

Dilemas y paradojas del razonamiento legal

Shoschana Zusman T.

A Sylvia

I. Dilemas: las políticas en conflicto

En *Thinking like a Lawyer*¹, una magnífica introducción al razonamiento legal, *Kenneth Vandervelde* sostiene que toda controversia legal implica un conflicto entre dos políticas² opuestas, en el cual, el reconocimiento de una implica el desconocimiento de la otra. Según el autor, dichos conflictos -i.e libertad de expresión vs. derecho a la privacidad- están en la estructura del sistema y eso significa que, por definición, todo sistema legal encierra una contradicción consistente en la convivencia de principios opuestos, aunque igualmente valiosos. Y dicha oposición es perpetua, es decir, nunca se resuelve.

A partir de la existencia de tal contradicción, el trabajo del abogado consiste en “resumir” un sistema en el cual algunas reglas apuntan a una política (i.e libertad de expresión) y otras a, exactamente, la contraria (i.e derecho a la privacidad). Por eso, un abogado capaz de identificar las políticas y principios involucrados en una controversia y de combinarlos correctamente, podrá construir fácilmente, los argumentos de una y otra parte y tendrá por ello, las mejores posibilidades de ganar.

Para *Vandervelde* existen 3 dilemas esenciales (e irresolubles): (i) individuo- sociedad, que se centra en las reglas de la convivencia humana; (ii) *jusnaturalismo*- positivismo, que se centra en la problemática de la definición del Derecho; y (iii) formalismo-instrumentalismo, que se centra en la adjudicación de derechos.

Examinemos cada uno de dichos dilemas.

1.1 El dilema entre individuo y sociedad

Este dilema es, para *Vandervelde*, esencialmente político y concierne, como se ha señalado, a las reglas de la convivencia humana. Se manifiesta en cuatro conflictos valorativos específicos: (i) mayoría vs. individuo; (ii) paternalismo vs. autonomía; (iii) eficiencia vs. justicia; y (iv) utilitarismo vs. justicia individual.

El primer conflicto -mayoría vs. individuo- plantea la disyuntiva de si las decisiones valen por el solo hecho de haber sido tomadas por mayoría³ (“la ley es la ley”) o si éstas pueden ser cuestionadas atendiendo a su contenido, considerándose inaceptables decisiones absurdas, irracionales o

¹ *Vandervelde, J. Kenneth; Thinking like a lawyer, An Introduction to Legal Reasoning; Serie New Perspectives of law, culture and society; Westview Press; 1996.*

² *Vandervelde* utiliza la expresión *policy*. El *Blacks Law Dictionary* (séptima edición reducida) define dicho término como la orientación de un gobierno en el manejo de los asuntos públicos.

³ Se entiende que se trata de la mayoría representada por el Estado.

inmorales. Así por ejemplo, la "ley de fichaje", que obliga a turistas e inmigrantes de determinados países a los Estados Unidos a imprimir sus huellas dactilares, permitir ser fotografiados y someterse a un interrogatorio cuasi-policial es una medida aparentemente querida por la mayoría de norteamericanos⁴, aunque se considera –con razón- que se trata de una norma discriminatoria que, además, atenta contra el derecho de libre tránsito. Este dilema se plantea también en relación a la recientemente expedida ley francesa, que prohíbe el uso de "símbolos religiosos ostensibles", como son la *burka* islámica o la *kipa* judía. En este caso, la norma es una clara expresión de la política estatal de laicización de la educación, mayoritariamente apoyada por la ciudadanía francesa, pero se enfrenta al derecho individual de libertad religiosa, que no puede ser desconocido. Y el dilema nunca se resuelve porque, así como una política mayoritaria llevada al extremo justificaría medidas tales como el genocidio o la confiscación de bienes por razones de raza, una política individualista llevada al extremo, llevaría a resultados también inaceptables pues, como señala *Vandervelde*, decisiones tales como tocar trombón a las 3 a.m., trabajar en condiciones infrahumanas o -añadimos nosotros- aceptar ser devorado por el "caníbal de Rotenburgo", debieran ser aceptables por ser expresiones de la autonomía de la voluntad. Y eso no es así.

Pues bien; imaginemos que el Estado llega a la conclusión que debe priorizarse la decisión individual sobre la de la mayoría. Para *Vandervelde*, tampoco aquí se resolvería el dilema, porque no se sabría como entender el concepto "decisión individual": si como el respeto irrestricto a la voluntad del individuo, aún si la decisión fue tomada sin libertad, es decir, con error, engaño o violencia, (política favorecedora de la autonomía) o como respeto a la individualidad, aunque con intervención del Estado en determinadas decisiones, con el ánimo de proteger al débil frente al fuerte (política paternalista). Derivan del paternalismo, el Derecho Laboral (en su integridad); la tutela a la incapacidad (i.e nulidad de los actos); la tutela a la familia (i.e institucionalización del matrimonio y prohibición del divorcio unilateral); la interpretación en favor del deudor; la lesión; la cláusula penal, el control de precios y, en general, las normas de protección al consumidor, al usuario o al inversionista, como son las tarifas-tope, las multas por venta de productos defectuosos y la obligación de entregar información a la supervisora del mercado. Derivan, en cambio, de una política de autonomía, el derecho de fijar libremente el domicilio, la libertad de conciencia, la libertad de industria, la libertad de contratación, el derecho a competir y el cuestionado derecho de clubes, bares y discotecas de negar el ingreso a determinadas personas sin expresión de causa. Pero lo cierto es que, de la misma manera que en el dilema mayoría vs. individuo, este dilema no llega a resolverse porque, si las políticas se llevan al extremo, ninguna de ellas resultará satisfactoria. Así, si el alcalde de Miraflores decidiera amurallar todo el litoral miraflorentino, a fin de extender su –para él- loable intervención paternalista de instalar unos horribles pilotes recubiertos de fibra de vidrio en el puente Villena, a fin de "ponerle freno al suicidio", la protesta –hoy incipiente- no se haría esperar pues –en ese caso sí- su paternalismo sería extremo y ese mismo hecho abriría paso a una política más tolerante con el suicidio, en consideración a que serían pocos los suicidas "beneficiados" con tal medida, frente al perjuicio a toda la población, consistente en ser privada por completo de gozar del paisaje del litoral miraflorentino. Pero, en el extremo opuesto, una política de total autonomía referida a la libertad de suicidarse, tampoco resulta aceptable pues, en nuestro ejemplo, la ayuda a cometer suicidio debiera estar permitida, ya que se trata de una decisión autónoma y libremente aceptada por el suicida y eso es discutible, tal como ha ocurrido con la famosa máquina de la muerte del doctor *Jack Kevorkian*, donde la Corte de *Michigan* lo condenó a entre 10 y 25 años de prisión, desechando los argumentos del procesado sobre la libertad de decidir y la legalidad de la eutanasia. Llevadas las cosas al extremo, pues, los resultados no son satisfactorios. Por eso y de la misma manera que en el conflicto mayoría-individuo el conflicto paternalismo-autonomía es permanente y, por lo mismo, irresoluble.

⁴ La excelente película *Bowling for Columbine* de *Michael Moore*, demuestra que la sociedad norteamericana está dominada por el miedo.

Imaginemos ahora que el Estado opta por favorecer una política paternalista y decide intervenir en las decisiones de los particulares. Para *Vandervelde*, el dilema reaparecería, porque habría que determinar si el objetivo del Estado al intervenir es la búsqueda de eficiencia social o la realización de la justicia individual. El caso paradigmático de solución eficiente pero no justa, es, según el autor, el de la cosa juzgada, donde no es posible revivir procesos fenecidos, aún cuando en ciertos casos (el surgimiento de la prueba de ADN, por ejemplo) podría demostrarse la filiación de manera (casi) indubitable, cosa que era imposible en el momento que se sentenció. Pero, por injusta que sea, nadie duda que la cosa juzgada es imprescindible en todo sistema jurídico pues, de no existir, los conflictos se perpetuarían hasta, teóricamente, el infinito, lo cual provocaría una inseguridad jurídica de tales proporciones, que la convivencia humana sería simplemente imposible. Las figuras de la prescripción⁵ y caducidad, del fideicomiso, del pacto comisorio, así como algunas ficciones y presunciones (*pater ist*, presunción de propiedad o de buena fe)⁶ son también derivación del principio de eficiencia, pues, el transcurso del tiempo en el caso de la prescripción, la transferencia de propiedad en garantía en el caso del fideicomiso, la apropiación de la prenda en el caso de pacto comisorio y las "verdades" anticipadas en el caso de las presunciones, otorgan seguridad a algunas relaciones jurídicas vitales, aún cuando el resultado termine siendo injusto. Y, de la misma manera como ocurre en los casos anteriores, el conflicto es perpetuo e irresoluble pues, como señala *Vandervelde* en relación a la cosa juzgada, un sistema que no aspire a la justicia es inaceptable, pero tampoco es aceptable malgastar recursos individuales y sociales en dar protección a todo aquél que la requiera, pues eso "recargaría" el sistema de tal manera, que lo volvería inoperante.

¿Y qué pasaría si el Estado decide priorizar lo justo sobre lo eficiente? También aquí aparecería el dilema, pues habría que determinar el significado de justicia: ¿es justo aquello que haga feliz al mayor número de personas, independientemente de los efectos que la decisión tenga sobre un individuo en particular o existen ciertos derechos "intocables", que el Estado no puede abolir ni permitir su vulneración, aunque eso haga más feliz a la mayoría? Para la primera política -el utilitarismo- los jueces están obligados a decidir bajo el criterio de "lo socialmente más conveniente" y solo podrán optar por beneficiar al particular, si con ello benefician a la sociedad en general, mientras que para la segunda -el individualismo- el bienestar social interesa solo en la medida en que el particular se beneficie. Derivan del utilitarismo, la tolerancia de la ley a la actividad de ciertos agentes de riesgo (i.e es preferible permitir la circulación de automóviles, aunque ello cause daño a algunas personas), la aplicación del criterio objetivo de responsabilidad (i.e basta con demostrar el daño, sin necesidad de demostrar la culpa en el caso de actividades riesgosas o peligrosas), o la utilización del "criterio *per se*" de calificación de infracciones contra el mercado⁷. Derivan del individualismo, en cambio, el "criterio de la razón"⁸ en relación a las infracciones contra el mercado y las garantías a los derechos individuales, como son el debido proceso, la prohibición de tribunales sin rostro o la imposición de límites a la carcelería sin juicio, aun cuando, la libertad de individuos socialmente peligrosos, haga la infelicidad de la mayoría de personas, como estuvo a punto de ocurrir hace pocos meses, cuando un juez cambió la orden de detención por la de comparecencia al conocido delincuente (a) *Momón*, por haber vencido el plazo de carcelería sin haberse iniciado el juicio.

⁵ La famosa teoría de *Josserand* sobre la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción, adscribe a la política de eficiencia.

⁶ Artículos 1066, 361 912 y 914 del Código Civil.

⁷ El criterio *per se* consiste en sancionar una conducta sólo por el hecho de haberse producido, sin que interesen sus efectos actuales o potenciales.

⁸ El criterio de la razón consiste en calificar la ilegalidad de una práctica, según los efectos concretos que ésta podría tener.

Pero, aún si el Estado optara por proteger los derechos individuales sobre la felicidad de la mayoría, el conflicto reaparecería pues, como señala *Vandervelde*, habría que definir el concepto "derechos individuales". Y eso es muy difícil, pues no se sabría si, por ejemplo, el músico del piso de arriba tiene derecho a tocar trombón a altas horas de la madrugada o si el derecho es, más bien, del vecino a descansar, como tampoco quedaría claro si el derecho a la libre expresión es absoluto o si existen limitaciones fundadas en el derecho a la imagen o a la privacidad. No se sabe, pues, con certeza, hasta donde es permisible actuar sin considerar la afectación a terceros y en qué momento corresponde inhibirse. El conocido adagio de que "nuestro derecho termina donde comienza el derecho de los demás", no es, pues, tan sencillo, como tampoco lo es deslindar el ejercicio del derecho de su abuso. Y si la opción fuera, al contrario, priorizar la felicidad de la mayoría, tampoco sería posible definir con precisión el concepto de "la mayor felicidad para el mayor número de personas" pues, en el ejemplo de *Vandervelde*, en el caso del despido de los trabajadores de una fábrica situada en una pequeña localidad, clausurada por la Municipalidad por contaminar el medio ambiente, el remedio podría ser peor que la enfermedad, si es que dichos trabajadores son la mayoría de los habitantes del pueblo⁹.

Los conflictos y dilemas, pues, se presentan permanente y suelen reproducirse una y otra vez, sin que sea posible optar por alguno de los extremos pues, como se expondrá más adelante al analizar las paradojas inherentes al sistema legal, las políticas llevadas al extremo, terminan auto-destruyéndose y, con ello, destruyendo el sistema mismo.

1.2 El dilema entre *jusnaturalismo* y *positivismo*

Para *Vandervelde*, esta tensión se produce en relación a las dos posibles fuentes del Derecho: el Derecho Natural (*jusnaturalismo*), por un lado y la voluntad soberana, por el otro. Como se sabe, para los *jus naturalistas*, la ley humana que contraviene el Derecho Natural, no es una verdadera ley, mientras que para los positivistas, la única fuente de la ley es la voluntad soberana, por encima de la cual, no existe nada. Pero, igual que como ocurre en el conflicto individuo-sociedad, este conflicto tampoco se resuelve pues, en uno de sus extremos –el positivismo- se encuentran las leyes injustas que, aunque formalmente expedidas, son inmorales o irracionales: la exterminación masiva bajo el nazismo; el *apartheid* en Sudáfrica pre-Mandela; la pena de lapidación a mujeres en algunos países musulmanes; las leyes mordaza y, finalmente, un caso bastante menos dramático, aunque muy comentado por la prensa local: los "grilletes" impuestos por la oficina migratoria norteamericana a unos inmigrantes ilegales de origen peruano. Y en el otro extremo del dilema –el *jusnaturalismo* puro- se considerarían aceptables las decisiones de la autoridad basadas en criterios justos, aunque extra-legales, como parece estar ocurriendo en algunos casos de corrupción, donde se ha sostenido la aplicación de una ley penitenciaria¹⁰ -que extiende el período de carcelería para la obtención de la semi-libertad- a delitos cometidos con anterioridad a su vigencia, con el argumento de que existe una diferencia entre la ley sustantiva –que admite la ultractividad- y la ley penitenciaria que, forzosamente asimilada a la ley procesal, no la admite. Ninguno de los extremos es, sin embargo, aceptable y, como ha sido históricamente demostrado, el positivismo no es capaz de desplazar completamente al *jusnaturalismo* ya que no es posible concebir una sociedad que no aspire a la justicia. Y, a la vez, el *jusnaturalismo* no es capaz de desplazar totalmente al positivismo, pues un Derecho no escrito, introduciría en el sistema legal un grado tal de discrecionalidad e indeterminación, que llevaría al caos y haría imposible la convivencia.

⁹ Algo parecido ocurrió en el famoso caso Lucchetti donde más o menos 200 trabajadores, la mayoría de ellos residentes en la localidad de Villa, fueron despedidos al haber sido clausurada la fábrica, mediante una discutible resolución municipal basada en la contaminación del medio ambiente.

¹⁰ Ley 27770, Ley que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios aquellos que cometen delitos graves contra la Administración Pública publicada el 28.06.02.

Al igual que en el caso anterior, pues, no queda más que coexistir en la contradicción.

1.3 El dilema entre formalismo e instrumentalismo

Para *Vandervelde*, este conflicto se refiere al proceso de adjudicación de derechos –que comprende la evaluación de los hechos y la interpretación de la norma- donde formalismo e instrumentalismo se oponen diametralmente. Para los formalistas, la adjudicación de un derecho deriva de la aplicación mecánica de la ley a partir de un proceso de deducción -el silogismo jurídico- que va de lo general (la norma) a lo particular (su aplicación al caso). Para los instrumentalistas, en cambio, la adjudicación es un proceso inductivo, donde la norma se aplica a partir de la evaluación de las políticas que la inspiran. De ahí que, para el autor, el instrumentalismo conviva muy bien con conceptos estándar, tales como la razonabilidad, la buena fe, el abuso del derecho o el orden público, pues se trata de conceptos flexibles que permiten resolver caso por caso, sin necesidad de encasillarse a una única solución.

El ejemplo clásico de este dilema, es el del conductor que se pasa la luz roja un día domingo en horas de poquísimo tránsito, sin provocar un accidente. Una posición formalista consideraría producida la falta por el solo hecho de no haberse respetado la señal y, en consideración a ello, aplicaría la sanción con el mismo rigor que emplearía en cualquier otro caso. Una posición instrumentalista, en cambio, sería flexible con la sanción pues tendría en cuenta que la infracción cometida no ocasionó un accidente, que era domingo y que se trataba de una hora de poca afluencia de automóviles, donde las reglas de tránsito suelen relajarse.

Pero éste no es el único caso de enfrentamiento entre formalismo e instrumentalismo, pues se produce en diversos escenarios: el de la interpretación contractual (literalismo vs. no-literalismo, donde jueces y abogados literalistas interpretarán el contrato ciñéndose estrictamente a su letra, en tanto que jueces y abogados no-literalistas la trascenderán); el de la interpretación legal (subsunción, donde el único razonamiento jurídico aceptable es el silogismo¹¹ vs. ponderación, que propone una interpretación orientada a valores donde el intérprete opta entre principios y no entre reglas); el de la revisión de los contratos (sistemas que no aceptan la revisión o que la aceptan en casos extremos (i.e. ilicitud del objeto), vs. sistemas que admiten la revisión, incorporando figuras tales como la lesión o la excesiva onerosidad del contrato); el de la responsabilidad civil (responsabilidad objetiva o sin culpa vs. responsabilidad subjetiva y necesidad de demostrar la culpa); el del cumplimiento de requisitos formales (mayor o menor flexibilidad de la autoridad en casos tales como la presentación extemporánea de documentos, el pago de tasas judiciales equivocadas o la falta de sello en una o más páginas del expediente de la licitación¹²). En esos casos, jueces, tribunales u órganos estatales formalistas, tenderán a rechazar de plano documentos entregados extemporáneamente y se negarán a aceptarlos si carecen de algún requisito formal, por mínimo que éste sea, mientras que jueces, tribunales u órganos administrativos instrumentalistas tenderán a pasar por alto esas faltas e irán directamente al fondo, estableciendo fórmulas y criterios para sustentar su actuación (i.e. otorgamiento de plazos adicionales o la no atención a faltas formales intrascendentes).

¿Y cuál es el sustento de cada una de dichas posiciones? Para los formalistas, la aplicación mecánica y silogística de la ley tiene dos virtudes: (i) la uniformidad, pues, a casos iguales, soluciones iguales, cosa que es esencialmente justa y (ii) la predecibilidad, pues en un sistema de orientación formalista, todos los ciudadanos están en condiciones de conocer sus deberes y sus

¹¹ El razonamiento jurídico basado en el silogismo, también llamado razonamiento deductivo es el siguiente: PM: norma legal; pm: hechos y c: aplicación de la norma al caso. Este es el razonamiento típico en los sistemas donde la ley es la principal fuente del Derecho.

¹² Todos los ejemplos han sido tomados de casos reales ocurridos en organismos públicos (concretamente OSIPTEL y CONASEV), tribunales arbitrales y Poder Judicial.

derechos por anticipado, lo que lo hace fiable. Los formalistas resaltan el valor de una política semejante para la economía de mercado, pues –señalan- facilita la celebración de contratos, simplifica su aplicación forzosa por los jueces y desestimula la interposición de demandas o reclamaciones frívolas, pues es posible predecir que éstas no prosperarán. Para los instrumentalistas, en cambio, toda norma jurídica debe interpretarse a partir de la política que la sustenta (*la ratio legis*) y, entonces, si su texto es limitado o restrictivo, éste debe ser entendido en su sentido más amplio, de manera que pueda incluir la política subyacente. Y si bien los instrumentalistas reconocen que no pueden aspirar a la uniformidad consideran que, al fin y al cabo, se trata de, tan solo una ilusión, porque en el plano normativo (supuestamente más concreto) tampoco se puede evitar la indeterminación. Es más, si de eso se trata, es el formalismo el que produce la indeterminación, pues, a mayor generalidad de la norma mayor indeterminación, por lo que –señalan- no queda sino concluir que la uniformidad y la predecibilidad absolutas son imposibles de alcanzar. Además –continúan los instrumentalistas- los estándares flexibles permiten hacer justicia, porque las normas son siempre incompletas, es decir, demasiado “anchas” o demasiado “angostas”, cosa que no puede ser de otra manera porque en el momento de su redacción, era imposible prever todas las hipótesis a ser cubiertas por la misma.¹³ Pero los formalistas vuelven a la carga, “enrostrando” a los instrumentalistas que una posición que permite al intérprete apartarse de la letra, da pie a que los jueces fallen en función a sus deseos y preferencias y no en virtud del mandato de la ley, lo cual produce impredecibilidad, genera incentivos para litigar y aumentan así los costos de transacción. Y en cuanto a la objeción referida a lo indeterminado e impreciso de la regla general, eso no les preocupa, pues siempre será posible expedir reglas excepcionales, que, si son claras, contribuirán a la predecibilidad del sistema. A lo que responden los instrumentalistas que la proliferación de excepciones a la regla general, harán de la regla misma, una indeterminable.

Desde otro punto de vista, el formalismo ha sido acusado de ser artificial y superficial. Se le considera artificial porque es posible que la norma sea cumplida sin que con ello se cumpla la política subyacente. Y se le considera superficial porque la abstracción de la norma puede ser de tal grado, que termina divorciada de la realidad, llevando a aplicaciones absurdas, injustas o sin sentido. Abundan los ejemplos de situaciones donde existe libertad formal y no real e igualdad formal y no real, siendo típico el caso de los contratos por adhesión -seguros, transporte o prestación de servicios públicos-, donde una parte impone su voluntad a la otra, lo que fuerza al Estado a participar mediante la regulación de dichas actividades y/o la creación de criterios de interpretación favorables a la parte más débil de la relación, es decir, al cliente o consumidor. Pero el instrumentalismo tampoco se libra de crítica y ha sido calificado de método político y no jurídico, porque, en el fondo, permite incorporar las preferencias del juzgador, creando impredecibilidad e inseguridad. Y así se suceden las objeciones y las contra-objeciones, sin que el dilema pueda ser resuelto.

Lo dicho hasta ahora permite apreciar que el dilema entre formalismo e instrumentalismo no puede ser resuelto. Y eso es así, sencillamente porque, llevado el formalismo al extremo, éste enfrentará el problema de la rigidez de las normas (*summum ius, summa iniuria*), mientras que, llevado el instrumentalismo al extremo, éste enfrentará el problema de impredecibilidad, desorden e injusticia. Pero, aún cuando los extremos se presentan como irreconciliables, lo cierto es que, para *Vandervelde*, formalismo e instrumentalismo tienden a acercarse pues, de un lado, las reglas suelen ensancharse mediante la utilización de estándares (i.e los contratos deben interpretarse según la buena fe) y, al contrario, los estándares suelen relativizarse mediante la utilización de reglas que los explican (se entiende por buena fe el desconocimiento...etc.)

¹³ Debe señalarse, sin embargo, que la utilización de buenas técnicas de redacción legal es muy útil a efectos de la perdurabilidad de la norma.

1.4 El dilema formalismo-instrumentalismo en la interpretación de la ley

Señala *Vandervelde* que el formalismo está identificado con la interpretación literal que, más que un método de interpretación (el literal o gramatical) es una corriente de pensamiento que tiende a interpretar las normas sujetándose exclusivamente a su letra. En la otra orilla, el instrumentalismo tiende a incorporar a la interpretación la razón de ser de la norma, considerando que es normal y lícito trascender la letra de la ley, si con eso se alcanza una solución más justa o más lógica.

Para los defensores del literalismo, lo único que existe es el texto y toda referencia a las políticas subyacentes o a la "intención del legislador" son especulaciones que solo sirven para que el juzgador introduzca -indebidamente, por cierto- sus preferencias personales. Señalan también que el método literal de interpretación es el más seguro, porque parte del lenguaje concreto y garantiza a las personas que no serán penalizadas por no haberse percatado de cuál era la política subyacente a la norma¹⁴. Pero, para los defensores del instrumentalismo, las palabras utilizadas por la norma son normalmente indeterminadas o poco claras y, por tanto, para llenar los vacíos de la ley es inevitable recurrir, siquiera mínimamente, a las políticas subyacentes. Consideran también los instrumentalistas que si bien el método literal limita el rango de posibilidades interpretativas, no permite decidir cuál de todas es la mejor o la más conveniente, con lo cual se convierte en una teoría de interpretación incompleta.

Pero, si se optara por el instrumentalismo, se presentaría el problema de tener que determinar el significado de la "intención del legislador": ¿consiste en precisar la intención de los verdaderos redactores de la norma? ¿en determinar la intención "presunta" u "objetiva" de un legislador hipotético? ¿o se deben analizar las normas en relación al presente, sin referencia a las razones verdaderas o presuntas para las cuales fueron creadas? Todo eso ha sido discutido lo largo del desarrollo del pensamiento jurídico, dando lugar a tres teorías: (i) la teoría de la intención (*intentionalism*), (ii) la teoría de la intencionalidad (*purposivism*); y (iii) la teoría de lo no original (*nonoriginalism*), todas las cuales han logrado resultados tan solo parciales¹⁵. La primera, porque la búsqueda de la intención del legislador (es decir, el de carne y hueso) es muy complicada debido a que, por lo general, las normas no cuentan con exposición de motivos¹⁶ y aún si contaran con ella, las leyes responden muchas veces a arreglos y componendas políticas (i.e buscar la reelección). Además, llegar al pensamiento del legislador (otra vez el de carne y hueso) es imposible pues,

¹⁴ El mismo argumento fue utilizado por el Tribunal Administrativo de CONASEV en el caso de una sociedad agente de bolsa (en adelante la SAB), contra la cual se inició una investigación por elusión, por haber ejecutado ciertas operaciones que, debiendo haber sido transadas en el mercado primario, se transaron en el mercado secundario. En ese caso, el Tribunal consideró que, en efecto, por el volumen de operaciones y por sus montos, lo normal era que dichas operaciones se transaran en el mercado primario, pero el hecho concreto era que la ley vigente en ese momento, no imponía dicha obligación y, por tanto, la SAB no tenía como imaginar que, operando en el mercado secundario, estaba cometiendo una infracción. Y, adoptando explícitamente un criterio formalista resolvió a favor de la SAB, considerando que ésta no podía ser sancionada, puesto que la infracción no se encontraba tipificada. Literalmente el Tribunal señaló lo siguiente: "... para que exista elusión, el administrado debe crear una "fórmula de rodeo" que le permita evadir cierto mandato o prohibición. Y eso no ocurrió en este caso, pues en el momento en que se produjeron los hechos, no existían siquiera normas que orientaran al administrado a elegir el mercado que correspondía a la negociación de valores...cosa que luego ocurrió.... Según ello, considerar la existencia de elusión sin mandato o prohibición específica legal, supone exigir a (la SAB) el empleo de un criterio más acertado respecto de la elección del mercado que correspondía, lo cual, debido a su subjetividad e incluso a su arbitrariedad no puede imponerse al administrado pues, ello, supondría violar el principio general del Derecho Administrativo, llamado "principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad" (Expediente N° 99/0143).

¹⁵ Estas teorías han sido sostenidas dentro del sistema anglosajón. No obstante, la discusión se produce también en el sistema continental.

¹⁶ Un tema todavía no resuelto es si las exposiciones de motivos publicadas conjuntamente con las normas, pertenecen al método histórico de interpretación o son un coadyuvante del método literal.

como sea, la conclusión pasa por el tamiz del intérprete, quien sin duda agregará al texto su propia subjetividad. Por su parte, la teoría de la intencionalidad tampoco llega a resultados satisfactorios pues, si bien se concentra en el propósito "objetivo" de la norma, termina distorsionando su significado original y convirtiéndolo en impredecible cualquier resultado interpretativo, pues caben todos los significados posibles. Finalmente, la teoría de lo no original está más divorciada aún de la intención del legislador (del verdadero) porque, ni siquiera presume su voluntad hipotética. Y eso convierte a la interpretación en algo más impredecible aún, lo que lleva a *Vandervelde* a sostener que la teoría del *nonoriginalism* es bastante ingenua, pues no puede ocultar que, en el fondo, permite la ilimitada discrecionalidad del intérprete.

Las posiciones formalista-literalista e instrumentalista-no literalista están, pues, en permanente enfrentamiento y responden (y aspiran) a políticas diferentes: el formalismo a la seguridad jurídica y a la predecibilidad y el instrumentalismo a la justicia individual, como freno al abuso de los fuertes sobre los débiles.

Un claro enfrentamiento entre ambas tendencias se da en el debate referido al contrato abstracto, que es una estructura negocial que no hace explícita su finalidad y, por tanto, permite exigir el cumplimiento de la obligación, sin que interese si la deuda –digamos, S/.1,000.00- proviene de la venta de un bien, de una donación o de un delito. Para los formalistas-literalistas, el contrato abstracto es un instrumento valiosísimo que tuvo gran éxito cuando fue utilizado en Alemania como mecanismo para transferir propiedad (el contrato real abstracto de enajenación del BGB), pues puso fin a las innumerables demandas de ineficacia de los contratos por defectos en su causa (i.e error, dolo, lesión) –puesto que se trataba de contratos incausados- asegurando con eso la circulación de la riqueza y el desarrollo del capitalismo. Los instrumentalistas consideran, en cambio, que el contrato abstracto es una aberración jurídica, pues, al no indagar sobre la verdadera finalidad de las partes al celebrarlo, lleva al extremo de considerar válidos contratos inmorales o irracionales (i.e obligación de pagar cierta suma a X si da muerte a Y o la compraventa de un rascacielos por una peseta) y eso es inaceptable. Cada corriente de pensamiento, pues, exhibe poderosas razones en defensa de su posición.

Pero siendo tan claro que literalismo y no literalismo son, tan solo, corrientes de pensamiento permanentemente opuestas e irreconciliables, algunos textos muy difundidos en el Perú sobre interpretación de la ley, –por ejemplo el Manual de Derecho Civil y Comercial de *Francesco Messineo*- no aluden a la irreconciliable de ambas posiciones, sino, más bien, pretenden su aplicación sucesiva (y en abstracto), comenzando con el método literal y terminando con la "*intención del legislador*", que, según *Messineo*¹⁷ "*a veces puede conducir a modificar el resultado de la interpretación, tal como derivaría del sentido literal de la norma*". No sustenta el autor, sin embargo, la razón por la cual un método –*la intención del legislador*- puede tener la virtud y la fuerza de modificar el resultado de otro –*el método literal*- ni cuándo puede hacerlo: ¿siempre? ¿casi siempre? ¿a veces? ¿solo si la norma carece de claridad? ¿y cuándo carece de claridad? ¿es el juzgador quien lo determina discrecionalmente? ¿no es eso arbitrario? Y, en fin; ¿cuándo debe optar el juez por trascender el texto y cuándo no? Es más, en el sistema planteado por *Messineo* el método histórico –constituido fundamentalmente por los trabajos preparatorios- queda relegado al último rango en consideración a que éstos no pueden predominar sobre la *voluntad objetiva de la ley*, debiendo prevalecer la *formulación* de la norma, frente al *propósito manifestado*. Pero, ¿no es que, para *Messineo* la *intención del legislador* puede modificar el resultado del método literal? ¿por qué, entonces, relegar al último lugar la evidencia más palpable de la misma,

¹⁷ Messineo, Francesco; *Manual de Derecho Civil y Comercial*; Tomo I; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1954, p. 99. Otros autores que tratan el tema de interpretación de las leyes de manera semejante son, por ejemplo: Betti, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1975; y De Angel Yagüez, Ricardo; *Una Teoría del Derecho (Introducción al Estudio del Derecho)*, Sexta Edición, Reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

como son los trabajos preparatorios¹⁸? ¿no constituyen dichos trabajos el fruto del más auténtico pensamiento de sus autores? Y, de otro lado, ¿qué es la voluntad objetiva de la norma? ¿se refiere a su texto? ¿o a lo que diga el intérprete? Tampoco queda claro en qué consiste para *Messineo*, la "*intención del legislador*", pues el autor se limita a considerarla como el *elemento lógico, el espíritu* o la *razón de ser* de la norma, distinguiéndola, además, de la *occasio legis*, que es el *motivo contingente* en la expedición de la ley (frente a su verdadera *finalidad*), sin explicar el significado de los términos "espíritu" o "racionalidad": ¿existen parámetros o es lo que considere el juzgador de manera discrecional? ¿y no es eso arbitrario? Y, finalmente, ¿cuál es la *ratio legis* y cuál la *occasio legis* en un caso en el cual solo el motivo contingente (i.e la ocurrencia de una huelga) puede explicar el sentido de la norma?

Como el lector apreciará, los cuestionamientos al planteamiento de *Messineo* debilitan su "sistema". Pero no porque el autor haya definido equivocadamente los métodos de interpretación, sino porque plantea su utilización de manera abstracta, es decir, sin ninguna vinculación con los hechos del caso ni con las políticas que los sustentan. Y eso lo convierte en inseguro y arbitrario. Así, si nos preguntamos cuál es la *intención del legislador* en el caso de un conflicto entre libertad de expresión y derecho a la privacidad, se presentarán, necesariamente, dos extremos opuestos e irreconciliables: la defensa cerrada de la libertad de expresión y la protección absoluta de la privacidad, extremos a partir de los cuales caben varias soluciones intermedias. O, si nos preguntamos cuál es la "intención del legislador" cuando, al definir el término "patrimonio cultural de la Nación", establece que son "*los bienes culturales que son testimonio de creación humana, material o inmaterial, (debido a) su importancia artística, científica, histórica o técnica*" (subrayado agregado) y cuando permite que esos bienes sean afectados por el Estado¹⁹, surgen dos respuestas contrapuestas, relativas a su potestad de afectar un bien. Para algunos, es suficiente para afectar, con que el bien califique de estético, mientras que para otros, se trata de un acto del Estado que, al vulnerar la propiedad privada debe ser excepcionalísimo. Para aquellos -utilitaristas- la amplitud de la potestad encuentra su justificación en que la inclusión de la mayor cantidad de bienes al acervo cultural del país hace más feliz a la mayoría, mientras que para éstos -individualistas y partidarios de la eficiencia- el derecho individual de propiedad no puede ser afectado sino excepcionalmente, es decir, solo en aquellos casos que se trate de un verdadero monumento, porque es injusto que el propietario pague el costo social del disfrute de la cultura por los demás y porque, además, si las afectaciones son excesivas, convierten al sistema en ineficiente, porque obstaculizan la circulación de la riqueza, que es la base del desarrollo.

Según lo señalado, es, entonces, imposible responder en abstracto a la pregunta de cuál es la *intención del legislador* porque ésta no puede ser "encontrada" o, más propiamente, determinada, si no es en relación a los hechos ocurridos –que contextualizan y explican el problema- y a alguna política concreta que le dé sustento (mayoría vs. minoría; eficiencia vs. justicia o paternalismo vs. autonomía, *jusnaturalismo* vs. positivismo). Y eso significa que, además de omitir toda referencia a los hechos concretos, a la teoría de *Messineo*, le falta un eslabón imprescindible, que es su conexión -es decir, la de los métodos de interpretación- con las políticas que los sustentan. Y es en ese momento que la *intención del legislador* que, según *Messineo* "*a veces puede conducir a modificar el resultado de la interpretación, tal como derivaría del sentido literal de la norma*" adquiere contenido. Así, en el ejemplo anterior, un juez podría optar por priorizar la privacidad si,

¹⁸ Naturalmente, los trabajos preparatorios, precisamente por ser tales, pueden contener –y de hecho es así- opiniones opuestas, cambios de opinión, desacuerdos y toda clase de discusiones. Ese elemento, sin embargo, lejos de restar valor a dichos trabajos, lo enriquece, pues es lógico pensar que, entender las razones del cambio, contribuye a entender la racionalidad de la norma.

¹⁹ De conformidad con la ley 24047, los bienes declarados patrimonio nacional son inmodificables por sus propietarios sin autorización del INC. En los hechos, dichas afectaciones constituyen una carga sobre los bienes y disminuyen notablemente su valor económico. Algunos consideran que las afectaciones a la propiedad por el Estado son inconstitucionales porque, a diferencia de la expropiación, no conllevan justiprecio.

digamos, el medio periodístico abusa de las imágenes bochornosas, pero ese mismo juez podría elegir la libertad de expresión si se trata de un personaje público. Pero en este último caso –i.e un candidato a la presidencia- un juez podría priorizar el derecho a la privacidad si concluye que el hecho que la prensa ha atribuido a dicho personaje no tiene conexión con el ejercicio de su cargo y otro podrá priorizar la libertad de expresión, si concluye que el público tiene derecho a conocer todos los aspectos de la vida íntima de sus futuros gobernantes, sin restricción, porque eso le permite escrutarlos mejor. El caso que mejor ilustra este dilema es el del manejo periodístico sobre la paternidad no reconocida del candidato a la presidencia y luego presidente del Perú: el famoso caso *Zaraí*. Aquí se planteaba el problema de los alcances de la libertad de prensa al tratar la vida íntima del candidato. Algunos opinaban que ésta debía ser ilimitada y que, solo por el hecho que el candidato aspirara a la presidencia, la población tenía derecho a conocer absolutamente todos los aspectos de su vida privada. Otros sostenían, en cambio, que solo si el no reconocimiento era capaz de influir en las decisiones de su gobierno o, en general, en su capacidad de gobernar, la supuesta filiación de la hija no reconocida, podía ser ventilada públicamente. Y, para estos últimos, en el caso *Zaraí* se trataba de actos de la vida privada del candidato, que en nada influirían en sus decisiones, porque -llevada la argumentación al extremo- era impensable que éste se propusiera implantar una política de incentivos al no reconocimiento de los hijos o que –más absurdo aún- quisiera aplicar políticas contrarias a la infancia, como, por ejemplo, promover la pornografía.

No hay, pues, manera de escapar al dilema, por lo que debe aceptarse (humildemente, en verdad) que se trata, no de verdades absolutas, sino, tan solo, de pesos relativos de políticas en conflicto. La relatividad, entonces, está en la base conceptual de la teoría de la interpretación y si eso no se entiende plenamente y los problemas legales se manejan bajo el esquema de verdadero-falso, los malentendidos pueden ser muy grandes. ¿Y de qué depende la opción entre una política u otra? Pues de cuatro elementos principales: (i) de los hechos del caso (son decisivos para determinar la política aplicable); (ii) del contexto (la coyuntura provee el marco general); (iii) de la ideología del juez (puede ser que favorezca la eficiencia y no la justicia o que sea (o no) partidario de la intervención del Estado); y (iv) ¡cómo no! de la forma como los abogados planteen sus argumentos. Y para eso cuentan, fundamentalmente, el razonamiento jurídico y la habilidad de persuasión, tanto verbal, como escrita.

II. Las paradojas

II.1 La relación de las políticas en el plano teórico

Para entender las paradojas del sistema legal, conviene resumir los dilemas: el primero de ellos se plantea en términos de filosofía política y consiste en la oposición entre la comunidad (representada por el Estado) y el individuo. El segundo se plantea en términos metafísicos (o de naturaleza del Derecho), y consiste en la oposición entre *jusnaturalismo* y positivismo donde el *jusnaturalismo* (derivado del realismo) postula que las leyes tienen existencia ontológica y que el Derecho es un fenómeno verdadero e igual en todas las sociedades, mientras que el positivismo, (derivado del nominalismo) considera que el Derecho es una simple creación humana y que, lejos de ser universal, responde a una sociedad determinada en un momento determinado. Finalmente, el conflicto entre formalismo e instrumentalismo, deriva del conflicto filosófico más general entre el racionalismo y el empirismo y se refiere al sustento de la adjudicación de derechos: para el formalismo o racionalismo, éstos se adjudican mediante un proceso de deducción que va de lo general a lo particular –el silogismo jurídico- mientras que para el instrumentalismo-empiricismo, lo importante es la experiencia –puesto que los casos son únicos- y, entonces, éstos deben ser decididos de manera individual, es decir, caso por caso.

Vandervelde considera que los dilemas jurídicos no son sino una representación de problemas filosófico-políticos, metafísicos y epistemológicos más generales, cuyos dos extremos son, en definitiva, lo universal y lo particular.

En el siguiente cuadro, el autor expone la dualidad entre lo universal y lo particular en sus tres manifestaciones:

Dualidad	Universal	Particular
	Sociedad	Individuo
	Mayorías	Individualismo
Política	Paternalismo	Autonomía
	Eficiencia	Justicia
	Utilitarismo	Teoría de derechos
Metafísica	Realismo	Nominalismo
	Derecho Natural	Positivismo
	Racionalismo	Empiricismo
Epistemológica	Formalismo	Instrumentalismo
	Reglas	Estándares
	Objetivismo	Subjetivismo

Ahora bien; para *Vandervelde*, lo que normalmente ocurre es que las políticas son inconsistentes a un cierto nivel de generalidad. Ese es el caso -señala- de la teoría liberal de *Locke*, para quien, el individualismo, que clasifica dentro de lo particular, deriva del Derecho Natural, que clasifica dentro de lo general o de la teoría de Bentham, que es utilitarista en el aspecto filosófico-político, pero positivista en su aspecto metafísico. Lo mismo ocurre con las decisiones judiciales, que no pueden ser consistentemente universalistas ni consistentemente particularistas, es decir, no pueden descansar en, tan solo, uno de los extremos. Y eso es así porque, para el autor, subyace en el sistema jurídico liberal, una paradoja, según la cual, cuando las políticas son llevadas al extremo, terminan autodestruyéndose. En ese sentido y continuando con nuestro ejemplo, la libertad de expresión puede convertirse en caos y anarquía y en el abuso del fuerte sobre el débil. Es por eso que la libertad debe garantizarse mediante el poder del Estado. Sin embargo, el poder del Estado llevado a su extremo, puede desembocar en autoritarismo y en la consecuente desaparición de la libertad individual. Con lo cual, preservar al Estado para asegurar la libertad, deja de ser importante. En otro ámbito -el del *jusnaturalismo* vs. el positivismo- la paradoja también se presenta, pues el *jusnaturalismo* extremo, al postular la existencia de una ley inmutable y eterna, impide la evolución y frena el desarrollo, mientras que el positivismo extremo, si bien permite el cambio, no puede impedir la expedición de leyes arbitrarias o caprichosas. Finalmente, en el ámbito epistemológico, la paradoja reaparece, pues una ley llevada a su mayor extremo de generalidad resulta inaplicable (como son la mayoría de normas de rango constitucional, que, para su aplicación, requieren de la expedición de una ley que desarrolle su contenido), mientras que una ley llevada a un nivel extremo de particularidad hace también imposible su aplicación pues, en realidad, la casuística es variable, tanto que las personas con experiencia forense, suelen

comentar que no existen dos casos idénticos. Por eso, la paradoja es –y debe ser- abordada y resuelta como una verdadera transacción entre dos políticas opuestas, donde las normas pueden ser de uno u otro signo y los jueces pueden aplicar, en ciertos casos políticas universalistas y en otros, políticas particularistas. Eso es inevitable y ocurre en relación a todas las leyes y a todos los cuerpos legales. Para demostrarlo, tomemos como ejemplo el Código Civil peruano: ha optado por el individualismo, porque considera la autonomía de la voluntad como la regla general; por el paternalismo, al haber incluido figuras tales como la lesión, la excesiva onerosidad o la nulidad de las estipulaciones exoneratorias de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable; se adhiere al instrumentalismo, porque considera que los defectos de forma no causan la nulidad automática del acto jurídico; adopta la política basada en la eficiencia al haber acortado los plazos de prescripción regulados en el Código de 1936; y suscribe la política formalista, cuando establece que los contratos son obligatorios en todo lo que está contenido en ellos, pero solo en eso²⁰.

No es posible, pues, llegar a una consistencia teórica y -de hecho- legisladores y jueces optan en un momento por una política y en otro, por la política opuesta.

II.2 La relación de las políticas en el plano de sus consecuencias

Aún cuando la inconsistencia teórica exista y sea irresoluble, para *Vandervelde*, las decisiones judiciales sustentadas en valoraciones de política no tienen tanto que ver con su consistencia teórica sino con sus consecuencias, es decir, con los resultados a los que se llegaría con su aplicación. Por eso, según el autor, el trabajo del juez es *“inherentemente consecuencialista”*, es decir, resuelve fundamentalmente en función de las previsible consecuencias del caso y entonces, más que argumentar apuntando a la consistencia teórica, el abogado debe destacar los buenos resultados de la decisión en términos del cumplimiento de políticas²¹. Eso es lo que le da sentido al caso y lo que motiva al juez a actuar. Y, tal vez, eso sea hacer justicia.

Ahora bien; así como la relación teórica entre las diversas políticas es fija e inamovible, la relación entre sus consecuencias no lo es y puede ocurrir que para promover la política de eficiencia, se requiera aplicar una política individualista (i.e el libre mercado) o que, al contrario, se considere más conveniente una política mayoritaria (el otorgamiento de licencias para ciertas actividades). Puede ocurrir, asimismo, que las políticas sean consistentes (es decir, que varias políticas sustenten un mismo resultado), que sean opuestas (es decir, que sean contradictorias) o que sean independientes (es decir, que una política sea indiferente a la otra). Así por ejemplo, algunas políticas convergen en sostener el valor del pacto comisorio²²: la autonomía, pues aceptar dicho pacto implica respetar la libre voluntad de las partes; la eficiencia, pues, con su aceptación, se desestimulan los litigios, acelerándose la circulación de la riqueza; y el formalismo, pues se prioriza la letra de la ley sobre toda otra consideración. Se opondría, sin embargo, a dicho pacto, la política paternalista, que postula la protección del deudor respecto de la conducta abusiva del acreedor, sobre todo si el valor de la prenda supera al de la deuda garantizada. Finalmente, dos políticas son independientes, cuando ninguna de ellas impide el funcionamiento de la otra. *Vandervelde* propone como ejemplo, el caso de una persona que pretende tocar trombón a las 3 a.m., molestando a sus vecinos. El abogado del vecino sustentará su posición en el utilitarismo pues la mayor felicidad para todos es que el músico no toque trombón a esa hora. Dicha posición sería, sin embargo, perfectamente compatible, tanto con una decisión formalista que imponga al músico la prohibición

²⁰ Artículos 1354, 1447, 1440, 1328, 144 y 1361.

²¹ Para *Vandervelde*, sin embargo, el formalismo es una política *“no consecuencialista”*, en realidad la única porque, al postular la aplicación de la ley según su letra, no atiende a las consecuencias.

²² Como se sabe, el pacto comisorio es un acuerdo mediante el cual, el acreedor puede apropiarse de la prenda en caso de incumplimiento del deudor. Este pacto ha sido prohibido por el artículo 1066 del Código Civil peruano.

de tocar trombón a partir de las nueve de la noche, cuanto con una instrumentalista, que le prohíba tocar trombón en “horas inadecuadas”.

Y -señala *Vandervelde*- cuanto mayor sea la sensibilidad del abogado para percibir las relaciones de coordinación, oposición o independencia de las políticas, mayores posibilidades tendrá de diseñar un amplio abanico de argumentos para defender su posición: en el caso de confluencia de políticas, “sumando” o “restando” políticas; en el caso de políticas opuestas, buscando las contradicciones entre las mismas o tratando de superarlas; y en el caso de políticas indiferentes entre sí, convenciendo a su cliente que da lo mismo la aplicación de una u otra.

Ahora bien; para *Vandervelde*, aún cuando las inconsistencias teóricas son consustanciales al sistema legal y a pesar de que los jueces les prestan poca atención, éstas no son totalmente irrelevantes, pues, en aquellos casos en que se producen a un nivel muy bajo de generalidad, pueden servir de argumento al abogado de una parte para desvirtuar el de la contraria. Así, se discutía en un arbitraje si una determinada cláusula contractual estipulaba una indemnización por incumplimiento (cláusula penal) o si se trataba, más bien, del costo del derecho de salida del contrato. Como se sabe, la diferencia entre ambas figuras está en que, según el Código Civil, la cláusula penal²³ es reducible por el juez si determina que es excesiva (política paternalista) mientras que, también según el Código Civil, el monto pactado como derecho de salida²⁴ no lo es, pues, como en cualquier otro contrato, prevalece la autonomía de la voluntad, aún si éste es manifiestamente excesivo (política de autonomía). En ese caso, el abogado de la parte que pretendía la reducción sostenía la existencia de una contradicción teórica en el Código Civil, pues era inconcebible que la ley diera un mejor trato a quien incumplía un contrato -mediante la reducción de la cláusula penal- que a quien se apartaba del mismo -impidiendo la reducción de la “cláusula de salida”- porque tal inconsistencia creaba incentivos al incumplimiento. El Tribunal no acogió dicha argumentación -pese a considerarla válida e ingeniosa- y utilizó el razonamiento *ad absurdo*, señalando que la reducción sistemática de los montos pactados como derecho de salida, terminaría destruyendo la posibilidad de celebrarlos, lo cual, por razones de eficiencia (predecibilidad, por ejemplo), no era aceptable. Finalmente, los abogados pueden llevar los argumentos de la contraparte a su extremo teórico (libertad-anarquía o control-tiranía) o cuestionar la coherencia de las políticas invocadas por la otra parte (i.e eficiencia e individualismo), resaltando la oposición entre ambas. Por eso, si bien la argumentación jurídica debe apuntar a resaltar las consecuencias favorables o desfavorables de la decisión, la detección de las incoherencias teóricas de la contraparte, es para los abogados, una valiosa herramienta argumentativa, cuyo impacto puede ser importante y, no pocas veces, determinante.

III. La aplicación de las políticas

III.1 La técnica de decidir

Una vez que el abogado ha identificado las políticas subyacentes en las normas legales, procede a determinar los beneficios de los posibles resultados de aplicar una política frente al costo de impedir la política contraria. Es decir, hace “costo-beneficio” o “balance de políticas”. Así por ejemplo, si el beneficio de incorporar al Código Civil el pacto comisorio -la reducción de litigios y circulación de la riqueza- es mayor que el costo de proteger al deudor prendario -el remate de la

²³ Artículo 1341

²⁴ Si bien el artículo 1480 del Código Civil señala que “la entrega de las arras de retractación sólo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos”, el Tribunal arbitral descartó la norma y consideró que el pacto del derecho de separación a cambio de un precio, es un contrato innominado que deriva de la autonomía de la voluntad.

prenda para permitirle obtener el mayor valor por la misma- debe aplicarse la primera. O, si el beneficio de defender la libertad de expresión –la posibilidad de que todos puedan acceder a información- es mayor que el costo –la vulneración del derecho a la privacidad- debe optarse por la primera. No obstante, en cada uno de estos supuestos, es igualmente posible optar por la política opuesta, según las circunstancias del caso.

Pero, el análisis costo-beneficio es bastante más complicado de lo que parece porque, como bien señala *Vandervelde*, las políticas no siempre tienen el mismo valor y, por eso, en ciertos momentos históricos (y también lugares), los jueces dan preferencia a una determinada política y en otros, a la política opuesta. Estas oscilaciones pueden ser apreciadas con bastante nitidez en dos temas centrales en los últimos diez años en el Perú: el terrorismo y la corrupción.

Como se sabe, a partir de 1992, se expidieron en el Perú normas extremadamente rigurosas en materia de terrorismo: tribunales militares, jueces sin rostro y creación de nuevos delitos, como el de apología al terrorismo. Asimismo, con el propósito de incrementar el rigor de las penas, el delito de terrorismo, que no contemplaba la pena de muerte, fue inicialmente asimilado al de traición a la patria²⁵, que sí la contemplaba y que era una figura para nada semejante a aquella, pero que “se adaptaba a las necesidades” de esa precisa coyuntura histórica, caracterizada por el profundo malestar de la población en relación al fenómeno terrorista. Si bien hubieron cuestionamientos a dicho sistema, la mayoría de la población, sin intuir, tal vez, que las políticas mayoritarias y positivistas estaban siendo llevadas al extremo, apoyaba la aplicación de políticas de control estatal absoluto, siendo en ese momento aceptable sostener que “el Estado lo puede todo”; que “las garantías al debido proceso son secundarias”; que “se trata de una guerra interna”, que “es un estado de excepción” o, ¡cómo olvidarlo!, la famosa expresión de un representante de la Iglesia Católica, que, con contundente claridad, dio cuenta de su desdén por los derechos humanos. Hacia el año 1993, el terrorismo comenzó a decrecer y el fenómeno fue básicamente erradicado. Fue así como, con la caída del gobierno que optó por el extremo del autoritarismo, comenzaron a prevalecer las políticas de signo opuesto –justicia individual, respeto al debido proceso, garantías individuales, régimen carcelario más humano- con lo cual se descartaron la pena de muerte y la de cadena perpetua, se anuló un importante número de procesos por vulneración del debido proceso, especialmente en los casos del juzgamiento por tribunales castrenses y se mitigó el rigor de las condiciones carcelarias, implantándose de manera general, una política de respeto a la individualidad y de rechazo a los abusos del Estado.

Y en el tema de la lucha contra la corrupción –indudable secuela del régimen autoritario- viene ocurriendo algo parecido pues, reconocidos penalistas consideran que ciertos tipos penales han sido extendidos de manera forzada, en contravención con el principio de tipicidad y la garantía individual de *nulla poena sine lege*. No obstante, al conocerse en el año 2000 las proporciones de la corrupción, era un sentir general que dichas conductas, estuvieran o no tipificadas como delitos, debían ser sancionadas y, en un ambiente de abierto rechazo a la corrupción, los jueces optaron por uno de los extremos de este conflicto –el instrumentalismo- interpretando ciertos delitos –el peculado²⁶ por ejemplo- como inclusivo de conductas que solo forzándolas encajaban en el tipo, considerando lícitas ciertas pruebas obtenidas de manera ilícita o, como se ha señalado, aplicando retroactivamente normas que prolongaban el período de carcelería para obtener la semi-libertad para los reos por corrupción, es decir, actuando en contra del principio general del Derecho Penal de *favorecer al reo*. Y, de la misma manera como viene ocurriendo en el caso del terrorismo, es

²⁵ El artículo 235 de la Constitución de 1979 establecía que “No hay pena de muerte, sino por traición a la patria en caso de guerra exterior”. Derogada dicha Constitución, el artículo 140 de la Constitución de 1993 incluyó el delito de terrorismo, estableciendo que “La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”.

²⁶ Artículo 387 del Código Penal.

previsible que, si el sistema anticorrupción se desplaza hasta el extremo de vulnerar de manera sistemática principios penales fundamentales y en un ambiente menos enardecido por los impactantes casos de corrupción, se recorrerá el camino opuesto, transitando hacia políticas de corte, más bien, formalista, individualista y de justicia individual.

De los ejemplos anteriores, es fácil concluir –como lo hace *Vandervelde*– que, no hay nada matemático o mecánico en el fallo del juez, sino se trata de la aplicación de un conjunto de políticas que, si prevalecen, el abogado tiene todas las posibilidades de ganar y si no, tiene todas las posibilidades de perder.

Pero, las políticas son, a su vez, indeterminadas. Y eso es así, en primer lugar, porque no siempre hay consenso respecto del peso relativo de una política sobre otra u otras. Eso ocurre, por ejemplo, con el pacto comisorio donde compiten claramente eficiencia y justicia. Eficiencia, porque la posibilidad de que el acreedor se apropie de la prenda evita litigios y permite la circulación más fluida de la riqueza. Y justicia, porque, para evitar el abuso del acreedor sobre el deudor, es justo que aquél esté impedido de apropiarse de la prenda. Lo mismo ocurre con la definición del “contrato ley²⁷” donde, debido a la amplitud del término es muy difícil trazar la línea divisoria entre aquello que el Estado ha garantizado al inversionista y aquello que no porque, para los partidarios de la política de fomento a la inversión (política individualista y de eficiencia), la garantía que da el contrato ley debe ser lo más amplia posible, considerándosele como la contraprestación que da el Estado a la inversión realizada por el privado, mientras que para los partidarios de la política intervencionista (política mayoritaria), la garantía debe restringirse al máximo, pues se trata de la prestación de servicios públicos, donde la relación del particular con el Estado debe ser mantenida en un plano de verticalidad²⁸.

Debido a la indeterminación de las políticas, pues, la argumentación de cada abogado irá por el lado de advertir al juez que, de aceptar la vigencia de una, se desconocerá el efecto beneficioso de la contraria.

La indeterminación de las políticas se debe, en segundo lugar, a que, establecer la relación entre medios y fines, es una tarea puramente especulativa y, por eso no existe consenso al respecto. Así, en el ejemplo de *Vandervelde*, para un abogado puede ser claro que la regulación de la pornografía es el mecanismo adecuado para evitar el crimen, mientras que para otro no. Asimismo, algunos sostienen que las controvertidas “leyes de cuotas²⁹”, no tratan a la mujer de manera igualitaria, porque el hecho mismo de exigir cuotas es indicativo de la desigualdad. Otros consideran, en cambio, que la imposición de cuotas es precisamente el mecanismo que permitirá a las mujeres consolidar su participación en la política y alcanzar la tan anhelada igualdad. En otro ámbito -el del patrimonio cultural del país- para algunos, la política de protección a la cultura debe apuntar a que el Estado inmovilice y afecte el mayor número de inmuebles arquitectónicamente

²⁷ Los “contratos ley” se definen como contratos que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado (como sí se puede en un contrato administrativo). Los contratos-ley tienen carácter civil y no administrativo, y solo pueden modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes (artículo 39º del Decreto Legislativo 757).

²⁸ Por eso, al analizar un contrato, el intérprete debe tener plena conciencia de que el momento de la interpretación no es el mismo que el de la suscripción del contrato y que entre ambos puede haber transcurrido un período significativo. Puede entonces ocurrir, que las políticas predominantes en el momento de su suscripción, hayan perdido peso relativo y que, en el momento de su interpretación, predominen las políticas opuestas. Este problema se evidenció en el caso de la discusión sobre el significado del contrato ley, porque todo indicaba que se comenzaba transitar sutilmente de las políticas de fomento a la inversión a otras favorecedoras de la participación del Estado en la economía. Y eso explicaba la discrepancia.

²⁹ Artículo 116 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones publicada el 01.10.97, e inciso 3, artículo 10 de la Ley 26864, Ley de Elecciones Municipales publicada el 14.10.97.

valiosos, para así evitar su desaparición, mientras que para otros, la mejor manera de evitar tal desaparición, es dejando el asunto librado al mercado, que se encargará por sí mismo, de proteger la arquitectura verdaderamente valiosa.

La indeterminación de las políticas se debe, finalmente, a que éstas se plantean en distintos niveles de generalidad, lo que permite a los abogados manipular su aplicación, incluyendo o excluyendo supuestos, según el caso. Así, en el ejemplo de *Vandervelde*, la política de libertad de contratación puede dar cabida, tanto a una libertad autónoma, como a una sujeta a la intervención del Estado, lo que deja un importante margen de maniobra para los abogados o la política de no discriminación puede favorecer o no el matrimonio *gay*.

Y la forma de superar dicha indeterminación -señala *Vandervelde*- es replanteando la relación entre medios y fines, para cuyo efecto, deben tomarse como referentes indispensables, la situación fáctica y el contexto. Así, es posible que en situaciones normales, la política preferida por los jueces sea el respeto absoluto al secreto de las telecomunicaciones, pero es no será así en tiempos de guerra. O el contrato abstracto será muy útil si la política elegida apunta a acelerar la circulación de la riqueza, pero no lo será si el sistema ya está consolidado y lo que se busca es eliminar injusticias. O, la regulación será más "intervencionista" si el Estado constata que el mercado no es capaz de generar espontáneamente competencia y será menos intervencionista, si constata que el ambiente es de plena competencia. O, la protección al patrimonio cultural puede sustentarse en el utilitarismo, es decir, en la felicidad de todos de gozar de la estética, pero no será así si, por ejemplo, el inmueble afectado no puede ser apreciado por el público por encontrarse en un lugar inaccesible. Finalmente, aún cuando la política preferida sea la libertad contractual plena, los jueces tratarán de distinta manera un contrato celebrado entre dos grandes empresas -donde respetarán la autonomía a un grado máximo- que uno de los llamados "contrato de letra chica", donde tenderán a interpretar el contrato en contra de quien formuló la propuesta, es decir, de la gran empresa.

Pero no solo se trata de tomar en consideración los elementos fácticos y contextuales de la controversia, pues, como se ha adelantado, la solución del caso dependerá también de la ideología del juez, cuya "manera de ver el mundo" puede ser determinante. En efecto, los jueces pueden ser formalistas o instrumentalistas, paternalistas o autonomistas, utilitaristas o partidarios de la justicia individual, *jus naturalistas* o positivistas. Y eso es mucho más común de lo que se cree, sobre todo cuando se trata de determinar el significado de conceptos estándar, como los de buena fe, razonabilidad, inversionista sensato o agente leal. Así, se discutía en un arbitraje, el concepto de buena fe contractual: un árbitro partía de un concepto "solidario" del contrato, donde la buena fe implicaba que cada parte debía apoyar a la otra de manera muy intensa, alertándola, si era necesario, del vencimiento del plazo para que ejerciera una opción, mientras que otro árbitro era partidario de un concepto más "egoísta" del contrato y consideraba que el deber de lealtad de las partes, no podía llegar a tanto y que lo lógico era que cada parte ejecutara el contrato por sí misma, sin generar dependencia con la contraria. En otro arbitraje, la discusión se centró en determinar si el incumplimiento de un contrato daba o no lugar a su resolución: para un árbitro, para declarar resuelto el contrato, era suficiente con que éste hubiera sido incumplido de manera objetiva, mientras que para otro, el caso debía ser analizado de manera integral, incluyendo la determinación de las razones por las cuales se demandó la resolución. Y, de concluirse que dicha resolución había sido solicitada abusivamente, la pretensión debía ser rechazada por haber sido planteada con abuso del derecho. En otro ámbito -el del mercado de valores- la ideología de los juzgadores sale también a relucir, como ocurre, por ejemplo, con la definición del "inversionista sensato", paradigma del inversionista necesitado de protección: para algunos, la valla debe ser alta, otorgándose protección solo a aquellas personas que tienen un buen conocimiento del mercado; mientras que para otros, la valla debe ser más baja, protegiéndose también a quienes invierten sin tener demasiado claro los riesgos que dicha inversión conlleva. Lo mismo ocurre con el paradigma del "agente leal" que, para algunos, tienen obligaciones de diligencia y lealtad muy estrictas, mientras que para otros, tales obligaciones no lo son tanto. Y así, en relación a muchos otros conceptos estándar.

Finalmente –y sobre la base de los elementos fácticos, contextuales e ideológicos antes comentados- la solución de un caso dependerá, sin duda, del talento de los abogados de descubrir y estructurar las políticas en juego buscando, según el caso, la coincidencia o la oposición entre las mismas, argumentando y contra-argumentando *ad absurdo* y –si es conveniente estratégicamente- señalando la inconsistencia teórica de las distintas políticas en juego.

Y es que, después de todo, en Derecho no existen verdades ni mentiras, sino, tan solo, argumentos.

Lima, marzo de 2004