

La Interpretación de la Ley y las fuentes supletorias de nuestro Derecho positivo (*)

PRIMERA PARTE.

INTRODUCCION

Creemos conveniente iniciar nuestro estudio con algunas consideraciones generales acerca de dos grandes concepciones del Derecho, que han beligerado opuestamente en la Historia, a fin de encontrar la síntesis que ha de llevarnos de la mano a la mejor ubicación de algunos puntos de nuestro tema, sobre todo en los aspectos confluyentes en la filosofía.

En efecto, se han opuesto tradicionalmente en el mundo jurídico dos grandes concepciones del Derecho: la de la *Escuela del Derecho Natural*, que proclamó el Derecho como universal e inmutable, válido para todos los tiempos, en todas las circunstancias y para todas las sociedades; y la de la *Escuela Histórica*, que afirmó su contenido variable, conforme al sino de las épocas y al modo de ser de los pueblos. Se fundamentó la primera en la idea de que el Derecho emanaba de la razón, su fuente universal e inmutable (Grocio, Rousseau, Kant); se basó la segunda en la convicción de que el Derecho nacía de los hechos, era creación consuetudinaria, por tanto, irracional y variable geográfica e históricamente (Savigny, Becker, Putsch, Ihering).

Ambas posiciones inconciliables han sido, sin embargo, útiles para explorar el contenido metafísico del Derecho y también para comprenderlo mejor como realidad positiva. Empero, se ha tenido que pasar antes por duras e innúmeras peripecias, sin término todavía en el campo de la doctrina.

(*) Tesis para el Bachillerato en Derecho.

Así es cómo, de la afirmación de que el Derecho es inmutable, se derivó la presuposición de su poder omnisciente para canalizar la vida humana y poner un orden entre los hombres. Inmensamente desarrollada esta concepción en el siglo XVIII, se produjo, hacia la primera mitad del siglo XIX, la convicción de que la fuente única del Derecho positivo no estaba sino en la razón y siendo la razón universal e imperecedera, debían ser gobernados los hombres en todos los lugares y en todos los tiempos por los principios de la Justicia Natural.

Producida la codificación en los años iniciales del siglo XIX, bajo el signo de la *naturalis ratio*, dichos principios encarnáronse en la ley (según se creyó entonces), tornándose así ésta en el "verbo perfecto del derecho". Acudir a la ley significó entonces acudir a los principios emanados de la razón. Resulta curioso observar, según esto, cómo de los principios ideales del Derecho Natural se descende al culto fetichista del Derecho escrito, desembocándose así, paradójicamente, hacia un crudo positivismo jurídico. Influídos, acaso, por la Escuela histórica y por el positivismo sociológico, los intérpretes del Derecho se enquistaron hacia la segunda mitad del siglo XIX, en el estudio de la letra de ley y fuera de ella no concibieron otros elementos de regulación social. De aquí, la afirmación audaz de Demolombe: "mi divisa, mi profesión de fé es también: los textos antes que nada!...". y las frases más fuertes de Bugnet: "no conozco el *Derecho civil*, no enseño más que el Código de Napoleón"; luego pues, "El derecho es la ley escrita..." (M. Liard) (1).

Ajustándose a esta concepción, la hermenéutica atraviesa entonces por una aguda crisis científica, pues en el afán de no trascender los textos se llega a las más rígidas y contradictorias aplicaciones de la ley que estancan y fosilizan el Derecho. Es lo que se conoce en la historia de las ideas jurídicas como la interpretación exegética del Derecho.

La Escuela histórica, por esto, se enfrenta a estas consecuencias del iusnaturalismo oponiendo el concepto del Derecho como creación consuetudinaria, que se elabora en los estratos profundos de la vida social y que sólo se manifiesta imperfectamente en la ley; luego pues, la ley no es "el verbo perfecto del derecho" sino su revelación imperfecta, ni es la razón inmutable su

(1) Francisco Geny: *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Madrid 1902, p. 25, n. 13 y p. 47, n. 26.

fuentes suprema, sino la conciencia popular que se manifiesta por la costumbre, variable según las épocas y los climas donde florece.

Para la hermenéutica resulta de inmensa importancia esta concepción, pues permite liberar al juez de las horcas caudinas de la ley escrita y dar elasticidad a los textos, tenidos, según hemos dicho, como la revelación omnisciente del Derecho. Si conforme a la interpretación exegetica, la justicia positiva debía ser extraída directa o indirectamente de la letra legal; conforme a la Escuela histórica ella debía ser revelada, en defecto de ley y costumbre, por la fuente común y profunda de la conciencia popular. En todo caso, el Derecho debía aplicarse, reconstituyendo el conjunto orgánico de la institución jurídica, puesto que la ley apenas si puede mostrar imperfectamente alguna de sus fases.

Estas concepciones no implican, sin embargo, el planteamiento del Derecho en dos distintos planos rigurosamente científicos, porque la ciencia del Derecho recién alcanza su desarrollo hacia fines del siglo XIX; implican sólo dos opuestas concepciones respecto a la ubicación de las fuentes originarias del Derecho: la del racionalismo filosófico-jurídico que creía ser la única fuente sociológica de la ley y la del historicismo que postulaba ser la trama íntima de la sociología jurídica.

Hoy sabemos merced a Esmein y Saleilles y a la contribución de la escuela de la *Libre investigación científica* (Geny y otros), y lo que es más, al *normativismo jurídico* y a la fenomenología, que, si la ley es la fuente más considerable del Derecho, no es ella el Derecho todo; y que, si bien los factores históricos, puestos a flote por Savigny, intervienen en la formación del Derecho, hay otros como los económicos, los sociológicos, las experiencias mismas de la ciencia, de la lógica, la axiología, etc., que condicionan la estructura totalitaria del ordenamiento jurídico. Consecuentemente, la ley escrita no puede ser un punto inmóvil en el inmenso devenir de la ciencia jurídica. Expresión del espíritu de un pueblo, sigue los movimientos de la vida social o desaparece con las necesidades que la ha engendrado.

Pero, ¿esto quiere decir que el racionalismo ha muerto definitivamente? Precisamente no. Hoy cobra nuevo impulso y beligerante ofreciendo un contenido más rico. Así Dilthey aprovechando las enseñanzas de la Escuela histórica y enfrentándose a los filósofos racionalistas del Derecho natural, sostiene el con-

cepto de la *razón histórica*, fundándola en la idea de su evolución conforme al sino de su época, sin dejar por esto de ser eterna porque lleva el sustrato del pasado haciéndose presente en cada nueva experiencia.

Stammler tomando estas ideas y trabajando con ellas nos ofrece la concepción de un Derecho natural de contenido variable (2). Así vemos también a Del Vecchio sostener: "hay, en suma, una fuente de las fuentes del Derecho, el espíritu humano, en su propia y universal naturaleza, en su inmanente e indefectible vocación jurídica" (3).

Es que, después de vanos ensayos por hallar al Derecho un origen irracional, no se ha podido sino arribar de nuevo a la razón, pero de contenido histórico, como la proclamada por Dilthey, que se transmuta con sus propias creaciones y se realiza en los hechos, "aunque su sentido sea la eternidad y la universalidad" (4). He aquí el punto en que el racionalismo y el historicismo se concilian y consustancian, ofreciendo un apoyo más seguro a la ciencia y a la conciencia del Derecho.

En suma, merced a las contribuciones de la Escuela histórica, a la Escuela materialista, a la Gnoseología, a la Lógica, a la Axiología, etc., comprendemos que el Derecho viene condicionado por los factores históricos, económicos, sociológicos, lógicos, axiológicos, etc., pero en cuya jerarquización y ordenación, y realizándose él mismo, interviene la *raison raisonnante*, el espíritu humano como fuente focal e irreductible de los ideales de justicia.

Sivan, pues, las ideas que hemos adelantado en el presente introito para comprender desde ya nuestra posición respecto de la hermenéutica y las fuentes supletorias del Derecho, cuyo estudio viene a continuación.

(2) Stammler: Tratado de Filosofía del Derecho, libro III. 2a. edición, versión castellana. Madrid 1930.

(3) Del Vecchio: Il problema delle fonti del diritto positivo. Relación leída en la primera sesión del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y Sociología jurídica. Seconda edizione riveduta. Roma 1938. El pensamiento de Del Vecchio fue recogido por primera vez en nuestro medio por el iusfilósofo Dr. don Juan Bautista de Lavalle en su obra: La Filosofía del Derecho y la Docencia Jurídica. 1939, p. 14.

(4) Carlos Cossio: La Plenitud del Orden Jurídico y la Interpretación Judicial de la Ley. Ed. Lozada. Buenos Aires. 1939, p. 161.

CAPITULO I.

SUMARIO: 1.—La Plenitud hermética del Derecho. 2.—Las llamadas lagunas de la ley. 3.—La Obscuridad de la ley o estatutos insuficientes.

1.—Por su íntima conexión con la hermenéutica y con el problema de las fuentes supletorias, todo estudio que comprenda estos temas, debe partir de un previo esclarecimiento de lo que en la dogmática se conoce con el nombre de *plenitud hermética del Derecho*. Muchos errores han de rectificarse entonces, especialmente en orden a las llamadas lagunas de la legislación o lagunas del Derecho, conceptuadas por algunos juristas como la imposibilidad lógica de encontrar solución jurídica a los casos imprevistos aplicando una norma valedera.

Es lo cierto que el principio de la *plenitud hermética del Derecho*, corresponde a una de las estructuras intelectuales de todo orden jurídico positivo, está en su base como necesidad lógica al igual que las notas de *imperium*, de *sujeto*, de lo *licito*, etc., sin cuyas estructuras sería imposible el pensamiento jurídico, es decir no se podría pensar jurídicamente.

La idea de plenitud no es otra cosa que la idea de una totalidad orgánica y sistemática, de un todo normativo unitario y conexo, en cuya virtud todos los casos caen dentro del ordenamiento jurídico y pueden ser resueltos por el Derecho. En ningún campo de la ciencia se siente más que en el Derecho el *horror vacui*, es decir la instintiva repulsa al vacío; pues siendo el ordenamiento jurídico una totalidad, un todo normativo continuo, sin poros o intersticios en su estructuración no pueden haber casos, por complejos e imprevistos que sean, que no puedan ser resueltos por el Derecho. Si se nos fuera dado imaginar un Derecho de contenido discontinuo y disperso, con poros o lagunas en su configuración, nos hallaríamos, acaso, ante una ciencia mutilada, sin esa base *apriorística* que es su fundamento y hace posible su función como instrumento de seguridad social; pero lo cierto es que, el Derecho lleva como sustrato lógico, como supuesto universal y necesario la idea de plenitud, es decir, de un todo continuo y unitario, sin vacíos ni contradicciones, en condiciones, por tanto, para alcan-

zar los fines que lleva inmanente su propia significación: *hominis ad hominem proportio*.

Intentemos demostrar el asunto para despejar cualquiera bruma que pudiera rodearlo. Todo ordenamiento jurídico supone una coordinación de normas y principios íntimamente conexos referidos a la voluntad del Estado y formando un sistema plenario en virtud de un principio más general y exclusivo que le sirve de base, según indica Donati (5). En efecto, considera este autor que el *ordinamento giuridico* es un círculo cerrado y completo por la norma fundamental, en cuya virtud está *giuridicamente permitido lo que no está regulado de otro modo*; esto es, según nuestra Carta Constitucional: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (art. 24). Aunque el autor italiano concibe esta norma como una simple inferencia de las normas positivas y del mismo carácter que éstas, es decir positiva y contingente como cualquiera otra norma jurídica, lo cierto es que la norma aludida es una verdad inmanente al Derecho, que se afirma en la sola enunciación de cada regla y se impone esté o no esté explicitada en la ley. Esto es claro sobre todo, cuando se ve que una norma no hace sino demarcar las zonas de prohibición y de libertad y que la sola significación de una de ellas trae aparejada la idea de la otra, estructurando así el todo normativo del ordenamiento jurídico.

De tal manera pues que, en virtud de la plenitud del orden jurídico, todos los casos son solucionables por el Derecho, sea aplicando una norma positiva expresa, sea aplicando la norma trascendente que rige las zonas de libertad y cierra los intersticios legales. Sobre este principio de plenitud se basa pues la disposición sobre que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia u oscuridad de la ley (art. XXXIII de nuestro C. C.), disposición innecesaria para ser considerada en un texto legal, porque, como indica Cossio, la función judicial es también un concepto gnoseológico del Derecho en razón de que ser juez supone ya un "comportamiento jurídico", es decir, "administrar justicia" y que, "abstenerse de juzgar" "es no administrarla" (6).

(5) Cita de R. de Ruggiero en sus "Instituciones de Derecho civil", traducción de la 4.ª ed. italiana. Madrid 1929. T. I. P. 85. El autor coge la tesis de Donati expuesta en "Il problema dell' lacune dell' *ordinamento giuridico*". Tesis similar fue sostenida por Zitelman en 1903.

(6) Carlos Cossio: Obr. Cit., p. 53.

2.—Si de acuerdo a lo que llevamos dicho el Orden jurídico es pleno y completo ¿por qué hablar de lagunas del Derecho?. Conviene aquí despejar el error en que incurrieron los juristas de la escuela exegética francesa confundiendo el Derecho con la ley y dotando a ésta, *apriori*, de un poder omnisciente capaz de suministrar, sin equivocaciones, todas las soluciones reclamadas por las necesidades sociales.

La cuestión a dilucidar aquí tiene que partir de la idea de que el Derecho, en cuanto *ius scriptum*, no es el Derecho todo, y que, por ser obra humana no es perfecta, pero puede y debe ofrecer una decisión a cualquier litigio jurídico. En efecto, frente a un caso imprevisto, el Derecho tiene ante sí dos posibilidades: hacer lugar o rechazar la demanda. Tómese como ejemplo un bien jurídico nuevo: la electricidad, o un contrato nuevo: el celebrado por teléfono, no previstos por el Código del 52; las soluciones a las que se arribaría, en aplicación de las normas referentes al patrimonio o a las contractuales establecidas en dicho código serían acaso injustas, pero no por eso dejarían de ser soluciones jurídicas emanadas de normas valederas. Si se presentara el caso de rechazarse una demanda por falta de un precepto referible a lo que se reclama, ello sería porque la conducta cae dentro de la zona de libertad, es decir sería de aplicación aquella norma fundamental enunciada por Donati, en cuya virtud nadie está prohibido de hacer lo que la ley no prohíbe. Es posible que esta solución sea también injusta, pero lo cierto es que el Derecho positivo ha dado una solución conforme a una norma valedera.

Todo esto hace ver dos cosas: o el Derecho positivo responde eficientemente a las necesidades de justicia reclamadas por la vida, en cuyo caso no hay laguna, o no satisface a ellas por existir o haber sobrevenido una discrepancia absoluta entre las necesidades actuales y las previsiones legislativas, en cuyo caso sí hay laguna. La deficiencia de la ley es tal en esta circunstancia que su aplicación a los casos imprevistos no lleva a un resultado justo sino injusto; pues bien, a esta injusticia es a lo que nosotros llamamos una laguna. Por eso dice Kelsen: "La llamada "laguna" no es por ende otra cosa que la diferencia entre el Derecho positivo y un orden mejor, más justo y más recto" (7). De aquí se desprende ya que toda laguna importa un problema axiológico.

(7) Hans Kelsen: La Teoría Pura del Derecho. Ed. Lozada S. A. 1941. Buenos Aires, p. 130 s.

en cuya virtud se propone el intérprete del Derecho hallar una solución jurídica a un caso imprevisto conforme a un criterio estimativo de justicia.

La discrepancia enunciada entre el Derecho vigente y las necesidades sociales que reclaman un orden jurídico mejor puede provenir entre otras causas, o de que al legislador no le fué posible abarcar la totalidad de esas necesidades para comprenderlas dentro del casuismo legal (como ocurrió por ejemplo con nuestras comunidades indígenas en el Cód. del 52), o de que esas necesidades fueron imprevistas porque sólo surgieron con el avance de la civilización. Sobre este punto Enneccerus dice, el silencio de la ley puede ocurrir: a) ya intencionalmente porque el problema no estaba aun maduro para la solución, por lo cual los motivos acaso han señalado que no debía anticiparse a la ciencia y la jurisprudencia; b) o porque no se haya previsto la cuestión; c) o porque no podía ser resuelto en modo alguno, toda vez que la cuestión no se ha suscitado, sino hasta después de dictada la ley en virtud de haberse alterado las circunstancias de hecho" (8). En otros casos el silencio legal, no proviene de la imprevisión del legislador, sino de otras causas como cuando se ofrece el caso de leyes contradictorias, en que siendo éstas de igual categoría, es imposible que prevalezca la una frente a la otra (interpretatio abrogans); o también cuando se presenta el caso de duda insoluble de un precepto, a pesar de todos los medios de esclarecimiento legal empleados, según hemos de ver más adelante. Empero conviene insistir en que el silencio legal no quiere decir que la ley no puede resolver el caso no previsto, pues hemos demostrado que ello es posible, in extremis, mediante la aplicación de la norma fundamental que garantiza la libertad de la conducta cuando no está prohibida por la ley. El silencio legal no es, pues, una laguna en el sentido jurídico del término; ésta es más bien la diferencia entre el Derecho positivo y un orden jurídico ideal. De aquí la afirmación de Cossio: "... en sentido unívoco la expresión laguna de la ley es una metáfora para señalar una injusticia" (9).

(8) Enneccerus: Derecho Civil. Parte General Vol. I, tit. 1.º, p. 215 y s. 1934.

(9) Carlos Cossio: Obr. cit., p. 24.

Kelsen al hablar de las "lagunas del Derecho", distingue las llamadas "lagunas técnicas" de lo que "una falsa teoría" llamaría "lagunas del Legislador". Las primeras serían, o aquellas lagunas entendidas en el sentido original de la palabra, es decir, "una diferencia entre el Derecho positivo y el Derecho deseado", o, "aquella indeterminación que se sigue de ese carácter de marco que tiene la norma". Las segundas, consignadas en los códigos como en el art. 1.º del Cód. suizo y en el art. 7 del austriaco, importan dice una autorización al juez para obrar como legisladores. Ver Kelsen: Obr. cit. P. 138 y sg.

Reconociendo precisamente las insuficiencias del *ius scriptum*, el propio legislador estatuye normas que autorizan al juez a usar de cierta discrecionalidad en la aplicación del Derecho (art. XXIII del C. C.), o le deja dentro del casuismo legal "zonas marginales", "cartas en blanco", como, por ejemplo, cuando le autoriza a guiarse por la "equidad" (arts. 857, 1143, 1227, 1820 del C. C.); por la "costumbre" (arts. 247 in fine, 778, 929, 1332, 1496, 1510, 1511, 1513, inc. 3.º, 1517, inc. 5.º, 1547, 1548, 1550, 1567, 1594 del C. C., 341 del C. de P. C., art. 2 del C. de C.); por la "buena fe" (arts. 832, 834, 847, 871, etc. del C. C.); por la "atención a las circunstancias" (art. 857 in fine. Id.); por "las reglas de una normal administración" (art. 941, Id.); por el libre criterio judicial (arts. 396, 431, 433, 440, 490, 504, etc. del C. de P. C.).

3.—Como ninguna obra legislativa es perfecta existe también la posibilidad de que se presenten obscuridades o ambigüedades en el sentido de la ley, sobre todo en el momento de su aplicación a un caso concreto dado. Es de absoluta evidencia que la valuación del sentido de una norma sólo es completa cuando para cotejarla con los hechos de la vida se le extrae el máximo de sus consecuencias posibles; recién, entonces, el intérprete ve si la ley tiene un sentido claro y preciso, lo suficientemente explícito como para no suscitar dudas o equívocos en su aplicación. Estos equívocos son posibles sobre todo en los supuestos legales en que, por abarcar mayor número de elementos de hecho, se contienen numerosas hipótesis y variadas posibilidades de solución. La técnica legislativa puede fallar y falla ciertamente al expresar estas posibilidades en el marco de la norma escrita, sea por falta de suficiente luz discriminativa, para sopesar los distintos elementos constitutivos de la norma, sea porque el legislador viene impuesto por las directivas rezagadas del derecho tradicional, sea, en fin, porque la complejidad de los hechos es siempre superior a toda previsión legislativa. Dice Ruggiero a este respecto: "La misma claridad es un concepto relativo: una ley que por sí es clara en su texto puede ser ambigua y oscura en cuanto al fin que se propone, y una ley que no dió nunca lugar a dudas puede ser dudosa más tarde por efecto del incesante surgir de nuevas relaciones las

cuales produzcan incertidumbre en cuanto a si regulables o no por la norma hasta entonces aplicada invariablemente" (10).

La ley puede aparecer obscura también cuando se la hace funcionar en conexión con otras reglas. Así, por ejemplo el artículo 1339 del Código civil que en su primera redacción establecía la prohibición absoluta de contratar entre cónyuges produjo cierta confusión entre nuestros juristas y jueces cuando se observó que, tratándose del contrato de mandato entre los mismos, ninguna razón se oponía a su celebración; por eso hubo de ser aclarado este precepto por ley 9013, agregándosele la expresión "si no es para el otorgamiento de poderes". También ofrece duda el dispositivo 348 del C. C., cuando al definir los hijos ilegítimos parece comprender a los legitimados (art. 314 del mismo C.). Ha poco se ha querido interpretar también la segunda parte del art. 172 del C. C. como derogatoria del art. 20 del C. de P. C.; pero una jurisprudencia reciente ha resuelto que el dispositivo indicado sólo modifica al segundo en cuanto establece que la mujer puede también comparecer en juicio, sin que por ello se quite la representación al marido, de acuerdo a la norma procesal (art. 20) (11).

Los errores gramaticales (filológicos, sintácticos, etc.) son otras de las causas que dificultan la precisión de la *mens legis*. Tenemos un ejemplo en el art. 183 del C. P., cuando al tipificar la *indolencia culpable* introduce la frase "aunque no lo exponga a daño o peligro personal". Si se incrimina la omisión de auxiliar a un herido o persona en estado de peligro, ¿a qué sujeto se refiere la frase enunciada?, parece que al sujeto pasivo, lo que es inadmisibile para el claro sentido de la ley.

Por una reconstrucción lógica del precepto se llega, sin embargo, a entender que dicha expresión se refiere al sujeto activo, en el sentido de que si el auxilio inmediato al herido o al sujeto que está en peligro, importa exponerse a daño o peligro personal, se debe dar aviso a la autoridad (12).

El catedrático del Curso de Obligaciones y Contratos Dr. Olaechea, destaca otro error, por ambigüedad de vocablo, en la redacción del art. 1823 del antiguo Código civil, que establecía:

(10) Ruggiero: Instituciones de Derecho Civil. Trad. de la 4.ª ed. italiana. Madrid 1929, p. 133.

(11) Revista de los Tribunales N.º 454, 28 de marzo de 1942.

(12) Angel Gustavo Cornejo: Derecho Penal Especial. T. I, 1937. Ps. 70-71.

"No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces por medio de un convenio que conste por escrito". "Este artículo —dice el Dr. Olaechea— fué interpretado a través del adverbio "entonces"; el adverbio fué tomado como de modo y no de tiempo en el concepto legislativo".

Por esto, el nuevo Código, en aras de una mejor precisión del precepto y rectificando la errónea interpretación del Tribunal Supremo, estatuye en su art. 1586: "No pueden pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos" (12 bis).

En todos estos casos se plantea la necesidad de salvar las posibles soluciones absurdas o injustas a que podría conducir la aplicación de la ley obscura mediante la ciencia y experiencia del magistrado, cuya alta misión jurisdiccional consiste, precisamente, en restablecer la certidumbre del Derecho, salvar las insuficiencias del *ius scriptum* (art. XXXIII del C. C.), siguiendo los procedimientos indicados por la hermenéutica y los principios de suplencia jurídica.

CAPITULO II.

SUMARIO. 4.—La Voluntad legislativa y concepto de la Interpretación de la ley. 5.—Clases de interpretación: a) interpretación auténtica, b) interpretación doctrinal, y c) interpretación judicial.

4.—A los fines del presente tema conviene dar antes la idea de lo que se entiende por *voluntad de la ley*, a cuya determinación va encaminada la hermenéutica jurídica.

Desde que Portalis en su *Exposé des motifs du titre préliminaire* del Código de Napoleón sentara el principio: *Les lois sont des volontés*, la ciencia jurídica ha valuado esta definición como la más exacta y la de más fecundas consecuencias. En su sentido antiguo esta voluntad representó la *mens* del autor de la ley, es decir la sustancia psicológica impresa por el legislador. Fué considerada además como ente inmutable, imponiéndose indefinidamente en el tiempo, a pesar de las variaciones sociales y eco-

(12 bis) Manuel Augusto Olaechea: Lecciones de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos). Apuntes taquigráficos. Lima, 1927. Ps. 233 y sgts.

nómicas del medio para el que fué dado. Desde que se comprendió que la ley era un fenómeno colectivo, resultado de un cúmulo de aspiraciones y condiciones sociales concurrentes y síntesis de la voluntad de los diversos órganos estatales, se ha rectificado el equívoco respecto al significado de la expresión "pensamiento o voluntad de la ley". En la época de los regímenes absolutistas, en que la ley representaba la voluntad del Rey, podía haber tenido algún fundamento el concepto de que el pensamiento de la ley no era otro que el de la persona física que la había dictado; pero en el estado actual de la civilización, o mejor, en las democracias actuales, salvo los casos de "violencia legislativa" (13), no tiene, no puede tener fundamento alguno el criterio enunciado por la escuela tradicional. La misma palabra legislador, como indica Ruggiero, no es más que una mera expresión terminológica, en razón de que bajo ella se entiende una función y no un sujeto físico cualquiera (14). En consecuencia, la voluntad de la ley no es la voluntad subjetiva del legislador, sino, "una voluntad que no es del pasado, ni de los particulares que concurrieron a formar la norma, ni siquiera la suma de las voluntades particulares, sino que es presente, como si fuese renovada en cada momento y constituye el resultado final de las voluntades de los particulares, de modo que representa el querer común de toda la organización estatal" (15).

Más esta definición debe ser también aclarada. Lo que a grosso modo llamamos voluntad de la ley, no es sino *strictu sensu* el cuadro de posibilidades concretas que se delimita en la norma estricta, el haz de soluciones que trae el precepto formando el círculo de obligatoriedad de la ley. En este sentido ha podido decir Carvalho de Britto: "Cada sentido da ley é uma perspectiva de factos que se entrosam, como se costuma dizer, formando um tecido; todos se coordenam em relações. A determinação de cada um, depende do círculo por ellas formado, que são ao mesmo tempo os sus predicados jurídicos" (16). En idéntica forma se ex-

(13) Alberto M. Justo emplea esta frase para indicar cómo un momento anárquico en la vida política de un país puede llevar a dar disposiciones reñidas con el Derecho. Ver "La actitud del juez frente a la transformación del derecho". Rev. jurídica argentina, "La Ley". Tomo IV. 1936. Sec. Doct.

(14) Ruggiero: Obr. cit. p. 142. Véase también Coviello Doctrina General de Derecho Civil, Méjico 1938, p. 71.

(15) Ruggiero: Id. p. 142.

(16) Carvalho de Britto: Sistema de Hermenéutica Jurídica (Lógica de Interpretacao). Río Janeiro, 1927, p. 64.

presa Kelsen cuando dice: "... La norma a ejecutarse constituye sólo un marco dentro del cual se dan variadas posibilidades de ejecución, por lo que es regular todo acto que se mantiene dentro de ese marco, llenándolo en algún sentido posible (17). Esta concepción reivindica las dos notas esenciales de la voluntad de la ley obscurecidas por la escuela tradicional: su carácter objetivo, independiente, sin ligamen con la *mens* del legislador y su significado intrínseco como haz de posibilidades comprendidas en el cuadro obligatorio de la regla legal. Tal el criterio que viene imponiéndose en la dogmática desde que fuera enunciado por la Escuela histórica y que ha servido de base a la interpretación progresiva del derecho.

En base a estas ideas podemos decir que la interpretación de la ley no es el diagnóstico de la voluntad subjetiva y más o menos probable del legislador, sino que envuelve dos actos correlativos y complementarios: teórico-jurídico el uno y político-jurídico el otro (18). Mediante el primero se determinan los sentidos posibles de la norma escrita, y en virtud del segundo se elige de entre esas posibilidades aquella que se estima pertinente al caso que se quiere juzgar. La Interpretación es por ende un proceso metodológico que permite conocer y valorar el sentido, alcance y fines de la ley (19). De aquí que la interpretación de la ley no se reduce al análisis de la norma obscura, como se ha querido entender siguiendo el aforismo "*in claris non interpretatio*", sino que comprende aún la norma clara, cuya sola aplicación supone ya un acto de hermenéutica jurídica (20).

5—Según que la función interpretativa de la ley sea ejercida por el propio legislador, o por el jurista o por el juez se ha venido en clasificarla en *auténtica*, *doctrinal* y *judicial*.

a) La *interpretación auténtica* es, pues, la que hace el mismo legislador respecto de una ley insuficiente. Su legitimidad fué

(17) Kelsen: Obr. cit. p. 131.

(18) Kelsen: Obr. cit. p. 38.

(19) Carvalho de Britto desenvolviendo el postulado de Celso "*Scire legis non est verba tenere, sed vim ac potestatem*", define la función interpretativa como "o meio de dispôr e o modo de guiar todas as operações necessárias á constatação da verdadeira função da lei, comprehendendo o conhecimento certo da sua prédicta, a sua perfeita estrutura, prática e applicação exactas, ou um procedimento lógico completo da actividade legislativa", Obr. cit. P. 68.

(20) "Aprópria questão da "clareza das leis" para excluir a acção do intérprete, pela applicação do absoluto principio "*inclaris cessat interpretatio*", importa "interpretación" e, por consequência, "opinião individual". Ver C. A. Bittencourt: A. Interpretación como Parte Integrante do Processo Legislativo.—Revista Forense. Rio de Janeiro. Abril de 1943. p. 9.

reconocida desde Justiniano, quien por el temor de que su obra fuera adulterada se reservó la interpretación de las dudas que la aplicación de su obra hubiera podido suscitar. (Ejus est legem interpretari cujus est condere). Tuvo la misma importancia en el derecho intermedio y aún al iniciarse el régimen de la codificación prevaleció bajo la forma del *referé legislativo*.

Al presente la interpretación auténtica no tiene la misma importancia con que fué reconocida por el derecho antiguo e intermedio, y aún se le niega el carácter de tal, considerando que la función interpretativa es propia de los juristas y jueces. Así para Enneccerus, Coviello y Belmar y Larras, toda declaración hecha por el propio legislador respecto al sentido de cualquiera disposición legal, es una norma jurídica propia y verdadera, porque aquí la autoridad legislativa se impone para todos los casos, *erga omnes*, y con fuerza y eficacia de ley (21). Geny en su famosa obra no trata el punto, aunque afirma incidentalmente que "El único medio correcto de rectificar legislativamente una ley cuyo texto es erróneo, consiste en una ley nueva" (22).

Reconociendo por nuestra parte, el carácter peculiarísimo de la interpretación emanada de autoridad legislativa, no le negamos el carácter de tal interpretación, toda vez que la aclaración o rectificación se hace en punto a una ley preexistente, que no porque nació equívoca deja de imponerse desde su promulgación con todos sus efectos, excepto en los casos concluidos por transacción o por sentencia ejecutoriada (23).

La ley interpretativa puede ser contextual o sea dada en el mismo texto y al mismo tiempo de la expedición de la ley, o posteriormente, caso éste el más importante para nuestro objeto.

Sin embargo, no debe confundirse una ley interpretativa con otra que introduce una novación en el sentido de la ley, aunque el texto declare que ésta es interpretativa, porque puede introducirse un precepto nuevo que extinga o modifique sustancialmente la norma anterior, no obstante, sus apariencias textuales o formales. En este caso, no puede retrotraerse los efectos de la norma a los procesos pendientes, quebrando el principio general de la

(21) Enneccerus: Obr. cit. p. Coviello: Obr. cit., p. 73. Belmar y Larras: Enciclopedia Jurídica Española, p. 817.

(22) Geny: Obr. cit., p. 227 y s. nota 2.

(23) Nuestro Derecho reconoce la interpretación auténtica. Véase Constitución Nacional, art. 123, inc. 1.º.

irretroactividad de la ley (24). Tal, por ejemplo, el caso de la ley No. 9798, sobre montepío para los hijos ilegítimos, en que, (aunque en su art. 1.º dice: "*Aclárese*, los alcances del art. 1.º de la ley de 28 de enero de 1869..."), al armonizar con los atrs. 388 y 366 del C. C., se introduce una modificación sustancial en la ley de 28 de enero de 1869, extendiendo los beneficios del montepío a los hijos ilegítimos, cuya paternidad haya sido declarada judicialmente, pero sólo "desde el 15 de noviembre de 1936, fecha de vigencia del actual código civil" (art. 4 de la ley 9798).

b) La *interpretación doctrinal* es la que hacen los juristas o especialistas en el estudio de Derecho, sea en sus tratados, comentarios, trabajos monográficos, dictámenes, notas, etc. (Ver más adelante: "Elemento doctrinal").

Algunos tribunales extranjeros consideran que las notas del codificador o las palabras de los miembros informantes de las comisiones legislativas, y aún los términos del mensaje con que el Poder Ejecutivo acompaña los proyectos de leyes, son fuentes de interpretación auténtica de la ley (24 bis). No es a nuestro parecer, éste el valor que tienen dichos instrumentos de ley, porque es principio reconocido universalmente que sólo el poder legislativo puede interpretar las leyes con carácter obligatorio. Para nosotros las notas valen como interpretación doctrinaria, y los informes, mensajes, etc. como documentos históricos inmediatos, válidos para estudiar el proceso generativo de la ley, pero de eficacia incierta para esclarecer su sentido y alcance exactos.

c) La *interpretación judicial* es la que hacen los jueces en la diaria aplicación del Derecho. Resultado de esta actividad es la jurisprudencia, llamada la clínica jurídica, porque ella corrige la anormalidad de la regla, integra las fallas legislativas, actualiza las normas rezagadas y regula *in concreto* los desvíos del hecho social. De aquí la importancia de esta interpretación. La ley perma-

(24) Constitución Nacional art. 25.

(24 bis) Véase algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia argentina: "Las rotas del Código civil son valiosas en cuanto representan la interpretación auténtica de la ley hecha por el propio codificador; pero no pueden ser opuestas a la ley, cuando aparecen en pugna con el texto claro y expreso de la misma. (Sup. Trib. Entre Ríos, Jul. 19 de 1937). Rev. "La Ley" T. 7, p. 739.

"Las opiniones de los miembros informantes de las comisiones parlamentarias, constituyen la mejor fuente de interpretación auténtica de la ley" (Cam. Civil I.º de la Cap. Set. 14 de 1928). Rev. "La Ley", T. 12 p. 37.

"Los términos del mensaje con que el P. E. acompaña los proyectos de leyes y las manifestaciones del miembro informante de la comisión que los despacha, son fuentes de interpretación auténtica de la ley en su significado y alcance". (Cam. Fed. de la Capital, Oct. 20 de 1939). Rev. "La Ley", T. 16, p. 327.

necería infecunda e inerte si no fuera por la dinámica judicial que la pone en contacto con la vida y la adapta al devenir incesante de los hechos sociales. "La ley no sólo tiene fuerza por emanar de autoridad legislativa— dice Humberto Borja García —; la tiene sobre todo por su adaptabilidad y pertinencia a los hechos de la vida" (25). Y esto es precisamente obra de la función judicial cuyo resultado es la jurisprudencia.

De manera, pues, que, por jurisprudencia no entendemos en primer término sino la dinámica judicial, traducida por el conjunto de las decisiones jurisdiccionales, o mejor, por la interpretación y aplicación del Derecho por los órganos jurisdiccionales del Estado; y en este sentido amplio empleamos el vocablo en el presente trabajo. En sentido menos lato se entiende por jurisprudencia una cierta interpretación de la ley firmemente establecida por una sentencia judicial, esto es, por una sentencia ejecutoriada y no susceptible de revisión. Pero *strictu sensu*, es el conjunto de los fallos judiciales uniformes, ejecutoriados o inamovibles, emanados del Tribunal Supremo sobre un mismo punto de Derecho. Tal es el sentido del término jurisprudencia en el Derecho peruano. En este último caso la autoridad de los fallos judiciales crece al punto que muchos juristas los creen dotados de una autoridad cuasi legislativa, (Capitant, Vicente Ragusa, Raymundo M. Salvat, etc. y H. Borja García entre nosotros) (26).

CAPITULO III.

SUMARIO: 6—Los medios de la interpretación: a) la interpretación gramatical, b) la interpretación teleológica. Sus elementos: a') elemento racional, b') elemento sistemático, c') elemento histórico, d') ele-

(25) Humberto Borja García U: "La obra de la Jurisprudencia peruana y el Código Civil". 1918.

(26) Colin y Capitant: Curso Elemental de Derecho Civil, p. 46. Es significativa la siguiente afirmación: "...los precedentes, si bien no ligan a los jueces, los inspiran de un modo fatal". Compárese esta opinión con la de Geny: "...los precedentes judiciales, por constante y firmemente que se repitan....no tendrán mas que una autoridad de razón capaz de ilustrar al intérprete, pero no encadenar su juicio por la fuerza de una disposición imperiosa". Obr. cit. p. 477. N.º 154. Vicente Ragusa: "La giurisprudenza come fonte di diritto" en Revista Internazionale di filosofia del diritto. 1924, p. 418.

Raymundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentina. Parte General (Buenos Aires, 1940, p. 21.

mento comparativo, e') elemento jurisprudencial, y f') elemento doctrinal.

6.—Respecto a los medios de la interpretación cabe hacer algunas referencias previas. Ellos han sido elaborados en sus primeros momentos por la práctica judicial y en la medida impuesta por las necesidades surgidas en la diaria experiencia del Derecho. La filosofía y la ciencia no se ocuparon de los medios de interpretación jurídica hasta que ellos fueron requeridos por el desarrollo de la codificación y el progreso de las ideas jurídicas, muy entrado el siglo XIX. Apenas si algunos opúsculos de Fr. Bacon y algunos trabajos de Leibnitz habían tocado el punto en épocas anteriores.

Sin embargo, desde el derecho romano se había ido formando por la práctica forense una serie de aforismos jurídicos que fueron tenidos como reglas o principios absolutos de interpretación jurídica. Tanto los jueces como los abogados se guiaron por ellos, y casi nadie se atrevió a discutir su consistencia. Al presente, no obstante que, en ciertos casos, pueden conducir a algunos resultados felices, los aforismos jurídicos no tienen ya la validez que les fue reconocida por la antigua escolástica.

Actualmente imperan otras normas de interpretación de la ley elaboradas después de la codificación por las distintas escuelas del Derecho (exegética, dogmática, histórica, la libre investigación científica, etc.) y en cuya fijación interviene la filosofía decisivamente. Hablemos, pues, de estos medios empleados por la hermenéutica.

a) El primer paso reconocido por la hermenéutica jurídica es la *interpretación gramatical*, que consiste en desentrañar el sentido de la ley atendiendo al significado de las palabras y a la sintaxis de los preceptos legales. Se basa sobre el supuesto de que el legislador al preceptuar la regla no ha prescindido de las reglas elementales del lenguaje y que por tanto ha elegido las palabras reputadas más idóneas para expresar su pensamiento y mantener la coherencia del texto legal. Empero fallas o motivos distintos pueden obscurecer el contenido de esa ley. El juez o el jurista debe proceder entonces al análisis de las diversas significaciones verbales, tanto desde el punto de vista usual como técnico. Si el legislador eligió el término usual por ser el más expresivo para revelar una costumbre o explicitar una vía a la

conducta (27), indudablemente el problema se simplifica, de tal modo que sólo quedaría al intérprete averiguar si en el mismo sentido se ha empleado el término en los demás dispositivos legales, toda vez que no puede haber elegido el legislador el significado corriente de un vocablo sólo para explicitar normas aisladas, faltando a la conexión lógica que deben guardar y guardan las disposiciones de un cuerpo de ley. Tal ocurre con la palabra *pariente*, empleada por nuestro Código civil en su expresión usual, comprendiendo tanto los *consanguíneos* (arts. 293, 294, etc., del citado cuerpo de ley), los *afines* (art. 297 Id.) y los *civiles* (art. 298 Id.).

No son, sin embargo, los términos usuales los más adecuados a los altos fines de la dogmática jurídica, porque el Derecho como disciplina científica debe precisar conceptos particulares, definir objetos de contenido singularísimo, propios de su especialidad. De aquí que tenga necesidad de un lenguaje técnico, indemne de contaminaciones anfibiológicas o terminologías equívocas. Obedeciendo, pues, a este designio científico el Derecho ha retirado del uso corriente palabras y locuciones a las cuales ha dotado de significado especial. Citemos por ejemplo, las palabras: "alimento" (art. 439 del C.C.), "ausente" (arts. 9.º inc. 4.º y 590 Id.) que explican institutos jurídicos de gran importancia en la vida civil; la palabra "repetición" (arts. 1106, 1113, 1130, 1147, 1235, 1280, 1225, 1168, Id.) que traduce derechos especiales dentro de la teoría de las obligaciones. En el derecho penal, la palabra rapto (art. 228) que, sin embargo de expresar la idea general de arrebató o robo aplicado a las personas, ha sido restringida por el tecnicismo jurídico para significar "la sustracción de personas del sexo femenino realizada con miras deshonestas" (28).

Igual fenómeno ocurre con algunas expresiones como las siguientes: "parte integrante de un bien" (art. 813 del C.C.), "accesorio de un predio" (art. 815 Id.), que fundamentan los conceptos de indivisibilidad e indestructibilidad y de función económica de un bien inmueble. Igualmente cuando el Código civil habla del "hogar de familia" como un bien de familia (art. 461 y s.), no se refiere al hogar común de los arts. 161, 162, 163,

(27) Recuérdese las palabras de Montesquieu: "Las leyes no deben ser sùtiles; se hacen para gentes de mediano entendimiento, no son un monumento de lógica, sino la razón simple de un padre de familia". Cita de Geny: Obr. cit. p. 251, nota 2., tomada del libro de Montesquieu: "Esprit de lois" lib. 29 cap. 16.

(28) Código Penal anotado y concordado por Juan J. Calle, p. 186.

244, etc., sino a una institución jurídica distinta, equivalente al "homestead" del Derecho inglés y norteamericano, cuyo objeto es principalmente poner a la familia a cubierto de todo infortunio por deudas del padre de familia en desgracia.

b) Pero no debe olvidarse que la significación jurídica de un término está siempre enlazada y referida a los fines sociales que persigue el dispositivo o el conjunto de los dispositivos que regulan una materia; por tanto, debe el intérprete tomar la palabra en su íntima conexión conceptual; esto es, en su relación con el elemento racional que vivifica el estatuto jurídico. "Las normas legales no son sólo su letra —dice un fallo de la 1.^a Cámara civil argentina— sino también el espíritu que lo vivifica" (29). Se impone por esto la *interpretación teleológica* del precepto en armonía con la gramatical, o sea la interpretación que, por el camino de los datos científico-jurídicos, se propone conocer la finalidad social de la ley. A este fin concurren los siguientes elementos:

a') *Elemento racional*. En la investigación de este elemento, entra en juego la idea del fin del Derecho, preconizada desde 1865 por Ihering. La fórmula legal sería una letra muerta sin la *ratio legis* (o la *ratio iuris*) que constituye su elemento esencial. Si la ley se ha elaborado con vistas a llenar un fin y en vista de motivos determinados, hay que investigar cuales son éstos y cual es el fin que se propone llenar. De tal modo importante considera De Buen el fin de la ley que su indeterminación o cesación determinaría la indeterminación o cesación de la ley (30). A efecto, pues, de esclarecer la *ratio legis* conviene precisar, mediante una fina labor discriminativa, cual es el bien jurídico que el precepto protege, o mejor, cuales intereses priman de las determinaciones de la ley y cómo han sido evaluados y equilibrados por el legislador. Esta valoración de intereses supone una labor de cotejo de las relaciones jurídicas protegidas in concreto con los criterios de justicia y utilidad social inmersos en la regulación legal; de aquí surgirá precisada y demarcada el fin de la ley, o sea la determinación de qué es lo que combate la ley y qué relación protege. Dése como ejemplo, el art. 1339 del C.C., de inmediato se verá que su fin práctico, fundado en una idea de justicia, es garantizar los derechos de terceros, por obligaciones

(29) Revista Jurídica argentina "La Ley", tomo 2, p. 642, 1936.

(30) De Buen: Introducción al Estudio del Derecho Civil. 1933. Madrid. p. 431 y s.

de los cónyuges, prohibiendo los contratos mediante los cuales podría burlarse aquéllos.

La interpretación teleológica debe avanzar más, estudiando el objetivo de todo el instituto al que el precepto particular se ajusta, e, incluso, indagando el fin que persigue el conjunto del ordenamiento jurídico. De aquí la necesidad del criterio sistemático.

b') *Elemento sistemático*.—Reposa este elemento sobre la consideración de que el Derecho positivo, sobre todo cuando está codificado, se desenvuelve de acuerdo a un plan orgánico, lógicamente conexo. "Ante todo — dice G. Tarde — la elaboración jurídica, lo mismo en el juez que en el comentarista, aún en el mismo legislador, es una sistematización, o si se quiere, la teleología presentada en su color lógico" (31). Por lo tanto, nos será dado suponer la existencia de una relación lógica, de armónica y mutua dependencia entre las diferentes disposiciones del *corpus iuris*. Sería ilógico y antijurídico considerar cada norma del texto como una proposición aislada, sin relación con el todo. "*Invivile est — decía Celso — nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita indicare vel respondere*" (32). Y esto tenía particularísima importancia para los juristas del siglo XIX, quienes tenían una concepción geométrica del derecho escrito.

En virtud del criterio sistemático, a efecto de una clara determinación de la *mens legis*, es necesario poner la norma en relación con las otras normas de la ley, y aún más, es necesario coordinarla con el sistema general del Derecho. Trabajando sólo dentro de la norma aislada, sin relación con las demás, el diagnóstico del pensamiento legal sería incompleto y equivocado, porque el *proceso* conceptual de una ley se integra siempre siguiendo una perspectiva de generalización e integración crecientes. Descubrir ese proceso reflexivo, esa íntima vinculación conceptual de las distintas normas legales es el papel de la interpretación sistemática. Así por ejemplo no veríamos por qué, no obstante el criterio del art. 819 del C.C. sobre bienes muebles, "las naves y aeronaves" figuran comprendidas en el art. 812 del mismo código, consideradas como bienes inmuebles, sino relacionásemos estas disposiciones con el régimen de los derechos reales de garantía. (Véase Ley de hipoteca naval). O también muchas

(31) Cita de Geny: Obr. cit. p.

(32) L. 24 D. De Legibus, 1.º, 3.

reglas relativas a la posesión de bienes muebles e inmuebles (arts. 824 al 849 del C.C.) se ofrecerían obscuras sin el concurso de las reglas establecidas para la propiedad (arts. 850 al 891 Id.) y las que regulan las acciones posesorias en el C. de F. C. (arts. 988 al 1029); etc., etc.

Hay más hemos dicho; como los diferentes institutos correlativos del Derecho positivo se basan sobre criterios cardinales o principios *prima facie* que han servido de norte al legislador, es necesario también llegar hasta esos primeros principios para descubrir el fin último inmanente al ordenamiento jurídico. (Véase más adelante, "Los principios generales del Derecho").

c') *Elemento histórico*.—Quiere decir que, como procedimiento auxiliar de la hermenéutica contribuye la indagación histórica de las instituciones jurídicas. Entra aquí en juego el estudio de los materiales legislativos, como son los trabajos preparatorios, las discusiones parlamentarias, la exposición de motivos, las palabras de los miembros informantes en las Cámaras, y en fin, la tradición histórica de la legislación en vigor. Empero no se deben superestimar estos elementos tomándolos como base para esclarecer la regla oscura o determinar su *ratio legis*, mucho menos para deducir soluciones nuevas aplicables a las hipótesis no previstas; como lo ha pretendido la jurisprudencia francesa (33); sino sólo debe utilizarse estos elementos en la medida en que puedan ofrecer alguna luz para la determinación de la *mens legis*, como Enneccerus recomienda (34). La razón es obvia: siendo como es la ley, en las democracias actuales, concreción y síntesis de las voluntades de los diversos órganos estatales, los documentos parlamentarios, aún los trabajos preparatorios del Código, las manifestaciones de los miembros informantes, no pueden ofrecer una dirección cierta a la interpretación judicial. "Los documentos parlamentarios suministran argumentos a todos los sistemas. Con la misma buena fe, los adversarios los invocan en apoyo de la interpretación que defienden", dice Henri Capitant (35). No llegamos, sin embargo, al extremo de negar todo valor a los materiales legislativos porque a la buena hermenéutica no puede ser indiferente el proceso generativo de la ley; los consideramos por eso como elementos his-

(33) Henri Capitant: "Los trabajos preparatorios y la interpretación de la ley". Rev. "La Ley", t. 4, sec. doct., p. 66.

(34) Enneccerus: Obr. cit., p. 207.

(35) Henri Capitant: véase el mismo trabajo citado.

tóricos y sólo útiles en tanto coadyuvan a iluminar y desentrañar el sentido de un texto obscuro.

Debe aún más el intérprete avanzar en la investigación histórica, remitiéndose a los procesos remotos de la ley para encontrar los elementos de su evolución, porque es evidente que, con el correr de los tiempos, con el avance de la civilización, surgen nuevas corrientes del pensamiento, nuevos hechos que conmueven las instituciones históricas y determinan su desarrollo; y precisar el germen, el origen de esas instituciones, cuál ha sido su estructura jurídica en los diversos momentos históricos y cuál es el menoscabo sufrido en su evolución actual, es una necesidad apreciable al intérprete del Derecho. "El pensamiento actual — dice Ruggiero — no es sino desenvolvimiento y elaboración del pensamiento de ayer; casi no existe institución (especialmente de derecho privado que se desenvuelve más lentamente que el público) que no está enlazada con las de las legislaciones anteriores y no halle en éstas sus gérmenes" (36). Una norma legal, una institución de derecho tiene, pues, su historia y hacer la historia de ellas, en su largo y progresivo desarrollo para co-ger su estado de espíritu actual, es contribuir a una labor exhaustiva de interpretación jurídica.

d') *Elemento comparativo*.—El criterio comparativo es otro elemento de suma importancia a la interpretación, porque permite utilizar la legislación extranjera como instrumento necesario al mejor esclarecimiento de la Ley nacional, sobre todo cuando aquella ha servido de base o modelo a los legisladores. Por mucho que haya diferencia de medios políticos, económicos o sociales, siempre hay un punto de conexión, directivas filosóficas que explican las razones y esclarecen los contenidos dogmáticos de las distintas legislaciones positivas. Mayor importancia tiene si, como hemos dicho, la legislación extranjera ha influido en la Ley nacional, como ocurre con las leyes civiles de Brasil, Suiza y Alemania, que han guiado a nuestros legisladores en la elaboración del Código Civil vigente. Lógico es entonces que una buena hermenéutica se pronuncie por la utilización sagaz del elemento comparativo a efecto de esclarecer las disposiciones obscuras de la Ley patria.

e') *Elemento jurisprudencial*.—No pretendemos bajo este título reconocer un poder pretoriano a la jurisprudencia, en el sentido de que puede sentar reglas valederas, obligatorias erga

(36) Ruggiero: Obr. cit. p. 143.

omnes, para el futuro, cual ocurre en el Derecho anglosajón. Esto sería desvirtuar la función esencialísima de los jueces, cual es la de ejecutar las leyes. Empero, no podemos negar que la jurisprudencia como laboratorio jurídico, contribuye a la fijación y creación del Derecho, esclareciendo el sentido y alcance de los preceptos, corrigiendo sus errores o supliendo sus deficiencias. Algo más; frente a las varias posibilidades de solución que pueden darse en el cuadro de un precepto, la jurisprudencia, mediante un juicio estimativo, precisa el *criterium* más conforme con la justicia y la utilidad social. Esto no quiere decir que la solución encontrada sea la única recta y la más justa como para aplicarla a todos los casos subsumibles dentro del mismo precepto, porque eso sería desconocer los aspectos peculiares de los hechos siempre diversos, y porque, sensible como es a las necesidades de su época, la jurisprudencia evoluciona con la vida, su rango y enfocamiento de los hechos cambia con el incesante progreso de las ideas, por lo que se ha dicho con tanta verdad que ella simboliza el derecho móvil (37).

Geny considera que "la jurisprudencia, estudiada en sus evoluciones, no es otra cosa que la historia contemporánea de nuestro derecho positivo", y relievando sus ventajas agrega: "de una parte, pues, el examen de estas evoluciones de la jurisprudencia nos permite penetrar en lo menudo de los hechos, en el fondo de las cuestiones y descubren, por un minucioso análisis, las dificultades jurídicas, los secretos de su naturaleza y los medios para su solución. Por otra parte, si los datos positivos que desprenden de estas evoluciones se utilizan en la construcción de un sistema orgánico, o si nos representan la enseñanza práctica de experiencias acumuladas, la constatación de estos resultados aumentará naturalmente nuestra consideración para la dirección jurídica que puede procurarnos la jurisprudencia, porque acrecentará a nuestros ojos la autoridad moral que va inherente a sus decisiones" (38).

La importancia de la jurisprudencia como elemento de interpretación está, pues, en que, por el cúmulo de experiencias que lleva anejas, disminuye las dificultades del intérprete y le ofrece una perspectiva esclarecedora para el mejor conocimiento del Derecho.

La autoridad de la jurisprudencia aumenta si proviene del

(37) Humberto Borja García: trab. cit.

(38) Geny: Obr. cit., p. 454.

más alto tribunal de justicia y si, *sensu strictu*, ella es repetida y constante sobre un mismo punto de derecho. (*Minime sunt mutanda, quoe interpretationem certam semper habuerunt*, dice la Ley 23 del De Legibus) (39).

Para el Derecho Peruano la jurisprudencia tiene marcada importancia, pues encontramos evaluada en las citas de los dicámenes fiscales, en los escritos de los abogados y, aún, en algunas sentencias judiciales cuando la jurisprudencia marca un alto grado de evolución jurídica.

Como en el caso de la legislación comparada, la jurisprudencia comparada debe ser también objeto de estudio por el intérprete del Derecho, sobre todo si proviene de los tribunales cuya legislación ha servido de modelo a la Legislación patria. Con la prudencia y la sobriedad necesarias, salvando las diferencias del clima jurídico, la jurisprudencia extranjera sobre hechos análogos debe ser admitida como elemento interpretativo a efecto de una cabal elaboración de una solución jurídica. Tal cosa es una verdad en el Derecho argentino y de aquí la importancia de su jurisprudencia.

f') *Elemento doctrinal*.—De extraordinaria importancia las opiniones doctrinales, antes de Justiniano, en que valían como derecho objetivo, (lus publicae respondendi, con Adriano, Ley de las citas, con Teodocio II y Valentiniano III), son hoy un elemento que sin valer como fuente formal, ofrecen, sin embargo, ventajas relevantes a la fijación e interpretación del Derecho, vale decir de la ley.

No puede desconocerse, en efecto, que en los trabajos realizados por los jurisconsultos se resumen elementos indiscutiblemente valiosos y seguros para la mejor inteligencia de la ley, sobre todo por las definiciones científicas y la significación técnica de los términos en que abundan. Libre de todo interés inmediato, las opiniones doctrinales cumplen un elevado designio científico, esclareciendo los múltiples factores que condicionan el Derecho positivo, recogiendo y sopesando las ideas más avanzadas de la ciencia jurídica y aprovechando, en fin, los puntos de apoyo que pueden ofrecer las ciencias afines. Como toda actividad libre ofrece, pues, la garantía de su imparcialidad y, como sucede en el caso de la jurisprudencia repetida y constante emanada del más alto tribunal de justicia, la autoridad de la doctrina aumenta en el caso de la *communis opinio*, máxime si emana

(39) Cita tomada de *Dunod* por Geny, obr. cit., p. 478, nota 4.

de los jurisconsultos más acreditados. De aquí la importancia de la jurisprudencia argentina y de los dictámenes de sus peritos, preñados de citas doctrinarias en aras de una certera y justa aplicación del Derecho, "Ejercen en mi espíritu de juez — dice un insigne magistrado argentino — especial influencia las opiniones de los tratadistas especializados en la materia..." (40). Es la más grata declaración hecha por un funcionario judicial en homenaje a los juristas.

Sin embargo, nuestra práctica judicial ha sido reacia a reconocer a la doctrina como elemento de interpretación de la ley. Ceñida a un estricto rigor legalista, se ha desenvuelto, salvo esporádicas veces, "según las reglas del criterio tasado" (41). De aquí la falta de hábito mental en gran parte de nuestros profesionales para el cultivo de la dogmática y las investigaciones científicas. De aquí también que nuestros debates judiciales se hayan desenvuelto con escaso apoyo de obras teóricas, de opiniones científicas, cual ocurre en el régimen judicial de algunos países de avanzada cultura jurídica. Mas bien con el nuevo Código Civil se ha abierto campo a la investigación, toda vez que ha dejado las definiciones y clasificaciones abstractas a la obra científica y ha incorporado en su texto novedosas instituciones jurídicas, desconocidas por nuestra legislación tradicional, y cuyo conocimiento sólo será completo con el apoyo de las fuentes teóricas y el estudio de la legislación comparada (42).

Consideramos por nuestra parte que, sin el apoyo de los tratadistas, vale decir de la ciencia, no se tendrá una visión completa del Derecho y hasta es posible una inexacta aplicación de la ley.

(40) Dr. Quiroga, fallo de la Cámara 2.^a de Apelaciones de La Plata. Oct. 23-936. Rev. "La Ley", t. 6, p. 913 y s.

(41) Humberto Borja García: trab. cit.

(42) El Dr. Riva Agüero crítica esta coyuntura del Código y cita al efecto las siguientes opiniones expresadas en la discusión del antiguo Código: "Las definiciones componen el lenguaje de la ciencia jurídica. Sin ellas no se podría conocer la genuina significación de los términos usados en la redacción. Dejar a los profesores el cuidado de definir, dividir y distinguir, es dejar a la arbitrariedad la inteligencia y aplicación de las leyes". Memoria leída en la instalación de la nueva Junta Directiva del Colegio de Abogados en 1937. Rev. del Foro, marzo de 1937, Nos. 1, 2 y 3, p. 6.

CAPITULO IV

SUMARIO: 7.—Resultados de la interpretación: a) interpretación declarativa, b) interpretación extensiva, c) interpretación restrictiva, d) interpretación a contrario sensu, y f) interpretación progresiva.

7.—Por los resultados a que puede arribarse la técnica interpretativa se clasifica de la siguiente manera:

a) La interpretación es simplemente *declarativa* si la voluntad de la ley corresponde a la expresada en la fórmula, esto es, no hay discordancia entre las palabras y el pensamiento contenido en ellas. La solución del caso no ofrece, entonces, otros problemas que el de la individualización o ajuste del sentido legal al caso que se trata de solucionar.

b) La interpretación es *extensiva* en cambio cuando el texto no expresa exactamente la voluntad de la ley, cuyo alcance es mayor que el que aparece de la expresión literal del precepto: *minus scripsit quam*. El problema suscitado por esta apariencia equívoca de la letra se resuelve en este caso haciendo extensivo el pensamiento legislativo a todos los casos susceptibles de subsumición bajo el espíritu de la regla legal. Nuestra jurisprudencia ofrece un ejemplo cuando extiende los efectos del precepto 354 del C.C., sobre reconocimiento de los hijos ilegítimos, a todos los casos de declaración de hijo hecha en documento auténtico, aun cuando el objeto de éste no sea expresamente el de reconocimiento (43). Se fundamenta esta interpretación en el criterio de que la *mens legis*, inmanente al precepto, es garantizar la verdad de la declaración con las solemnidades de escritura pública, sea cual fuere la finalidad del instrumento en que consta la declaración.

Se ha discutido, sin embargo, si la interpretación extensiva cabe o no dentro el *derecho singular*, toda vez que de las frases de De Paulo parece desprenderse una conclusión negativa: "*Quod vero contra rationem ets non est producendum ad consequentias*". Para nosotros la cuestión no ofrece dificultad al juego del criterio extensivo dentro del *ius singulare*, si se descubre voluntad extensiva, un amplio alcance de la *ratio* en la ley. Dentro de la extensión de este *ratio* y dentro de la particular *utilitas* que anima la regla singular o excepcional no hay inconveniente

(43) Revista del Foro Nos. 7 al 12, 1941, p. 708.

para extender las consecuencias deducibles de sus términos a los hechos implícitos que comprende (44).

En cuanto a la ley penal se ha tenido como guía segura de interpretación la máxima: *Favorabilia sunt amplianda. Odiosa sunt restringenda*, o sea, ampliación de lo favorable y también de las leyes permisivas de lo más a lo menos; restricción de lo odioso y en las prohibitivas de lo menos a lo más (45). ¿Quiere decir esto que siempre lo odioso debe ser aplicado restrictivamente aun cuando se haya descubierto voluntad extensiva en la ley odiosa? Entendidas así las cosas habría que interpretar restrictivamente las leyes penales, en base a su naturaleza adversa al reo. Sin embargo la afirmación no es absoluta; el análisis de las siguientes palabras extraídas del Digesto y de las Decretales nos aclarará la cuestión: *Indubio benignus interpretandus, indubio mitius indubio pro reo, in poenis benignior est interpretatio facienda*. Dos hechos contienen estas máximas: en caso de duda sobre las pruebas del hecho imputado, la decisión judicial debe ser favorable al reo: *indubio pro reo*; este caso no es de hermenéutica; pero si la duda recae sobre la voluntad de la ley, sobre el substractum obligatorio del precepto, siendo difícil determinar cual es realmente el sentido legislativo de la norma, se impone el resultado favorable. Distinto es el caso de no haber incertidumbre sobre el sentido del texto: el juez no está obligado por la *odiosa sunt restringenda*, de haberse descubierto voluntad extensiva en la ley (46).

c) En otros casos la interpretación puede resultar *restrictiva*, o sea cuando los términos de la norma revelan un alcance mayor que la voluntad de la ley: *plus scripsit quam voluit*. Cabe en este caso ajustar los términos del texto al pensamiento legislativo inherente a la norma, excluyendo, las hipótesis sugeridas por la letra, pero en realidad ajenas al espíritu de la ley. Tal cosa ocurre por ejemplo, cuando la terminología jurídica restringe el alcance de la expresión "posesión de estado" ciñéndola al estado de matrimonio; o cuando del mismo modo se restringe el alcance del término "rapto" (art. 228 del C.P.) ajustándolo a la sustracción de personas del sexo femenino con miras deshones-

(44) Ruggiero: obr. cit., p. 58.

(45) Felipe Sánchez Román: Estudios de Derecho Civil, 1899. T. I. p. 26.

(46) Luis Jiménez de Asúa: "El valor forense de la tipicidad y la interpretación de la Ley penal 11.210". Léase este interesante trabajo a propósito de una ley argentina en la Rev. Argentina "La Ley", tomo 15, p. 1208.

tas. (Véase el parágrafo "Interpretación gramatical" de este trabajo).

d) Un caso particularmente interesante de hermenéutica es la *interpretación a contrario sensu*, susceptible de producirse cuando el proceso interpretativo conduce a sacar de normas expresas, normas contrarias no expresas, pero implícitamente contenidas en el sistema legislativo. Tal sucede cuando por oposición, la misma ley, hace presumir una solución contraria para las hipótesis no comprendidas en el texto. Es el argumento *a contrario sensu* extraídas de las máximas: "*Quiddecit de uno negat*", "*inclusionem unius fit exclusio alterius*". "*Exceptis a regula, firmat regulam in contrarium*". La regla surge en el presente caso mediante la exclusión negativa, o sea cuando los casos a decidirse no sólo no están comprendidos en los términos de la norma, sino que están excluidos o desplazados a una solución contraria. Por ejemplo, de las excepciones establecidas por el art. 1137 del C. C. respecto de los actos que no son ilícitos, se puede llegar a una solución contraria reputando como actos ilícitos a todos los no exceptuados por dicho precepto, por consiguiente susceptibles de acarrear las consecuencias englobadas en el art. 1136 del mismo Código. Pero debe entenderse que el argumento *a contrario* funciona sólo cuando se trata de leyes que implican restricción del libre ejercicio de los derechos, o pugnan con los principios fundamentales, o, en fin, constituyan excepción de las leyes normales. De aquí la máxima clásica incluida líneas antes, de donde se deduce que el precepto excepcional acusa la existencia de la regla general contraria. Es por esto delicado, según puede verse, el empleo de este argumento por los espíritus poco sagaces y poco experimentados en la aplicación del Derecho.

f) De un modo general la interpretación debe ser *progresiva* considerando que la voluntad de la ley evoluciona con las transformaciones sociales, con el progreso de las ciencias jurídicas y el ritmo entero de la cultura de un pueblo. Geny lo reconoce cuando dice: "Es indudable que luego que penetra en la corriente de la vida social, sufre este acto de voluntad, como toda entidad orgánica y viva, el influjo y el contacto del medio ambiente; se modifica con éste, y a medida que se aleja de su origen, pierde el texto legal su virtualidad primera, decae poco a poco con el uso, y puede suceder a veces el que cambie sustancialmente. Esto es el resultado de una ley sociológica inevitable..." (47). Su-

(47) Geny: Obr. cit., p. 239. N.º 97.

cede indudablemente que las hipótesis y valoraciones legislativas, dadas en un determinado momento histórico y condensadas en la ley, no pueden avanzar más allá de las exigencias y necesidades sociales de su época; es imposible que prevean los cambios que han de sufrir los mismos hechos y los conceptos que sirvieron de base a la ley, ni qué causas han de sobrevenir a dificultar la aplicación de la ley tal cual fue concebida y explicitada. Es por esto contrario a la ciencia y esencia del Derecho considerar aquella como ente inmutable y como fijada a un medio intransformable y fósil. He aquí por qué, la ponderación con que Enneccerus enjuicia este asunto, no le impide sostener, que en el supuesto de casos imprevistos, de cambios sustanciales de los intereses valuados por el legislador, y, en fin, en el caso de caducidad de la *ratio legis*, es lícito la *interpretación modificativa de la ley*, desenvolviendo la idea fundamental, ontológica, que lleva inmanente, en estricta relación con las necesidades y experiencias de la vida (48). No han de sufrir por esto la estabilidad y la seguridad del Derecho, toda vez que estas ideas apriorísticas hay que entenderlas referidas al espíritu y no a la letra de la ley.

Nuestra jurisprudencia ofrece numerosos casos de interpretación progresiva, como, por ejemplo, cuando no obstante el criterio antiproteccionista del Código del 52, respecto de la descendencia ilegítima, le reconoce derechos a los alimentos y a la herencia, a pesar de los arts. 242, 243, 254, 702, 704, 709, 891, 894, 913, del citado cuerpo de leyes, rigurosamente formalistas, al extremo de considerar al hijo ilegítimo bajo el estigma de sus progenitores (49).

Ninguna razón ha estorbado tampoco el progreso de las ideas expuestas en el campo del derecho penal, donde, no obstante el principio legalista que le sirve de base: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, la institución de la pena ha evolucionado de su primitivo significado expiatorio a ser hoy un medio de corrección y educación del individuo (50). Si esto es así, el acto jurisdiccional debe y tiene que determinar el contenido actual del orden jurídico restringiendo o extendiendo la autoridad de la ley, en base a los cambios experimentados en el orden social. Tales las razones porque la interpretación debe ser progresiva.

(48) Enneccerus: Obr. cit., p. 224.

(49) Véase el trabajo citado de Humberto Borja García.

(50) Luis Jiménez de Asúa: estudio citado, p. 1258 y Eusebio Gómez: Tratado de Derecho Penal. 1939, T. I., p. 60.

CAPITULO V

SUMARIO: 8.—Concurrencia aparente de leyes. Sus resultados: a) Principio de acumulación, b) Principio de alteridad. c) Principio lógico de especialidad, d) Principio de conciliación histórica y f) Interpretatio abrogans.

8.—Corresponde también a la hermenéutica resolver los casos de concurrencia de leyes, que se ofrecen cuando un mismo hecho se halla regulado por diferentes leyes o por las distintas disposiciones de una misma ley, suscitando aparentes conflictos legales, más o menos complicados, porque frecuentemente el análisis de las disposiciones concurrentes conduce a las más variadas consecuencias jurídicas y a veces a resultados en que la ley se diluye en una laguna. La técnica interpretativa sigue en todos estos casos el mismo *procesus* metodológico que hemos estudiado y atento a los resultados obtenidos se puede aplicar los siguientes criterios de solución:

a) *Principio de acumulación*.—Si del estudio atento y comparativo de las leyes en aparente concurrencia resulta que éstas se dan acumulativamente, esto es, sin ninguna limitación ni incompatibilidad recíproca, el caso se resuelve por el *principio de acumulación*, en cuya virtud es legítima la aplicación simultánea de ambas leyes (51).

b) *Principio de alteridad*.—Puede ocurrir también que las leyes se den *alternativamente*, como por ejemplo, tratándose del derecho de herencia del cónyuge, “si hay hijos u otros descendientes” puede aquél optar por la herencia en “una parte igual a la de un hijo ilegítimo” (art. 765 del C. C.) o “por el usufructo de la cuarta parte”, a tenor del art. 766 del mismo cuerpo de leyes. Tal es el caso de alteridad, en que la aplicación de uno de los preceptos priva el derecho de aplicar el otro.

c) *Principio lógico de especialidad*.—A una solución mucho más importante puede arribarse cuando se descubre entre las leyes que se cotejan una relación de general y especial, caso éste en que una de las leyes dadas prevalece sobre la otra en razón de

(51) Antes del Código del 52 se daban frecuentes casos de acumulación en nuestra jurisprudencia, pues analizando los debates judiciales de aquellos tiempos encontramos interesantes dictámenes fiscales y sentencias en que se aplican acumulativamente las soluciones aportadas por Las Partidas, La Nov. Recopilación, Las Leyes de Indias, y demás leyes contemporáneas en aras de una sólida fundamentación judicial.

ciertas circunstancias calificativas que la condicionan, es decir, además de las condiciones generales que estructuran ambas leyes, la *lex specialis* lleva otras que le dan el carácter de prevalente o especial. Tal el caso de la ley sobre PROPIEDAD INTELECTUAL, LITERARIA Y ARTISTICA, cuya naturaleza ambivalente ("derecho patrimonial" y "derecho moral") le da una fisonomía peculiar, distinta por cierto de la propiedad común, sobre todo por las circunstancias específicas que emanan del llamado "derecho moral", de carácter inalienable, aún después de la muerte del autor, a pesar de las transmisiones de que puede ser objeto el "derecho patrimonial" (52).

Conviene advertir que la posterioridad de la fecha de la dación de la ley, si bien es indicio de especialidad, no constituye el desideratum de este criterio de solución.

d) *Principio de conciliación histórica*.— A otro resultado de igual o mayor complejidad que el anterior se puede llegar cuando las leyes en concurrencia procedan de fechas diferentes, históricamente distantes, no solucionables por el criterio lógico de especialidad o por cualquier otro criterio de solución. Rige entonces el *principio de conciliación histórica* o de consunción (Enneccerus), en cuya virtud se considera prevalente la ley o las disposiciones integrantes de las diferentes leyes que representa o representan el más alto grado de evolución jurídica, "pues no es de suponer que el legislador se propusiera un retroceso" (53). Pero esta valoración de las reglas legales concurrentes para integrarlas o conciliarlas en una única medida jurídica a efecto de aplicarla al caso por resolver, es un problema delicado de investigación científica, mejor diríamos de valoración de los múltiples elementos que integran y estructuran el Derecho, capaces de revelar los fines sociales y el espíritu que los anima. Requiere por tanto un harto grado de preparación y conocimiento del intérprete del Derecho. Ignoramos si existe un ejemplo que se haya dado en nuestra jurisprudencia.

e) *Interpretatio abrogans*.— Esta especie de interpretación es en buena cuenta el último tramo de la interpretación restrictiva en que las leyes se revelan abolidas en virtud de su propio

(52) Entre nosotros dicha propiedad se rige por la deficiente ley de 3 de noviembre de 1849 y las Resoluciones Supremas de 5 de febrero de 1915 y de 12 de agosto de 1922. Nuestro Código Civil amplía aunque no completa su regulación en los Títulos XII y XIII, cuando trata Del Contrato de Edición y del contrato de Radiodifusión, de adaptación cinematográfica y de Representación teatral.

(53) Enneccerus: Obr. cit. Vol. 1, p. 231.

sentido. Se produce cuando las reglas legales que regulan un mismo hecho, siendo de igual categoría jurídica, se contradicen, sin que sea posible establecer la prevalencia de ninguna de ellas. La hermenéutica no puede sino declarar, en este caso, que hay una laguna legal por la mutua eliminación de las reglas dadas.

El problema no es complejo en cambio, cuando la contradicción existe entre una norma accesoria o complementaria y una principal o invocada por la accesoria; la cuestión se resuelve considerando prevalente la norma principal o invocada por la accesoria (54).

PEDRO H. GUILLÉN.

(Continuará).

(54) Ver Coviello: Obr. cit., p. 86.