

MAÑANA EN LA BATALLA PIENSA EN MÍ O DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Rodrigo Cortés Muñoz

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Gabriela Mistral

Notará el lector atento, que el título de la presente ponencia ha sido tomado prestado de una novela de Javier Marías. Podrá otro aún más docto, *corregir al primero, señalando que Marías, a su vez ha citado a "Espectro" en su condena a "Ricardo III", en el drama de W. Shakespeare.* Ahora bien, quizás, un tercer lector aún más sagaz que sus otros dos colegas, podría al tanto de lo anterior, preguntarse por la pertinencia del título en un ciclo que busca honrar nuestro Código Civil y su impronta. Sin embargo, la cita o signo lógico en cuestión permite dar inicio a la argumentación que culminará en el desarrollo del concepto denominado "Discreción Judicial", en relación a la actividad desarrollada por la judicatura conforme a los preceptos interpretativos contemplados en nuestro Código Civil, y en especial, en relación al articulado previsto entre los artículos 3ro al 24 del cuerpo legal citado.

Con el objeto de lo anterior, y a fin de que la cita no resulte gratuita, es que se propone que dicha oración estructure la forma de investigar y representar el dilema que la hermenéutica presenta en nuestra legislación. No sólo porque el suscrito considera equivocado la suerte de propedéutica establecida por el Legislador en los artículos antes citados, los que pretenden *equipar* al Juez al tiempo de escudriñar el sentido y referencia de un precepto, para luego aplicarlo al supuesto fáctico que se encuentra conociendo (operatoria que se propondrá ocurre de modo inverso), sino también, porque es tiempo que nuestra Doctrina se ponga al tanto de los nuevos aires que sobre la materia ya han sido desarrollados en exceso por nuestros equivalentes Europeos y Norteamericanos, cada uno desde distintos acervos.

La oración "Mañana en la batalla piensa en mí", por lo mismo, se sostiene, se refiere a realidades diversas. El sentido asociado a cada una de tales realidades también resulta divergente, y lo mismo sucede con su significancia. Resulta en este caso, que a la oración en cuestión, tomada en sí, como un solo concepto, le corresponden más de un sentido y referencia, variando en razón de ello, la significancia de la aserción. Y he aquí, ya un primer descubrimiento. Nada incide, en la referencia, sentido y significancia, la intención original (no textual) del primer emisor de tales aserciones. Y es la conclusión anterior, la que sirve de ruta de lo que se propone en la presente, señalando desde ya que el significado de un concepto no necesariamente coincide con la referencia y sentido del mismo, siéndole obligatorio al Juez en cuestión, echar mano a su acervo para adjudicar significación al concepto legal cuya referencia parece ser clara, y cuyo sentido inserta en dicha fijación a la luz del supuesto que se encuentra conociendo.

La Hoja de ruta es la siguiente, en primer término se explora y excluye la intencionalidad original del legislador, señalando que existen otras fuentes más importantes que deben ser consultadas al tiempo de intepretar. Luego, se expone, sobre cuál es el objeto propio de la interpretación, concluyéndose, que es la práctica social, en tanto fundante de la norma codificada, la que debe ser interpretada; y como tercer punto, y asumiendo los anteriores, se describe la función que le caben a los Jueces, y a la Judicatura en general, en los procesos de adjudicación; sosteniéndose, desde ya, que las opiniones jurisprudenciales actuales de nuestros tribunales, resultan equivocadas por las siguientes razones:

- a) Dicha propedéutica limita las herramientas del Juez al no agotar todas las fuentes que pueden servirle para aplicar a un determinado supuesto, una norma dada. Note el lector atento, que he utilizado la expresión "aplicar", asumiéndola como sinónimo de la expresión "interpretar", contextualizada (o actualizada) por la judicatura.
- b) La aplicación reglada de las normas interpretativas atando las manos "creativas" de la Judicatura, significa negar los mecanismos de "pesos y contrapesos" existentes en nuestra Legislación que permiten dar mayor discrecionalidad a los Tribunales, sin que ello signifique de suyo infracciones al principio de separación de Poderes del Estado.
- c) Existen además errores conceptuales que si bien adecuados de confrontarse con fuentes que denominamos "antiguas"

resultan erróneas, al tiempo de ser actualizadas a la luz de nuevas y más correctas corrientes lógicas y filosóficas.

PRIMERO. Nuestra Cita Original.

*"Tomorrow in the battle think on me, and fall thy
edgeless sword: despair and die! Let me sit heavy on thy
soul tomorrow, let me be lead within thy bosom and in a
bloody battle end thy days: let fall thy pointless lance"*

La cita en idioma original, no es mera jactancia sino busca poner de relieve el proceso interpretativo. Al efecto, la forma de verificar la significación de la oración en cuestión, dice directa relación con la posibilidad de acceder a un diccionario de inglés. Es el supuesto fáctico el que determina la herramienta a utilizar, pero no condiciona el resultado que la aplicación de dicha herramienta importa. Es decir, el supuesto, i.e. una oración en inglés, determina la obligación del intérprete de recurrir a un diccionario Inglés, sin que la posibilidad de recurrir a tal fuente, determine, el sentido, referencia y significancia que la oración en cuestión tenga en definitiva. En la especie, vana resulta la intención de examinar la subjetividad del emisor, pues ni siquiera entre los autores, existe coincidencia de atribuir al poeta de Stratford-and-Avon, la serie de dramas y poesías signados bajo el rótulo de William Shakespeare. Sin embargo, lo anterior, nada ha impedido a la literatura revisar una y otra vez, en base a distintas corrientes, la referencia del pasaje. Es el lector, el que a partir del lenguaje aplica distintas herramienta, descartando de suyo la relevancia que pudiere tener o pudo haber tenido, la subjetividad del autor, de hecho desconocida, en el alcance de la oración. He ahí por lo mismo, un nuevo hito. La significancia, en su sentido y alcance y la tarea interpretativa, por lo mismo, resulta dinámica no sólo en relación al contexto en la que ésta se desarrolla, por lo expuesto, la expresión "*Mañana en la batalla piensa en mí*" si bien idéntica en uno y otro caso, no resulta de suyo distinta en una y otra hipótesis, sólo por el contexto divergente en el que dicha oración aparece, sino porque en ambos casos, el intérprete, adjudica a la oración, distintas significancias. La distintividad -o su adjudicación-, radica en definitiva en quién verifica el proceso interpretativo, independiente incluso del contexto que instancia la oración.

Es decir, y tal como propuso opinión muy autorizada en nuestra doctrina¹, la pregunta que debe resolverse es “qué razones deben esgrimir los jueces para justificar sus decisiones”. Resoluciones que no dependen de la intención del legislador subyacente en la norma legal en cuestión que el Juez debe aplicar. Es decir, éste al tiempo de elegir sus fuentes no ya para buscar una solución a la controversia propuesta, sino para justificar la ya elegida, debe evitar recurrir a la intención legislativa, concebida como “el espíritu” o como “historia fidedigna de sus establecimiento” conforme a nuestro articulado, por las razones que pueden, arbitrariamente, agruparse en dos grupos:

1er. Grupo de Razones Jurídico Políticas²:

- a) Resulta al menos riesgoso atribuir intencionalidad a un cuerpo colegiado (el Legislador) en el que subsisten puntos de vistas divergentes y contrapuestos, concurriendo todos ellos al proceso de formación de las leyes. Y sin que nada indique, que por actuar ellos de consuno, aquello signifique la uniformidad en los puntos de vista, o la supresión de las diferencias. Por el contrario, ellas quedan intangibilizadas en cada uno de los asertos legales contenidos en la ley aprobada.
- b) Aún cuando estuviésemos cierto que todos los participantes del Congreso tuvieran una intención determinada, no sería posible, porque no existe operatoria que así lo permita, sumar tales intencionalidades. En este sentido, la votación funciona como mecanismo formal para la posibilitar la formación de las leyes, pero no como proceso develador de la intencionalidad legislativa.
- c) Jamás tendremos suficiente evidencia que nos permita aseverar con certeza cuál fue la real intención de todos aquéllos que participaron en el proceso de formación de la ley, circunstancia que es descrita por el profesor William Eskridge³

¹ Peña, Carlos. “Discreción e Interpretación Judicial: La Tesis de Dworkin” en “Interpretación, Integración y Razonamientos Jurídicos”. Pg. 230. Edit. Jdca. De Chile. Mayo, 1991.

² Singer, Norman. “Statutory Interpretation, Subpart B. Types of Legislation. Chapter 65 A. Legal Commentary for Part V Statutory Interpretation. “Plain meaning “Justice Scalia’s Jurisprudence of Strict Statutory Construction”. Pg. 43.

³ Eskridge, William. “Interpreting Legislative Inaction. 87 Mich L. Rev., 67, 125-128 (appendix 1, Listing Cases).

como la crítica histórica a la pretensión por obtener aquella unívoca intencionalidad legislativa.

- d) Cabe señalar, a mayor abundamiento que la composición fáctica de las cámaras, y comisiones, así como el procedimiento material al cual la ley es sometida, e incluso, las legislaturas en que tales proyectos son discutidos, inciden en el texto final de las leyes, muchas veces debiéndose hipotecar la falta de claridad o la directa confusión en pos de la aprobación expedita de un determinado proyecto de ley. Es decir, en tal evento, la claridad o la real adecuación del texto a la pretensión interna de cada uno de los legisladores fue sacrificada en pos de la tramitación de la ley.
- e) E incluso más, aunque se pudiere desentrañar la intención de cada una de las personas que intervinieron en el proceso de formación de la ley, y dichas intencionalidades pudieren sumarse conforme a una operatoria descubierta, el resultado, no tiene valor normativo, no es ley, y no excluye bajo ningún respecto, el sentido y referencia adjudicado por el Juez al supuesto conocido. (En este sentido, se podría sostener, que este último argumento funciona en la legislación Estadounidense, de cuya doctrina, ha sido tomada prestada, situación que, sin embargo, acontece de modo diverso en nuestra legislación, al existir norma expresa, que reenvía a la Judicatura a dicha "historia fidedigna" o "espíritu". Sin embargo, se debe reconocer que tales conceptos no tienen adecuada referencia, y que conforme a sanas corrientes doctrinarias, no es posible recurrir a tales vaguedades sin que pueda salvarse el error garrafal de efectivamente atribuirse al contenido de actas y reportes, ser soportes de intencionalidades colectivas)⁴.

2do. Grupo de Razones Sociológicas.

- a) De suyo sostener que el contenido y extensión de un precepto determinado, puede ser iluminado por la supuesta intención o espíritu o historia fidedigna ligada a su dictación, significa negar

⁴ Como sostiene el profesor Thomas Manning: **"The words of the statute are what the legislature has enacted as law, and all that it has the power to enact. Unenacted intentions or wishes cannot be given effect as law"** Cfr. "The Legal Process: Basic problems in the Making and Application of Law: William Eskridge Jr & Philip P. Frickey eds. 1994).

que la realidad social es construida socialmente, y que por lo mismo, su contenido y extensión, se ve modificada a medida que dicho cuerpo colectivo, construye colectivamente nuevas significancias para tales signos, o modificando la entidad social de determinados supuestos. El hecho de que el Legislador reenvíe al juez sin hacerse cargo de lo anterior, al tiempo de pronunciarse éste sobre la aplicación de un determinado precepto, pese a ser claro y distinto, importa lisa y llanamente infringir la base misma que sirve de legitimidad a su actuar. Nuestro devenir social y el mundo intersubjetivo es fruto de procesos objetivados a través del cual, tal realidad convencional se estructura⁵. Es decir, se sostiene (y como tesis más general no ceñida a la presente) que el Derecho, como ciencia social, se desarrolla al amparo de otros saberes, los que hace ya bastante tiempo, han modificado la forma, como se construye realidad social, debiendo tal modificación, necesariamente informar el proceso en que el Juez adjudica, que no es sino una forma de construir dicha realidad. Ahora bien, el Juez, en tal sentido, debe comportarse como fiel mandatario de una intencionalidad ya no legislativa y congelada en el tiempo, sino viva y en continuo desarrollo. Sobre esta razón para desplazar cualquier justificación por recurrir a la Historia Fidedigna de la ley, y al espíritu o supuesta intencionalidad del Legislador, el profesor Ronald Dworkin señalaría, que tal postura resulta inicua desde el punto de vista moral y política, y significa que en los casos difíciles, la adjudicación se produce de manera sorpresiva y *ex post*, además de que tal forma de proceder, de ser convalidada, no daría lugar a la crítica racional intersubjetiva y pública del comportamiento de los jueces⁶.

- b) Sin embargo, a lo anterior, y a modo de segunda respuesta sociológica, se responde a la eventual objeción que formularía el profesor Dworkin, que lo que de hecho produce incertidumbre, y falta de seguridad jurídica, es el desfase entre la realidad situada y encerrada en un tenor literal que no puede

⁵ La argumentación anterior se puede encontrar en forma latamente, y mucho mejor, desarrollada en Berger y Luckman. "Construcción social de la Realidad". Sin perjuicio de lo anterior, cabe reconocer, que la visión constructivista de la realidad, tiene fundados detractores. Cfr. Ian Hackins. "Social Construction of What". Sin embargo, ninguno de los argumentos en uno y otro sentido coinciden con lo anacrónico de la justificación legislativa de nuestro Código Civil, de obligar al Juez, a recurrir al espíritu e historia fidedigna a fin de verificar procesos de adjudicación.

⁶ Peña, Carlos. Idem. Pg. 239.

desmarcarse de intencionalidades añosas, que no por razones de tiempo, resultan inadecuadas, sino por divergencias entre la realidad modificada, a nombre de la cual, alguna vez se legisló y aquella que cambia. Se sostiene que es *la* judicatura la instancia que puede y se encuentra llamada a actualizar, en nombre de la seguridad jurídica, e informada con los principios y nueva realidad construida, el contenido de las normas jurídicas a través de los procesos de adjudicación, sin que en tal desarrollo tenga pertinencia recurrir a historias pasadas sin base óptica.

- c) Y en segundo término, tal forma de proceder, si puede y de hecho debe ser objeto de crítica racional y justa, pues es el Ordenamiento, a través de sus "pesos y contrapesos" debiere formular instancias, en el que se pueda confrontar las decisiones adoptadas por los magistrados, a la luz de los principios sociales existentes. Para estos efectos, serán los juzgadores de tales actuaciones, quienes elegidos por principios dominantes, y de acuerdo a quorums especiales, deben emitir juicios de reprochabilidad sobre la conducción jurisdiccional de los jueces⁷.

SEGUNDO. Qué es lo que en definitiva se Adjudica o Interpreta.

- a) Entendiendo que el Derecho no tiene, como sostiene el profesor H.L. Hart, finalidad más concreta que la de proporcionar directrices a la conducta humana y pautas para criticar tal conducta⁸, y por lo mismo, la tarea interpretativa debe buscar actualizar tal finalidad concreta y simple. Ahora bien, no existe concordancia sobre aquello qué es lo que en definitiva se interpreta: es la ley, ciertos aspectos de la ley, la práctica social que convalida y legitima la ley positiva, las decisiones judiciales sobre la ley positiva en cuestión, el derecho concebido como una integridad cuyo contenido no se remite a normas codificadas solamente. Así por ejemplo, el profesor Joseph Raz⁹

⁷ Claro es que en este punto surge la posibilidad de que la mayoría suprima el parecer de la minoría, supuesto fundante de la Democracia, sin embargo, se sostiene que la arbitrariedad no es el dominio a utilizar por el legislador, sino el correcto trasunto de principios sociales arraigados, y a nombre de los cuales fueron elegidos.

⁸ Hart, H.L. "El Concepto de Derecho. Post Scriptum". Traducción Estudios Públicos. N° 65, Verano, 1997. Pág. 242.

⁹ Metaphysics Research Lab, CSLI, Stanford University. "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", 2001.

señala que el principal objeto interpretado por la judicatura son las decisiones de las instituciones legales existentes en la sociedad, llamadas a aplicar la ley. Y son éstas decisiones, y no la ley misma, pues, y en mi opinión, son éstas las que instancian el contenido normativo de la ley positiva. Conforme a lo que expone Raz, lo que resulta determinante, es la intencionalidad de la institución legal que aplica la ley, y por lo mismo, son los actos de tales instituciones, las que deben ser interpretadas cuando se trata de determinar el sentido y alcance de un texto legal.

- b) Por otra parte, y en contraposición a lo anterior, el profesor Ronald Dworkin¹⁰ señala, que lo que en definitiva se interpreta es la práctica social que legitima el texto codificado. Notará el lector, que la asunción de dicha opción, importaría revisar la historia fidedigna y el supuesto espíritu que habría animado al legislador. Sin embargo, sostener que lo que se interpreta es la práctica social fundante, equivale a señalar que lo que debe ser objeto de investigación son los propósitos exteriorizados de la comunidad que alberga tal práctica¹¹. En este sentido por práctica social compartida y objeto del proceso de interpretación, se debe entender no sólo a aquellos integrantes que, en palabras de Dworkin, utilizan el mismo diccionario, sino que comparten lo que Wittgenstein llamó una forma de vida lo suficientemente concreta como para que nadie pueda reconocer un sentido o un propósito en lo que dice y hace el otro y ver qué tipos de creencias y motivos tendrían sentido a propósito de sus actos. Todos deben hablar un mismo idioma.
- c) Ahora bien, a partir de dicha constatación, Dworkin señala que la interpretación constructiva se encuentra destinada al fracaso, siendo contraria la opinión del suscrito, y que se intenta detallar en el acápite siguiente, señalando desde ya, que la tarea interpretativa, no busca la objetividad que añora Dworkin, sino una intersubjetividad móvil, fiel reflejo de la práctica social que le sirve de fundamento.

¹⁰ Dworkin, Ronald. "Law's Empire". Harvard University Press, Cambridge Mass. 1996. Pág. 43.

¹¹ Dworkin, Ronald. Idem. Pág. 43.

TERCERO. La interpretación como Adjudicación en la que convergen distintas Instituciones Sociales.

1. Sobre el particular, cabe señalar que se utiliza la expresión adjudicación en el sentido de que cuando el Juez interpreta lo que hace es "fijar" un sentido de los varios que el texto invoca¹², conceptualización estrechamente emparentada con el argumento de que los Jueces poseen Discreción Judicial, entendiendo por este concepto, la justificación legítima para la creación normativa en la segunda fase interpretativa¹³. En este sentido valga la siguiente cita¹⁴: "Supóngase que los jueces erraren al tiempo de discernir objetivos sociales razonables. En este sentido, es posible concluir, que conforme a la falibilidad humana, algunos jueces, harían tal tarea mejor que otros, sin embargo, la sola pregunta por los objetivos sociales razonables, resulta difícil de responder". Es por lo mismo, que en el punto en desarrollo no resulta pertinente, en forma jerárquica, la pregunta sobre cómo un texto determinado debe ser interpretado, dejando ésta protagonismo a la siguiente: "Cómo deben las instituciones sociales, cada una dentro de su competencia, interactuar, a fin de que cada una desarrolle tareas, que permitan una adjudicación correcta de la Judicatura"¹⁵.
2. Es decir, la interpretación judicial, deja de ser tarea llevada en solitario por un poder del Estado, sino que se ve atentamente supervigilada por los otros dos o tres, a fin de dar mayor libertad al Juez, y dinamicidad al ordenamiento. Al efecto, punto de partida de la concepción anterior, es el aserto del profesor H.L. Hart¹⁶, quien señala que los "casos difíciles" surgen precisamente de la inhabilidad del Legislador de anticiparse a la variación de los supuestos que se pretenden regular de manera general. Al efecto, Hart¹⁷, señala que el Legislador se enfrenta, al tiempo de regular, a dos obstáculos, en primer lugar, con la

¹² Peña, Carlos. *Idem*. Pág. 232.

¹³ Rodríguez, Pablo. Interpretación, creación y desviación en el proceso de generación de las normas. Edit. Jdca. De Chile. Mayo, 1991. Pág. 193 y ss.

¹⁴ Sunstein, Cass R.; Vermeule, Adrian. Interpretation and Institutions. Chicago Law School. John Olin Law & Economics Working Papers n° 156. Pág. 3 y ss.

¹⁵ Sunstein, Cass R.; Vermeule, Adrian. *Idem*. Pág. 2.

¹⁶ Hart, H.L. "The Concept of Law". Pág. 120 y ss.

¹⁷ Sunstein Cass R.; Vermeule, Adrian. *Idem*. Pág. 12.

imposibilidad de conocer todos los hechos eventualmente concurrentes a un supuesto determinado; y en segundo término, con la suerte de indeterminación objetiva que anima el actuar del legislador.

3. Sobre este punto, éste señala que la suerte de congelamiento del alcance de un determinado precepto, permite, que la misma norma, se aplique con resultados similares, a casos parecidos. De esta forma se asegura cierta predictibilidad, pero al mismo tiempo, se prejuzga en forma ciega situaciones futuras, cuyas características particulares resultan desconocidas. Es decir, existe la opción de regular su acaecimiento *ex ante*, de manera imperfecta pero predecible; o *ex post*, aplicando la norma, no ya conforme a un tenor "congelado", sino dinámico, aceptando que la norma ofrece una textura abierta con la cual el Juez puede trabajar con mayor o menor libertad, sin embargo, asumiendo un riesgo, el que debiere ser manejado a través de los mecanismos que el propio ordenamiento posee.
4. En el punto anterior radica la esencia de la presente exposición. Es posible sostener que una institución, en las palabras de los profesores Sunstein y Vermeule; o en nuestra nomenclatura, que un poder del Estado, efectivamente revise lo actos de otro poder (en la forma señalada, pues dicha intromisión se producía, por ejemplo con ocasión de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad): es decir, que un Juzgado de Letras, puede con mayor o menor libertad, modificar, con ocasión de la adjudicación, un texto legal conforme lo expone el artículo 3ro. del Código Civil. Ante ello tres precisiones:
 - a) La suerte de "intromisión" legislativa del Juzgado de Letras, no se daría con pretensión general, ni operaría *ex nihilo*, sino que precisamente a partir del texto legislado, y aplicando principios sociales dominantes, que el Juez mismo es llamado a trasuntar en sus decisiones. Para estos efectos, la argumentación es fiel a lo postulado por Ronald Dworkin, al sostener que por principio se entiende un estándar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (deóntica)¹⁸. Al efecto, la validez y eficacia de un

¹⁸ Peña, Carlos. Idem. Pg. 237

principio proviene de su contenido moral, y no como ocurre con las normas, en que la validez se encuentra dada por su modo de producción¹⁹. Y así llega a sostener, que entendiendo el Derecho como una integridad, la obligación jurídica supone no sólo normas, sino también principios, no siendo éstos entidades extrajurídicas, con una entidad normativa distinta a la de la ley positiva²⁰. Es decir, la discrecionalidad judicial, operaría sobre un marco delimitado, si bien, ya no demarcado por la ley positiva empero si por la legislación, entendida en su integridad.

- b) En segundo, término la discrecionalidad judicial opera como mecanismo corrector de las deficiencias legislativas incurridas. La discrecionalidad entendida en tal sentido, goza de un argumento favorable en cuanto al costo de corrección que el sistema internaliza de manera eficiente, a fin de lograr respuestas adecuadas. Es la judicatura, la que verifica de modo oportuno y sin la externalidad negativa seguida de presiones y favores solicitados a cambio de modificaciones que demoran en el tiempo. Sin embargo, el riesgo es el error judicial seguido de la identificación defectuosa de principios y realidades sociales. Es por lo mismo que se hace necesario, profesionalizar en sumo grado la Judicatura, y reservar el principio de doble instancia para la revisión judicial de las decisiones adoptadas por los tribunales de Base.
- c) Y como tercer punto, y como se ha sostenido, no es que la Judicatura, al desarrollar tal tarea, no se encuentre afecta a mecanismos *revisorios* que den cuenta de la ausencia o concurrencia de reprochabilidad en su actuar. Por el contrario, se postula que los mecanismos de pesos y contrapesos, deben actuar de manera mucho más ágil y trasuntando fielmente la realidad social que les legitima.

Es decir, la presente ponencia busca poner de relieve un rol más activo de la Judicatura en los procesos de adjudicación, los que, sin embargo, no se desarrollarían en forma libre, sino que sujeto a las demarcaciones de la legislación, entendida tal, como ha sido descrita.

¹⁹ Dworkin, Ronald. "Los Derechos en serio". Traducción de Marta Guastavino, Ariel. Barcelona, 1984, pg. 72.

²⁰ Peña Carlos, Idem. Pág. 237.