

CAPÍTULO OCTAVO	
INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y RAZÓN PRÁCTICA	159
I. Primacía de la ley	159
II. Crítica al legalismo	160
III. Una racionalidad estrecha	161
IV. El caso concreto	162

CAPÍTULO OCTAVO

INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y RAZÓN PRÁCTICA

I. PRIMACÍA DE LA LEY

Desde hace más de un par de siglos, la doctrina y praxis del derecho occidental fundan la seguridad jurídica en la progresiva reducción de las fuentes del derecho a la ley, entendida ésta como una norma escrita, que tras su publicación resulta de general accesibilidad. No ha sido ajena a este fenómeno la aceptación acrítica del adagio “la ley es la ley”, que sintetiza el ideal filosófico-jurídico del positivismo legalista. No hay más legalidad que la puesta por el legislador, la que se encuentra en los códigos y se publica en el *Diario Oficial*. Así, otro tipo de fuentes del derecho, como la costumbre, quedan no sólo relegadas a un segundo plano, sino que su validez depende de la que le otorgue la ley, lo que no hace más que reduplicar la majestad de la misma. A esta concepción no es ajena una idea de la soberanía que, a pesar de lo que declaran sus partidarios, no parece ser excesivamente democrática, en la medida en que se niega a aceptar las fuentes sociales de producción del derecho, al monopolizar el derecho en la ley y entender la ley como lo que dicen los Parlamentos y sólo como eso.

El prestigio que se le otorga a la ley y a las instancias legislativas lleva consigo un desmedro de la función judicial. El juez queda reducido a ser la boca de la ley y se toman las medidas para que su subjetividad apenas aparezca en sus decisiones. Esta visión puede vincularse con un interesante problema filosófico-político, cual es el de la legitimación del Poder Judicial en un

sistema democrático. Sobre esto se han elaborado complicadas teorías, que buscan, por ejemplo, hacer de los jueces mandatarios de la voluntad popular. Aunque no entraremos en su análisis, creemos que estas teorías fallan al intentar un camino inadecuado, pues la función judicial no se justifica por el principio de que en la democracia manda la mayoría, sino, mucho más, por su complemento, que señala que debe hacerlo “con respeto de la minoría”.

La primacía de la ley y la minusvaloración de la función judicial en nuestro sistema jurídico se hacen ostensibles cuando se observan normas como la que deroga la antigua máxima que decía que lo favorable de una ley se interpretará en sentido amplio y lo odioso en sentido restrictivo, o la que establece que la equidad sólo juega en caso de silencio de la ley o de que ésta presente contradicciones.

II. CRÍTICA AL LEGALISMO

Sin embargo, la ilusión del positivismo legalista de fundar la seguridad jurídica en la reducción de las fuentes del derecho a la ley escrita ha sido sometida a severas críticas en las últimas décadas y, a nuestro juicio, contradice la experiencia histórica de buena parte de los países en los últimos dos siglos. No parece aventurado afirmar que la experiencia de Estados que, como Francia, asumieron con vigor los postulados del legalismo es mucho menos afortunada en materias como, por ejemplo, la protección de los disidentes políticos que la de Inglaterra y los Estados Unidos, que han buscado la seguridad más en la manutención de un *ethos* que en la univocidad de las palabras de la ley, más en el criterio de la comunidad de hombres maduros que en la abstracta generalidad de una regla.

Estas distintas maneras de entender el derecho no son ajenas a las diversas formas de concebir la política. Esto no se debe a que unos países hayan tenido hombres más clarividentes que los

otros: es cierto que los ingleses tuvieron a Burke, y que con eso probablemente hayan ahorrado mucha sangre en la isla; sin embargo, en Francia vivió y escribió Alexis de Tocqueville, un hombre por lo menos tan sensato como el anterior. La diferencia estriba en que uno fue oído y el otro no. Sobre esto se podría escribir mucho.

Frente al legalismo, la mentalidad realista se interesa más por los jueces que por las leyes, por las garantías procesales efectivas que por el número de derechos que declaran las Constituciones. Quizá la seguridad que pretende darnos el legalismo no sea más que la seguridad de que existe una norma que prohíbe alegar ignorancia de la ley desde el momento mismo de su publicación. Por contraste, una ampliación de las fuentes del derecho quizás nos impida gloriarnos de la exactitud del mismo o intentar hacer del derecho una ciencia exacta, pero tiene la ventaja de que todos podemos saber cómo actúa un hombre razonable, y darnos cuenta si una persona trató un determinado negocio con la atención que lo haría un padre de familia juicioso. Estos criterios no son exactos, pero sí humanos, accesibles.

III. UNA RACIONALIDAD ESTRECHA

Las soluciones del positivismo legalista no sólo tienen, a pesar de sus proclamaciones de neutralidad, un basamento ideológico y político muy determinado.¹ Además, entrañan una concepción estrecha de la racionalidad humana. El positivismo legalista no fue consciente de que había aceptado apriorísticamente que la única racionalidad era la racionalidad científica, calculadora. Tampoco se preocupó de demostrar porqué era necesario trasladar el método científico a las disciplinas prácticas y que esa era la única vía de lograr la verdad y el progreso en

¹ También puede decirse algo análogo de las formas más refinadas de positivismo (cfr. Orrego, C., *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997, pp. 345 y ss.).

las mismas. Hoy somos conscientes de que esa actitud dependía de un estado de ánimo muy particular, de una fascinación por las ciencias experimentales y de una creencia en la idea del progreso irreversible que en la actualidad estamos lejos de compartir con tanta unanimidad. Esto nos permite volver a plantear sobre bases nuevas (o viejas, porque la idea de que el método depende de la índole del objeto es por lo menos tan antigua como la ética nicomáquea) el problema de las fuentes del derecho y de la interpretación del mismo. Hoy es posible concebir que la decisión judicial pueda ser razonable, aunque no sea exacta, y que la equidad no es un recurso de emergencia, sino un medio de uso diario para producir el necesario ajustamiento entre la generalidad abstracta de la norma y la irrepetible singularidad del caso concreto.²

IV. EL CASO CONCRETO

Como lo ha enseñado Kalinowski, la tarea de interpretación judicial no consiste en un mero determinar el significado de las palabras empleadas por el legislador.³ El interés del juez es muy distinto al del filólogo e incluso difiere del que mantiene el historiador del derecho. Al juez no le preocupa el encontrar tanto el sentido exacto de las palabras de la norma, cuanto sacar de ella una regla que le permita solucionar el caso concreto que tiene enfrente. Además, atendido el hecho de que muchas veces la ley ofrece múltiples interpretaciones, será la consideración del caso particular la que le permitirá al juez elegir, de entre las diversas interpretaciones posibles, aquella que le permita hacer justicia en el conflicto de que se trate. En este sentido, cuando

² Cfr. Ollero, A., *¿Tiene razón el derecho? Entre el método científico y la voluntad política*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996, pp. 268-279.

³ Kalinowski, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.

Aristóteles nos dice que el juez es como la justicia animada,⁴ parece haber entendido mucho mejor la función judicial que Montesquieu, que pensaba que la tarea de los jueces se limitaba a ser la boca de la ley.⁵ La diferencia entre uno y otro no es sólo de lugar y época. Tampoco reside en que el segundo le dé a la ley mayor relevancia que el primero. Basta con leer las páginas finales de la *Ética a Nicómaco* para comprobar que para Aristóteles la ley ocupa un papel preponderante. Lo que cambia es la manera de entender al sujeto e intérprete de la ley, el hombre, y, más específicamente, la forma de concebir la racionalidad.

Cuando el racionalismo y la Ilustración promovieron la idea de que la solución al caso se obtiene por la vía silogística, estaban tratando de dar la única respuesta posible, dentro de sus esquemas, para evitar la arbitrariedad y el subjetivismo en la decisión judicial (si la razón sólo opera silogísticamente, es evidente que habrá que introducir en ese esquema al acto judicial, si no se quiere que quede fuera de los límites de lo racional). Lo que hoy, en cambio, discutimos es que la racionalidad que conoció la Ilustración sea la única forma posible de racionalidad, e incluso que sea la más adecuada para entender el derecho. Que buena parte de la modernidad discurre como si no existiera una racionalidad específica para actuar en el campo del deber ser no significa que esa racionalidad propia de lo práctico pueda seguir siendo ignorada. La idea de razón práctica no sólo permite superar una serie de problemas, como los que trata de ilustrar Hume en su famosa “ley”,⁶ sino que aparece especialmente fecunda para abrir nuevos caminos en encrucijadas como la de racionalismo/emotivismo, para entender también que la primacía de la

4 Cfr. EN V, 4, 1132a20.

5 El espíritu de las leyes, XI, 6. Sobre este tema: Schönfeld, K. M., “La fortune d’ Aristote: Nochmal Montesquieu und ‘la bouche de la loi’”, en Weinacht, P. L. (ed.), *Montesquieu 250 Jahre ‘Geist der Gesetze’*. Beiträge aus Politischer Wissenschaft, Jurisprudenz und Romanistik, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 63-71.

6 Cfr. Hume, D., *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Editora Nacional, 1977, vol. II, pp. 689 y 690.

ley no significa necesariamente la esclavitud del juez, y que el otorgar a éste un papel más activo en la comprensión de la individualidad del caso que tiene enfrente, no conlleva quedar a merced de sus caprichos personales. Al mismo tiempo, la afirmación del carácter práctico de la ciencia jurídica y la tarea judicial puede tener un resultado inesperado, cual es que la interpretación de la norma deje de ser el elemento decisivo de la vida jurídica. Esto podría parecer una invitación a regresar a los tiempos en los que la solución del caso y no la interpretación de la ley era lo importante. Sea como fuere, parecería ser un regreso muy actual.