supuestamente nos darían acceso o aproximación a una única respuesta correcta para cada caso.

Y aquí estamos. Sigamos adelante, pero con unas palabras previas de advertencia respecto del sentido de este camino de estudio. Si un aspecto del mundo es complejo —como lo es la interpretación jurídica—, la explicación del mismo también necesita ser compleja, bajo riesgo que una ansiedad excesiva por la simplicidad no arroje sino simpleza. Por lo mismo, no pretendemos estar avanzando con creciente tensión y suspenso hacia una definición lapidaria de “interpretación jurídica”, la cual sería develada al final con tambores y luces. La explicación aquí propuesta está contenida en todo el ensayo, en todos sus ejemplos, observaciones y afirmaciones, que esperamos den herramientas para mejor mirar y pensar las situaciones concretas de interpretación que el abogado puede enfrentar. Por así decirlo; el sentido de hacer este camino no es llegar a algún lugar sino ser más viajado. Lo que sigue, entonces, no conducirá a una escueta fórmula final, sino simplemente a un mayor enriquecimiento de nuestras perspectivas sobre el tema, un nuevo paisaje en el recorrido.

Pues bien, nos acercaremos ahora al tema a la luz de la siguiente afirmación que, como veremos, se apoya en las ideas desarrolladas hasta el momento: lo que el abogado hace cuando interpreta la ley es un ejercicio complejo de poética, de hermenéutica y de retórica. Expliquemos y desarrollemos esta idea.

1. LA GENERACIÓN DE SENTIDO

Hay tres dimensiones, por así denominarlas, en lo que una oración significa: lo que la oración *dice*, lo que se *hace* con lo que la oración dice, y lo que en el hecho *ocurre* con lo que se hace al decir la oración. Apliquemos esto a nuestro ejemplo de la oración “Es tuyo”. La oración *dice* que aquello referido es de tu propiedad. En determinado contexto, lo que el hablante *hace* al decir la oración es una donación. Finalmente, en determinado contexto, lo que *ocurre* con lo que el hablante hizo es comprometer al donatario (por ejemplo al inspector de Impuestos Internos que está conociendo de un asunto que defiende el donante). Notemos que el hablante pudo haber hecho otra cosa al decir la oración, por ejemplo (como habíamos comentado antes) informar al oyente acerca de la propiedad de la cosa. Notemos también que incluso bajo la hipótesis de que el hablante usa la oración para hacer una donación, en otro contexto (por ejemplo si el donatario es un hijo) *lo que ocurre* con lo que hace pudiera ser ya no comprometer al donatario sino acariciarlo psicológicamente hablando.

Como se ve —y esto es lo importante—, sólo el conocimiento de las tres dimensiones nos permite comprender el significado completo de lo acontecido cuando el hablante dijo “Es tuyo”. Cualquiera de las tres que falte, y no habremos comprendido completamente el significado de que el hablante haya dicho “Es tuyo”. En efecto, es distinto el significado de lo acontecido si al decir “Es tuyo” hizo una donación cuyo efecto es comprometer, o hizo una donación cuyo efecto es acariciar, o hizo una donación cuyo efecto es humillar, o hizo una afirmación cuyo efecto es informar, o hizo una afirmación cuyo efecto es censurar (por ejemplo, entre líneas, “finalmente lo heredaste, tú que nunca cuidaste de tu padre enfermo”), etc.

Tradicionalmente se ha empleado este análisis tripartito para analizar *la oración* como unidad de significado.⁴¹ Pero nosotros estamos interesados en comprender una unidad de significado bastante mayor

41. El análisis lo inició J. L. Austin el año 1955 en unas charlas que fueron impresas bajo el nombre de *How to do things with words*. En su léxico, lo que la oración *dice* es su *fuerza*

que la oración, cual es el texto interpretativo jurídico. Apliquemos al estudio del texto interpretativo el mismo enfoque ternario con que se suele abordar el estudio de la oración: más allá de lo que *dice* el texto, centremos nuestra atención en lo que *hace* y, muy especialmente, en *qué ocurre* con lo que hace.

Si tomamos una sentencia judicial, o una petición fundada de dictamen a la autoridad administrativa, o el alegato de una parte en una corte de apelaciones, veremos que con su texto el profesional *dice* que los hechos son tales o cuales, *dice* que el derecho aplicable es el que indica, y *dice* que es de toda lógica concluir lo que se concluye. Ahora bien, si mirando más allá tratamos de precisar *qué hace* el abogado con lo que dice, observaremos lo siguiente. Cuando el abogado cuenta *lo que pasó* (o lo que pasará), para cuyo efecto selecciona los datos que estima pertinentes y los hila en una trama con referencias a motivaciones y relaciones causales, está haciendo una *narración*. Cuando escoge textos legales y jurisprudencia que aduce pertinentes, está explicando cómo la tradición (vale decir las disposiciones legales y la forma en que han sido entendidas) es aplicable a esta situación aquí y ahora. En otras palabras, está haciendo un ejercicio de *hermenéutica*. Y a todo lo largo de su discurso, cuando se adapta al auditorio para lograr su adhesión, escogiendo premisas sobre las cuales apoyarse, dando razones, esgrimiendo imágenes, está haciendo *retórica*. Narrativa, hermenéutica y retórica parecen englobar todo lo que el abogado *hace* con aquello que dice⁴². Finalmente, si buscamos cuál es *el efecto* que el abogado pretende lograr con lo que hace⁴³, veremos que es muy esclarecedor y útil

locucionaria; lo que *hace* es su *fuerza ilocucionaria*; y lo que *ocurre* con lo que hace es su *fuerza perlocucionaria*. Su trabajo fue continuado por un discípulo, John Searle, en *Speech Acts*. Fernando Flores, un alumno chileno de John Searle, aplicó estas ideas con conocido éxito al ámbito ingenieril de la efectividad de la comunicación en el trabajo.

42. En términos de J. L. Austin, y extendiendo sus conceptos más allá de la *oración* al *discurso*, la fuerza ilocucionaria del discurso interpretativo del abogado es tripartita y consiste en narrar, en explicar la vigencia de la tradición y en argumentar.

43. Es decir, extendiendo nuevamente el lenguaje de J. L. Austin, cuál es la *fuerza perlocucionaria* que busca para su discurso.

pensar que ese efecto es que el auditorio encuentre *sentido* a la solución que él propone para la situación concreta. No creo que esto sea sorprendente o novedoso. Nuestra experiencia profesional indica que mayor es la calidad y profundidad que hemos atribuido a las interpretaciones que nos ha tocado examinar o producir, mientras más sentido hayan tenido, habida consideración de los hechos narrados, de las disposiciones legales y jurisprudencia explicadas, y de la fuerza persuasiva del texto. Y, precisamente, las más poderosas herramientas discursivas con que contamos para *dar sentido* son la narrativa, la hermenéutica y la retórica. O, en términos ligeramente más abarcadores cuyo uso justificaré, la *poética*, la hermenéutica y la retórica. Permítaseme una frase de torpe redacción pero útil como síntesis: al *decir* un discurso interpretativo, el abogado *hace* poética, hermenéutica y retórica, *buscando como efecto* que el auditorio encuentre plena de *sentido* la solución que propone para una situación concreta.

Detengámonos un instante en la idea de sentido, para después referirnos a la poética, a la hermenéutica y a la retórica.

Si bien “sentido” es un término multívoco, cuyos diversos significados están complejamente relacionados los unos con los otros, nos alejaríamos inútilmente del propósito de este ensayo si intentáramos explorar el laberinto del sentido del sentido. Pero estoy seguro que el lector entiende de qué habla cuando dice que tal interpretación jurídica que acaba de leer o escuchar tiene mucho sentido o tiene poco sentido. Sin necesidad de que lo pueda precisar o verbalizar, se está refiriendo a cosas tales como encontrar o no encontrar que la solución propuesta encarna bien ciertos valores pertinentes a la situación (digamos, sentido final), encontrar o no encontrar coherencia y armonía entre las partes del planteamiento (sentido estructural), encontrar o no encontrar que lo que se concluye está motivado por la ley y la jurisprudencia (sentido motivacional), etc.

Lo importante a tener presente es que, para el abogado que interpreta la ley, el lenguaje no es un instrumento para comunicar información cuyo uso tendrá por efecto que el auditorio quede informado. Más

bien, para él el lenguaje es un instrumento para producir entendimiento o acuerdo mutuo acerca de qué solución tiene más sentido. Caricaturizando lo dicho, no es que el abogado haga con el lenguaje algo del tipo “yo, erudito en leyes, comunico a usted que para casos como el presente, la ley manda tal cosa”, sino que, más bien, el abogado hace algo del tipo “fíjese usted cuánto sentido tiene mi solución, considerando los hechos (que he narrado), el derecho (que he explicado) y las razones (que he argumentado)”. Es típico que el abogado principiante confunda estos dos usos del lenguaje y se sienta seguro con sólo haber descubierto que la ley dice lo que dice y que eso que dice se aplica directamente a los datos. Sus colegas de mayor experiencia, o los tribunales si nadie lo detiene a tiempo, terminan invariablemente por enseñarle que lo que está en juego es otra cosa; que su solución no tiene sentido; que los tinterillos audaces no conducen a nada; que el servilismo pasivo frente a la letra de la ley tampoco.

Contra lo que aquí se propone, alguien pudiera plantear que el efecto que busca el abogado cuando, al producir una interpretación de la ley, narra, explica y argumenta, no es que el auditorio encuentre sentido en su planteamiento, sino, en definitiva y simplemente, que el auditorio *haga* lo que él le pide. Por ejemplo, que el tribunal falle a su favor o que la autoridad administrativa emita un dictamen. Si bien esto es cierto, es una perspectiva demasiado amplia para la finalidad que buscamos, cual es aclarar la naturaleza de *la acción profesional de interpretar la ley*. En efecto, como es obvio, una perspectiva tan amplia que incluya *todo* aquello que un abogado pudiera llegar a hacer para que el auditorio *haga* lo que él desea, mezcla con su acción de producir un texto interpretativo *otras acciones* que, aunque también pueden llevar al auditorio a actuar como se desea, razonablemente no son parte de la acción de interpretar la ley, como, por ejemplo, negociar un resultado equilibrando conveniencias mutuas, emplear influencias personales o políticas, sobornos o amenazas.⁴⁴ Pareciera, en cambio, que lograr que el auditorio perciba

44. No doy estos ejemplos como casos de prácticas aceptables, sino simplemente para ilustrar

sentido en la solución propuesta es precisamente el efecto que busca el abogado *con la acción de producir un texto interpretativo*.

Ahora, por cierto que si se logra que el auditorio encuentre sentido a la solución propuesta, es altamente probable que éste actuará como el abogado desea. Esto por el estrecho vínculo que existe entre *el sentido y la acción*, vínculo que se da básicamente de dos maneras. Por una parte, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las ciencias, donde nadie nos obliga a concluir apresuradamente cuál fue el comportamiento de las leyes físicas inmediatamente después del Big Bang si es que todavía no hemos acumulado información y análisis suficiente para formular una hipótesis; en Derecho se necesita actuar en un lapso breve (emitir un fallo, hacer una petición a la autoridad, contestar una demanda) a menudo sin contar con toda la información y todo el análisis que en circunstancias menos apremiantes sería posible juntar. El sentido opera en tales circunstancias como un selector de opciones, haciendo posible que se genere preferencia por una alternativa de acción sobre otra, no obstante la ausencia de un real fundamento. El sentido tiene el efecto, en tales casos, de sustituto de la orientación teórica de la acción. Y por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito tecnológico donde, por haber acuerdo previo sobre los fines, es posible preestablecer algoritmos de decisión automática y rápida (como los métodos de investigación de operaciones para encontrar opciones óptimas de acción, por ejemplo, la que sea de menor costo); en Derecho, en cambio, a menudo no hay acuerdo previo sobre los fines buscados, sino, por el contrario, hay fines o valores contrapuestos que hacen necesario justificar la opción a tomar exhibiendo su *sentido* para el caso, porque una solución automática —sin conciencia ni conversación— no produciría normalmente aceptación o sensación de legitimidad de lo resuelto. No siempre el camino más corto entre dos puntos es el más humano.⁴⁵

cómo centrar nuestra atención, no en que el auditorio encuentre sentido a lo planteado, sino en que el auditorio simplemente actúe de cierta manera, nos aleja del fenómeno que queremos comprender, cual es la acción de interpretar la ley.

45. Un importante camino de acción colectiva sin sentido, en cuanto no proviene de la conversa-

En síntesis, si bien el texto interpretativo no tiene el efecto de producir directamente la acción que el abogado busca en su auditorio, sí tiene el efecto de que el auditorio encuentre *sentido* a su planteamiento, lo que, por el vínculo estrecho que existe entre sentido y acción, muy probablemente tendrá como posterior consecuencia la acción deseada.

Comentemos ahora qué son aquella poética, aquella hermenéutica y aquella retórica con que el abogado produce el sentido que su auditorio ha de percibir en la solución que él propone. En el camino pongamos especial atención al tenso equilibrio que, tanto en poética, en hermenéutica como en retórica, se produce entre la conservación y la innovación, entre la copia y la creación. Dentro de esa zona de equilibrio se gesta el *sentido* y, por lo mismo, el carácter *aceptable* de la solución que propone el abogado.

2. POÉTICA: DAR SENTIDO A LOS HECHOS

De más está decir que los hechos son el suelo sobre el cual se discute el derecho aplicable, y de ahí su importancia en nuestra investigación. Pero ya hemos visto que los hechos no son un dato originario. Lo que pasó es siempre *contado* por alguien, aunque sea para contárselo a sí mismo conforme a cómo lo entendió. Y para ese alguien no todos los datos cuentan ya que hay una estructura previa de sentido desde la cual el narrador decide qué datos han de ser contados y cómo. Junto con ser seleccionados los datos que cuentan, ellos se hilan sobre la base de categorías de la acción humana que nos resuenan, tales como proyecto, intención, motivo, circunstancia, obstáculo, oportunidad, adversario, colaborador, conflicto, cooperación, éxito, fracaso. Es este *entramado*

ción acerca de los fines sino de un automatismo, es la acción mecánica que resulta de la operación del mercado, donde un cálculo de precios indica a los productores qué producir, a los consumidores qué comprar y a los dueños de capital dónde invertir. Le hace contrapeso la acción de las instituciones políticas y, en general, de las organizaciones de la sociedad civil, la cual sí se apoya en algún *sentido* debatido y compartido de cohesión social, cooperación y solidaridad que, entre otras cosas, puede llevar a que se produzca lo que una mecánica de precios desaconseja, o a que se prohíba o regule el consumo de, o la inversión en, aquello que un cálculo de precios haría posible.

de datos selectos, sobre la base de categorías como las indicadas, lo que forja el *sentido* de lo narrado, que es diferente a lo que pueda ser su mera *referencia*. Las narraciones de Genaro Arriagada en “Por la Razón o la Fuerza: Chile bajo Pinochet” y de Julio Canessa en “Pinochet y la Restauración del Consenso Nacional”, ambas refieren datos del año 1973, pero con un sentido diferente resultante de sus respectivas selecciones de lo que cuenta y se cuenta, y de la forma de entramarlo. En su respeto por los datos y por las categorías típicas de la acción, una narración constituye una copia o imitación de las acciones de los hombres. Pero en la inevitable opción de entre infinitas posibilidades de selección y entramado de datos y categorías, la narración no puede sino ser creativa⁴⁶.

Si el abogado, entonces, ha de lograr que el auditorio perciba sentido en sus planteamientos acerca de cómo ha de aplicarse el derecho a determinados hechos, debe lograr —entre otras cosas— que los hechos sean vistos con el sentido que él ve en ellos, lo que no depende sólo de los datos referidos, no obstante que éstos han de ser respetados como algo dado, sino que depende de manera muy importante de la forma de entamar una selección de ellos. Es esta labor, a la vez imitativa en su respeto por los datos referidos y las categorías de acción de común aceptación, y creativa en la selección y entramado de esos materiales, la que Aristóteles trata en su *Poética*. En la composición de un texto narrativo, Aristóteles ve tanto un acto de imitación (mimesis) de las acciones de los hombres, como un acto de creación (poiesis). Un exceso de celo imitativo quita sentido al texto convirtiéndolo en una mera crónica exhaustiva y agotadora. Un exceso de celo creativo (por ejemplo el eclipse

46. Una muestra de las posibilidades creadoras de sentido de la narración es el uso que de ella hacemos para contar y recontar nuestra vida personal de modo que sea más llevable, o el uso que hacen de ellas los países y las etnias para contar sus historias nacionales de modo que sean nobles, heroicas y hasta mesiánicas. En un ámbito más técnico propio del derecho tributario, la narración que da sentido de negocios a una secuela de actos realizados por una empresa es lo que se conoce como *razón de negocios*. Si la secuela de actos se ha traducido en una menor tributación, la razón de negocios contribuye enormemente a que los hechos cobren sentido, no como un fraude cuyo único propósito fue evitar impuestos, sino como un legítimo negocio que tomó, de manera natural, una forma en que sucede que los impuestos son menores.

para explicar la caída de Allende) quita sentido al texto alejándolo de la realidad⁴⁷.

3. HERMENÉUTICA: DAR SENTIDO A LA TRADICIÓN NORMATIVA

Así como los hechos son importantes para el abogado, también lo es obviamente el Derecho. Y en relación con el Derecho, el problema es nuevamente el mismo: así como los hechos no están dados, tampoco está dado el Derecho⁴⁸. No está dado el Derecho porque hay siempre una *distancia* entre, por una parte, el contexto en que se elaboró la disposición legal, la decisión jurisprudencial o la doctrina pertinente y, por la otra, el contexto en el cual ahora se pretende aplicar esa disposición legal, decisión jurisprudencial o doctrina. El problema hermenéutico radica en cómo el intérprete puede comprender un texto (disposición legal, jurisprudencia, doctrina) que fue elaborado en otro contexto que le es irremediamente ajeno, y *darle sentido* en su propio contexto del aquí y ahora. En este esfuerzo, el intérprete buscará nuevamente un punto de encuentro entre la conservación y la innovación; entre la imitación y la creación. Aclararé lo dicho con algunos ejemplos:

Será ilustrativo comenzar con un ejemplo proveniente de un ámbito diferente al Derecho. Aquí el texto a ser interpretado es la partitura de un concierto de Juan Sebastián Bach, y el intérprete es un director actual. El director querrá a la vez, por una parte, rescatar la tradición —ya que de presentar a Bach se trata— y, por la otra, dar a la música vida para su auditorio contemporáneo y para él mismo. Usando nuevamente el lenguaje de Aristóteles, en cuanto al rescate de la tradición el director buscará una cierta *mimesis* (imitación) de cómo se tocaba un concierto

en el siglo dieciocho, y en cuanto a hacer música viva buscará cierta *poiesis* (creación) para el aquí y ahora de su sala de conciertos.

Supongamos que en su esfuerzo mimético el director no sólo se atenga a la partitura tal como la escribió Bach sino que, como es corriente, busque imitar los sonidos y técnicas musicales de la época. Esto implicará, por ejemplo, que el concierto sea tocado en clavecín y no en piano, en flautas de madera y no metálicas, los instrumentos afinados en 415Hz, o menos, en lugar de 440, y todo conforme a las técnicas de fraseo, ornamentación y articulación que logre deducir de tratados y documentos de la época. Pero notemos que, cualesquiera sean sus esfuerzos, el contexto en que compuso Bach le es irremediamente ajeno; haga lo que haga, no le será posible revivir un concierto del siglo dieciocho. Y esto no solamente porque, a falta de información completa, tendrá que apoyarse en muchas suposiciones acerca de cómo se habría interpretado la música en esos tiempos. En efecto, aun si estas barreras fueran traspasadas, no le sería posible recuperar hoy el contexto de hace doscientos cincuenta años porque no lograría escuchar o hacer escuchar lo que el público del siglo dieciocho escuchó, puesto que tanto él como su público actual simplemente no son personas del siglo dieciocho. Esto significa, por ejemplo, que escucharán a Bach bajo la influencia del hecho que ya han escuchado a Beethoven y a Wagner, a quienes posiblemente perciban como anticipados o anunciados en el concierto de Bach (percepción ésta imposible para un público del siglo dieciocho). Así, también, escucharán la obra bajo el efecto del hecho que hoy se tiene una reverencia por Bach que no se tuvo en el siglo XVIII. El contexto en que Bach compuso le es irremediamente ajeno al director del siglo XX y a su público.

Más aún, una preocupación excesiva por imitar un concierto del siglo XVIII tendría el efecto de que la música pierda sentido. En efecto, si el director exagerara sus esfuerzos por seguir rígidamente los criterios de hacer música que existían en el siglo dieciocho, daría a su interpretación un carácter forzado, enjaulado en reglas, carente de la soltura con que Bach habría dirigido su propio concierto, ya que Bach no habría

47. Este alejamiento de la realidad no implica que lo que es historia pase entonces al ámbito de la ficción, sino que la narración, sea historia o ficción, pierde sentido. La diferencia entre historia y ficción es sutil, porque la ficción también refiere la realidad. Ambas, historia y ficción, requieren equilibrio entre *mimesis* y *poiesis*.

48. No estaba *dado*, por ejemplo, que el Derecho manda que la señora *no* tribute de inmediato por su recién suscrito contrato de arrendamiento a cinco años. En las sentencias que analizaremos más adelante veremos otros ejemplos de cómo el Derecho no está *dado*.

estado tratando de tocar "conforme a las reglas del siglo dieciocho", sino que simplemente habría estado tratando de hacer música (y, más bien, habría estado rompiendo muchas reglas del siglo dieciocho)⁴⁹. Por lo tanto, rescatando lo rescatable de la tradición, el director se ocupará también de hacer música que tenga sentido para un auditorio (incluido él mismo) que es irremediamente del siglo XX y cuya apreciación musical se nutre y no puede deshacerse de la experiencia musical de los últimos dos siglos. En esto su interpretación será creativa.

Notemos, entonces, cómo el director se encuentra en una tensión entre la imitación y la creación, entre la mimesis y la poiesis. En su esfuerzo imitativo, trata de interpretar la partitura lo más fielmente a como fue entendida en un contexto dieciochesco que le es irremediamente ajeno. En su esfuerzo creativo, trata de hacer música que tenga vida hoy. La irremediable ajenez del siglo dieciocho hace que su trabajo hermenéutico se juegue entre una descontextualización del texto musical dieciochesco y su recontextualización en la sala de conciertos moderna. Un exceso de celo imitativo arrojaría una interpretación seca, carente de sentido musical. Pero, por cierto, un exceso de celo creativo arrojaría una música que ya no se reconocería como una interpretación *de Bach*⁵⁰.

No se concluya de este ejemplo, sin embargo, que en música, en derecho, o en cualquier otro ámbito, se necesiten distancias de dos siglos para crear un problema hermenéutico. El problema subsiste igualmente y *siempre*, aun si no hay distancia alguna. O, dicho de mejor modo, *siempre hay distancia* y, por tanto, mediación, interpretación. La hay

49. De hecho, ocurre hoy en día que un exceso de celo imitativo, propio de algunos cultores del movimiento de música antigua en boga estos últimos años, suele arrojar interpretaciones aburridas y carentes de vida. Y, paradójicamente, esa carencia de vida resultante del exceso de celo imitativo hace que la imitación sea mala, pues los conciertos ejecutados en el siglo dieciocho sí tenían vida (aunque esto sea no porque los sonidos que producían los ejecutantes hayan sido otros, sino tan sólo porque el público era otro).

50. Así, algunos acusan de falta de fidelidad a las personalísimas interpretaciones de Bach que hacía el pianista canadiense Glenn Gould. Y casi todos dirían que las versiones jazzísticas de Jacques Loussier con su conjunto *Play Bach* ya ni siquiera son una interpretación de Bach, aunque sea música plena de vida actual.

incluso en la comunicación cara a cara, que uno tendería a suponer directa, no mediada, pura. Prueba de ello los malentendidos, por ejemplo, entre jefe y subalterno donde uno interpretó lo comprometido distinto a como lo interpretó el otro, a pesar del fondo compartido de experiencias pasadas, de intereses comunes, de proximidad física en el momento en que la orden fue impartida y el compromiso aceptado, etc. O los malentendidos de pareja, no obstante que ellos hablan desde el contexto aún más estabilizador de interpretaciones, que es haber llevado una vida en común. En estos casos el problema de fondo es *el mismo* que aquel del concierto de Bach. ¿Cómo así? Recordemos, primeramente, que el problema hermenéutico radica en cómo el intérprete puede comprender un texto (escrito o hablado) que fue elaborado en otro contexto que le es irremediamente ajeno, y *darle sentido* en su propio contexto. A primera vista uno diría, entonces, que no hay lugar para un problema hermenéutico en estos casos de comunicación cara a cara donde los participantes comparten *un mismo* contexto. Lo que pasa es que *no* comparten un mismo contexto.

En efecto, un contexto no es algo dado en el mundo, sino que un contexto es una construcción interpretativa del mundo. El contexto del subalterno incluye un jefe algo histérico, para quien todo es de extrema urgencia, lo sea realmente o no. El contexto del jefe incluye un mercado competitivo donde la velocidad de entrega hace ganar o perder clientes. El lector imaginará toda una gama de malos entendidos posibles dados estos contextos construidos por cada uno para comprender su quehacer laboral. Para enfrentar el problema, cada cual hará su mejor esfuerzo de mimesis y de poiesis; por ejemplo, de colocarse en el lugar (o sea, comprender el contexto) del otro, y a su vez de darle sentido a lo que escucha a la luz de su propia comprensión de lo que acontece en la empresa (o sea, de *su* contexto). Es interesante notar que las comunicaciones más próximas, en contextos más compartidos, carecen de privilegio hermenéutico. En efecto, si bien los contextos más estables (como el laboral o el conyugal) por una parte permiten compartir más datos que debieran ayudar a conciliar interpretaciones de lo que se comunica, por otra parte

permiten sedimentar prejuicios más fuertes respecto del contexto que pueden dificultar el encuentro de interpretaciones. (Tal vez el jefe no es tan histérico y exagerado, pero una relación humana viciada desde hace muchos años hace que esa imagen ya sea parte inamovible de la visión del subalterno y pesará sobre su manera de interpretar muchas comunicaciones). Dan igual los dos siglos. Así como el público contemporáneo escuchará a Bach desde un contexto construido sobre la base de dos siglos de experiencia musical que no es el contexto en que compuso Bach, el marido escuchará a su mujer desde un contexto construido sobre la base de largos años de experiencia conyugal que no es el contexto construido por su mujer y desde el cual ella habla. No hay comunicación privilegiada, ni siquiera aquella cara a cara. *Siempre* hay distancia entre el contexto en que se formuló un texto y el contexto en que éste es interpretado. Siempre existe el problema hermenéutico. En particular, tratándose de la interpretación de una ley, el problema hermenéutico existe aunque el texto legal haya sido promulgado el día anterior; existe aunque el Congreso en pleno, junto con aprobar la nueva ley, le haya coreado al intérprete, cara a cara, todas las razones que tuvo para aprobarla. Como hemos visto, esto es así porque los contextos no sólo son productores de interpretación sino que, además, son productos de la interpretación.⁵¹

51. Permítaseme un *metacomentario* autorreferencial. De más está decir que este carácter interpretativo de los contextos afecta también a todo el sentido de este ensayo en cuanto, para determinar qué hace un abogado al interpretar la ley, me he apoyado en lo que he descrito como “el contexto en que el abogado formula un discurso interpretativo”. En rigor, como acabamos de ver, ese contexto no está *dado* en el mundo del abogado, sino que es una *interpretación* de el mundo del abogado. El apoyo que buscó J. L. Austin en los contextos, para interpretar qué hace el hablante cuando emite una oración (planteamiento de Austin que yo he querido extender, más allá de la oración, al discurso interpretativo del abogado), ha sido criticado por Jacques Derrida en razón del carácter a su vez interpretativo de los contextos. Derrida no resta valor al análisis de los contextos sino que, con mucho sentido común, coloca las cosas en su lugar al dejar en claro que el paso desde el estudio del enunciado al estudio del contexto en que se hace el enunciado no nos da un punto de apoyo arquimedeano para decir con certeza qué significa una oración (o, en nuestro caso, qué significa el discurso interpretativo del abogado), sin perjuicio que con esa ampliación del objeto se enriquezca la conversación sobre el tema. Y, precisamente, no es otra la pretensión de este ensayo, ni podría ser distinta la de cualquier otro ensayo: enriquecer la conversación.

Tomemos como último ejemplo una discusión que ha estado en primera plana en estos días⁵². La ley estableció el año 1976 que “Las nuevas empresas de la gran minería del cobre deberán constituirse como sociedades anónimas”. A su vez, el año 1967 la ley definió como empresas productoras de cobre de la Gran Minería a “las que produzcan dentro del país, cobre ‘blister’ refinado a fuego o electrolítico, en cualquiera de sus formas, en cantidades no inferiores a 75.000 toneladas métricas anuales”. Actualmente hay varias empresas mineras del sector privado, que no están constituidas como sociedades anónimas, y que han superado o están prontas a superar ese volumen de producción. La Comisión Chilena del Cobre (Cochilco) ha enviado cartas a algunas de ellas indicándoles que cumplan con la ley. El contexto en el año 1976 difiere del contexto actual, entre otras cosas, en las siguientes circunstancias: en 1976 todas las sociedades anónimas eran controladas por la Superintendencia, en tanto que hoy existen dos tipos de sociedades anónimas, las *abiertas* y las *cerradas*, estando solamente las primeras sujetas a control de la autoridad; con posterioridad a 1976 se promulgó un Código de Minería que establece, como regla general, que las empresas mineras pueden estructurarse conforme a cualquier tipo legal de sociedad; en 1976 pesaba todavía la idea de que la gran minería debiera “pertener a todos los chilenos”, en tanto que hoy pareciera pesar más la cultura de mercado y libertad empresarial que se ha impuesto durante las últimas décadas. ¿Qué significa entonces aplicar la ley promulgada en el contexto de 1976, a un contexto de 1998? Una primera respuesta, resultante de la simple lectura del texto, sería que las empresas en cuestión debieran transformarse en sociedades anónimas, lo que se cumpliría si se transforman en sociedades anónimas cerradas ya que la ley no distingue. Esta primera respuesta parece no dejar contento a nadie. Cochilco —según se desprende de declaraciones a la prensa— estima que tiene sentido actual aplicar la ley, pero leída en conjunto con el contexto de su promulgación (...no basta tocar las notas de la partitura, sino que ésta

52. Julio de 1998.

debe tocarse en clavecín afinado en 408Hz...), y que de ese contexto se desprende que lo buscado era el control de la autoridad (o tal vez abrir a todos los chilenos la posibilidad de propiedad mediante la bolsa), de modo que para cumplir con la ley las empresas debieran transformarse en sociedades anónimas abiertas. Se ve en esta posición de Cochilco una determinada combinación de mimesis (que las empresas se conviertan en sociedades anónimas) y de poiesis (para que eso tenga sentido hoy debe tratarse de sociedades anónimas abiertas). Las empresas, en cambio, consideran que no tienen obligación alguna de transformación. En el trasfondo pesa enormemente el agua corrida bajo el puente durante más de veinte años: la tradición de respeto a las reglas del juego ofrecidas a la inversión extranjera⁵³, la cultura de no discriminación entre diversas actividades productivas, el principio de libertad de los negocios para organizarse de la manera que estimen conveniente⁵⁴. A la luz de este nuevo contexto cultural, las empresas han buscado leer los textos legales de modo que se concluye que la obligación hoy no existe. Por ejemplo, que el Código de Minería, que aunque es general es posterior, prima sobre la legislación de 1976, que aunque es especial es anterior⁵⁵; o que la ley de 1976 se refiere a “Las nuevas empresas de la gran minería del cobre”, y ninguna de las actuales es “nueva”; etc.⁵⁶. Aquí el as-

53. Circunstancia ésta que pesa especialmente en el caso de El Abra ya que en la oferta de asociación que hizo Codelco a inversionistas extranjeros, nunca se mencionó que a contar de cierto volumen de producción habría de convertirse en sociedad anónima y, de común acuerdo con Codelco, el comprador planificó su proyecto sobre la base de una estructura de sociedad contractual minera.

54. Con la gran excepción del sector financiero cuya estricta regulación ha sido mundialmente asumida por el medio empresarial.

55. He aquí un interesante choque entre dos tópicos mencionados anteriormente en el ensayo: la primacía de la ley especial sobre la general, y la primacía de la ley posterior sobre la anterior.

56. Recordemos en todo caso que, sin perjuicio de los vaivenes hermenéuticos que pueden hacer variar las opciones iniciales, la lectura y presentación de los textos legales que sirven de apoyo a un planteamiento es posterior y está al servicio de la preferencia predeterminada por una solución que tenga sentido. Es así como aquí es fácil visualizar que las empresas afectadas primero han hecho suya la preferencia de entender que la ley no es aplicable (en razón, por ejemplo, de considerar que la vieja norma ha sido políticamente superada, o que es inconveniente para el desarrollo económico del país, o por cualquier otra razón), y en seguida han

pecto poiético de la interpretación pesa al punto de considerarse que simplemente no tiene sentido actual aplicar la ley. No habrá concierto de Bach; se devuelven las entradas⁵⁷.

4. RETÓRICA: DAR SENTIDO AL DISCURSO INTERPRETATIVO

Finalmente, como habíamos destacado anteriormente, los esfuerzos narrativo y hermenéutico del abogado se incorporan a un esfuerzo retórico global destinado a lograr el acuerdo de su auditorio. En este esfuerzo, y tal como ocurre en su actividad poética y hermenéutica, el abogado se encuentra nuevamente en una tensión entre conservación e innovación: entre mimesis y poiesis. Aquello a ser *conservado y recogido* en su discurso es el acervo de creencias, prejuicios e incluso preconcepciones inconscientes, gracias a los cuales su auditorio tiene determinada visión del mundo, de cómo las cosas son, de qué tiene valor. Aquello a ser *creado* es el acuerdo del auditorio respecto de un planteamiento sobre la situación concreta en discusión, situación que muy probablemente el auditorio no había considerado con anterioridad y que incluso pudiera conllevar; al menos a primera vista, un cambio radical respecto de opiniones ya formadas anteriormente en relación con situaciones similares.

Es interesante la dinámica entre el cambio y la conservación en el ámbito de la retórica. Bien sabemos que la retórica puede gatillar revoluciones. Pero, a su vez, todo planteamiento revolucionario necesita apoyarse en creencias y prejuicios bien asentados en su auditorio, bajo riesgo de ser visto no como revolución sino como alienación. En este sentido, bien puede decirse que toda revolución es necesariamente conservadora. Para el abogado esto no es novedad. Los planteamientos más au-

buscado apoyo para esa preferencia en el tópico de ley posterior, o en el hecho que la ley se refiere a nuevas empresas, o en otras consideraciones que se han esgrimido informalmente en los últimos tiempos.

57. No es imposible una situación parecida en el ámbito musical. Así, por ejemplo, después de la muerte de Bach y hasta la época de Mendelssohn, las obras de Juan Sebastián Bach prácticamente no tuvieron difusión. Hacia fines del siglo diecinueve no había más clavecines que en los museos y nadie recordaba cómo construir uno.

daces siempre deben apoyarse en los más añejos y respetados aforismos jurídicos, principios morales y decisiones jurisprudenciales, sólo que utilizados esta vez de manera ingeniosa como fundamento o motivación de algo novedoso. Un exceso de celo conservador no producirá en el auditorio el cambio de percepción que la situación actual requiere. Un exceso de celo reformador no permitirá al auditorio apoyarse en premisas y prejuicios conocidos y aceptados y, por lo tanto, no logrará su adhesión.

En síntesis, el texto interpretativo de un abogado busca como efecto que el auditorio encuentre sentido a su planteamiento. Con ese fin, el abogado echa mano de tres tipos de uso de lenguaje que son los creadores de sentido por excelencia: la poética, la hermenéutica y la retórica. En el uso de cada uno de estos tres instrumentos el abogado se debate en una tensión entre la conservación y la innovación; entre lo dado (datos, categorías típicas de acción; textos, circunstancias contextuales; prejuicios) y alguna organización creativa de lo dado (entramado de datos selectos; descontextualización y recontextualización de textos; definiciones, imágenes, selección de premisas, razones, etc.) necesaria para arrojar un texto interpretativo pleno de sentido valórico, lógico, motivacional y estructural.

REGRESO A SITUACIONES CONCRETAS

A. GUZMÁN VIUDA DE SHIRIZAWA, BERTA Y OTROS CON EMPRESA DE LOS FERROCARRILES DEL ESTADO

Es peligrosa la comodidad de dejar de lado el análisis de casos concretos y quedarse dormido en el orden y claridad, siempre artificiales, de los planteamientos teóricos. Al fin y al cabo, una teoría no vale más que cada una de sus aplicaciones. Examinemos entonces algunas sentencias, en el curso de cuyo análisis trataré de destacar el poder explicativo de las ideas que hemos venido desarrollando, en contraste con la insuficiencia para estos efectos de los esquemas más tradicionales que suelen manejar los alumnos de nuestras escuelas de derecho.

El 29 de abril de 1934, un tren atropelló y mató a don Carlos Shirizawa. La viuda y los hijos demandaron a Ferrocarriles del Estado, y la empresa fue condenada al pago, a contar del 1° de mayo de 1934, de una renta vitalicia de \$500 para la viuda (y otras pensiones para los hijos). En 1934, la renta mensual de \$500 permitía a la viuda cubrir sus gastos mensuales. En 1961, la renta de \$500 alcanzaba para comprar, por una vez, un poco de pan. En 1961, la viuda y sus hijos demandaron a Ferrocarriles del Estado para que reajustara las rentas vitalicias según

el alza del costo de la vida informado por el Servicio Nacional de Estadísticas. El año 1961 el tribunal de primera instancia dio la razón a la viuda. El año 1963 la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema dieron la razón a Ferrocarriles del Estado y se denegó el reajuste pedido⁵⁸. A la fecha no existía en Chile legislación que impusiera la obligación de reajustar obligaciones de dinero.

La sentencia de primera instancia del juez Ramón Briones Toledo, que acogió la petición de reajuste, contiene los siguientes considerandos que iré comentando en letra cursiva. Al final me referiré en términos globales a la interpretación de la ley propuesta por el juez Briones.

“3° Que el fundamento de la demanda de autos es el hecho de que esa indemnización tuvo por finalidad –lo que no se niega ni discute– proveer a la subsistencia del grupo familiar que quedó en el desamparo económico con el fallecimiento del jefe del hogar, finalidad que se ha visto afectada y burlada por la desvalorización monetaria constante;

Comentario: Este párrafo de apariencia meramente informativa no es inocuo, pero la estrategia de Briones es precisamente que aparezca inocuo. Dice que la demanda se funda en la finalidad que tuvo la indemnización, finalidad que nadie discute, y que dicha finalidad no se ha logrado por causa de la inflación. Hasta ahí el asunto bien pudiera entenderse no atañer a Ferrocarriles del Estado (en adelante “FFEE”) ya que éste cumplió con su obligación, cual era efectuar ciertos pagos. Pero lo que este párrafo hace es dar a entender que FFEE no habría cumplido con la obligación que le impuso el tribunal a contar de 1934, la cual no habría sido pagar determinada suma según le ordenara el tribunal a contar del año 1934, sino que sería “proveer a la subsistencia del grupo familiar que quedó en el desamparo económico”. Nótese que, dentro de la estrategia de “texto meramente informativo e inocuo”, no se enfrenta aquí abiertamente el proble-

ma de si la obligación de FFEE fue pagar una suma de dinero que determinó el tribunal, o si la obligación de FFEE fue hacer que se logre a través de los años la finalidad para la cual se estableció la indemnización, cualesquiera sean las circunstancias externas y posteriores que atenten contra ella. El problema, de hecho, es bastante complejo y no tiene solución obvia. Por ejemplo, ¿si la inflación hubiera sido consecuencia del desastre económico de una guerra, debería también responder FFEE por las penurias que los Shirizawa habrían compartido con todo el resto del país, incluyendo a FFEE? Pero la estrategia de Briones es buena. Al no enfrentar el problema, no muestra flanco atacable. A la vez, da sentido final o valórico a lo que se resolverá: corregir el sinsentido de una indemnización que no sirve para lo que fue concebida. De más está decir que la selección de palabras es conducente a lo que busca: “desamparo” inspira lástima; “burlada” insinúa que alguien es el burlador, ya que en el uso normal del lenguaje los hechos de la naturaleza (o de la economía) no burlan a nadie; un terremoto no burla mis derechos sobre mi casa, en tanto que un estafador, sí.

5° Que, sin embargo, la empresa demandada ha pedido el rechazo de la demanda, con costas, argumentando fundamentalmente con la excepción de cosa juzgada...;

Comentario: La expresión “sin embargo” completa el vínculo antes insinuado que tendría la desvalorización monetaria, por una parte, con las obligaciones de FFEE, por la otra. En efecto, “sin embargo” sugiere que FFEE ha pedido el rechazo de la demanda a pesar de ...¿a pesar de qué? Pues, a pesar de haber debido aceptar la demanda por ser ella la responsable de tener a los Shirizawa en el desamparo.

6° Que esta excepción debe ser rechazada. Al oponérsela se hace, a juicio de este tribunal, un enfoque equivocado de la presente controversia. No hay fallo alguno que se haya pronunciado sobre el derecho de los demandantes al reajuste que ahora pretenden. Esta cuestión no fue

58. Guzmán viuda de Shirizawa con Empresa de Ferrocarriles del Estado. Corte de Santiago 19/6/63. Casación Fondo 23/12/63. RDJ, Tomo 60, Secc 1°, Pg. 407.

resuelta por el fallo anterior, y no pudo serlo, puesto que se funda en hechos acaecidos con posterioridad a él. ...Pero acá se promueve un asunto nuevo, el derecho al reajuste. La causa de pedir no es la misma. Allá lo fue el hecho ilícito. En el presente caso la revalorización de la moneda. Ni es la misma la cosa pedida. Allá lo fue una prestación indemnizatoria. En estos autos lo es el ajuste numérico, conforme a la fluctuación de la moneda, de la prestación ya decretada.

Comentario: Aquí Briones hace un doble juego. Si atribuye las penurias de los Shirizawa a los vaivenes de la economía, y no a FFEE, entonces sin perjuicio de ser reales esas penurias, no sería FFEE responsable de ellas. Por eso Briones ha insinuado que FFEE es la responsable de las penurias de los Shirizawa. Como esta responsabilidad no puede sino provenir del accidente ferroviario, FFEE alega, con razón, que sus obligaciones nacidas de ese accidente ya fueron determinadas por un tribunal hace décadas y que, por tanto, hay cosa juzgada sobre ello. Pero entonces Briones cambia de postura y ahora dice que lo pedido por los Shirizawa no nace del accidente ("el hecho ilícito") sino de la revalorización de la moneda.

8° Que así sólo resta ver si la acción instaurada es o no procedente en derecho. La empresa demandada ha dicho que esa acción no tiene asidero alguno en la legislación positiva nacional vigente. Es cierto. Pero ella ha importado promover una cuestión contenciosa que ha de decidirse aunque no exista una ley expresa que la resuelva.

Comentario: Aquí se parafrasea mañosamente la afirmación de Ferrocarriles del Estado acerca de no tener el pedido de reajuste "asidero alguno en la legislación". No es lo mismo que la petición no tenga asidero y que la ley no resuelva el caso. Bien puede sostenerse que lo pedido no tiene asidero legal alguno precisamente porque la ley resuelve el caso en sentido contrario al no establecer derecho a reajuste. Pero la estrategia de Briones es buena en cuanto pretende abrir las puertas a una decisión en equidad por falta de ley. Los párrafos que siguen desarrollan esta idea.

Pues semejante caso se admite y se contempla en nuestro ordenamiento jurídico desde que el legislador procesal prescribe que en toda sentencia definitiva debe contenerse la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo (artículo 170 N°5, del Código de Procedimiento Civil). Ahora bien, si la equidad sola puede fundamentar un fallo, el caso de autos es un ejemplo típico de aplicabilidad de ese predicamento. Pues no podría sancionarse, a pretexto de no haber al respecto ley positiva, la injusticia de que han resultado víctimas los demandantes al operarse la disminución del valor adquisitivo de las pensiones que obtuvieron por fallo judicial como reparación del daño que les irrogó la muerte, en un accidente, del jefe de la familia que formaban.

Comentario: La referencia arriba a la "injusticia" y más abajo a "un sarcasmo" dan fuerza al planteamiento, a pesar de que en ninguna parte se explica por qué habría de ser FFEE responsable por esta injusticia y sarcasmo resultante de la inflación.

El monto de la pensión vitalicia indemnizatoria que cobra actualmente la demandante doña Berta Guzmán —quinientos pesos al mes— constituye un sarcasmo. Si no puede responsabilizarse a los particulares del agudo proceso inflacionario ni de la falta de solución legislativa a sus desquiciadores efectos en la vida económica, pueden y deben los tribunales, como órganos destinados a dar aplicación al derecho, otorgar protección jurídica, restablecer la normalidad en los casos que se someten a su veredicto y que, como el presente, tienen su sustentación en los principios de equidad más elemental. Por último, ésta debe apreciarse también en relación con la situación de enriquecimiento sin causa que en el hecho está favoreciendo injustamente a la empresa demandada, pues, refiriendo esta reflexión a la pensión que está pagando a doña Berta Guzmán, el dinero que le entrega no es en realidad sino una proporción ínfima de la cantidad que se fijó en la sentencia en relación con el valor de cambio del dinero en esa fecha, o, dicho de otro modo, la demandada está conservando en su patrimonio casi todo ese valor, que, por el contrario, desembolsaría íntegro si no se hubiera producido el fenómeno de la depreciación monetaria;

Comentario: Este es el único argumento con que Briones enfrenta abiertamente la posición de FFEE, contraria a la suya. Sin embargo, este argumento del enriquecimiento sin causa de FFEE es débil por sí solo (y, de hecho, apenas se esboza), pero cobra fuerza en el contexto de todas las imágenes y sugerencias anteriores que han preparado el ambiente para que aparezca inaceptable que FFEE, responsable del desamparo de los Shirizawa y burlador de sus derechos de indemnización, más encima se enriquezca a costa de ellos. La debilidad del argumento por sí solo queda de manifiesto si pensamos en cuál sería la reacción del auditorio ante el mismo argumento si, en un escenario de deflación, lo hubiera esgrimido FFEE contra los Shirizawa para que le devuelvan varios años de indemnización excesiva con la cual se habrían enriquecido sin causa.

Por estas consideraciones, y de acuerdo con los artículos 1599, regla 4° y 1700 del Código Civil; 10 del Código Orgánico de Tribunales, y 160, 170 y 342 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar a la demanda... . Ramón Briones Toledo.”

Comentemos ahora en términos más amplios el fallo del juez Briones, a la luz de las perspectivas acerca de la interpretación jurídica contenidas en este ensayo.

En primer lugar, es un caso de interpretación jurídica y, por tanto, un caso del cual debe ser capaz de dar cuenta cualquier planteamiento teórico acerca de lo que es la interpretación jurídica. De hecho, es un caso bastante apreciado por los comentaristas. Así, por ejemplo, nuestro distinguido tratadista Fernando Fueyo Laneri se refiere a esta sentencia en los siguientes términos: “Es innegable el mérito inapreciable de esta sentencia en los albores de la evolución jurisprudencial pertinente”⁵⁹.

En seguida, resulta manifiesta la insuficiencia de las explicaciones

59. Fernando Fueyo Laneri. “Corrección Monetaria y Pago Legal”. Editorial Temis. Bogotá, 1978. Pg. 48.

tradicionales acerca de lo que es la interpretación jurídica para explicar qué hizo el juez Briones. Por ejemplo, no se ve en los considerandos que Briones haya hecho un esfuerzo por reconstruir el pensamiento del legislador en materia de reajustes, como lo requerían Luis Claro Solar, Alessandri y Somarriva. Tampoco hubo en esta sentencia un mero intento de “aprehender intelectualmente el exacto contenido de todos y cada uno de los elementos” de la norma para descubrir descomprometidamente quién es el sujeto pasivo, cuándo queda obligado, qué prestación se le exige a favor de quién, como se desprende de aquel texto antiguo de Jorge Streeker. Tal mero intento bien podría haber llevado a la conclusión de que, conforme a los textos legales vigentes, FFEE no es sujeto pasivo de obligación alguna por el hecho que en Chile haya existido inflación, como de hecho concluyó después la Corte de Apelaciones. Menos aún hubo de parte de Briones un proceso de determinación del verdadero significado de la norma general, y posterior extracción deductiva de la norma particular para el caso, como diría Pablo Rodríguez. De hecho, la *norma general* en ese momento era la no reajustabilidad de las obligaciones. En efecto —y ésta es la raíz de que no sean aplicables los criterios tradicionales—, no se percibe en esta sentencia que Briones se haya acercado a la ley descomprometidamente, dispuesto a *descubrir* con asombro qué ordena la normativa vigente para una situación como la de Shirizawa y comunicarlo a las partes. Tampoco se ve que, ante una aparente insuficiencia de las disposiciones legales para permitirle llegar a la conclusión que a él parecía razonable, Briones haya encontrado un *principio rector* que conduzca inevitablemente a su conclusión. En efecto, como se ha anticipado en los comentarios ya efectuados al fallo, el principio de enriquecimiento sin causa por sí solo no bastaba para imponer la conclusión. Además, como se verá algunos párrafos más abajo, concurren otras consideraciones⁶⁰ cuyo peso relativo frente al principio de enriquecimiento sin causa no resulta claro y que, de hecho, recibieron de parte de la corte de apelaciones una ponderación mayor a la que les dio Briones. Tampoco se ve que Briones haya establecido una

60. Que Dworkin no llamaría *principios* sino *políticas* (policies).

estructura argumentativa apoyada en inferencias universalizables. Por el contrario, hemos visto su juego retórico con imágenes, cambios de postura y, en general, un uso del lenguaje tal vez persuasivo pero no precisamente constitutivo de argumentaciones racionales universalizables. En particular, sin que nadie dude de la efectividad de las penurias de los Shirizawa resultantes de los acontecimientos económicos ocurridos en el país, no establece el fallo una inferencia racional (y, por tanto, universalizable) que nos lleve de esa circunstancia a la conclusión de que dichas penurias son responsabilidad de FFEE y, por tanto, crean para la empresa una obligación. Tampoco desarrolla Briones lo suficiente sus razones para extender el principio de enriquecimiento sin causa a un ámbito como el de la inflación.

En síntesis, pareciera que los criterios tradicionales y también los menos tradicionales no nos son de gran ayuda para comprender qué hizo Briones al elaborar este fallo al que Fernando Fueyo atribuye un “mérito inapreciable”. Veamos ahora cómo nuestro enfoque de lo que es la interpretación jurídica ayuda considerablemente más a entender qué hizo el juez al emitir su texto interpretativo y, consecuentemente, ayuda considerablemente más a entender *qué es* un texto interpretativo.

Resulta claro que Briones, una vez examinado el caso, tuvo una marcada preferencia por un determinado resultado (preferencia que, probablemente, el lector comparte). La preferencia era, claro está, que fuera otorgado el reajuste de las indemnizaciones. Se propuso, entonces, *darle el máximo de sentido a su resolución*, con todas las herramientas de que pudo echar mano.

Con este propósito, comenzó en el tercer considerando narrando la situación de manera claramente cargada en cuanto a su selección de datos pertinentes y a la manera de hilarlos. Recordemos su recuento “objetivo” de que la indemnización tuvo por finalidad proveer a la subsistencia del grupo familiar que quedó en el desamparo económico con el fallecimiento del jefe del hogar, finalidad que se ha visto burlada por la desvalorización de la moneda. Comparemos ahora dicha narración con la siguiente alternativa que Briones pudo haber escogido pero, ob-

viamente, no escogió: “el tribunal estableció una indemnización de tanto dinero, y ha acontecido en Chile una inflación de tanto porcentaje”. Notemos que, en lo que a mera funcionalidad lógica se refiere, esta última narración alternativa habría servido igualmente de apoyo a su único argumento que fue el del enriquecimiento sin causa. Sin embargo es obvio que *el mundo descrito* con su selección de datos y forma de hilarlos es especialmente sugerente en términos de valores, de lo que está mal y debiera estar bien. Él describe un mundo en que un grupo familiar ha quedado desamparado por haber sido el jefe de hogar atropellado por un tren de FFEE y por haber sido burlado después su derecho a indemnización. Esto es diferente a un mundo en que (i) se fijó determinada indemnización y (ii) aconteció (sin burlas ni desamparos) cierta inflación. Notemos cómo la narración de los hechos, si bien no constituye argumentación, tiene una fuerza que puede ser aún mayor que la de la argumentación, porque cambia el mundo sobre el cual se argumenta.

En seguida, si bien su planteamiento es revolucionario para la época, Briones sabe que debe buscar en la tradición asidero para su revolución. Pero antes de entrar en ese punto, y para ilustrar el carácter revolucionario del fallo, es interesante la siguiente descripción que hace Fernando Fueyo respecto de lo acontecido en el Primer Congreso Nacional de Abogados Chilenos ocurrido en el año 1954, donde se analizaron los efectos de la inflación en el campo jurídico: “No debe dejarse de mencionar la luminosa y valiente intervención del distinguido abogado, especialista en cuestiones bancarias y monetarias, don Sergio Vergara Vergara. En una de las sesiones plenarias, siendo aproximadamente las 4 p.m. y desde un ángulo de la sala, lo que le permitía dominar todo el auditorio, expresó más o menos lo siguiente: ‘La solución justa consiste en que las deudas de dinero deben considerarse de valor y, de este modo, deben pagarse reajustadas según el valor real o poder adquisitivo de la moneda de pago, no excluyéndose de esta regla ni siquiera las operacio-

61. Fernando Fueyo Laneri. “Corrección Monetaria y Pago Legal”. Editorial Temis, Bogotá, 1978. Pg. 20.

nes de crédito, inclusive las que se realizan con los bancos comerciales'. Tal vez la trascendente circunstancia de ocupar Sergio Vergara en ese instante el cargo de Gerente General del Banco Sudamericano de Chile, hizo que se mirara con razonable suspicacia la opinión escuchada. Algunos pensamos que la solución aparecía como violenta y aventurada, o al menos no teníamos acomodadas nuestras mentes a esa fórmula tan repentina, aunque estuviéramos orientados hacia un cambio legislativo; otros se limitaron a cruzar miradas acompañadas, las más, de sonrisas sardónicas. Vergara, con todo, se había anticipado justo veinte años, en lo sustantivo, respecto de lo que dispondría más tarde la ley".⁶¹

El juez Briones trató de no correr con su auditorio la suerte que tuvo Sergio Vergara con el suyo, para lo cual buscó en la tradición jurídica algún elemento al cual dar vida en esta nueva situación. Encontró el principio del enriquecimiento sin causa. El principio existe desde el Derecho Romano, y fue empleado inicialmente, por ejemplo, para explicar la obligación de restitución que nace para el que recibe un pago no debido. Recibió después otras aplicaciones consistentes, en términos generales, en que se acepta la existencia de una obligación que no nace ni de un contrato ni de un delito, de cargo de quién se ha enriquecido sin causa a costa de otro. Los contextos anteriores de aplicación de este principio dejaban en claro su aplicabilidad a situaciones de actos entre personas como, por ejemplo, haber recibido una persona una remuneración por un servicio que en definitiva no se pudo prestar. Pero no era en tiempos de Briones (ni tal vez hoy en día) igualmente obvia su aplicación al caso de una obligación pactada entre las partes o fijada por un tribunal, como en nuestro caso y cumplida en los términos en que se pactó o fijó, pero cuyo valor es otro en razón de cambios en la situación económica del país. Briones, en típico trabajo hermenéutico de recontextualización de un principio jurídico extraído de otro contexto, dio nueva vida a este principio al sostener su aplicabilidad al caso. De este modo su revolución se presentaba como simple aplicación de la tradición. Pudo después, entonces, sostener que nuestro Derecho obliga a quien se ha enriquecido sin causa a costa de otro; que precisamente

FFEE se enriqueció sin causa a costa de los Shirizawa; y que, entonces, queda obligada para con los Shirizawa.

Pero recordemos que lo que hacía Briones era, tratar de que su auditorio encontrara el máximo sentido a su planteamiento. Por sí solo, como dije anteriormente, el argumento del enriquecimiento sin causa es débil. Prueba de ello que, si entre los años 1934 y 1961 la moneda chilena hubiera *aumentado* su poder adquisitivo, y FFEE hubiera demandado a los Shirizawa para que devuelvan aquella parte de sus indemnizaciones con la cual se habrían enriquecido sin causa durante ese lapso, no se ve qué tribunal alguno hubiera aceptado semejante pretensión de FFEE. Por lo mismo, un planteamiento frío, abstracto y directo de que los desequilibrios resultantes de la inflación hacen nacer una obligación de pago, de cargo del deudor para con el acreedor, como simple consecuencia del principio del enriquecimiento sin causa, no habría sido conducente a la finalidad de Briones de lograr la adhesión de su auditorio (siendo este auditorio las partes y los tribunales superiores de justicia). Así entonces, Briones elaboró un texto interpretativo que, mediante los artificios narrativos y retóricos que ya comenté en letra cursiva al reproducir los considerandos del fallo, apuntaban a darle sentido valórico a su posición.

Destaca entonces en el texto interpretativo de Briones el peso de su preferencia inicial que hace que su acercamiento a la ley no sea con descomprometido asombro sino con el propósito de hacer prevalecer una conclusión; la narración sesgada de los hechos para dar sentido a dicha preferencia; la búsqueda de apoyo para esa preferencia en la tradición, para lo cual busca darle nueva vida a la tradición mediante un trabajo hermenéutico; y la composición retórica de su texto. Todo ello para que el auditorio encuentre el máximo sentido a su opción.

¿Qué es entonces la interpretación jurídica? Cualquier respuesta a esta pregunta debe ser capaz de explicar el texto de Briones. La idea de interpretación jurídica desarrollada en este ensayo explica el texto de Briones.

En el año 1963, la corte de apelaciones revocó el fallo del juez Briones, dando razón a FFEE. Comentaremos en seguida esta sentencia.

Pero antes, conviene hacer algunas aclaraciones de carácter general que confirmaremos con el análisis de la sentencia.

Este fallo de la corte de apelaciones es particularmente interesante por lo engañoso para efectos del análisis de lo que es la interpretación jurídica. A diferencia de la situación del juez Briones, que se encontraba ante un medio cultural adverso a su planteamiento (recordemos lo ocurrido en el Congreso de Abogados) y por esa misma razón con un problema de poco apoyo aparente para su tesis en los textos legales, los ministros de la corte estaban frente a un medio favorable a lo que sería su conclusión y por esa misma razón sin un problema de textos legales que apoyen dicha conclusión. Por así decirlo, lo que para Briones constituía un caso “difícil”, para la corte (dada su posición sobre el tema) era un caso “fácil”. Un caso es “fácil” o “difícil” *para un determinado planteamiento*, según sea el mucho o poco sentido que el auditorio encuentre o no encuentre de antemano en ese planteamiento. Por así decir, lo “difícil” o “fácil” no es tanto el caso como su entorno. En particular, que sea un *problema* para un planteamiento la falta de apoyo que se encuentre a primera vista en los textos legales, depende en gran medida de si el caso es “fácil” o “difícil” para ese planteamiento. Así, por ejemplo, en nuestro caso del arriendo a cinco años, a pesar de que todos los textos legales apuntan a primera lectura en dirección contraria a la conclusión buscada, no estamos ante un *problema* de falta de apoyo en los textos para sostener que la señora no ha de tributar hoy por cinco años de rentas. Si en estas favorables condiciones tuviéramos necesidad de producir un “fundamento” en las disposiciones legales, podríamos sin mayor dificultad echar mano de alguna de varias alternativas de “justificación” como aquella que a modo de ilustración pusimos en boca del abogado que realizaba un “debate interior”. Un auditorio de antemano comprensivo con la postura no pondría demasiadas dificultades para otorgar su acuerdo.

El carácter “fácil” o “difícil” de un determinado planteamiento afecta obviamente la estrategia y el estilo del texto interpretativo, ya que es diferente lo que se requiere para adaptarse a un auditorio de antemano convencido o a un auditorio de antemano adverso. En el caso en estudio,

el hecho de contar con un medio más favorable que el de Briones hizo que la corte escogiera una estrategia textual que, *a primera vista* (pero sólo a primera vista), hace parecer que su interpretación se sujeta a los criterios más tradicionales de lo que es la interpretación jurídica. El fallo da la impresión que los ministros conocieron los hechos *dados, descubrieron* en la ley los textos aplicables y con descomprometida e impecable técnica aplicaron el derecho a los hechos. Sin embargo, como veremos, lo que aquí ocurrió es que la corte consideró particularmente eficaz *para la generación de sentido* para a su preferencia un determinado *estilo* narrativo y retórico. Concretamente, la corte optó por un estilo de marcada apariencia objetiva, que busca que el texto irradie sentido *técnico*. Esta opción es típica de planteamientos en entorno fácil.

Interesaban estos párrafos aclaratorios porque el lector pudo haber pensado en algún momento que el planteamiento de este ensayo acerca de lo que es la interpretación jurídica sería aplicable sólo a casos “difíciles” en que hay ausencia de textos legales para defender una conclusión o en que ella no cuenta con una tradición de apoyo. No es así: la interpretación jurídica es *siempre* un ejercicio de poética, de hermenéutica y de retórica. El carácter “fácil” o “difícil” del caso respecto de una posición no elimina la necesidad de contar los hechos o de componer un texto persuasivo, sino que simplemente marca *el estilo* con que se cuentan los hechos y se compone el texto persuasivo a fin de dar sentido al planteamiento tomando en cuenta la predisposición del auditorio. Tendremos oportunidad de ver un ejemplo extremo de esto con ocasión del caso que analizaremos después de *Shirizawa*.

Paso a comentar los principales considerandos del fallo.

“6° Que para seguir un orden lógico se considerará en primer término la excepción de cosa juzgada,...

8° ...o sea, que resulta inconcuso que actualmente se persigue solamente reajustar el monto de obligaciones que tuvieron como fuente el hecho ilícito de un dependiente de la empresa demandada. La alteración de la cuantía de las prestaciones determinadas por aquella sentencia, que es, indiscutiblemente, lo que ahora se persigue, importa en el hecho

pretender de nuevo que se determine la indemnización por los perjuicios sufridos por los demandantes, con motivo de la muerte de don Carlos Shirizawa;

Comentario: Es interesante contrastar el lenguaje de esta sentencia con aquel que empleó el juez Briones. Aquí ya no hay referencias al desamparo de una familia o a la burla de sus derechos, sino un lenguaje de apariencia abstracta y técnica. El uso de semejante lenguaje es una estrategia típica de quien trata de apoyar su posición en la forma, vale decir, en textos legales cuya primera lectura tiende a sustentar el planteamiento que se hace⁶². Aquí Shirizawa ya no es el jefe del hogar. Aquí no se menciona el desamparo resultante de la pérdida de valor de la moneda, sino la pretensión de alterar la cuantía de las prestaciones determinadas por la sentencia original. No se piense que el lenguaje es neutro, puesto que no existen los lenguajes neutros. El estilo de apariencia aséptica es –valga la redundancia– un estilo más, cuyo efecto sobre el auditorio es obvio. Digo, además, de apariencia aséptica, porque uséptico no es. Así, por ejemplo, el empleo del término “alteración” sugiere un cambio impropio, una violencia; sugiere perturbación, falsificación, trastorno, más que ajuste, arreglo, precisión. En la frase final del considerando N° 8, que comienza “importa en el hecho pretender de nuevo que se determine la indemnización”, hay también una redacción cargada. Decir “importa en el hecho pretender” conlleva un tono de sorpresa ante la desfachatez de lo pedido. Decir “pretender de nuevo”, sugiere impropiedad, reabrir algo cerrado (y de hecho a eso precisamente apunta la argumentación sobre cosa juzgada), lo cual en el caso no es obvio ya que bien podría pensarse –como lo pensó el juez Briones– que lo que se pretende no es que de nuevo se determine la indemnización sino,

62. Así, por ejemplo, el uso de este tipo de lenguaje constituye una estrategia favorita de quien defiende la legalidad de una planificación tributaria que se apoya en la letra de la ley, pero que es débil en las consecuencias de fondo (que suelen ser que no tribute lo que normalmente tributaría).

por el contrario, recuperar la misma indemnización en términos de su valor. Es importante a este respecto notar cómo la corte no entra en el análisis de esta posibilidad, sino que restringe su planteamiento a las formas. Si la corte estuviera buscando una argumentación universalizable, necesitaría hacerse cargo de este tema.

9° Que, consecuente con lo antes expuesto, fuerza es concluir que ambas demandas, tanto la que motivó la sentencia condenatoria para la Empresa de los Ferrocarriles del Estado en el primer litigio, como la que actualmente va encaminada a alterar el monto de las sumas de dinero ordenadas pagar por aquel fallo, tienen evidentemente un mismo objeto, vale decir, indemnizar los perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte del señor Carlos Shirizawa a consecuencias del accidente ferroviario de que resultó víctima el 29 de abril de 1934, concurriendo así en la especie el segundo de los presupuestos exigidos por la ley para que pueda alegarse la excepción de cosa juzgada, esto es, la identidad de cosa pedida;

10° Que, como se ha dicho, no se trata en el caso sub lite de obtener por la presente demanda el cumplimiento de obligaciones nuevas, sino simplemente alterar la cuantía en dinero de obligaciones ya existentes y cuya fuente de origen es una sola, o sea: el hecho ilícito de una persona por quien la empresa demandada responde civilmente...; la causa de pedir que es idéntica a la que se invocó en la primitiva demanda que se tradujo en la obligación de indemnizar esos perjuicios. ...No puede pretenderse –como lo sostiene acertadamente la empresa demandada– alzar o variar el monto de una obligación de pagar una suma de dinero, salvo convención expresa de las partes o ley que así lo establezca, en función del alza experimentada por el costo de la vida, ...pues tal hecho o circunstancia no es fuente de obligaciones en el presente juicio por lo antes expresado y porque en nuestro derecho lo son únicamente las que en forma taxativa enumeran los artículos 1437 y siguientes del Código Civil, en ninguna de las cuales está la depreciación monetaria;

11° Que, por tanto, concurren en el caso de autos todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley para que pueda alegarse y ope-

rar la excepción de cosa juzgada opuesta en este juicio por la parte demandada, debiendo ella acogerse”.

El estilo de tono aparentemente objetivo del texto pudiera hacer pensar que en este caso no hubo una preferencia inicial que haya marcado la narrativa, la hermenéutica y la retórica del tribunal, sino que éste simplemente se aproximó con asombro y descompromiso a la ley para informar a las partes lo que ésta dice. Es esa la impresión que siempre busca producir el estilo aséptico. Analizado el texto de la corte a la luz de los criterios tradicionales de lo que es la interpretación jurídica, concluiríamos erradamente que aquí no hubo más que examen de hechos dados, descubrimiento del derecho aplicable, y aplicación. Sin embargo no fue así. Nunca es así.

Es interesante a este respecto citar a Rubén Galecio, uno de los ministros que votó a favor de este fallo. Es interesante porque nos muestra cuán engañoso puede ser un estilo “técnico” en cuanto a *la imagen* de objetividad que produce. Dice Galecio: “Yo voy a decir algunas cosas que no sabe nadie, ni el profesor Fueyo, sobre el caso ‘Guzmán viuda de Shirizawa y otros con Ferrocarriles del Estado’. Fui uno de los ministros que falló en segunda instancia. ... Era la sexta sala del año 1961. Se hizo la relación del asunto; alegaron las partes; creo que por la viuda lo hizo el entonces consultorio gratuito del Colegio de Abogados. Los otros ministros eran Israel Bórquez y Benjamín Rivera. Yo acababa de llegar a la Corte de Apelaciones y les tenía un respeto enorme; dijeron: ‘Si damos lugar a esta demanda, se va a descargar el proceso de las reajustabilidades, van a quebrar las cajas de previsión, va a quebrar Ferrocarriles, la catástrofe’ (eso es lo que se pensaba y es lo que dijeron ellos). A mí me había convencido el fallo del juez. Pensaba que no había cosa juzgada, que era distinta la causa de pedir. Sin embargo, por una debilidad, me dije: ‘No vale la pena que dijete un voto disidente, así es que voy a firmar’; y firmé”.⁶³

Como se puede ver, y como era de presumir aun si no hubiéramos

contado con esta información adicional, sí hubo una preferencia directriz. Como siempre, la narrativa, la hermenéutica y la retórica que dieron sentido al texto interpretativo estuvieron al servicio de esa preferencia directriz. La preferencia misma es razonable (tenga uno o no la misma preferencia). Se sustenta sobre una ética de la responsabilidad frente a la sociedad (no causar una catástrofe sentando un precedente que abra las compuertas a las reajustabilidades). Recordemos además que esta preferencia se dio en el contexto, propio de la época, de una desconfianza generalizada respecto de la inclusión de reajustabilidad en la ley, como se desprende de lo ocurrido en el Primer Congreso Nacional de Abogados Chilenos ocurrido pocos años antes.

Es interesante preguntarse ahora si ‘fue errada’ la interpretación jurídica del juez Briones o bien, entonces, si ‘fue errada’ la interpretación jurídica de la Corte de Apelaciones. Desde la perspectiva de cualquier planteamiento que busque rescatar la objetividad y el fundamento, una de estas dos posiciones contrapuestas debe estar errada. Desde nuestra perspectiva, la respuesta es otra. Como cada texto interpretativo estuvo al servicio de una preferencia inicial a la cual buscó dar sentido con determinada narrativa, determinada hermenéutica y determinada retórica; y como no hubo en este caso absurdos gruesos en ninguna de las narrativas, hermenéuticas o retóricas, la pregunta prácticamente equivale a preguntar si es “errada” la preferencia directriz del juez Briones, o bien si es “errada” la preferencia directriz de Bórquez y Rivera. No pareciera haber una receta que, de una vez y para siempre, nos indique si debiera primar la ética de la convicción por sobre la ética de la responsabilidad o viceversa. Es atendible que el juez Briones dé primacía a la injusticia de que es víctima la familia Shirizawa, y es defendible la sabiduría y buen sentido jurídico de su decisión. Pero es igualmente atendible que los ministros Bórquez y Rivera den primacía a la catástrofe económica que ellos podrían gatillar (porque ellos así perciben la situación), y es entonces también defendible la sabiduría y el buen sentido jurídico de su decisión considerando que no es descabellado pensar que el ordenamiento jurídico difícilmente norma para que se produzca una catástrofe de proporciones.

63. En “Razonamiento Judicial”, Editor Carlos Cerda Fernández, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1995. Pg. 231.

B. LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO⁶⁴

El 29 de noviembre de 1988 el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió la internación y exhibición en Chile de la película *La Última Tentación de Cristo*, dirigida por Martin Scorsese, basada en la novela de Nikos Kazantzakis. United International Pictures Ltda. apeló de la decisión, pero la resolución del Consejo fue confirmada el 14 de marzo de 1989. Hacia fines del año 1996, era de conocimiento público que el Consejo estaba considerando recalificar el filme. Además, estando aún vigente la prohibición de 1988, la película había sido exhibida públicamente en la sede del Partido Demócrata Cristiano, en la sede del centro cultural Naitún, en la Universidad de Santiago y en otros lugares. Ante esta situación, el 12 de noviembre de 1996 un grupo de abogados recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago para que prohibiera al Consejo de Calificación Cinematográfica revisar la resolución antes dictada; decretara la prohibición del ingreso de la película a Chile y su exhibición para la eventualidad que a la fecha del fallo el Consejo ya hubiera modificado su resolución inicial; hiciera incautar y destruir las copias existentes del filme; prohibiera a las emisoras de televisión la retransmisión de cualquier señal satelital que en todo o en parte reproduzca la citada película; y oficiara a los tribunales que correspondía para que persigan a los responsables de exhibiciones ilegales. En el hecho, el día anterior a la presentación del recurso de protección el Consejo de Calificación Cinematográfica ya había aprobado la exhibición de la película calificándola para mayores de dieciocho años.

El recurso de protección está contemplado en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado en los siguientes términos: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números ...4°...6°..., podrá ocurrir por sí o

64. García Valdés, Sergio y otros con Consejo de Calificación Cinematográfica, Corte de Santiago, 20/1/97

por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.” Las garantías constitucionales susceptibles de protección, contempladas en los números 4° y 6° del artículo 19 de la misma Constitución, y que son aquellas que los recurrentes consideraron ser objeto de privación, perturbación o amenaza por causa de la eventual recalificación de la película así como por sus exhibiciones ilegales, son las siguientes: “4°. El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia”; “6°. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias, y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

Como se desprende de los textos legales citados, son temas pertinentes de discusión (i) el carácter ilegal de los actos u omisiones del Consejo y de quienes exhiben públicamente el filme, (ii) el carácter arbitrario de los mismos, (iii) la privación, perturbación o amenaza a la libertad de conciencia, y (iv) la privación, perturbación o amenaza al respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona. A su vez, en relación con cada una de estas cuatro categorías de consideraciones, son múltiples las perspectivas que se hicieron presente en el juicio por las partes, por personas que pretendieron sin éxito hacerse parte, y por el propio tribunal en su fallo. Para no extendernos excesivamente en torno a un mismo caso centraremos nuestra atención en el tema de la privación, perturbación o amenaza al respeto y protección a la honra de la persona, que fue en definitiva la garantía constitucional cuya protección acogió la Corte. En este tema, hay evidentemente dos materias fundamentales que aclarar en el proceso, a saber, (i) quién es la persona cuya honra ha sido perturbada o amenazada y que está protegida por la Constitución Política del Estado de Chile, y (ii) de qué manera se ha producido esa perturbación o amenaza. Centraremos nuestra atención sólo en el primer punto⁶⁵.

65. El expediente contiene otros aspectos de enorme interés para nuestro análisis, pero he escogi-

En lo referente a quién es la persona cuya honra protege en este caso nuestra Constitución Política, cobra un lugar central en el análisis el problema de la existencia histórica de Cristo como persona, ya que la garantía constitucional protege la honra de las personas y si Cristo no es o no fue una persona, no cabría a su respecto la garantía constitucional ni el recurso que protege a dicha garantía. Sobre esta materia es sumamente interesante lo que muestra el expediente. Las partes pertinentes del fallo son las siguientes:

“3°. ... cualquiera, por sí o por otra persona, puede utilizar esta vía que tiene por objeto que se adopten de inmediato las providencias que la corte de apelaciones respectiva juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

No puede dudarse acerca de la existencia de la persona de Cristo, como tampoco, que ha sido la que mayor incidencia ha tenido en la historia de la humanidad;...”

Comentario: Como es obvio, la cuestión de hecho de la existencia histórica de Cristo es en extremo compleja, ya que no se trata de acreditar razonablemente la existencia de un carpintero en Galilea que haya sido un carismático líder religioso (lo que sería ajeno al tema pertinente), sino que se trata de acreditar la existencia del hijo de un dios que fue un carpintero de Galilea⁶⁶. Sin embargo, no hay en todo el fallo un planteamiento explícito para sustentar la existencia de Cristo como persona, otro que esta afirmación de que “No puede dudarse de la existencia de la persona de Cristo”.

do desarrollar aquí sólo la discusión acerca de la naturaleza de la persona cuya honra se protege, para no extenderme demasiado en un solo caso. Entre los aspectos de interés que no trataré destacan el sesgo de las diferentes narraciones del contenido de la película (parece que fueran películas distintas) y la contraposición de principios cada uno de los cuales es visto por una parte como digno de regir la decisión (libertad de expresión, libertad de conciencia, defensa de la honra, y otros), y a uno de los cuales la corte da primacía sin argumentación universalizable ni mucho menos con fundamento.

66. Equivale, para ver el tema con perspectiva, a acreditar que determinada persona de quien se tiene noticia histórica en India fue una encarnación de Vishnu (divinidad hindú que, conforme a la doctrina, tuvo diversas encarnaciones, algunas como hombre y otras como animal).

Esta ausencia de análisis del tema cobra aún más interés en los escritos del expediente que defienden una posición contraria a la procedencia del recurso⁶⁷. En efecto, pudiera haberse esperado que ellos, interesados en que no se diera lugar al fallo, habrían buscado hacer claro y patente que no se ha acreditado que Cristo sea una persona y, por tanto, que no es claro que su honra esté protegida por la Constitución Política del Estado de Chile. Sin embargo, ninguno de ellos pone en duda el carácter histórico de Cristo como persona. En efecto, un grupo de personas que dicen ser miembros de una organización privada denominada Movimiento Universal Anti Censura y que presentaron un largo e interesante escrito solicitando se rechace el recurso de protección, señalan que “Jesucristo es tanto un personaje histórico cuanto una entidad de carácter religioso” y que un grupo de abogados chilenos (los recurrentes) no puede arrogarse la representación de esta figura que es patrimonio universal. Dos abogados de apellidos Olmedo y Colombara, que también presentaron un escrito solicitando se rechace el recurso, consideran inaceptable que un grupo de particulares se arrogue la representación para actuar por la Iglesia Católica y “por la persona de Jesús”. Otros dos abogados de apellido Jiménez que también presentaron una petición de rechazo del recurso no ponen en duda el carácter histórico de Cristo, sino que alegan que si “de acuerdo a la doctrina religiosa Jesús es el Hijo de Dios y como tal constituye uno de los integrantes de la Divina Trinidad”, entonces es una divinidad y, por tanto, no es una persona. Es particularmente interesante el lenguaje de este último escrito en cuanto su autor no presenta como planteamiento propio lo que describe acerca de la naturaleza de Cristo sino que lo presenta como algo que se dice “de

67. Los escritos que refiero incluyen aquellos de personas que pretendieron hacerse parte sin que esa pretensión haya sido acogida. Para nuestros efectos de análisis de textos interpretativos de la ley, tienen el mismo interés que las demás piezas del expediente.

acuerdo a la doctrina religiosa” y busca mostrar, dentro de esa doctrina, que no se trata de una persona.

¿Cómo podemos interpretar esta falta de problematización del tema? Se ven dos posibilidades. Una primera aproximación inicial es la siguiente. Pudiera ser que tanto para los ministros de la Corte como para los autores de estos escritos no sea problemática la existencia histórica de Cristo. En tal caso, estaríamos ante una interesantísima situación de aquellas mencionadas anteriormente en el ensayo, en que, como decíamos, ‘existe un verdadero rayado de cancha, en gran medida no consciente, resultante del hecho de ser nosotros parte de una tradición interpretativa... que deja... una enorme variedad de opciones fuera del alcance de nuestra libertad de elección, en el sentido que normalmente ni alcanzamos a pensarlas como opciones que requieran decisión’. Esto en el mismo sentido en que ni se nos ocurriría siquiera la posibilidad de buscar el significado de un artículo del Código Civil en un acróstico, ni la causa de la caída de Allende en la conjunción de los astros. Así también, bajo esta hipótesis, no se nos ocurriría siquiera la posibilidad que Cristo no haya sido persona histórica.

Sin embargo, en el expediente hay indicios de que no estamos ante un caso de prejuicio o precomprensión inconsciente, sino más bien ante un caso de una opción retórica consciente. Estos indicios incluyen el hecho que la Corte se haya preocupado de afirmar que “no puede dudarse de la existencia de la persona de Cristo”, así como el hecho que la Corte se preocupó de incluir ciertas citas de terceros en los considerandos (y que comentaremos después), y también el lenguaje oblicuo de los abogados Jiménez. Si la Corte ha tenido conciencia del problema —como se desprendería de su necesidad de incluir la afirmación que hemos citado y ciertas citas que mencionaremos después—, y sin embargo no ha argumentado a favor de la existencia de Cristo, es porque no hace falta argumentar a favor de una conclusión si el auditorio ya ad-

hiere a la conclusión. Más aún, cuando se cuenta de antemano con la adhesión del auditorio, es incluso contraproducente argumentar porque el sólo hecho de abrir debate coloca innecesariamente en tela de juicio algo que de antemano era aceptado. La Corte no ha hecho sino aplicar una regla básica de retórica destinada, como todo en retórica, a mejor lograr la adhesión de su auditorio. El auditorio para estos efectos son las partes y, muy importantemente dado lo bullado del caso, la opinión pública. La Corte presupone que los unos y los otros creen mayoritariamente, si no unánimemente, en la existencia histórica de Cristo.

Por su parte, los autores de los otros escritos mentados (especialmente el de los abogados Jiménez, cuyo lenguaje indirecto también sugiere conciencia del problema) han visualizado que su auditorio muy difícilmente aceptaría poner expresamente y por escrito en duda la existencia histórica de Cristo y, por tanto, han buscado evitar perder adhesión de su auditorio por el error retórico de atar sus planteamientos a una tesis inaceptable para el mismo. Recordemos a este respecto que la persuasión debe apoyarse siempre en las premisas del auditorio. El auditorio para estos efectos son los ministros de la Corte, tomando en cuenta tanto sus convicciones personales como su sensibilidad ante la reacción que pudiera tener la opinión pública frente al fallo.

Dejemos hasta aquí este tema por el momento. Agrega la Corte en el considerando ya citado que así como no puede dudarse acerca de la existencia de la persona de Cristo, tampoco puede dudarse de que “ha sido la que mayor incidencia ha tenido en la historia de la humanidad”. Llama la atención la presencia de este agregado en un brevísimo considerando cuyo encabezamiento define como su propósito dilucidar si el recurrente y la fundación Mi Casa (que se hizo parte) pueden actuar en el juicio por la persona de Cristo y por la persona (jurídica) de la Iglesia Católica. Como es obvio, nada tiene que ver con dicho tema el hecho que se afirme que Cristo “ha sido la (persona) que mayor incidencia ha tenido en la historia de la humanidad”. En efecto, la garantía constitu-

cional protege la honra de quienes sean personas, independientemente de que hayan tenido gran incidencia en la historia de la humanidad o que no hayan tenido ninguna, como podría ser el caso de cualquier hijo de vecino cuya honra es igualmente digna de protección constitucional. A la inversa, la garantía constitucional no protege la honra de quienes no sean personas, independientemente de que la creencia en su existencia y el mito asociado a dicha creencia hayan tenido gran incidencia en la historia de la humanidad o que no hayan tenido ninguna. Desde la perspectiva de criterios tradicionales acerca de lo que es un texto interpretativo, todo indicaría que la corte está introduciendo aquí un tema totalmente ajeno a la materia misma en discusión. Por mismo, la introducción de esta materia es ajena a cualquier argumentación racional universalizable. Sin embargo, desde la perspectiva desarrollada en este ensayo, este tema introducido por la corte es sumamente pertinente como parte de su texto interpretativo para lograr que el auditorio encuentre sentido y adhiera a la conclusión de que el recurso de protección está protegiendo un valor digno de protección. Como veremos en seguida, apunta en este mismo sentido la totalidad del contenido del considerando octavo.

“8°. Que la figura de Cristo o Jesucristo, como es de público y notorio conocimiento, es venerada por la mayor parte de la población del país; sin embargo, conforme a la costumbre jurisdiccional, se expondrán algunas acepciones en relación a Aquél conforme aparece descrito en algunos diccionarios y enciclopedias de uso común.”

Comentario: Como se desprende de lo antes comentado, que una persona sea o no sea venerada por la mayor parte de la población del país, no le da ni le quita derecho a protección de sus garantías constitucionales. En este sentido, y conforme a los criterios tradicionales acerca de lo que es la interpretación jurídica, todo este considerando es ajeno a la materia en discusión. Pero, en cambio, conforme a la idea que aquí hemos desarrollado acerca de lo que es la interpretación jurídica, obviamente el considerando no es ajeno a lo que debe ser un texto interpretativo

—razón por la cual la Corte lo incluye en la sentencia—, ya que contribuye enormemente a que un auditorio inmerso en nuestra cultura cristiana encuentre sentido y dé su adhesión a la conclusión a que llegará el fallo. Siguen en el considerando octavo cinco páginas de citas de textos, algunas partes de las cuales es interesante destacar.

“En la Enciclopedia Espasa Calpe... se indica como acepción de Jesucristo: ‘Segunda persona de la Santísima Trinidad e Hijo de Dios hecho hombre para redimir el género humano. La postura negadora de la existencia histórica de Jesucristo, que cobró fuerza a partir del esplendor racionalista de finales del siglo XVIII, no tuvo en cuenta la literatura cristiana sobre el tema (los cuatro Evangelios canónicos, pretendidos documentos históricos por haber sido escritos en días muy cercanos a la vida de Jesús) ni tampoco la poscristiana y la no cristiana: Orígenes (s. III) habla de la cueva en que nació Jesús; Tertuliano asegura que en los documentos oficiales de Roma puede verse la genealogía de Cristo a través del censo ordenado por Augusto; Flavio Josefo menciona al *Salvador* en su obra *Antigüedades Judías*; ...Así pues, Jesucristo es un hombre real’.

...El profesor de filosofía y antropólogo cultural don Camilo Cobo de la Maza sostiene, en síntesis, como significado del aporte de Cristo a la humanidad el siguiente: ‘Perspectiva histórica. Cristo existió. Sus seguidores fueron perseguidos por el Edicto de Nerón: Non licet eos esse. No les es permitido ser. Persecuciones: desde Nerón (64) a Diocleciano (305) más de cien mil mártires en doscientos cincuenta años con constancia en las Actas Romanas. La fe cristiana de hoy y de siempre se funda en el testimonio de sangre dado por los mártires: creyeron en la resurrección de Cristo. Valía la pena ser muertos por su fe’. ...

Por último, se estima propicio dar un cuadro sintético acerca de lo que Jesucristo implica en general y para los chilenos como lo explica el profesor de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile don Crescente Donoso Letelier, quien señala que: ‘Para todos los cristianos, Jesucristo es Dios hecho hombre. ...Todos reciben benefi-

cios de esta doctrina, sea directamente, al ponerla más o menos en práctica, sea indirectamente, a partir tan sólo del hecho de pertenecer a una civilización en la que permanece el influjo de sus virtudes más características. ...Debe considerarse prioritariamente a la doctrina cristiana entre aquellos valores esenciales de la tradición chilena que la Constitución Política de la República nos manda preservar... Con razón entonces uno de los más distinguidos miembros de la magistratura y la cátedra chilena escribió: 'La conciencia religiosa de un pueblo es un hecho social, máximo y primario, un hecho natural, del que la ley positiva nunca le es permitido prescindir'.

Comentario: Es interesante destacar cómo la Corte no ofreció en el considerando tercero, ni en ninguna otra parte del fallo, argumentación respecto de la existencia histórica de Cristo, pero a pretexto de entregar "algunas acepciones en relación a Aquél" que "es venerado por la mayor parte de la población del país", citó textos en que, en medio de otras consideraciones, esta argumentación es dada (como los textos de Espasa Calpe y de Camilo Cobo de la Maza). Este uso de las citas permite, a la vez, no poner sobre la mesa de discusión el problema de la existencia histórica de Cristo, pero no obstante reafirmar la adhesión que el auditorio ya está dispuesto a dar al planteamiento de que es persona histórica.

En seguida, es especialmente interesante la cita del texto de Crescente Donoso Letelier hecho con el propósito de "dar un cuadro sintético de lo que Jesucristo implica en general y para los chilenos". Con este texto culminan los planteamientos mencionados al pasar en el considerando tercero y en el encabezamiento del octavo, respecto del valor que ha tenido y tiene la doctrina cristiana para la humanidad y para los chilenos. Caben al respecto varias observaciones. Desde luego, como ya se ha dicho, en nada afecta al derecho a protección constitucional de que goza la honra de una persona el hecho que ella haya elaborado o no doctrinas de gran influencia. Por otra parte, como también se ha dicho,

es claro que estas citas realzan el sentido de lo que será la conclusión de la Corte. Pero, más aún, estas consideraciones de la sentencia dejan traslucir lo que pudiera ser la fuente de la preferencia que la Corte tiene por determinado resultado del recurso de protección. Es razonable pensar —porque así lo sugieren los considerandos citados— que la Corte estima que la exhibición pública de la película ofende la conciencia religiosa de la mayoría de los chilenos. Como dice Donoso, "La conciencia religiosa de un pueblo es un hecho social... del que la ley positiva nunca le es permitido prescindir". Ante la posibilidad indeseada de que su fallo tenga por consecuencia actos que ofenderían la conciencia religiosa de la mayoría de los chilenos, la Corte busca dar a la ley nueva vida aquí y ahora haciéndola aplicable a una situación indudablemente no considerada por el legislador cuando redactó la disposición constitucional acerca de la protección de la honra de las personas. Es indiscutible que, en la aplicación de la ley que hace la Corte al acoger el recurso de protección, da nueva vida al texto constitucional que establece la garantía a la honra de las personas. Le da esta nueva vida al hacerlo aplicable a una persona cuyo significado venerable para la mayoría de la población tiene una existencia que compensa con creces cualquier duda que pueda haber acerca de su existencia histórica.

De los comentarios formulados a los considerandos, se desprenden algunas observaciones de carácter más general. Determinar si Cristo, hijo de Dios, fue o no fue una persona histórica, debió ser, conforme a los criterios sobre interpretación jurídica que hemos llamado "tradicionales" y "menos tradicionales", un tema tratado con rigor en el proceso, puesto que la Constitución expresamente protege la honra de la persona (y no, por ejemplo, de las figuras míticas). Cualquier búsqueda del sentido que está en la ley, debió hacerse cargo, para posterior aplicación, de qué quiso decir el legislador al referir la garantía constitucional en comentario a la persona. Y cualquier esfuerzo por producir una argumentación universalizable (que obligue no sólo a los miembros de nues-

tra provincia cultural cristiana sino también, por ejemplo, a budistas y ateos que no necesariamente creen en la existencia de este dios ni de su hijo) debiera pasar por el análisis cuidadoso y exhaustivo de este punto. Sin embargo, no es lo que se ve en el expediente. Dicho de otro modo, los criterios tradicionales y los menos tradicionales, o bien no permiten explicar lo que vemos en la realidad de este proceso, o bien obligan a tomar una actitud condenatoria señalando que, por no ajustarse a tal o cual teoría, fue ese proceso una “realidad equivocada” o en algún sentido insuficiente. El inconveniente de esta postura condenatoria es que lleva a la conclusión de que muchísimos casos reales de interpretación jurídica (y no solamente los de *La Última Tentación*, *Shirizawa* y la práctica interpretativa en materia de tributación de arriendos) son “realidades equivocadas”. Cuando es mucho lo que una teoría condena en la realidad y poco lo que de ella explica, cabe preguntarse si no será mejor desechar la teoría y buscar otra que explique mejor la realidad, ya que ella, la realidad, no es desechable.

Asimismo, desde la perspectiva de los planteamientos tradicionales, no es fácil ver cómo puede llegar a ser pertinente *para efectos de determinar si una persona tiene derecho a la protección constitucional de su honra* la circunstancia que dicha persona sea venerada por la mayor parte de la población del país, o que haya sido autor de doctrinas benéficas para parte importante de la civilización.

Sin embargo, bajo la perspectiva tomada en este trabajo respecto de la naturaleza de la interpretación jurídica, resultan claramente explicables (como se ha indicado en los comentarios a los considerandos) tanto el hecho que ninguna de las partes haya querido poner en discusión la existencia histórica de Cristo como persona, como el hecho que la corte sí haya considerado pertinente destacar la veneración de que Cristo es objeto así como el carácter benéfico de sus doctrinas.

ALGUNAS CONCLUSIONES

A. EL CAMINO RECORRIDO

Sobre la base de algunos ejemplos, uno referente a la práctica interpretativa en materia de impuestos y dos sentencias, hemos constatado la insuficiencia de que adolecen los planteamientos tradicionales acerca de la interpretación jurídica que son los que normalmente llegan a conocer, y eso apenas de reojo, muchos alumnos de nuestras escuelas de derecho. Tales planteamientos no explican lo acontecido en los ejemplos escogidos porque en dichos ejemplos no se ve que la interpretación resulte de la operación de un *método* destinado a *descubrir y fundamentar* un significado que el texto de antemano encubría ya sea como voluntad del legislador o como sentido autónomo resultante de sus palabras e interconexiones sistemáticas con otros textos. Tampoco se ve que el intérprete busque obtener su respuesta al caso a partir de la identificación de principios rectores y argumentaciones universalizables. Más bien, se ve un esfuerzo del intérprete por dar sentido a un planteamiento que él de antemano busca hacer prevalecer: que la señora no tribute de inmediato por los próximos cinco años de arrendamiento; que se reajuste la indemnización de los Shirizawa; que no se abra una caja de Pandora de

reajustabilidades que produzca una catástrofe económica: que no se ofenda la conciencia religiosa de los chilenos.

Así nomás presentadas las cosas, sin embargo, no se logra asir el proceso por el cual se mueve el intérprete ni tampoco se comprende cuáles son sus espacios de libertad y los límites a la misma. Pero mucho de esto se aclara al constatar que ese esfuerzo por dar sentido a su planteamiento se lleva a cabo mediante el uso de tres formas discursivas del lenguaje que se caracterizan, precisamente, por su capacidad generadora de sentido: la poética (en su vertiente narrativa), la hermenéutica y la retórica. Este desglose de su actividad nos permite, por una parte, explicar qué *hace* el intérprete cuando produce un texto interpretativo. Nos permite, como hemos constatado, explicar qué hizo Ramón Briones, qué hizo Israel Bórquez, qué hizo la corte de Santiago ante el recurso de protección analizado. Y por otra parte, este desglose nos permite comprender cuáles son los espacios de libertad en que se mueve el intérprete y cuáles son sus limitaciones.

En efecto, el marco de libertad está dado por la tensión entre conservación e innovación, entre *mimesis* y *poiesis* como decíamos, presente en los tres vehículos de sentido que son la poética, la hermenéutica y la retórica. No es sorprendente que así sea. Por el contrario, parece indudable que *el sentido* requiere de un equilibrio entre el pasado y el futuro; entre, por una parte, el suelo estable de los datos, de nuestra comprensión sedimentada acerca de qué mueve a los hombres a la acción, de los textos tradicionales y cómo los hemos venido entendiendo, de nuestros prejuicios acerca de qué es bueno o malo, creíble o inverosímil; y, por otra parte, la necesidad de hacer frente a una situación nueva que exige una redescipción de acciones, una recontextualización de tradiciones, una reformulación de valores.

El hombre ni se repite, ni se abalanza adelante desprovisto de cultura y tradición. Pero tampoco cuenta con un algoritmo para encontrar, ante cada caso concreto, el justo equilibrio desde el cual ejercer “fundadamente” su libertad.

B. LA EXCEPCIÓN Y LA NORMA

Cabe la posibilidad que el lector piense que los tres ejemplos que hemos comentado —el arriendo a plazo fijo, *Shirizawa* y *la Última Tentación*— son excepcionales y que el planteamiento de este ensayo es, a lo más, aplicable a casos de excepción como éstos, pero no a casos *normales*. Bajo esa perspectiva, la interpretación de la ley en casos normales tendría el carácter que tradicionalmente se le ha atribuido, a saber, la búsqueda de *la* respuesta correcta mediante un razonamiento lógico a partir de premisas verdaderas. Sólo en casos de excepción, como por ejemplo los mencionados en este ensayo, la interpretación tomaría ese carácter, también excepcional, de ejercicio de poética, hermenéutica y retórica en busca de dar sentido a determinada solución.

Pero esa forma de ver el fenómeno interpretativo tiene dos limitaciones. Por una parte, ofrece sólo la *apariencia* de haber explicado los casos normales. Esa mera apariencia, reconozco, puede satisfacer las necesidades prácticas de comprensión de un observador inserto en el ámbito estable propio de la normalidad, porque en ese ámbito no se dan las condiciones para que *destaquen* su acción la poética, la hermenéutica y la retórica, aunque siempre estarán igualmente presentes como sustentadoras de sentido. Sin embargo, y como veremos, es sólo apariencia de explicación. Y por otra parte, esa forma de ver las cosas implica resignación a un conocimiento artificialmente parcelado de modo que ciertas situaciones (las normales) se entienden de una manera y otras situaciones (las excepcionales), por alguna razón misteriosa, han de entenderse de otra.

Lo dicho acerca del carácter meramente aparente de la explicación tradicional de los casos normales, y acerca del carácter artificial de la parcelación del conocimiento entre *la norma* y *la excepción*, suele ocultarse detrás de la relación engañosa que existe entre lo que es *norma* y lo que es *excepción*. La situación es la siguiente. Si bien desde la perspectiva de la frecuencia con que encontramos casos de normalidad y casos de excepción los primeros constituyen manifiesta mayoría en tanto que los últimos tienen escasa ocurrencia (y de ahí el nombre de “nor-

mal” y de “excepcional” que damos a uno y otro), desde la perspectiva *del conocimiento* la explicación de la excepción es aquella de carácter universal que engloba, como caso particular, la explicación de la norma. Dicho de otro modo, desde la perspectiva *de la comprensión* de los fenómenos, la excepción engloba a la norma y la norma es un caso particular de la excepción. Un ejemplo traído de otro ámbito será ilustrativo.

Todos sabemos que si dos automóviles avanzan en sentido contrario, el uno hacia el otro, cada uno a una velocidad de 100 kilómetros por hora con respecto al suelo, entonces están avanzando a 200 kilómetros por hora el uno relativo al otro (y esa velocidad servirá para determinar, por ejemplo, la fuerza del impacto si colisionan). Estas sencillas sumas o restas de velocidades para determinar la velocidad relativa de un cuerpo en movimiento respecto de otro que también se mueve son aplicables obviamente no sólo a automóviles, sino a balas, aviones, trenes, pelotas y, en general, a cualquier par de objetos que el lector haya alguna vez observado o vaya a observar en movimiento suficientemente rectilíneo y uniforme. Tales fenómenos son lo corriente en nuestra experiencia; son *la norma*. Por otra parte, todos también sabemos que experimentalmente se comprobó el siglo pasado que la velocidad de la luz es siempre constante, independientemente del lugar desde donde se la observe y mida. En particular, si dos haces de luz avanzan en sentido contrario, el uno hacia el otro al igual que los dos automóviles, *no es efectivo* que estén avanzando a dos veces la velocidad de la luz el uno relativo al otro ya que, precisamente, la velocidad de la luz es una constante independiente del movimiento del observador. Así también, si se trata de la colisión de partículas subatómicas dentro de un acelerador nuclear, las cuales se mueven la una hacia la otra a una velocidad inferior a la de la luz pero no obstante significativa en comparación con ella, sus velocidades relativas de colisión tampoco serán una suma simple de sus velocidades respecto de la tierra. Para el lector y para la mayor parte de las personas, el movimiento de objetos a velocidades cercanas a la de la luz no forma parte de sus experiencias corrientes, saben de ello ocasionalmente a través de publicaciones o películas y, por lo mismo, son *la excepción*.

Pasemos ahora desde el ámbito de la frecuencia de dichos fenómenos como experiencia de vida al ámbito de *la comprensión* de dichos fenómenos. La velocidad relativa de los automóviles y demás casos de nuestra experiencia normal, vale decir *la norma*, se explica mediante el principio de relatividad de la mecánica clásica, que descansa en la física tal como la concibió Newton. En cambio, la velocidad relativa de partículas subatómicas, vale decir *la excepción*, se explica mediante uno de los principios de relatividad de Einstein. Ahora bien, la física de Newton lisa y llanamente no sirve para explicar el movimiento relativo de partículas subatómicas a alta velocidad, en tanto que la física de Einstein sí permite explicar, *como caso particular de baja velocidad*, la colisión de los automóviles. En este sentido, la física de Einstein es general y engloba, como caso particular, la física de Newton que pasa a ser especial⁶⁸.

Haciendo un paralelo con los primeros párrafos de esta sección, también en este escenario de la física cabría la posibilidad de que alguien piense que *la norma* son los movimientos de baja velocidad, los que han de ser explicados mediante la física de Newton, en tanto la física de Einstein sólo sirve para explicar fenómenos escasos en nuestra experiencia que son *la excepción*. Pues bien, como ya habíamos dicho,

68. El lector interesado puede visualizar esto tomando en cuenta que las ecuaciones que emplea Einstein (transformaciones de Lorentz) para calcular las coordenadas de un objeto en movimiento desde el punto de referencia de otro objeto en movimiento *son iguales* a aquellas empleadas por Newton (transformaciones galileanas), *excepto* que las primeras incluyen un divisor de la forma $1-v^2/c^2$, donde “v” es la velocidad de los objetos (los automóviles o las partículas subatómicas, por ejemplo) y “c” es la velocidad de la luz. Como en el caso de los automóviles v es despreciablemente pequeña en comparación con c, la fracción referida es casi cero y, por tanto, el divisor antedicho es casi 1. Luego, como dividir por 1 no tiene efecto alguno, para efectos prácticos ese divisor simplemente no incide en las ecuaciones clásicas si v es una velocidad pequeña, como lo son todas las que tenemos ocasión de observar en nuestra experiencia normal. Pero, a medida que la velocidad v de los objetos empieza a ser más significativa en relación con la velocidad de la luz, entonces el divisor $1-v^2/c^2$ comienza a ser más significativamente diferente a 1, de modo que tiene un efecto también más significativo sobre las ecuaciones clásicas y entonces la medición de posición y velocidad de un objeto relativo al otro comienza a diferir de lo que habría predicho Newton. De este modo, la teoría de la relatividad de Einstein explica no sólo *la excepción* en nuestra experiencia que son los movimientos a alta velocidad, sino que explica además los casos que son *la norma* en nuestra experiencia, y los explica como *casos particulares*, a saber, aquellos casos particulares en que v es pequeña.

esa forma de ver el fenómeno del movimiento tiene dos limitantes. Por una parte, la explicación clásica de la colisión de automóviles no toma en cuenta todo el fenómeno, sin que podamos dejar de reconocer que aquello que deja fuera tiene poca incidencia para los fines prácticos *de un observador inserto en un contexto de bajas velocidades*. Y por otra parte, esa forma de ver las cosas implica resignarse a una parcelación artificial de la comprensión del mundo en dos compartimentos, por una parte aquel que sirve para explicar los casos normales y, por otra, aquel que por alguna razón misteriosa es diferente y sirve para explicar las excepciones. De más está decir que pareciera haber algo de artificial e insuficiente en nuestro conocimiento si necesitamos de una explicación para la normalidad y de una explicación diferente para cada excepción. En cambio, se unifica el conocimiento al aceptar que la física de Einstein *siempre* es aplicable, tanto a la norma como a la excepción, sin perjuicio de que en los casos que son *la norma* las conclusiones no diferirán para efectos prácticos de lo que habrían sido las conclusiones si un observador inserto en un contexto de bajas velocidades aplica mecánica clásica.

Esta relación englobadora que tiene la comprensión de la excepción respecto de la comprensión de la norma se da y se ha dado históricamente en todos los ámbitos del conocimiento a medida que vamos expandiendo nuestro entendimiento para abarcar excepciones a la norma. En el caso específico de nuestro interés, ocurre igualmente que la comprensión de la interpretación jurídica como esfuerzo poético, hermenéutico y retórico para dar sentido a una solución propuesta, engloba a modo de caso particular aquella comprensión tradicional o menos tradicional que ve en la interpretación una búsqueda de la respuesta correcta, ya sea en la intención del legislador, o en el texto de la legislación, o en principios sustantivos que impondrían asentimiento, o en el resultado de un procedimiento ideal de habla o razonamiento.

Veamos cuál sería en nuestro tema el contexto equivalente a aquel de bajas velocidades en física. Podemos describir la situación de los casos normales en los términos que siguen. Son casos en que el intérprete y su auditorio comparten ya de antemano una visión de lo que es y de

lo que vale, de modo que narrarían de manera similar los hechos, recontextualizarían de manera similar los textos legales y su jurisprudencia, y compartirían las mismas o similares premisas respecto de qué es conveniente para el caso concreto. Desde la perspectiva interna de ese contexto cultural homogéneo (del intérprete y su auditorio), *parece* que los hechos fueron narrados de *la única* manera en que se podía ser fiel a lo acontecido, que el texto legal y su jurisprudencia fueron aplicados de *la única* manera razonable dadas las circunstancias, y que la solución fue necesariamente *la* que encarnaba los valores preponderantes en juego. En otras palabras, *a ellos* les parecería evidente que se llegó racionalmente, a partir de premisas verdaderas, a la única respuesta correcta. Pero, como es obvio, un observador externo, que no comparta la visión de ellos acerca de lo que es y lo que vale, percibiría que no hubo tal camino racional a una conclusión a partir de premisas verdaderas, sino que, como consecuencia de un sentido de las cosas de antemano compartido por el intérprete y su auditorio, hubo simplemente una coincidencia total de criterios narrativos, hermenéuticos y retóricos que produjo para ellos *la apariencia* de camino único predeterminado.⁶⁹

Si robamos a la matemática una expresión técnica que en nuestro contexto deja de serlo pero, no obstante, es sugerente, podemos decir que las explicaciones que hemos llamado “tradicionales” y “menos tradicionales” son *localmente verdaderas*. El contexto es *local* si existe un alto grado de homogeneidad cultural compartido por el intérprete, su auditorio y el observador. En cambio, en un contexto amplio en que no exista de

69. Piénsese, por ejemplo, en aquellos comentarios de prensa frecuentes en estos días en que un católico explica cómo *por vía de la razón* aplicada a ciertas *premisas indiscutibles* se llega *inexorablemente* a concluir que la permisividad legal ante el divorcio o el aborto son dañinas o criminales. Leído que sea dicho texto por otro católico de igual pensamiento, no verá en el texto sino un camino racional conducente a la conclusión, a la única respuesta correcta. Sin embargo, la narrativa, la hermenéutica y la retórica, todas al servicio de la preferencia planteada por el articulista, estarán ahí y serán percibidas como tales, no por el lector católico que es presa de la apariencia de objetividad que produce la coincidencia de criterios, pero sí por un tercero que tenga una visión de mundo radicalmente diferente en relación con los temas del divorcio y del aborto.

antemano tal homogeneidad cultural entre el observador, por una parte, y el intérprete y el auditorio, por la otra, o simplemente entre el intérprete y su auditorio, los unos percibirán en los planteamientos de los otros toda la fuerza de la acción de la poética, de la hermenéutica y de la retórica que en un contexto homogéneo está igualmente presente pero no se ve.

C. HERRAMIENTAS DE ACCIÓN Y DOCENCIA

Observando lo que el abogado hace al interpretar la ley, vemos que la interpretación jurídica es un ejercicio de poética, hermenéutica y retórica que busca dar sentido a una solución preferida para un caso concreto. Más aún, pareciera que esto no es mera circunstancia fáctica, sino *necesidad* impuesta por la condición humana. Es así como, dadas las finalidades prácticas de la ley, sería un despropósito leerla con asombro y descompromiso, desentendiéndose el intérprete del sentido de su aplicación al caso concreto. Siempre, entonces, hay una preferencia rectora, que en última instancia no puede ser sino la que el intérprete es capaz de definir desde su perspectiva de lo que es y de lo que vale. En seguida, no hay más hechos que los contados por alguien desde alguna perspectiva que, por definición, es sesgada o angulada. Siempre, entonces, el intérprete debe contar lo que él considera que cuenta, y debe hilarlo de modo que refleje el sentido que él ve en la situación. Adicionalmente, el problema hermenéutico es inescapable porque el contexto visualizado por el legislador cuando legisla no es igual al contexto visualizado por el intérprete cuando aplica la ley, sea porque ha transcurrido tiempo, o porque no se previó el caso concreto que ahora interesa, o simplemente porque legislador e intérprete ven el mundo de manera diferente. Siempre, entonces, el intérprete tendrá que descontextualizar las disposiciones legales que considera aplicables, y recontextualizarlas conforme a lo que él estima que es el contexto en que se han de aplicar. Finalmente, el intérprete produce un texto interpretativo para que un auditorio encuentre sentido a su solución para el caso concreto. Pero sucede que el *sentido* nunca nace a partir de

meros datos y razones, sino de una construcción lingüística que, combinando hechos y valores, sitúa el caso concreto y la solución propuesta en una visión de mundo que el auditorio cree y quiere. Lo que da al texto interpretativo ese carácter generador de sentido es la retórica.

Ahora bien, si la interpretación de la ley inevitablemente requiere del abogado un ejercicio de poética, hermenéutica y retórica que dé sentido a una solución preferida para un caso concreto, entonces aquello que debemos entregar en las escuelas de Derecho son precisamente las herramientas necesarias para bien hacer este inevitable hacer. Como no es este un ensayo sobre docencia, mencionaré sólo brevemente algunos aspectos de este planteamiento que toma nuestra idea de interpretación ya no como instrumento de análisis sino como instrumento de acción cuya enseñanza pudiera ser útil para futuros abogados.

Desde luego, es irremplazable el trabajo del alumno con el caso concreto. Para aprender a andar en bicicleta, no hay mejor experiencia que andar en bicicleta. No se confunda esto con el tradicional estudio de jurisprudencia. El caso concreto, en cuanto mera descripción de una situación de hecho que requiere solución jurídica, da al alumno la oportunidad de ejercitarse en el complejo vaivén entre definición de una preferencia, redesccripción de los hechos, selección y adecuación hermenéutica de la legislación, jurisprudencia y doctrina que estime pertinentes, y elaboración de un texto hablado o escrito que irradie sentido. De más está decir que este trabajo en clases debe tener la frecuencia necesaria para generar cierta experiencia, y debe estar sujeto a una crítica constructiva pero implacable del profesor en todos sus aspectos.

En mi experiencia, los aspectos de este trabajo en que el alumno necesita de mayor apoyo crítico son la narración de hechos y la elaboración de un texto interpretativo capaz de lograr acuerdo de su auditorio. Les sigue, en orden de insuficiencia, la falta de recursos para usar la ley imaginativamente, más allá del tenor literal de esta o aquella disposición que a primera vista pareció aplicable. Me limitaré a mencionar en qué me ha parecido que radican estas debilidades.

La capacidad de redescibir los hechos requiere de un conoci-

miento de la realidad que la ley norma, vale decir, conocimiento de por qué las personas actúan de ciertas maneras, para lograr qué objetivos, para evitar cuáles desenlaces. Esa es la materia prima de las narraciones que dan sentido a los acontecimientos. Es interesante notar cómo no basta enseñar leyes; hay que enseñar mundo. El abogado necesita ser un fino y perceptivo observador de su entorno, de la realidad que la ley busca normar. La narración de hechos requiere además de una actitud indagatoria y no pasiva ante los datos que quien plantea el asunto (el profesor en este caso) tuvo a bien informar. Recordemos que en los vaivenes interpretativos, hay momentos en que prima el sentido global preconcebido de la narración, y hay que salir en busca activa de datos que lo sustenten.

La capacidad de producir un texto interpretativo generador de sentido requiere un vuelco total en la visión algo “platónica” que suelen tener los alumnos sobre el tema. Deben comprender que no hay tal cosa como buenas ideas *detrás* (expresión favorita de los muchachos) del texto que han dicho o entregado. No hay *detrás*, no hay ideas en un limbo no lingüístico, no existe sino el texto que han entregado. Si el texto es descuidado en su materialidad, ortografía, simple tipeo, predispondrá al auditorio a la lectura de un trabajo descuidado, mediocre, lo que no ayuda a que el texto sea leído con el interés y cuidado que puede requerir la generación de acuerdo o adhesión que se busca. Si el texto es descuidado en su redacción, las consecuencias son peores. Ni una palabra ha de estar entregada al azar, al correr de la pluma. Las palabras, las oraciones, el orden de los conceptos, las metáforas, la composición global, han de estar todos al exclusivo servicio de generar el sentido que se busca generar. No es que *en el fondo* (otra expresión favorita de los alumnos) lo dicho esté bien. No hay fondo y superficie. Mejor aún: sólo hay superficie.

La falta de recursos para emplear imaginativa y eficazmente la ley, la jurisprudencia y la doctrina, es un problema tradicional y conocido en nuestras escuelas, resultante en gran medida de un conocimiento insuficiente de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina. Hay sin embargo también un problema de actitud. La creencia de que deben encon-

trar *la* solución correcta los lleva a apearse de manera extremadamente conservadora a la letra de la ley y a las meras conclusiones de la jurisprudencia ya que, si la solución es *una*, piensan que habrá de ser la que mejor calce con lo que la ley dice y con lo que los jueces han concluido. Distinta es la actitud si toman conciencia que la ley, la jurisprudencia y la doctrina son materiales de trabajo para que, conjuntamente con otros elementos (como la narración de los hechos), ellos construyan un texto que dé pleno sentido a una solución que *ellos* encuentren razonable.

Quisiera concluir esta breve incursión docente destacando cómo el planteamiento acerca de la interpretación jurídica desarrollado en este ensayo no sólo entrega medios analíticos para mejor comprender jurisprudencia existente, uso que le hemos dado al comentar los fallos relacionados con *Shirizawa* y *La Última Tentación*, sino que además lleva a identificar ciertas herramientas específicas útiles para el trabajo interpretativo. La principal herramienta es simplemente saber, explícita y conscientemente, cuál es la finalidad del trabajo del intérprete. Como hemos visto, esta finalidad es *producir un texto pleno de sentido* en apoyo de una solución que el intérprete considere razonable. En seguida, es también una herramienta fundamental conocer el potencial generador de sentido que tiene una adecuada narración de los hechos. Como había dicho anteriormente, se suele pensar que la labor del intérprete ante los hechos es simplemente conocerlos, no construirlos. Por último, es igualmente importante tener presente el amplio repertorio de instrumentos retóricos que inevitablemente han de ser utilizados en la composición del texto, para entonces darle un uso consciente y, por tanto, más eficaz.

D. EL CLIMA CULTURAL DEL DERECHO

En nuestro medio actual, tan dispuesto a entregar la acción colectiva a la decisión del técnico, es interesante destacar la marca *humanista* que la poética, la hermenéutica y la retórica dan a la actividad interpretativa del abogado. Humanista en cuanto a la afinidad que guarda el

que hacer así visto del abogado, con la actividad de quienes durante el Renacimiento enseñaban, estudiaban o aplicaban los *studia humanitatis*, estudios que comprendían precisamente la gramática, la retórica, la poesía, la historia y la filosofía moral.

El humanista no se había formado en estudios científicos y filosóficos (filosofía natural, metafísica y teología.), sino en el estudio del lenguaje y la moral. Más aún, se había formado fundamentalmente en estrecha relación con las prácticas comercial, judicial y política a las cuales apoyaba con su capacidad lingüística de dar sentido a la acción. El consiguiente contacto cotidiano del humanista con situaciones concretas a resolver fue culturalmente decisivo porque, como bien sabe el abogado, el caso concreto diluye las polaridades tajantes en que se sustentan las posiciones teóricas intransigentes acerca de lo que es y acerca de lo que debe ser. En teoría, lo que es, *es*, independientemente de *lo que se diga*. Pero la polaridad que se cree ver entre las palabras y las cosas desaparece cuando, ante el caso concreto, se descubre que no hay más hechos que los que alguien cuenta. En teoría, lo que debe ser, *debe ser*, independientemente de cómo las cosas *en el hecho* sean. Pero la distancia que se dice existir entre los hechos y los valores, desaparece cuando, ante el caso concreto, se comprende que, si bien los datos no tienen carga valórica, las narraciones –y por tanto los hechos– sí. Este compromiso del humanista con la práctica y la concreción le dio una amplitud moral y cultural difícil de entender, alcanzar y aceptar por quienes tenían una formación más dogmática.

Como sería de esperar dado este perfil, los humanistas no fueron creadores de un *sistema* de pensamiento, pero sí fueron creadores de un *clima* de pensamiento. Si reviviera ahora ese clima de pensamiento (que hoy es casi inexistente), daría espacio a muchas motivaciones humanas algo olvidadas, ajenas al cálculo y que contribuyen a dar sentido a la comunidad. Daría un lugar principal a la dimensión de *conversación* que tiene la sociedad por sobre su dimensión mecánica de mercado. Y acogerían mejor los problemas de pérdida de sentido, problemas éstos los más graves porque la sociedad es, por encima de todo, una organización de sentido.