

# INTERPRETACION JURIDICA Y DECISION

POR LUIGI BAYOLINI

Catedrático de la Universidad de Bologna

*Interpretación y aplicación del derecho*<sup>1</sup>. En torno a lo que se indica en estas palabras (más o menos exactamente, según los puntos de vista) se distinguen en la literatura jurídica contemporánea dos perspectivas: una que podemos llamar en cierto sentido formal y otra que en sentido amplio podemos nominar pragmática.

*Primera perspectiva:* La interpretación de una norma es un acto intelectual teorético, a través del que se descubren las varias *posibilidades* ofrecidas en la decisión del juez. A la interpretación como descubrimiento y conocimiento de las varias *posibilidades* de decisión, sigue la decisión como acto práctico —como acto de voluntad— implicado en la aplicación de la ley al caso concreto. *Ninguna situación concreta comporta una única aplicación de la ley.*

*Segunda perspectiva:* Bajo el punto de vista de la segunda perspectiva, llevada a su límite extremo, la decisión, como acto práctico, precede, en cierto sentido, y dirige la interpretación. El intérprete está guiado en concreto por la representa-

---

<sup>1</sup> Título del tema discutido en el VII «Congreso Nazionale di Filosofia del Diritto», Roma, 31 octubre-4 noviembre 1965.

ción previa del resultado de la decisión que quiere perseguir.

En hipótesis asumo aquí como válida la primera perspectiva, buscando de detenerme en su ámbito. Ninguna situación concreta comporta una única aplicación de la ley<sup>2</sup>: hay siempre un margen variable de extensión en el que se mueve la decisión. Ahora bien, en el ámbito de este margen, ¿qué es lo que puede hacer que la decisión sea lo más objetiva posible, permitiéndonos considerarla no del todo arbitraria? (Si no se quiere salir de la experiencia conviene aquí hablar de más o menos objetiva y no de objetiva en sentido absoluto. Por lo demás el significado evocado del uso de la palabra "objetivo" no está necesariamente unido al significado evocado del uso de la palabra "absoluto" o de la palabra "incondicionado").

Repito la pregunta: en el ámbito de la perspectiva a que por hipótesis me refiero, ¿cuáles son, si hay, las condiciones que pueden intervenir a limitar al máximo el arbitrio y la subjetividad de la decisión? ¿Cómo responder a este interrogativo permaneciendo en el plano de una visión positiva de la experiencia jurídica y social, sin recurrir a criterios "sobrepositivos" de difícil determinación y de difícil aplicación concreta?

Alf Ross se impone esta misma pregunta, a la que responde del modo siguiente: "La objetividad", dice, "consiste en decidir en modo tradicional y normal; la "subjetividad" consiste por el contrario "en las desviaciones excepcionales" de la normalidad. "La decisión es objetiva cuando está cubierta por principios de interpretación y por valoraciones corrientes en la práctica", "cuando no está en contraste con lo que es tradicional de los jueces en su conjunto"<sup>3</sup>.

Sin embargo, esta respuesta de Ross, a mi parecer, no satisface: quedan fuera las complejas situaciones de las así llamadas crisis de la normalidad, en las cuales, es decir, las valoraciones corrientes en la práctica son entre ellas diversas y contradictorias, en los casos donde no es posible hablar globalmente de lo que es "tradicional de los jueces en su conjunto". Respecto a estos casos, ¿qué se puede decir? ¿Se debe decir que

<sup>2</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, Londres, 1958, pág. 284, trad. ital. Turín, 1965, págs. 268-269.

<sup>3</sup> Ob. cit., pág. 285, trad. ital., pág. 269.

no hay objetividad; y se tiene que decir que lo que es objetivo para unos, es subjetivo y arbitrario para otros y que en definitiva todo está sin remedio subjetivo y arbitrario?

Situado en estos términos el problema no parece permitirnos otra salida. Pero según mi opinión, es un problema mal situado. ¿Por qué? Porque la normalidad está presupuesta exclusivamente como un hecho, como una cosa ya dada, como un pasado y no también como un futuro y un proyecto. En efecto me parece que el problema de crear decisiones objetivas y normales corresponde a una *exigencia* práctica que es tanto más fuerte cuanto menos es posible apoyarse sobre una normalidad ya dada. Con esto, ¿cómo se puede pensar en el modo de satisfacer tal exigencia?

También Ross se ha puesto efectivamente el problema correspondiente a esta última pregunta independientemente del hecho de haberse referido a la normalidad de las decisiones. En efecto se ha puesto este problema cuando dos veces, a distancia de muchos años una vez de la otra<sup>4</sup>, ha sentido la necesidad de discutir el experimento mental —el Gedankenexperiment— propuesto por el filósofo alemán Nelson concerniente a la actitud que el juez debe asumir para limitar lo más posible el arbitrio en sus decisiones y por tanto para realizar la mayor objetividad posible.

Sin embargo, según Ross, el experimento mental de Nelson —al que es necesario que aquí me refiera— no es realizable y cae. Por otra parte, Ross *no sustituye* a la representación del experimento irrealizable un experimento realizable; de manera que la exigencia que Ross ha sentido poniéndose el problema de Nelson queda insatisfecha. Yo creo por el contrario que pueda ser satisfecha a través de la representación de otro experimento psicológico mental que corrija el experimento de Nelson y que sea realizable.

Ahora, según Nelson, para que la decisión concerniente a un conflicto de intereses sea lo más objetiva posible, es necesario

---

<sup>4</sup> Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Copenhague-Leipzig, 1933, págs. 535-575, para lo que interesa especialmente, págs. 358-364 y *On Law and Justice*, cit., págs. 277-280, trad. cit., págs. 262-264.

que sea condicionada por la "igual comparación" de todos los intereses implicados: lo cual corresponde al general sentimiento jurídico y moral. Para que, a su vez, tal comparación sea posible, es necesario que el operador, es decir el juez, imagine que todos los intereses implicados sean intereses suyos propios<sup>5</sup>. En esto consiste el repetido experimento mental. Pero, según Ross, se trata de un experimento irrealizable porque, como dice Ross, "mientras", por ejemplo, "me es fácil imaginar el usar el sombrero de otro con pleno conocimiento de que pertenece a otra persona, no es lo mismo posible en el caso de un interés. Yo no puedo experimentar un interés y al mismo tiempo considerarlo no mío, pero sí de otro"<sup>6</sup>.

No obstante, aceptada esta objeción de Ros, yo creo, repito, que el tentativo de Nelson se ha de volver a tomar, modificado y llevado a un nivel de razonamiento diverso, tal que satisfaga la exigencia fundamental de determinar las condiciones psicológicas susceptibles para limitar lo más posible el arbitrio de la decisión.

Es necesario, por tanto, para expresarnos lo más brevemente posible, sustituir en el discurso de Nelson, a la noción de interés la noción de situación. Es cierto que no puedo experimentar un interés y al mismo tiempo considerarlo no mío sino de otro. Pero puedo por el contrario imaginar de hallarme en la situación de otro como si estuviese en la mía. O sea, puedo realizar un proceso psicológico de participación simpatética indirecta, como ha sido teorizado cual condición de valoraciones y de decisiones prácticas por Adan Smith<sup>7</sup> y utilizado en sentido diverso por la fenomenología husserliana<sup>8</sup>.

Puede acaecer, entre otras cosas, según precisos ejemplos ofrecidos por Smith, que un Fulano encontrándose en una determinada situación, no tenga conciencia clara de sus mismos

<sup>5</sup> L. NELSON, *Vorlesungen über die Grundlagen der Ethik*, 1. *Kritik der praktischen Vernunft*, Leipzig, 1917, pág. 133 ss.

<sup>6</sup> ROSS, *On Law and Justice*, cit., pág. 278, trad. cit., pág. 263. Cfr. ROSS, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, cit., loc. cit.

<sup>7</sup> Para referencias bibliográficas me remito a mi trabajo: *La simpatia nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith*, Turín, 1958 (nueva edición), pág. 30 ss.

<sup>8</sup> Ver para referencias bibliográficas mi artículo *Descrittiva pura del dato giuridico* en la «*Rivista internazionale di filosofia del diritto*», 1955, pág. 753.

intereses concretamente conexos a la situación en la cual se encuentra y que un espectador de la situación de Fulano tenga por el contrario una tal conciencia que le derive del hecho de imaginarse en la situación de Fulano hallándose en realidad en diversa situación.

Ahora el "juzgar" —también por parte del juez— para no ser arbitrario implica un simpatizar con la situación del sujeto a juzgar: un simpatizar que es un ponerse en la situación del otro: cuanto más, en este sentido, es intensa la tensión simpática, cuanto más es articulado y multiforme el proceso en que se determina, tanto menos subjetiva y arbitraria será la decisión.

La participación simpática del operador a las situaciones de los sujetos reales o hipotéticos que reciben los efectos de sus decisiones, contribuye a salvar lo más posible un cierto grado de objetividad en las decisiones en conexión con lo que un fenomenólogo llamaría la distancia fenomenológica<sup>9</sup> entre la misma situación del operador y la situación de los destinatarios de sus decisiones (y no sería posible hablar de distancia fenomenológica si se hablase, como hace Nelson, de una directa participación del operador en los intereses concretos de los destinatarios independientemente de la previa participación en sus situaciones).

Pero el campo en el que actúa el operador jurídico es muy complejo: hay intereses en conflicto, hay normas, hay direcciones valorativas ambientales, coeficientes ideológicos de los operadores, costumbres profesionales, etc., y existen las situaciones de cada uno de los sujetos en conflicto, sobre las cuales influyen directa e indirectamente todos estos elementos del campo.

El operador actúa tanto más objetivamente cuanto más consigue calcular todos estos elementos, y consigue hacer esto cuanto más a su vez consiga comparar entre ellas las situaciones de los sujetos en conflicto. Ahora bien, esta comparación no debe pensarse en función de un criterio apriorístico de igual-

---

<sup>9</sup> Cfr. P. RICOEUR, *Sympathie et respect: phénoménologie et éthique de la seconde personne*, en «Revue de Métaphysique et de Morale», 1954, pág. 391 y *Kant et Husserl*, en «Kant-Studien», 1954-1955, pág. 67.

dad, como por otra parte hace Nelson, ni en función, como se ha visto, de una imposible participación directa a los intereses en conflicto. Dicha comparación tiene que realizarse mediante reiterados procesos de participación en cada una de las situaciones del campo en el que el operador actúa. También se trata de reiterados procesos mediante los cuales cada situación está representada y valorada por el operador en cuanto él busque ponerse bajo los puntos de vista inherentes a cada una de las otras situaciones del mismo campo.

Hagamos un ejemplo aunque sea aproximativo y esquemático: conflicto de intereses entre A y B en materia de aplicación de los límites del derecho de propiedad a los "*iura in re aliena*". Hay una situación de A (usufructuario de una finca) respecto a B (propietario de la finca colindante con aquella de la que A es usufructuario) y una situación de B respecto a A.

A, quiere impedir que le sean inmitidas, es decir echadas, emanaciones (por ejemplo, gas, vapores, etc.) en su finca provenientes de la finca B.

El campo en que se debe operar la decisión, comprensivo de las respectivas situaciones, está constituido por otros elementos incidentes sobre las situaciones mismas: 1.º, disposición legislativa por la cual el interés a echar o inmitir algunas emanaciones (por ejemplo, gas, vapores, etc.) está protegido, hasta ciertos límites, cuando se halla en conflicto con los intereses del propietario sin que (en la misma disposición) se hable de usufructuario; 2.º, razón de la disposición; 3.º, exigencias de la producción; 4.º, razones de la propiedad; 5.º, situaciones ambientales; etc.

La decisión está condicionada por la comparación de la situación del propietario prevista por la legislativa con la situación del usufructuario y por las determinaciones y valoraciones de los otros elementos que entran en el campo de juicio. El proceso psicológico que condiciona tales determinaciones y valoraciones consiste en la participación "simpatética indirecta" del operador, y por tanto del juez, a las situaciones de A y de B, en la participación a la situación de A bajo el punto de vista de la situación de B, y, viceversa, en la participación a las situaciones de A y B bajo los puntos de vista respectivos a las situaciones en conflicto que están previstas por la ley en su

expresión literal y que se refieren a propietarios de fincas colindantes<sup>10</sup>.

Indagando sobre los procesos y actitudes psicológicas evocadas por la noción de "simpatía indirecta", como fue empleada por Smith, yo creo, pues, que el experimento mental de Nelson pudiera ser correcto para constituir elemento de aclaración válido, concerniente —repito— a la posibilidad de limitación del arbitrio en la decisión.

Así, pues, para quien acepte la primera perspectiva que he llamado formal y por tanto la distinción entre interpretación como acto teórico y decisión como acto práctico, la valoración "simpatética indirecta" se presenta como momento concreto de imprescindible conexión psicológica entre los dos actos.

---

<sup>10</sup> En el ámbito de la llamada «jurisprudencia de los intereses» PH. HECK (*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, en «Archiv für die civilistische Praxis», pág. 112, Berlín, 1914, págs. 174-176) toma en consideración el artículo 906 del código civil alemán. También según la expresión literal de esta disposición el interés a inmisiones en fincas ajenas está protegido solamente cuando se encuentra en conflicto con los intereses del propietario. El conflicto del interés en las inmisiones con el interés del titular de un derecho real distinto del derecho de propiedad no está, como observa Heck, previsto por ninguna norma general que amplíe a los *iura in re aliena* las limitaciones del derecho de propiedad.

No falta por tanto, como Heck documenta (págs. 175-176, nota 270) casos en los que los jueces alemanes «han rechazado la aplicación de las limitaciones del derecho de propiedad a los *iura in re aliena*. Sin embargo, según Heck, es evidente que el interés a producir interferencias en la finca colindante debe estar protegido contra el titular de un derecho real diverso del derecho de propiedad. Heck parece justamente aquí apoyarse en una especie de «evidencia» inmediata.

Sin embargo, me parece que bajo el punto de vista del discurso de Heck y en relación a la experiencia jurisprudencial y a los casos concretos a los que él se refiere, el basarse en la evidencia inmediata no convence. Según mi opinión, no se trata simplemente de evidencia, sino que se trata de argumentaciones concernientes a la plausibilidad de ciertas decisiones.

Ahora bien, a fin de que tales argumentaciones no sean puramente abstractas y formales, éstas deben derivarse de procesos de participación «simpatética indirecta» en las situaciones del campo en el que actúa el juez.

Bajo este aspecto, yo creo que la «simpatía indirecta», entendida como participación en las situaciones del campo de decisión, sea un «experimento mental» imprescindible para quien tenga como válida algunas exigencias expresadas por la llamada «jurisprudencia de los intereses» (*Interessenjurisprudenz*).

Por el contrario, para quien acceda a la segunda perspectiva que he llamado pragmática, la valoración simpatética juega un papel diversamente configurable, que implicaría por tanto un razonamiento diferente.