

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

SEGUNDA PARTE

(Continuación)

CAPITULO VI

SUMARIO: 9.—Las fuentes supletorias de nuestro Derecho positivo. Consideraciones previas. 10.—La Analogía o la solución por ad similia. Su concepto y procedimiento. 11.—Diferencia entre la analogía y la interpretación de la ley. 12.—La “analogía lógica” y la “analogía jurídica”. 13.—La “analogía legis” y la “analogía iuris”. 14.—Confusión de la “analogía legis” con la interpretación extensiva de la ley y de la “analogía iuris” con los principios generales del Derecho. 15.—¿Cabe el razonamiento analógico en el “ius singular”? 16.—La analogía y la interpretación analógica en el Derecho Penal.

9.—Dentro de la sistemática del Derecho positivo el problema de cómo llenar las lagunas de la ley, o mejor cómo arribar a soluciones justas cuando el caso no ha sido previsto por la legislación positiva, ha sido una preocupación constante de los personeros de la justicia y de los jurisconsultos desde los tiempos iniciales del Derecho hasta nuestros días. En trance de resolver un caso nuevo, imprevisto por la ley, ¿dónde hallar la fuente supletoria?, ¿cómo elaborar la regla aplicable al caso no regulado? Diversas motivaciones han embargado la vigilia de los jueces en tan álgido trance. En las fases iniciales del Derecho, cuando el rei-

nado del derecho consuetudinario, los casos nuevos, vale decir, los no considerados como *costumbre jurídica* ni comprendidos en el *uso*, obligaron a subvenir la solución ocurriendo al buen sentido o a un criterio de lógica elemental.

Más tarde, con la formulación del derecho escrito el problema devino más complejo, pues debiendo resolver los jueces con sujeción a la regla legal ¿dónde encontrar la fórmula supletoria de las imprevisiones legislativas? El viejo magistrado romano estaba investido a este fin de la función pretoriana que le permitía suplir y corregir el Derecho. Podía guiarse por la analogía, instituida por el Edicto y el Senado Consulto, o dar beligerancia al *ius naturae*. Imperó, además, en el derecho romano la doctrina de los jurisconsultos como fuente formal del Derecho, (*Ius publicae respondendi* y Ley de las Citas).

Bajo el abigarrado sistema del derecho recopilado primaron otras guías de suplencia jurídica, tales como los precedentes, la tradición doctrinaria, el derecho romano como autoridad de *razón escrita* y, en último término, la solución había de buscarse en la equidad o acudiendo a la luz de la razón.

Pero la época más importante para el problema de las lagunas sobrevino cuando el ius naturalismo absorbió por completo el pensamiento jurídico en el siglo XVIII. Sobre la base de las ideas de inmutabilidad y cognoscibilidad de la naturaleza humana fundada en la razón, esta escuela concibió el Derecho como conjunto de normas "que serían perpétuas, necesarias y universales, ya que única es la naturaleza del hombre en todos los tiempos y en todos los lugares" (55). Luego se llegaría al conocimiento del Derecho positivo con sólo desenvolver los principios inmutables de la justicia natural. Así las cosas, el problema de las fuentes supletorias se redujo al sólo conocimiento de los principios emanados de la *naturalis ratio*, los que colocados por encima y fuera de las reglas escritas contendrían en potencia todas las soluciones reclamadas por la vida jurídica.

Pero con la codificación de las leyes en 1804, llevada a cabo bajo el signo de la razón natural, se dió un vuelco hacia una concepción positivista del Derecho. Por obra de los legisladores de entonces se creyó condensar en el Código todas las leyes y las costumbres, todas las máximas y todos los principios del *ius naturalismo*. Fruto de este esfuerzo fué el Co-

(55) Coviello: Obr. cit., p. 6.

de Napoleón. En consecuencia no habrían ya lagunas para el Derecho. La ley, emanada de las luces del legislador, se bastaba para satisfacer todas las exigencias de la vida social y fuera de ella no podía reconocerse otros elementos de regulación jurídica. Se descartó de este modo toda otra fuente de suplencia legal, pero dándose una importancia máxima a la analogía como el más audaz instrumento en el desarrollo de la ley.

La Escuela histórica en Alemania señaló como fuente última del Derecho la conciencia popular, de la que la ley y la costumbre serían apenas expresiones imperfectas. Toda laguna legal, a la que no podía tampoco subvenir la costumbre, se resolvía entonces en la convicción colectiva, que era la raíz de la vida social y cuyo desenvolvimiento orgánico, gracias a la analogía, bastaría para completar el Derecho en sus más extremas exigencias. (56)

Pero a fines del siglo XIX, se reaccionó contra lo que se ha llamado el fetichismo de la ley. (Saleilles y Geny en Francia, Van der Eycken en Bélgica, etc.), proponiéndose el recurso de elementos *extra legem* y consideraciones extrajurídicas para descubrir los fundamentos de solución de las lagunas de la ley. Es la escuela de la "*Libre investigación científica*", traducida por la fórmula: "Por el Código Civil, pero más allá del Código". Al efecto no debían pasar inadvertidos al juez los elementos positivos de la civilización (religión, economía, moral, organización política, historia, etc.), de cuyas realidades objetivas deberían extraerse los principios que enmarcan y equilibran la vida del Derecho (57).

Sería necesario ir más lejos todavía, hasta el fondo último de la naturaleza de las cosas, interrogando a todas las ciencias de la vida social (Ciencias morales y políticas, Sociología, Filosofía, Ética, Religión, etc.) en lo que tienen de más elevado, a fin de elaborar una teoría de conjunto, y encontrar por decirlo así, la quinta esencia de todas las soluciones jurídicas. De aquí se ha derivado la orientación sociológica que pretende hallar en las leyes que rigen la sociedad humana, los fines y los elementos de solución del Derecho todo.

Actualmente el pensamiento jurídico sobre este punto ha vuelto en parte a la posición de la escuela iusnaturalista, pre-

(56) Véase las interesantes reflexiones de Geny sobre este punto en su obra citada, p. 466. N.º 152.

(57) Geny: Obr. cit., pgs. 534 y 539. Nos. 167 y 168.

tendiendo encontrar en una jerarquía de valores las fuentes inspiradoras del Derecho. Esto hemos de ver al tratar de los principios generales del Derecho, punto éste el más debatido por la doctrina y la filosofía jurídica.

Siguiendo las sinuosidades de la doctrina, las legislaciones han indicado diferentes fuentes de suplencia jurídica. El Código Napoleón en su artículo 4.º sólo estableció la regla: "El juez que rehuse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia", sin indicar el derecho supletorio. Portalis, uno de los miembros de la Comisión codificadora, sostuvo, sin embargo, en su *Discurso Preliminar* que, "a falta de un texto expreso, una antigua costumbre, una opinión o máxima aceptada ocupan el lugar de la ley, y en el caso de un hecho completamente nuevo—decía—hay que remontarse a los principios del Derecho natural".

El Código civil austriaco de 1811 especificó, en cambio, claramente las fuentes supletorias, señalando entre ellas "las disposiciones análogas" y los "principios del Derecho natural" (art. 7). El Código albertino, promulgado en 1837, determinó idénticas fuentes, aunque sin hacer referencia expresa al Derecho natural, sobreentendiéndolo solamente bajo la expresión: "principios generales del derecho" (art. 15).

El Código alemán no contiene disposición alguna sobre este punto, acaso porque considera que ello va supuesto en el ordenamiento jurídico. El Código civil español señala como fuente de aplicación, a falta de ley, la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho (art. 6). Más audaz que estas legislaciones el Código suizo establece: "*A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le Droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*" (art. 1.º, párrafo 2.º).

Otras legislaciones como la hondureña dan beligerancia a la equidad (art.). Notablemente sobrio nuestro Código Civil establece sobre el punto que, en caso de deficiencia de la ley, los jueces deben aplicar "los principios del derecho", (art. XXIII del Tít. Prel.). Desde luego nuestro estudio debe comenzar por la solución analógica que es el primer paso en la investigación de las reglas aplicables a los casos no previstos por la ley.

10.—Aunque no la señala nuestro código, creemos que la

analogía es una de las fuentes integrantes de nuestro Derecho positivo, entre otras razones porque ella viene estructurada por nuestro derecho tradicional, forma parte de nuestro clima científico (58) y porque, de otro lado, ninguna razón positiva ni de otro orden se opone a su aplicación como elemento supletorio de las imprevisiones legislativas. Veamos en consecuencia en qué consiste y cómo opera este procedimiento.

La analogía, según el iusfilósofo Recasens Siches, consiste en "trasladar a una situación de hecho *a* una regla *b* que no le es directamente aplicable, pero que se refiere a una situación de hecho análoga" (59). Para autores como Nicolás Coviello, el argumento por analogía consiste "en la decisión de una controversia no decidida por la ley, argumentando con el espíritu de la misma, sobre la base de la semejanza de la relación no considerada con otra que sí lo ha sido" (60). Jiménez de Asúa, contemplando desde el ángulo del derecho penal afirma que la analogía "consiste en la decisión de un caso penal no contemplado por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enumerado en su texto (analogía legis) o, en los casos más extremos, acudiendo al espíritu del ordenamiento jurídico tomado en su conjunto (analogía juris)" (61).

Por las definiciones dadas se comprende, pues, que en la base del método analógico está la semejanza de las relaciones jurídicas parangonadas: la prevista y la no prevista por la ley. Pero dicha semejanza, dice Coviello, debe establecerse en base a un elemento de identidad o sea en base a "aquel elemento de hecho que el legislador tomó en consideración para establecer una determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada" (62). Pero como el legislador nunca elabora una regla teniendo en consideración sólo un elemento de hecho, sino, como indica Sauer, varios elementos de hecho (63), habrá que establecer si hay identidad respecto de

(58) Nuestro Cód. anterior señalaba expresamente la analogía (art. IX) y nuestra jurisprudencia la ha consagrado en innumerables decisiones.

(59) Recasens Siches: Vida Humana, Sociedad y Derecho. Primera ed. México, 1939, p. 219.

(60) Coviello: Obr. cit., p. 91.

(61) Jiménez de Asúa: "El valor forense de la tipicidad..." Rev. argentina "La Ley". T. 15, p. 1264.

(62) Coviello Obr. cit., p. 91.

(63) W. Sauer: Filosofía Jurídica y Social, Ed. Labor, 1933, p. 227 y s.

todos los hechos, esto es, si todos son equiparables y comunes, o si ello sólo existe con relación a ciertos hechos. En el caso de absoluta equiparidad de los elementos de hecho constitutivos de las relaciones que se cotejan no procede la analogía, porque entonces no hay *semejanza* sino *identidad* de relaciones subsumibles bajo la autoridad de una misma regla, o mejor, comprendida en las hipótesis de la ley: sólo en el caso de semejanza o sea de equiparidad de ciertos elementos de hecho procede la analogía, como indica Ruggiero (64).

Establecida, pues, la semejanza en virtud de la conexión de alguno o algunos de los elementos de hecho, procede el razonamiento analógico sobre la base de la ley, ascendiendo por generalización inductiva al principio superior (*ratio legis*) que informa o inspira la regla, para deducir luego sus consecuencias y concordar con alguna de ellas el caso materia de solución judicial.

Desde luego, reduciendo a sus términos simples la analogía supone: a) que se dé un caso no previsto por la ley, b) que la ley haya considerado un caso semejante al que se trata de resolver, c) proceso de inducción del principio superior que gobierna el instituto regulado, y d) proceso deductivo de las consecuencias de este principio a fin de encontrar la solución al caso no previsto.

El presente cuadro nos permite dar una visión de conjunto del procedimiento analógico, en cuya virtud se establece la regla aplicable a dos relaciones esencialmente iguales. Como se ve se desenvuelve aquí una triple operación lógica: inductiva y deductiva de una parte y de coordinación normativa de otro lado. Mediante la generalización inductiva se parte de una disposición singular, de un cuadro normativo dado, para encontrar la *razón legal* o la *razón jurídica* que gobierna las unidades institucionales sujetas a una misma causa final; y mediante la discriminación deductiva se determina luego las diversas especies del género jurídico, a fin de establecer la conexión del caso a resolverse con alguna de las consecuencias deducidas del principio general. Este raciocinio se desplaza, pues, horizontalmente, de la parte hacia la parte, esto es, del caso particular conocido hacia la consecuencia extraída de la *ratio iuris* la misma que se estima aplicable al caso nuevo. En otros términos, formando el derecho un complejo de elementos de hecho y valores de diversa generalidad, el procedi-

(64) Ruggiero: Obr. cit., p. 152.

miento analógico conduce a determinar dos extremos consustanciales a la vida jurídica: aquellos elementos de hecho considerados por la ley y la *verdad de razón* que están en la cúspide de las unidades institucionales, o, en los casos más amplios, las razones de justicia inmersas en el ordenamiento jurídico, a efecto de elaborar, finalmente, la regla en base a la "justicia de la igualdad". Dentro de este cuadro armónico funciona la analogía determinando la regulación de casos semejantes por normas semejantes: *ubi aedem ratio cadem iuris dispositio*; esto es, colocados sobre un mismo punto de regulación jurídica, se hace inevitable el trato igual para los casos esencialmente iguales.

Por ejemplo, de las relaciones establecidas por la tutela de los hijos legítimos se induce una analogía para una situación similar de los hijos ilegítimos, porque llevan inherente una misma razón legal de protección, salvando naturalmente las modificaciones sugeridas por los conceptos que de la familia legítima e ilegítima tiene el Código. O también, dándose un contrato no previsto por el Código Civil se puede inducir su regulación colocándose en el mismo plano de regulación establecida para los contratos nominados, pues ambos son similares por sus efectos (65).

Para la hermenéutica tradicional la analogía estuvo irremediablemente vinculada a la voluntad de la ley, pues se basaba sobre la ficción de que trabajando con el pensamiento de la ley se permanecía fiel a la voluntad del legislador, porque se suponía que éste, al fundarse en una determinada razón jurídica para elaborar la regla legal, comprendió sin duda en ella todos los casos de hecho semejantes, por lo que, para hallar la solución a los casos imprevistos no había sino que agotar las consecuencias de aquella razón (66). La analogía operaba de este modo a base de la voluntad presunta del legislador, motivo por qué, en su sentido antiguo, el procedimiento analógico fué confundido con la interpretación extensiva de la ley (67).

(65) Ejemplos citados por Geny, tomados de la jurisprudencia francesa. Ver Obr. cit., p. 279, N.º 107.

(66) Geny: Obr. cit., p. 280, N.º 107.

(67) Obsérvese por ejemplo la definición que da Zitelman: "por analogía hará aquí extensivo el precepto". Roman Ríaza: "La interpretación de la ley y la doctrina de Francisco Suárez". Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, N.º 37. Madrid, 1924, p. 249 y s.—En igual confusión incurrían algunos exégetas del derecho como Delisle, Demolombe, Laurent, Baudry Lacantinerie. Véase Geny: Obr. cit., p. 280, nota. 2.

11.—¿Tiene que ver en verdad, el método de la analogía con los procedimientos de interpretación de la ley? Si por interpretación se entiende la investigación de la voluntad de la ley, el razonamiento analógico no es técnica interpretativa porque no se propone, en modo alguno, diagnosticar esa voluntad. Aún cuando guarda un vínculo de conexión con la ley, va más allá de la interpretación rellenando verdaderos vacíos del Derecho positivo. En efecto, la interpretación supone siempre la existencia de una norma escrita, cuyo sentido se ha de esclarecer, en tanto la analogía supone una laguna por no haber sido previsto el caso; pero ambos procedimientos parten de un dato legal: para explicitar y valorar el sentido de la norma en el caso de la interpretación; para hallar la solución a una laguna en el caso de la analogía.

Según esto no es valedero al argumento de Norberto Bobbio sobre este punto (L'Analogia nella Logica del Diritto), cuando dice que la analogía es interpretación en el sentido más genuino de la palabra, "puesto que reproduce, no repitiéndolo sino desarrollándolo, el núcleo mismo de la norma, configurado en su razón suficiente" (68). Más exacta nos parece la ubicación establecida por Francisco Suárez, para quien la analogía es un procedimiento intermedio entre la interpretación *sensu strictu* y la creación del derecho (69). Tal es también la teoría de Wäcter, Unger, Winscheid y otros (70). La analogía y la interpretación no se distancian en tanto ambos procedimientos se apoyan en la ley y parten de ella; pero se diferencian en cuanto la interpretación se limita a poner en claro el pensamiento que la ley envuelve, mientras que la analogía avanza siguiendo un proceso de generalización creciente hasta encontrar la *verdad de razón* de un instituto jurídico, o, en último término, hasta llegar a los principios *prima facie* del conjunto del ordenamiento jurídico.

12.—Se ha sostenido por algunos juristas y iusfilósofos que la analogía es un medio natural de integración del Derecho, que viene impuesta en la sola significación del orden jurídico (Ruggero: instituciones de Derecho Civil, Norberto Bobbio: L'Analogia nella logica del Diritto), en tanto sostienen otros que la analogía es una experiencia necesaria que debe venir impuesta

(68) Cita de Jiménez de Asúa: est. cit., p. 1265, nota.

(69) Ramón Riaza: est. cit., p. 408.

(70) Génys: Obr. cit., p. 281.

por la ley para que pueda ejercer una función de suplencia jurídica (Donato Donati: Il problema delle lacune dell'Ordinamento giuridico). De tal manera que, según la primera opinión, la analogía se impone en el orden jurídico esté o no esté autorizada por la ley, por ser un principio integrante y natural del Derecho; y según la segunda opinión, la analogía no procede si la ley no la señala expresamente, porque es un proceso sociológico que parte de un dato de la experiencia legal.

Carlos Cossio en amplio estudio sobre el punto ha puesto a flote los errores de las dos opuestas opiniones, sosteniendo, a su vez que la analogía en la forma como la estudia Bobbio es sólo *analogía lógica*, porque es un modo de razonar, un momento pensante del Derecho, en cuya virtud se llega a establecer o, mejor, a determinar el caso similar al que está en litigio; y en la forma como la estudia Donati es un proceso que se da en la experiencia legal. Sin embargo, la verdad es que, la analogía como un momento pensante, como un modo de razonar es natural al orden jurídico (analogía lógica), en este sentido está en lo cierto Bobbio; pero "lo importante no es la analogía en cuanto proceso cognocente", que interviene en la interpretación de cualquier norma, sino "la analogía en cuanto referencia de contenidos axiológicos positivos y determinados" (71), porque cuando la ley habla de "leyes o disposiciones análogas" no se refiere a la analogía lógica como *razonamiento* para establecer la verdad de la similitud de dos relaciones jurídicas, sino a contenidos axiológicos estructurados por el legislador en el dispositivo similar; luego, pues, la *analogía jurídica* es un juicio de valor que incide sobre la analogía en cuanto *razonamiento*, o procedimiento lógico, en cuya virtud se realiza el tránsito de un caso a otro de los parangonados. En este sentido la analogía debe ser *valuada*, previamente, por el legislador, vale decir por la ley. Fundamentando este criterio dice Carlos Cossio: "... si la ley señala los contenidos analógicos, la ley sólo ha indicado un deber ser determinado por un procedimiento racional, pero la calidad de deber ser no le viene de ser análogo a otra cosa, siempre de la ley, al igual de cuando la ley determina los contenidos de acuerdo a otro procedimiento, por ejemplo, por valuaciones racionales, religiosas, universales, etc." (72).

(71) Carlos Cossio: Obr. cit., p. 125.

(72) Cossio: Obr. cit., p. 129, nota 45, in fine.

En consecuencia, la analogía en cuanto problema lógico se limita a establecer "la verdad de una igualdad": es la *analogía lógica*, y en cuanto problema axiológico, es un juicio estimativo que determina "la justicia de la igualdad": es la *analogía jurídica*. De todo esto se desprende que, la ley puede optar expresamente por la analogía jurídica para llenar una laguna, es decir, por la justicia positiva que lleva inmanente la regla que aprisiona hechos semejantes, como reclama Donati, (caso de nuestro Código del 52, art. IX), o, puede no hacer esa referencia expresa (caso de nuestro actual Código); pero siempre será aplicable la analogía, no porque sea natural al Derecho, en el sentido que lo cree Bobbio, sino porque como dice Geny al respecto: "nosotros sentimos en nuestro fondo íntimo, un deseo de igualdad jurídica, en virtud del cual, las mismas situaciones de hecho deben reclamar iguales sanciones jurídicas" (73). Es que la analogía tiene un fundamento racional, (dar igual trato a las cosas iguales), porque satisface las exigencias de nuestra conciencia racional; pero no es principio lógico, ingrediente constitutivo del Derecho, según el criterio de Bobbio; se ve más claro ahora, que no es, que no puede ser tampoco dato de la experiencia jurídica, como supone Donati. Pero esto no quiere decir que la analogía no puede ser desplazada por un criterio distinto de regulación, porque ello es posible cuando la ley lo determina expresamente estableciendo un principio distinto, un criterio valorativo diverso, dentro de los muchos que pueden venir inminentes en los contenidos de la cultura, o cuando sienta un principio limitativo como en el derecho penal liberal que establece el siguiente: *nullum crimen nulla poena sine lege*. Si como cree Bobbio, la analogía fuera un ingrediente apriori del Derecho, su constitutivo lógico, ningún principio podría reemplazarla ni sustituirla; pero como la analogía jurídica es un juicio estimativo que incide sobre la analogía lógica, esto es, sobre dos casos que se hallan colocados en un mismo plano de regulación, es un problema axiológico, o sea de política del Derecho, que supone una previa toma de posesión al efecto de determinar el contenido de justicia del juicio analógico frente a otros contenidos posibles.

13.—Desde antiguo se ha reconocido dos grados de razonamiento analógico, según sea la categoría del dato jurídico que sirve de base a la analogía, tales son: la *analogía legis* y la *analogía*

(73) Geny: Obr. cit., p. 522 y s.

iuris. Aunque esta distinción carece de valor práctico y tiene muy poco valor doctrinal, según dice Ruggiero citando a Binding (74), conviene precisarla para la mejor inteligencia del método y evitar posibles incertidumbres. La *analogía legis* implica un trabajo de inducción y deducción partiendo de una disposición especial y concreta de la ley o de una "ley particular" como decía Unger (75). Surge cuando para llenar una laguna se toma en cuenta el espíritu de una regla expresa como fuente de suplencia jurídica. Tal ocurriría si comprendiésemos entre las hipótesis del precepto 698 del C. C., previsto para los navegantes que se vieran en trance de otorgar testamento, el caso igual de los viajeros en transporte aéreo, o si aplicásemos la ley de ferrocarriles a la aereonavegación.

La *analogía iuris*, distintamente, trabaja con los principios que informan una materia jurídica, o en caso extremo, con los principios que informan el conjunto del ordenamiento jurídico. Surge cuando se presenta el problema de encontrar solución a un conjunto de relaciones constitutivas de un instituto jurídico, no previsto por la ley. Implica por consiguiente, un esfuerzo de mayor abstracción que el requerido por la analogía legis (76). Nuestro iusprivatista el Dr. León Barandiarán señala el siguiente ejemplo: sobreviniendo un caso de nulidad de contrato ¿cuáles serían las consecuencias para el derecho de tercero, sobre el que nada dice el Código Civil? En tratándose de las partes no hay problema, porque el Código establece lo que ocurre a uno y a otro; pero hay laguna con respecto a los derechos de tercero. El juez tiene entonces que trabajar con el conjunto de los preceptos que regulan la nulidad de los contratos, (por simulación, dolo, fraude, violencia, etc.), para extraer el principio superior que preside los actos contractuales y poner en juego las ideas de "título oneroso", "buena fe", etc., como criterios necesarios para la solución justa del problema (77).

14.—Antes de seguir adelante conviene desvanecer algunos errores en que han incurrido juristas como Zitelman y Brugi, equi-

(74) Ruggiero: Obr. cit., p. 152.

(75) Ver del Vecchio: Los Principios Sociales del Derecho, Traducción y Apéndice de Juan Osorio Morales, Barcelona 1933, p. 12, nota 5.

(76) Véase Geny: Obr. cit., ps. 275 s., 520 s., Nos. 107 y 165. Coviello: Obr. cit., p. 93, y Ruggiero: Obr. cit., p. 152.

(77) J. León Barandiarán: Lecciones de Derecho Civil, 1er. curso, apuntes taquígraficos, p. 89 y s., 1941.

parando, el primero, la *analogía legis*, a la interpretación extensiva de la ley (78) y llamando, el segundo, *analogía iuris* al criterio que permite determinar los principios generales del Derecho (79).

Tratándose de la interpretación extensiva, las diferencias no pueden ser más ostensibles, si se tiene en cuenta lo que hemos dicho acerca de la técnica interpretativa de la ley en la primera parte de este estudio. Según ello, la interpretación extensiva no es sino el resultado de encontrar un carácter extensivo en la *mens legis*, en cuya virtud se extiende el precepto legal a otras hipótesis que se hallan obscurecidas por las inexpresivas palabras del texto. A tal fin el procedimiento interpretativo se vale de elementos y criterios, como el gramatical, el sistemático, el histórico, el comparativo, etc., elementos que nada tienen que ver con el raciocinio inductivo y deductivo de la analogía.

En cuanto al segundo error, debemos precisar que, si bien el fundamento de la analogía es racional, existe, sin embargo, la diferencia de que, en el caso de los principios generales del Derecho falta el elemento de comparación, la "disposición análoga" en que se basa precisamente la analogía. El recurso a los principios generales del Derecho supone la falta de todo apoyo extraído del texto por lo que la *raison raisonnée* obra libremente, extrayendo de sí misma la medida ideal con que ha de llenar el vacío de la ley.

15.—Otro punto que merece nuestra observación es si la solución analógica, cabe o no en la esfera de una ley excepcional o singular. Aunque es sobremana fecundo el resultado del raciocinio analógico, porque permite el desenvolvimiento orgánico del Derecho, no es, sin embargo, aplicable dentro el *derecho singular*, o mejor, cuando se trata de normas de carácter excepcional. Dictadas estas leyes en vista de una *particular utilitas* y, a veces, por razones circunstanciales, la desviación que sufre el derecho normal no aconseja el empleo del argumento por analogía en función de suplencia jurídica. Aceptar el exhaustivo desenvolvimiento de la ley singular, esto es, de su razón excepcional, extrayendo sus últimas consecuencias para aplicar a los casos imprevistos, como ocurre con el derecho normal, implicaría,

(78) Cita de Alvarez Cendín en "Teoría General de las fuentes del Derecho", publicado en la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. N.º 25. Año VII, p. 191.

(79) Roman Ríaza: est. cit. Rev. Id., N.º 27, p. 409.

como dicen eminentes juristas, derogar las normas de derecho común. Ruggiero argumenta que ello "equivaldría a autorizar al intérprete la derogación del derecho general" (80). Coviello dice igualmente: "cuando hay casos que no entran en la norma excepcional, es evidente que están comprendidos en la regla general que existe en la ley misma, explícita o implícitamente. Faltaría, pues, el fin de la analogía, que es el de llenar las lagunas, y se obtendría además el efecto de violar la ley sustituyendo a la regla general existente en ella una norma diversa y contraria cuando se considerasen como casos no contemplados los efectivamente previstos, en razón de no comprenderlos la excepción" (81).

Sin embargo, no es de rigor este criterio cuando el derecho singular tiene una estructuración orgánica relativa a una materia de amplio y pleno sentido, como ocurre con el Derecho mercantil, por ejemplo, cuyas normas, en los casos de vacíos, pueden ser normalmente integradas acudiendo a la analogía o tratamiento por *ad similia* (82).

16.—Cabe hacer especial referencia, aún cuando sea de manera escueta, a la admisión o proscripción de la analogía en el Derecho penal, punto éste incluido en el temario de muchos congresos internacionales y motivo de álgidos debates por los penalistas más eminentes. La cuestión ha provenido con ocasión de la reforma del Código penal ruso y del alemán que admiten la analogía como fuente de soluciones penales (83). Veamos ante todo cómo se ha llegado a estos resultados.

Partiendo de la informe y variable contextura del derecho clásico, sobre todo de la época medioeval, el derecho punitivo ha evolucionado lentamente hasta alcanzar la sólida contextura y los claros perfiles del derecho penal liberal imperante hoy. Conocido es cómo en el derecho penal medioeval, primaron las soluciones particulares del señor feudal o el criterio discrecional del juzgador, como expresión ilimitada de la soberanía real. Así la Ley Carolina, la más antigua que se conoce en materia punitiva, admitía la analogía penal (art. 105) a efecto de juzgar los casos imprevistos. Persistió este criterio hasta muy entrado el

(80) Ruggiero: Obr. cit., p. 58.

(81) Coviello: Obr. cit., p. 94.

(82) Ruggiero: Obr. cit., p. 59.

(83) También el Cód. danés por razones de técnica jurídica (art.) según consideraciones de Jiménez de Asúa.

siglo XVIII.—Pero instaurado el Estado democrático por obra de la Revolución francesa a fines del siglo XVIII, el derecho penal tornose en un sistema de incriminaciones cerradas, precisando, fijando y catalogando los delitos según las ideas propuestas por Brissot Warville y Petrone, precursores del derecho penal liberal (84). Alcanzó, entonces, la norma penal escrita su más alto grado de precisión, pues en adelante nadie podía ser juzgado y penado sino por lo escrito y determinado en la ley. En la base de las legislaciones penales se colocó la máxima de Fierbach: *nullum crimen nulla poena sine lege*, y las constituciones democráticas, a fin de salvaguardar las garantías individuales, consagraron la necesidad previa de la promulgación de la ley como principio ineludible para someter un hombre a proceso. De este modo quedó proscrita la analogía como fuente de soluciones penales.

Con el sólo propósito de no dejar sin referencia siquiera sea breve, un tema de tanta importancia como es la analogía en derecho penal, vamos a ocuparnos de los fundamentos en que se basa la proscripción del criterio analógico de esta rama del Derecho.

Si como hemos dicho, los códigos penales modernos llevan como premisa ineludible la catalogación de los delitos y la determinación de las penas, un hecho humano cualquiera sólo puede ser considerado como delito si está catalogado y sancionado por el texto de la ley. Esta concepción se relaciona directamente con la teoría jurídica del delito que para Jiménez de Asúa y Edmundo Mezger, constituye la piedra angular del derecho punitivo. Según esto, el delito es "Acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" (85). De esta definición se desprende la característica del *tipo* o sea de la *tipicidad* como elemento de significación decisiva en la configuración del hecho antisocial. Si en el hecho que se juzga se dan los caracteres típicos previstos y descritos por la definición legal, como resulta del principio legalista: *nullum crimen sine lege*, es claro que dicho acto se configura como un delito y colo-

(84) José Peco: "La analogía como fuente de la norma penal". Rev. argentina "La Ley", t. 2, p. 54.

(85) Tal la definición que traza Jiménez de Asúa para su futuro Tratado de Derecho Penal y que se adelanta a enunciarla en su estudio "El valor forense de la tipicidad..." Rev. La Ley, t. 15, p. 1208.

ca a su autor en la condición de un delincuente y sujeto a pena determinada. "Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito" (86).

Si pues en la nota de tipicidad reposa el principio legalista, *nullum crimen sine lege*, que sirve de base al derecho penal liberal, podemos concluir ratificando la fórmula de Beling: "no hay delito sin tipicidad" (87). Empero, hace notar Jiménez de Asúa, no tiene el mismo riguroso sentido la fórmula: *nulla poena sine lege*, toda vez que la generalidad de los códigos penales en este punto dejan un amplio margen de discrecionalidad al juez, estableciendo un máximo y un mínimo de duración, en cuyo espacio se mueve el criterio judicial fijando la pena en base al principio de peligrosidad (88).

Se ve claro, entonces, que para el derecho penal no hay más fuente que la ley, en cuya virtud un acto para configurarse como delito debe estar previamente catalogado en su texto. De otro modo no puede ponerse en acción la justicia punitiva, pues habría el peligro de retornar a la arbitrariedad judicial de los tiempos clásicos en que primaba la razón subjetiva del juez y se aplicaba la pena sin fin y sin medida. De aquí que se haya negado al juez por expresa declaración constitucional cualquier discrecionalidad para crear delitos o llenar los espacios dejados en la serie discontinua del articulado penal. Así nuestra Carta Política establece entre las garantías individuales: "*Nadie podrá ser condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia*". (Art. 57 de la Constitución del Estado). Los Estados democráticos se han mostrado irreductibles en el mantenimiento de este principio legalista consagrado como la más alta salvaguardia de las garantías individuales.

Sin embargo, las recientes legislaciones penales de la Unión Soviética y del III Reich, han proclamado la analogía

(86) I. I. Id.

(87) Cita del mismo autor en el indicado trab.

(88) Eusebio Gómez: Tratado de Derecho Penal, p. 121. T. I., 1939. Véase el art. 50 del Código Penal.

como fuente formal del derecho punitivo, aboliendo de este modo, el principio legalista tan celosamente guardado por el derecho penal liberal. En efecto, el artículo 16 del Código Penal ruso de 1936 estatuye: "Si un acto socialmente peligroso, no está previamente previsto en el Código penal, el fundamento y los límites de la responsabilidad se determinan conforme a los artículos del Código que prevén delitos cuya naturaleza se aproxima mayormente". Como puede observarse este precepto sobrepone los intereses de la sociedad a los del individuo, en cuya defensa sacrifica la libertad de éste. Si se ha cometido un hecho "socialmente peligroso", no catalogado en el código, el juez debe determinar la responsabilidad tomando como base los artículos que prevén delitos de naturaleza semejante, lo que en términos precisos significa juzgar por analogía, cuya importancia en el derecho penal sobreestima el penalista Anassof (89).

El nuevo Código penal alemán, en vigencia desde 1935, incorpora igualmente la analogía para llenar las márgenes de su articulado, estableciendo en el § 2º: "es castigado quien comete una acción que la ley declara punible o que merezca pena, según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Si el hecho no encuentra inmediata aplicación en ninguna ley penal determinada, el hecho se castiga según aquella ley cuyo concepto fundamental más se aproxime al hecho". Se ve por este articulado que la concepción alemana amplía el derecho punitivo más allá del *ius scriptum*, indicando como fuente formal el "sano sentimiento del pueblo". Un acto, en consecuencia, puede ser punible por determinación del código o por encontrarlo así la convicción popular, cuyo intérprete es el juez. Acaso esta concepción no sea sino reviviscencia de las ideas sedimentadas por la escuela histórica que concentraba el derecho en general como emanación de la conciencia popular. Empero, obsérvese que la concepción alemana no aprueba el criterio de la analogía sólo en la ley, pues, según el articulado penal que hemos enunciado, la analogía se genera también en el sano sentimiento del pueblo, elevado por el nacional-socialismo alemán a la categoría de fuente de conocimiento del Derecho. No se asemeja esta analogía, dice por eso Mezger,

(89) Véase el magnífico estudio de Marcelo Caetano: "A analogia em direito penal". Revista Forense. Rio de Janeiro.—Julio de 1939, p. 41.

a la *analogía legis* ni a la *analogía iuris* del derecho tradicional, pues cuando el hecho no ha sido calificado por ninguna ley penal, lo es por la voluntad colectiva, en cuyo caso el juez debe aplicar el castigo "según aquella ley cuyo concepto fundamental más se aproxime al hecho".

En suma, las leyes punitivas del nacional-socialismo y de la Rusia soviética disuelven la teoría de la tipicidad y el principio legalista que sirve de base al derecho penal liberal, colocando el acento de calificación de los delitos en la voluntad peligrosa del agente, aún antes de haberse producido los hechos y confirmando al juez amplísimas facultades para sancionar los casos imprevistos por la ley. Desaparece así el principio del delito fijo que previene la arbitrariedad judicial y se instaaura, en cambio, el castigo expiatorio en defensa de la sociedad y del Estado.

El oleaje revolucionario producido por estos derechos autoritarios movió a los penalistas de Europa y América a tratar el punto en varios Congresos internacionales. Así el 4.º Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en París, en julio de 1937, resolviendo la cuestión de la legalidad del delito, votó las siguientes conclusiones: a) El principio de la legalidad de los delitos y las penas, garantía necesaria del derecho individual, supone, por consecuencia, la exclusión del método analógico en la interpretación de las leyes penales; b) Es de desear que las disposiciones de la ley penal que definen las infracciones, estén concebidas en términos suficientemente amplios para facilitar la adaptación de la jurisprudencia a las necesidades sociales; c) La exclusión del método analógico concierne solamente a los textos que encierran las incriminaciones, que determinan las penas o que prevén las causas de agravación de las mismas; d) El principio de legalidad que se opone al método analógico, gobierna las medidas de seguridad al mismo título que las penas (90).

El Congreso Latino Americano de Criminología que se reunió en Buenos Aires en 1938, resolvió el mismo punto sentando las siguientes conclusiones: a) Que el principio de estricta legalidad de los delitos y de las sanciones debe mantenerse en el Derecho positivo como garantía de los derechos individuales, que consagran todos los regímenes democráticos de América. b) Que

(90) Eusebio Gómez: Tratado de Derecho Penal. T. 1.º, 1939, p. 151.

la analogía como fuente creadora de los delitos o de sanciones debe proscribirse, no sólo por contrariar el principio de legalidad, sino también por razones fundamentales de técnica jurídica. Así consta de las Actas, Deliberaciones y Trabajos publicados en 1939. Se ha mantenido de este modo incólumne el principio legalista: *nullum crimen nulla pœna sine lege*. Y entre los teóricos, sólo hay la excepción del profesor uruguayo C. Salvador Campos, quien ha expuesto la teoría del *delito innominado*, donde la función judicial se amplía al punto de crear delitos por analogía (91). Naturalmente nosotros, dado el carácter democrático de nuestra organización estatal y por las razones expuestas en el Congreso de Criminología aludido, rechazamos el uso peligroso de la analogía en el Derecho penal.

Pero ¿esto quiere decir que debe rechazarse la interpretación analógica aún cuando esté autorizada por la ley?. A este respecto cabe distinguir la *analogía*, que es un procedimiento ajeno a la voluntad legislativa, de la *interpretación analógica* que trabaja precisamente en base a esta voluntad. En el plano del derecho liberal no se puede hablar de sanción de una conducta humana por analogía, pero sí de extensión analógica de la ley cuando así lo ha previsto el legislador. Sucede, en efecto, con la generalidad de los códigos de base legalista que, en previsión de que puedan suscitarse situaciones imprevistas, el precepto autoriza la aplicación de la ley para las situaciones análogas. Tal, por ejemplo, el sentido del art. 194 de nuestro Código Penal, cuando establece: "Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de 16 años...". También el del art. 218 que dice: "El que expusiera u ocultare un niño, lo sustituyera por otro, le atribuyera falsas filiaciones o empleare cualquier otro medio para alterar o suprimir su estado de familia...". Igual sentido tienen los artículos siguientes: 219, 224, 225, 243, 253, 263, 280, 346, 349, 350, 353 y muchos otros del mismo código.

Obsérvese que en estos casos no hay propiamente analogía, sino extensión de la autoridad legal a los casos supuestos por la ley. En esto se diferencia de la interpretación extensiva *strictu sensu* que viene como resultado de esclarecer una voluntad obscuramente expresada por el legislador.

(91) Revue International de Droit penal. Año V. N.º 3. Citado por Luis Jiménez de Asúa: est. cit., p. 1267.

CAPITULO VII.

SUMARIO: 17.—Los principios generales del Derecho. Su raíz iusnaturalista en los primeros momentos de la codificación. 18.—Confusiones posteriores acerca de su significado filosófico. Difusión y primacía de la interpretación positivista. 19.—Sustrato filosófico de los principios generales del Derecho en nuestro Código del 52. Sus antecedentes legislativos. 20.—Cómo fueron conceptuados por nuestros comentaristas del Código anterior. El artículo XXIII del Código actual y nuestros iusprivatistas modernos. 21.—Cuál es su significado filosófico actual. Síntesis de las concepciones racionalista e historicista acerca de estos principios generales.

17.—Siguiendo el tramo de la función de suplencia jurídica se llega a la aplicación de los principios generales del Derecho cuando la analogía es insuficiente para subvenir a una laguna de la ley, sea por llegar a un resultado dudoso, sea porque el caso es "completamente nuevo" como decía Portalis (92).

Desde la formulación inicial del Derecho codificado se ha hecho una referencia constante a los principios generales del Derecho como fuente supletoria de las deficiencias legislativas, los mismos que a través de las épocas han recibido distintas interpretaciones jurídicas. El *Code Napoléon* no los consignó en su articulado, pero figuraron inmersos en el subsuelo filosófico de dicha obra, según hemos de ver luego.

¿Cuál fué, pues, el significado primigenio de estos principios generales de máxima importancia en el Derecho positivo?. Como hemos dicho al referirnos al fenómeno de la codificación iniciado en el siglo XIX, las ideas dominantes entonces fueron las del Derecho Natural, cuyos principios considerados como universales e inmutables, estuvieron por encima de toda ley positiva sirviendo de tipo y modelo. De aquí que, en el Proyecto del año VIII se consignara la siguiente fórmula: "*Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas: es la razón natural en tanto que gobierna a todos los pueblos de la tierra*" (93).

Fué, sin embargo, el Código austriaco el que dió una expresa beligerancia a estos principios iusnaturalistas estableciendo en su artículo 7: "*en ausencia de ley y a falta también de disposicio-*

(92) Portalis: Discurso Preliminar...., cita de Geny: Obr. cit., p. 89. N.º 47.

(93) Esta fórmula desapareció en la redacción final del Código Napoleón.

nes análogas, el caso deberá decidirse según los principios del derecho natural teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, cuidadosamente consideradas y pesadas”.

También el Código albertino hizo expresa referencia a estos principios de sentido racional, aunque bajo los términos de “*principios generales del derecho*” (art. 15).

Lo cierto es, pues, que, al iniciarse la era positivista del Derecho, o sea, de la codificación del Derecho, pusieron en juego los principios iusnaturalistas para suplir los silencios o deficiencias del *ius scriptum*. La *naturalis ratio*, como fuente universal e inagotable del Derecho positivo, debía revelar, en defecto de ley, todas las soluciones jurídicas; así “lo justo”, “lo bueno”, “la equidad”, “la igualdad”, etc., como diría Bentham, alucinarían la vigilia del juez, en su afán de colmar las inevitables lagunas legales.

18.—Empero, la evolución alcanzada por la concepción positivista del Derecho, que desembocó en el culto fetichista de la ley, el descrédito en que cayó el iusnaturalismo por los ataques de la Escuela Histórica y el progreso de las ciencias experimentales en el siglo XIX, impusieron la revisión del contenido y alcance de la fórmula “*principios generales del Derecho*”. Si el Derecho es la ley a secas, como decía Liard, porque es la concreción exhaustiva de las verdades absolutas inherentes al espíritu humano, fuera del contenido explícito o implícito del *ius scriptum* no podía haber otra fuente de soluciones jurídicas. Luego, ¿qué significación podía tener la expresión *principios generales del Derecho* si el Derecho se agotaba en la ley?. De aquí los distintos sentidos en que han sido interpretados por los juristas estos principios enunciados por la mayoría de los códigos (94).

Así, por ejemplo, para los juristas de la Escuela histórica como Unger, en Austria, la expresión *principios generales del Derecho* tendría una significación romanista (95). Para E. G. Bekker, de la misma filiación ideológica, dichos principios no podían ser objeto de ciencia sino de creencia, de fe individual, o, en todo caso, sólo serían el resultado de una sedimentación histó-

(94) Véase el interesante estudio de Enrique R. Aftalión sobre este punto en “La Reforma del Código Civil y los Principios Generales del Derecho”, publicado en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, tomo XI, 1940.

(95) Geny relievaba las ventajas de la interpretación histórica del derecho afirmando que el estudio profundo de la historia permite descubrir las fuerzas y necesidades inmanentes a las relaciones de la vida. *Obr. cit.*, p. 432, N.º 143.

rica de los fenómenos sociales (96). Luis Miraglia entiende por tales principios los de la filosofía del Derecho positivo, asignando de este modo a la filosofía el valor de fuente formal del Derecho (97). Sabino Alvarez Cendín se adhiere a la idea de que debe tenerse "en consideración el Derecho común para conocer los principios generales del derecho" (98), y el tratadista argentino Salvat afirma que dichos principios deben buscarse en la Constitución nacional (99).

La doctrina generalmente aceptada es, sin embargo, aquella que considera estos principios como los que sirven de fundamento a la legislación positiva y constituyen sus normas directrices. Tal es el criterio más difundido entre los tratadistas italianos, manifestando Verzi (Manuale del Diritto Civile italiano) que con dichos principios se puede construir una teoría general, vale decir dogmática. De aquí que el artículo 3.º del Código Civil italiano concluya diciendo: "...*Se il caso rimane ancora dubbio si decide secondo i principi generali dell' ordinamento giuridico dello stato*".

Aunque otras legislaciones no hacen referencia expresa al "ordenamiento jurídico del Estado", predomina el criterio de que los *principios generales del Derecho* están en la base de la legislación positiva, inspirando las reglas expresas y formando el pensamiento o espíritu del *ius scriptum*, pronto a cubrir la retirada o brecha de la ley oscura e insuficiente (100).

10.—Nuestro Código Civil del 52 después de estatuir en el artículo VIII del Tit. Prel.: "*Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas*", en el artículo IX del mismo título concedía al juez la siguiente carta en blanco: "*Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, por falta, obscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos resolverán, atendiendo: 1.º al espíritu de*

(96) Geny: Obr. cit., p. 500-501. N.º 160 in fine.

(97) Luis Miraglia: Filosofía del Derecho, sin fecha, Tomo I, p. 341.

(98) Sabino Alvarez Cendín: "Teoría General de las Fuentes del Derecho". Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales, de Abr. a Jun. de 1924, p. 475. Madrid.

(99) P. M. Salvat: Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. 1931 P. A., n. 139, N.º 271.

(100) Coviello siguiendo este criterio afirma: "...tales principios no pueden ser otros que los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse". Ob. cit., p. 95.

la ley; 2.º a otras disposiciones sobre casos análogos; y 3.º a los principios generales del Derecho; sin perjuicio de dirigir por separado las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para nuevos casos que ocurran".

De acuerdo al clima científico y filosófico de la época en que se elaboró este Código, la expresión *principios generales del Derecho* no podía tener sino una significación iusnaturalista, pues habiéndose inspirado nuestros codificadores en el *Código Napoleón*, era lógico que no se apartaran de la misma línea filosófica. Cabe pensar así, de otro lado, observando que en la mentalidad de nuestros juristas y pensadores de entonces ejercieron especial influencia las direcciones del Derecho Natural y del Derecho de gentes, como reflejo de las enseñanzas vertidas en los claustros universitarios, y también como gravitación de los ideales racionalistas (igualdad, fraternidad, etc.) que inspiraron nuestra Revolución Emancipadora (101).

Es posible suponer de otro lado la influencia que haya podido ejercer en nuestros codificadores los códigos austriaco y albertino que, como hemos recordado, determinaron sus fuentes supletorias teniendo en vista los principios del Derecho Natural.

En la línea de los precedentes legislativos de las fuentes supletorias de nuestro Derecho positivo cabe recordar a parte de las indicadas en el Digesto, las del Derecho Canónico (canon 20), que establece que a falta de disposición expresa sobre una materia "se tomará la regla (a no ser que se trate de aplicar penas) de las leyes que se han dado para casos semejantes, de los principios generales del derecho, aplicándolos con equidad canónica, del estilo y práctica de la Curia Romana; y de la común y constante opinión de los doctores" (102).

(101) Véase la definición que da acerca del Derecho, el insigne pensador y jurista Francisco García Calderón en su *Enciclopedia de la Legislación peruana*, donde emite su juicio diciendo: "El sistema de los que admiten el Derecho natural como la fuente del derecho establecido en todos los pueblos, es el único que puede seguirse", porque la verdadera noción del derecho se fundaría en el hecho de considerar al hombre como punto de partida y como fin para alcanzar la felicidad social. El artículo 4.º de nuestra Constitución política de 1823, habla del "pacto social" y de las "leyes fundamentales" como salvaguardia de los "derechos legítimos de todos los individuos".

(102) Aparicio Gómez Sánchez: *Código Civil, concordancias*. Tomo IX, p. 318.

Sobre el punto, Las Partidas hablaban sobre "las razones generales que son usadas" (ley 1a., tít. XXXIII, part. 7), de "ley semejante que se fallase escrito" (regla 36, tít. XXXIV) y de la "costumbre" (ley 6a., tít. II, part. 1a.) (103).

La primera legislación nacional que declaraba nuestro derecho supletorio, (Ley de 20 de diciembre de 1840), establecía para los casos de vacíos y obscuridades, la obligación de elevar los autos a la Corte Suprema (art. 70) para que declarase el derecho apoyándose "en los principios de jurisprudencia, en los principios de derecho común y en la equidad natural" (art. 8.º) (104). Este abigarrado sistema del derecho nacional, en cuanto se refiere a la explicitación de las fuentes supletorias, determinó que nuestros jueces dieran beligerancia a los principios de la jurisprudencia romana, del Derecho canónico, del Derecho de Gentes, de Las Partidas, etc., para establecer los preceptos dudosos y colmar los vacíos de la ley (105).

20.—¿Y cuál es en el concepto de nuestros primeros comentaristas el significado de los *principios generales del Derecho*? Los más cercanos a nosotros como M. Antonio de la Lama y Juan José Calle, formados en el estudio del anterior Código, no nos dan un criterio concordante sobre el punto. El Dr. de la Lama se inclina porque dichos principios "son dictados por la equidad y conforme al sentido común y a la razón de todos los hombres. Son sentencias generales, que compendiosamente abrazan y proponen, clara y brevemente, lo determinado sobre una misma materia por varias legislaciones dispersas, o sobre cosas que tienen un mismo fundamento: cada regla es un epílogo de muchas leyes que tienen una misma razón" (106). Se ve todavía al

(103) Id., p. 318 y s.

(104) Id., p. 319.

(105) Véase por ejemplo cómo el fiscal Dr. Paz Soldán para fundamentar su dictamen acerca de un litigio sobre "Derechos de los agentes fiscales que no están dotados", cita las enseñanzas del autor Paz contenidas en su "Práctica Civil y Eclesiástica", tomo 2.º, preludio 4.e; y al evacuar otro dictamen sobre "Jurisdicción en una causa sobre capellanía laical", se remite a disposiciones del Digesto (ley 7a. tít. 5.º lib. 4.º), de las leyes de Partida (ley 12, tít. 7.º de la 3a.), de la Nueva Recopilación (ley 7a. fit 3.º lib. 4.º), de las Decretales o Derecho Canónico (Cap. 19, tít. 20, lib. 2.º). Ver Alfredo Gastón: "Compilación de las Vistas Fiscales", 1873, ps. 425-26. En otros casos se remite el mismo señor fiscal, a Macaulay, (Historia de Inglaterra), Grotio (Ac Pacis) y a Vatel (Tratado de Derecho de gentes). Léase el dictamen sobre "Indemnizaciones causadas por guerras civiles", en la misma obra citada, p. 225 y s. De citas como éstas de las más variadas fuentes están preñados los primeros pasos de nuestro jurisprudencia.

(106) M. Antonio de la Lama: "Código Civil anotado y concordado", p. 505. Apéndice 9.

Dr. de la Lama influenciado por el criterio del Derecho Natural, cuando hace referencia a la "equidad" y a la "razón de todos los hombres"; y hace, además, una confusa interpretación romanista cuando dice que tales principios son "sentencias generales" y "epílogo de muchas leyes" fundamentadas en una misma razón. En similar sentido, aunque más concretamente precisan otros autores que los *principios generales del Derecho* son los axiomas y máximas jurídicas extraídos de antiguas compilaciones como el Digesto, las Decretales, Partidas, etc. (107).

El Dr. don Juan José Calle parece inclinarse por el criterio de Geny, entendiendo que tales reglas universales deben extraerse de las inspiraciones de la razón y la conciencia y de la *naturalidad de las cosas positivas*, o, en otros términos, generalizando por abstracción las soluciones particulares obtenidas por el juego de los "principios de justicia" y de los hechos, en los cuales se realizarían aquellos principios (108).

Nuestro actual Código con la sobria reglamentación del artículo XXIII del Título Preliminar que establece: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del derecho", sienta una declaración elástica, dejando a la conciencia y saber del juez la determinación del contenido y alcance de estos principios. No deja de ser por esto expresamente legalista como el anterior código, pues impone que "Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes", aunque sin el rigorismo de sus antecedentes, el art. VIII del Cód. del 52, que agregaba la frase "...ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas". Pero en nuestro criterio no se ha despejado la bruma respecto de la significación de *los principios generales del Derecho*. Es por tal motivo palpitante la cuestión de precisar su contenido teniendo en cuenta el estado actual de la ciencia y de la filosofía del Derecho. En nuestro medio no se han ensayado otras interpretaciones que las que hemos recordado y algunas otras de iusprivatistas modernos visiblemente influidos por la orientación sociológica que ha irrumpido hace algún tiempo en la interpretación del Derecho y por la *libre inves-*

(107) Sánchez Román: Obr. cit. T. I, p. 26. T. II, p. 91 y sg.

(108) Juan José Calle: "Código Civil del Perú", Anotado, 1928, p. 14. Véase sobre este punto Geny: Obr. cit. p. 504, N.º 161. Es sugestivo este párrafo del profesor francés: "Todo lo cual quiere decir que hay principios de justicia superiores a la contingencia de los hechos, y que si en los hechos se realizan los principios, en aquellos no puede contenerse la esencia".

tigación científica propugnada por Francisco Geny. Por de pronto conviene hacer notar que ha sido ya desplazada de nuestro clima científico la idea de tener por tales principios las máximas o aforismos jurídicos elaborados por la antigua escolástica y considerados hasta hace poco como postulados de la dogmática jurídica. Las expresiones latinas si bien pueden ser recordadas por la doctrina como diagnósticos necesarios para revelar el espíritu tradicional de una ley o de una institución jurídica, no pueden ser estimados como *principios generales del Derecho* porque estos tienen otra jerarquía y otra significación intelectuales, según hemos de ver más adelante (109). Anotemos antes cómo entienden nuestros juristas modernos los principios del Derecho enunciados por el artículo XXIII del actual Código.

El Dr. Angel Gustavo Cornejo sostiene que dichos principios son, "además de los inspirados por nuestro derecho positivo, los elaborados y acogidos por la ciencia del derecho, o que resultan de los imperativos de la conciencia social, o como dice Cosack, las exigencias de la vida, la llamada naturaleza de las cosas, y para su observancia—agrega—habrán de reunir dos condiciones: 1.º encajar en el sistema de nuestro derecho positivo, y 2.º estar reconocidos en nuestra legislación; o si no fuera así, que se impongan por su misma evidencia o porque los apoye la doctrina más autorizada" (110).

La posición adoptada por el ilustre Dr. Cornejo es ecléctica, pues comprende tanto los principios del derecho romano, inmersos en gran parte de nuestra legislación positiva, cuanto los principios elaborados por la ciencia o emanados de la moral social o, de lo que Mostesquieu y Geny llaman *la naturaleza de las cosas*. Esta concepción pone en juego tanto los elementos intrajurídicos como los extrajurídicos del Derecho, cuando encierra dentro de los llamados "imperativos de la conciencia social", "exigencias de la vida", "naturaleza de las cosas", significaciones del más elástico alcance y variado sentido. Sin llegar a la concepción extrema de los que creen que la "ciencia social" o, mejor, las leyes de la sociología ofrecen elementos ciertos y segu-

(109) Coviello cita la opinión de Porreau, quien entre los pocos juristas, definiendo la validez de los aforismos jurídicos, cuando dice que tienen eficacia obligatoria análoga a la ley, mientras no sean abrogados por disposiciones de una ley vigente. Ver Coviello: Obr. cit., p. 96, nota 2.

(110) A. Gustavo Cornejo: Derecho Civil. T. I. Personas y Actos Jurídicos, 1937, p. 66 y s.

ros para imponerse al criterio judicial, a efecto de regular los casos no previstos, el profesor Cornejo, en su interpretación de los *principios generales del Derecho* no subestima los elementos históricos y las convicciones sociales inmanentes a nuestra realidad jurídica.

El Dr. León Barandiarán entiende que los principios del Derecho forman las ideas supremas del mismo, a las que debe recurrir el juez esclarecida que sea la insuficiencia del criterio analógico. Empero, para el conocimiento de estos principios, según el Dr. León Barandiarán, se debe consultar la oportunidad económica, los usos y exigencias del tráfico comercial, los principios de la buena fé, todas las concepciones morales, políticas económicas dominantes, los principios generales jurídicos, el modo de conducirse de los hombres, etc., a los cuales —dice— trataremos de ajustarnos en cuanto sea posible para ver el carácter de la relación jurídica, los intereses legales y las circunstancias particulares del caso. “En suma —agrega— debemos juzgar conforme a las reglas que el juez dictaría si él fuese el propio legislador”. El punto de vista del iusprivatista Dr. León Barandiarán es también el de Enneccerus y el mismo que ha inspirado la redacción del Código suizo notoriamente influenciado por las ideas de Francisco Geny (111). Consideramos que tal concepción precisa mejor el cuadro de elaboración de los *principios generales del Derecho* dentro de las varias maneras como han sido enfocados dichos principios en nuestro medio (112).

(111) Enneccerus: Obr. cit., p. 219.—Código Civil suizo art. 1.º, 2.º Geny: Obr. cit., p. 481 y s. N.º 156. León Barandiarán: Lecciones de Derecho Civil, 1er. curso apuntes taquigráficos, p. 91, Año 1941.

(112) Fuerza es declarar en este punto que, por no haber tenido a la mano una fuente bibliográfica sobremana valiosa de uno de nuestros pocos iusfilósofos y comparatistas, el Dr. don Juan Bautista de Lavalle, no hemos recogido en el presente trabajo las finas consideraciones que le merece el tema que estamos tratando. Dice el Dr. de Lavalle, refiriéndose a la fórmula empleada por el Art. XXIII del Tit. Prel. del Código Civil: “Mediante ella los codificadores peruanos se alejan francamente del mito de la omnisuficiencia de la ley, de la ley sin lagunas, revisado en forma insuperable por el análisis crítico y el saber del insigne jurista austriaco Eugenio Eherlich y de los franceses Francisco Geny y Eduardo Lambert. El postulado de la deficiencia de la ley es real y legítimo y está de acuerdo con las soluciones dominantes en las doctrinas de la fuentes del derecho. No obstante haberse abandonado la redacción casuística de las leyes, en la época de la técnica legal abstracta, como Reichel, Profesor de la Universidad de Zurich, estimo que por la misma forma demasiado general de las normas, pueden existir siempre lagunas que por no ser menos visibles son menos peligrosas. Pero si la ley presenta lagunas, el derecho no las tiene. Stammler ha dicho con verdad, el espectro de un espacio sin derecho no existe. Ante las inevitables deficiencias de la ley, el código peruano señala directamente a los jueces los principios del derecho; confía las soluciones al

21.—Empero, salvando el criterio adoptado por el Dr. León Barandiarán, cabe observar que el limitado e impreciso alcance asignado por la mayoría de nuestros juristas a los principios enunciados en el artículo XXIII de nuestro Código Civil, no es el que precisamente corresponde a *los principios generales del Derecho* en el estado actual de la ciencia y la filosofía jurídicas. Porque si los indicados principios sólo fueran aquellos criterios cardinales que están en la base de toda legislación, como pretende la interpretación positivista, y aún considerando como tales los extraídos del trasfondo de las convicciones sociales, según alguna interpretación más avanzada, ellos no podrían satisfacer las inagotables exigencias de la vida humana, sobre todo en los casos de aguda deficiencia legal o de “auténtica laguna” de que nos habla Recasens Siches (113). Y, en este álgido trance, ¿de qué medio de regulación echaría manos el juez?. ¿Obraría a manera de un legislador como estatuye el artículo 1.º del Código Civil suizo?. En rigor es ésta la posición del juez, no obstante oponerse motivos de orden constitucional, en razón de la división de poderes (114). Ha sido en este punto en que la actual ciencia jurídica ha superado el sistema rígidamente positivista del derecho tradicional. La requisitoria de Geny contra la dictadura legalista impuesta por los exégetas del Derecho ha tenido esta virtud. El juez quedaría desarmado sino dispusiera, en este grado de su función, de cierta libertad discrecional para elaborar la fórmula que ha de salvar la injusticia de una laguna. Para ello le ofrece un campo insospechado la nueva corriente iusnaturalista, reaparecida en los últimos años como resultado del ansia de encontrar más allá del Derecho positivo y por encima de los hechos mudables y contingentes, una fuente segura que pueda inspirar la regla jurídica aún en los casos más extremos de insuficiencia del ordenamiento jurídico.

saber y al valer, a la cultura y a la personalidad de los jueces; a su vocación y capacidad para expresar el derecho, lo justo y adecuado según el pensamiento jurídico, la naturaleza de las cosas, las necesidades de nuestro tiempo y de nuestra comunidad social. Y estas soluciones serán, en su caso, la más difícil prueba del criterio profesional, de la aptitud, la ciencia y la justicia de los verdaderos jueces”. Ver: “La Renovación del Derecho Peruano y la Función Judicial”. Lima, 1938, p. 11.

(113) Recasens Siches: Obr. cit., p. 219.

(114) El temor de muchos juristas respecto a que en este caso habría usurpación de poderes, no es justificado a nuestro parecer, porque el juez en la coyuntura de resolver una laguna, lo hace por delegación funcionaria que el legislador le confiere por el artículo pertinente.

¿Significa esto una vuelta sencilla y simple al Derecho Natural del siglo XVIII?. El panorama jurídico que se ofrece al juez de hoy ha ganado en experiencia y es de contenido mucho más rico que el que le ofrecía el Derecho Natural dieciochesco con sus arquetipos inmutables y universales. Esta vuelta al iusnaturalismo se ve por ejemplo en Del Vecchio cuando afirma que el respeto debido a la personalidad humana va inmerso en el fin del Derecho y que el espíritu humano es la fuente de las fuentes del mismo (115). Reivindica así el iusfilósofo italiano con entereza sobremanera valiente el valor de la persona humana como fin y centro irradiante de los principios de justicia en cuya realización se empeña el Derecho. Arriba al mismo punto de vista Stammler, cuando afirma que sólo a la razón corresponde la idea de justicia o sea su valoración (116). Empero, conviene esclarecer que esta moderna posición iusnaturalista no es la misma del Derecho natural del siglo XVIII, ni es la posición medioeval que atribuía a la razón un carácter omnisciente, casi divino, con poderes de ordenación perfectas y que confería a los ideales jurídicos validez absoluta, universal e inmutable. En el caso de la posición actual del Derecho si bien es cierto que se asigna a la razón la categoría de valor supremo, no se niega que ella misma participa de las contingencias históricas, es decir, se halla incursa en la movilidad y variabilidad de la vida, sin perder por eso su sentido de universalidad y eternidad. No se trata de la razón abstracta, extrayendo la norma de inspiraciones superhumanas, sino de la razón que, en la valuación de los hechos sociales, tiene en cuenta los valores culturales del medio, los materiales del escenario histórico donde se desenvuelve. De este modo hay que aceptar que la razón sea la fuente de las fuentes del Derecho, o mejor, un valor que postula ideales de justicia de sentido universal y eterno a través de los ideales históricos, de las exigencias sociales, de los quehaceres circunscriptos a una época y a un pueblo determinados. Carlos Cossio, conciliando las posiciones opuestas del racionalismo e historicismo nos explica cómo así la razón "participa, sin moverse, del movimiento de la historia, tal

(115) Del Vecchio: Obr. cit. y también "Los Principios Generales del Derecho", Trad. de Juan Osorio Morales, Barcelona 1933. P. 23 y sg. Ver también, Juan Bautista de Lavalley: Obr. cit. P. 14.

(116) Ver Stammler: Obr. cit. versión castellana y Carlos Cossio: Obr. cit., p. 161 y sig.

como el punto céntrico de una esfera permanece inmóvil en su movimiento de rotación" (117). Cuando la *razón racionante* percibe, entonces, un ideal de justicia y ordena el comportamiento humano de conformidad con ese ideal, no prescinde de la realidad, sino que opera sobre materiales históricos, sobre realidades sociales, sobre hechos humanos, valuándolos de acuerdo a un *deber ser*, a criterios de valor o juicios estimativos que pre-existen en la sociedad cubriendo todos los intersticios del Derecho. Este criterio de regulación es el mismo que guía al legislador en la formulación de la ley. Igualmente el juez, tomando como norte los juicios estimativos de justicia, los valores que apuntan en el Derecho, de sentido universal, pero variables cuando se realizan en el ordenamiento jurídico, elabora la solución que ha de subvenir a llenar una laguna legislativa. Dado un hecho humano imprevisto por la ley, irresoluble aún aplicando los principios implícitos en el Derecho positivo o extraídos del trasfondo de los fenómenos sociales, el juez deberá confrontar el hecho dado con los juicios de valor conforme a la razón y resolver el caso de acuerdo a la regla elaborada en base a dicho criterio estimativo ideal. Pero debe entenderse que dicho criterio estimativo debe corresponder al valor justicia de existencia específica en el mundo de lo jurídico, porque de otro modo camináramos errabundos en el ámbito incommensurable de valores muy diversos (morales, religiosos, raciales, etc.) inmersos en la inmensidad de la cultura, "y donde el Derecho, como dice Carlos Cossio, en sus términos metafísicos, flota como un pedazo de madera en las aguas de un caudaloso río" (118).

En consecuencia, debemos, pues, comprender bajo los términos *principios generales del Derecho*, en última instancia, esos juicios estimativos o criterios de valor que son expresión de justicia, y cuya existencia presupone todo ordenamiento jurídico. Como se ve, no son principios lógicos o estructuras intelectuales descubiertos por la Gnoseología jurídica con los cuales se ha querido confundir, ni tampoco aquellos principios del Derecho común considerado en sus instituciones más generales, como postula la interpretación positivista, sino principios de comportamiento, de conducta, juicios estimativos, en cuya virtud se consideran preferibles unos hechos o ciertos comportamientos. res-

(117) Carlos Cossio: Obr. cit., p. 163.

(118) Carlos Cossio: Obr. cit., p. 159.

pecto de otros hechos u otros comportamientos en el inmenso campo de posibilidades de conducta social (119).

Podría, acaso, argüirse que la norma elaborada por el juez en base a los criterios ideales de justicia, no puede ser retrotraída para regular un caso producido con anterioridad a la explicitación de dicha norma; pero ello se desvanece si se considera de acuerdo a lo que llevamos dicho, que lo preceptuado por el juez es vigente o positiva porque es un valor preexistente en el ordenamiento y por lo mismo con fuerza para imponerse a todas las situaciones jurídicas que se produzcan (120).

Algunos juristas americanos como Wendel Holmes y Roscoe Pound, expresan sus temores de que dejando a las convicciones de cada juez la obra de fijar el Derecho, en la forma que el iusnaturalismo moderno pretende, se llegaría al resultado funesto de hacer del Derecho una cosa personal y subjetiva, despertando el deseo innato en el hombre de considerar sus convicciones o juicios como los últimos y absolutos (121). Este peligro que también prevenía Geny (122) suponiendo que iría contra la certidumbre del derecho y la seguridad social, en el caso de la *libre investigación científica*, no tiene fundamento valedero, porque cuando el juez recurre a la *estimativa jurídica* a efecto de colmar los vacíos legislativos, no queda abandonado a sus apreciaciones subjetivas, sino que lo hace dentro de los límites prefijados por las circunstancias históricas y los elementos culturales que condicionan y precisan toda regulación jurídica.

La justicia racional y los valores hacia los que apunta el derecho se realizan pues, en las necesidades concretas de cada momento, en la organización social; luego sus resultados en la fijación del Derecho, no pueden ser otros que los de la educación de los ideales de justicia dentro de la unidad orgánica de nuestro ser histórico. En suma, las apreciaciones subjetivas del juez deben traducir los elementos objetivos del medio en que nace y ser, por ende, la expresión de la realidad social.

(119) Recasens Siches: Obr. cit., p. 272.

(120) Ver Aftalión: trab. cit. y del Vecchio: "Riforma del Código Civile e Principi Generali di Diritto", 1938, quienes consideran que los principios generales del Derecho son juicios estimativos idealmente vigentes.

(121) Ver John Dickinson: "El problema del caso no previsto" en Rev. jurídica argentina "La Ley", 1936, T. IV, sec. doct., p. 41.

(122) Geny: Obr. cit., p. 192, N.º 86.

CONCLUSIONES

A esta altura de nuestro estudio, fuerza es que establezcamos nuestras conclusiones. Ellas nos permitirán estimar en una visión de conjunto el tema de suyo complejo sobre la *Interpretación de la ley y las fuentes supletorias de nuestro Derecho positivo*, materia de la presente tesis. No sería, pues, completa nuestra tarea si no dejásemos explicados en síntesis nuestros conceptos y precisadas las ideas capitales que nos han servido de base. A este fin establecemos los siguientes puntos:

1.—En virtud de la *plenitud hermética del Derecho*, reconocemos el principio de que todos los casos caen dentro del *ordenamiento jurídico* y pueden ser resueltos por éste. Siempre es la totalidad del Derecho o sea el Derecho considerado como un conjunto sistemático, como un *todo normativo*, lo que hace posible la solución de un caso, porque siendo la norma aisladamente considerada sólo la especie de una vasta pluralidad de principios que se consustancian en la totalidad, no puede ella contener todos los elementos de una solución exhaustiva, que sólo pueden encontrarse en el vasto conjunto del orden jurídico (123).

2.—La llamada laguna del Derecho, en consecuencia, no implica la imposibilidad lógica de encontrar solución jurídica a un caso dado por falta de un precepto valedero expreso que lo regule, porque esto es posible según hemos dicho, sino es sólo una *expresión metafórica para designar la injusticia de una solución, cuya causa encuéntrase en la inferioridad del orden jurídico vigente respecto de las necesidades actuales que reclaman un orden jurídico superior*. Una laguna es, pues, en suma, un problema axiológico en cuya virtud se determina la solución justa de un caso imprevisto por el Derecho positivo (124).

3.—Un problema similar se presenta en el caso de oscuridad o ambigüedad de la ley, sobreviniente de error de *apreciación jurídica de los hechos*, de inconsecuencias doctrinarias, contradicciones, errores gramaticales, etc., casos éstos en que la voluntad de la ley aparece imprecisa y rodeada de brumas. Pero ¿en qué medida una ley puede ser considerada oscura?. Indu-

(123) Carlos Cossio: "El sustrato filosófico de los Métodos interpretativos". *Jurisprudencia argentina*. Rev. 1940. Sec. doct., p. 22-42.

(124) Hans Kelsen: *Obr. cit.*, p. 139; Carlos Cossio: *Obr. cit.*, p. 24 y s.

dablemente en la medida en que su aplicación puede arribar a un resultado distinto de la *mens legis* que lleva inherente las imprecisas palabras del texto. Se plantea evidentemente aquí la cuestión de saber cuál es el *sentido recto* de la ley, su cuadro de posibilidades concretas, la finalidad de la ley. He aquí el lugar de la hermenéutica jurídica.

4.—A este propósito es necesario comenzar por definir lo que es la voluntad de la ley, que desde luego no es la voluntad del legislador. Si la voluntad del legislador, como dice Radbruch no es "sino resultado y fin de la interpretación, expresión de la necesidad *a priori* de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico", es posible concluir afirmando con el mismo filósofo que, la voluntad del legislador es aquella "que nunca existió en la voluntad del autor de la ley" (125). Es más bien un principio objetivo entendido como el derecho obligatorio que lleva inherente toda regla jurídica, como síntesis y equilibrio de la voluntad de los diversos órganos estatales que concurrieron a formularla. Tiene vida propia y puede, desde luego, transformarse de acuerdo al sino y a las necesidades de la época en que se aplica. La voluntad de la ley es, pues, un principio activo, que lleva y contiene la idea de una acción (126). Precizando aún más todavía la voluntad de la ley está representada por el cuadro de posibilidades de sentido que enmarca la norma legal, por esas posibilidades de ejecución de que nos habla Kelsen, traducidas con mayor o menor claridad por la fórmula del texto, pero que, en todo caso, se determinan y verifican por la decisión judicial.

La interpretación de la ley, en consecuencia, no es otra cosa que la determinación del sentido de la norma considerada en el momento de su aplicación. En otras palabras, por la interpretación de la ley se esclarece y valúa las condiciones de su aplicación a un hecho concreto de la vida social. Es, pues, un acto predominantemente valorativo y de voluntad.

5.—Desde el punto de vista de quien interpreta el Derecho, consideramos en vigor la clasificación tradicional de la hermenéutica en: *auténtica*, *doctrinal* y *judicial*, según que la ejerza

(125) Ver el desarrollo de este punto en el estudio de Alberto M. Justo, sobre "La actitud del juez frente a la transformación del derecho". Rev. "La Ley", t. 9, sec. doct., p. 41.

(126) Carvalho de Brito: Obr. cit., p. 60.

el propio legislador, el jurista o el juez, con la única particularidad de que la interpretación auténtica se impone como la misma ley, *erga omnes*, y tiene efecto retroactivo para todos los casos pendientes o por suscitarse, excepto para los que constituyan cosa juzgada o hayan terminado por transacción.

6.—En cuanto a los medios interpretativos sentamos previamente la idea de que ellos deben ser aplicados en su conexión íntima. La *interpretación gramatical*, en cuanto tiende a precisar el significado idóneo de las palabras; la *interpretación teleológica*, que lleva como *desideratum* los siguientes elementos: a) *el elemento racional* o sea la determinación de la *ratio legis*; b) *el elemento sistemático*, considerando el conjunto del ordenamiento jurídico; c) *el elemento histórico*, hasta donde pueda contribuir a la fijación de la *mens legis*; d) *el elemento comparativo* o sea el estudio de la legislación extranjera, sobre todo cuando ésta ha servido de modelo a la Ley nacional; e) *el elemento jurisprudencial* o sea el estudio de la jurisprudencia nacional y extranjera, en cuanto las sentencias que la fundan recogen las experiencias acumuladas y señalan una dirección al intérprete, con mayor razón si proceden del más alto tribunal y son constantes y repetidas sobre un mismo punto de derecho; f) *el elemento doctrinal*, cuyas sugerencias científicas ofrecen igualmente puntos de apoyo valiosísimos a la función interpretativa del Derecho.

7.—La técnica interpretativa de la ley, tal cual ha sido expuesta, puede ser clasificada también atendiendo a sus resultados en: a) *interpretación declarativa*, si no hay discordancia entre la fórmula del texto y el pensamiento contenido en ella; b) *interpretación extensiva*, si el pensamiento legal tiene un alcance mayor que el que ofrece las palabras de la ley, entendiéndose que, en el caso del *ius singulare*, cabe arribar a igual resultado, aún cuando sólo sea dentro de la particular *utilitas* que anima la ley. Tratándose del derecho punitivo, cabe aplicar la máxima *favorabilis sunt amplianda. Odiosa sunt restringenda* sólo cuando es difícil determinar o existe duda sobre cual es el sentido legislativo de la norma, y no cuando se ha descubierto voluntad extensiva en la ley; c) *Interpretación restrictiva*, cuando las palabras textuales revelan aparentemente un alcance mayor que el pensamiento que fundamenta la ley, en cuyo caso deberá restringirse la significación verbal a sus justos límites, de acuerdo

al espíritu latente en el verbo legislativo; d) interpretación a contrario sensu, caso éste en que la misma norma hace presumir una solución contraria, por exclusión negativa de los casos no comprendidos en ella; e) Pero de un modo general la interpretación debe ser progresiva en razón de que el derecho viene condicionado por elementos sociales de heterogénea formación y sujetos a un incesante devenir. Las leyes se dan necesariamente con vistas a regular los hechos sociales en marcha, las necesidades sociales que varían, por lo que la ley que, a su vez, reclama su puesto en el movimiento de la historia, debe llenar, decimos más, tiene que llenar su misión de acuerdo al sino de la hora en que se aplica y conforme a las exigencias del estado social que rige (127). Tal el fundamento de la interpretación progresiva del Derecho.

8.—Los aparentes conflictos de leyes que se suscitan cuando varias leyes o varias disposiciones de una misma ley comprenden un mismo hecho se resuelven aplicando los siguientes principios elaborados por la hermenéutica: a) Principio de acumulación, en cuya virtud las leyes en aparente concurrencia son de ejecución simultánea, esto es, son acumulativamente aplicables; b) Principio de alteridad, aplicable cuando la ejecución de una de las leyes en concurrencia priva el derecho de aplicar la otra. c) Principio lógico de especialidad, en cuya virtud prevalece la ley especial sobre la general, siempre que ella reúna todas las condiciones de la ley general, además de otras circunstancias calificativas que la otorgan precisamente ese carácter de especialidad. d) Principio de conciliación histórica, aplicable cuando las leyes que provienen de épocas diversas, no resultan derogadas la una por la otra, ni son solubles por el criterio lógico de especialidad. Prevalece, entonces, la ley que representa el más alto grado de evolución jurídica (Enneccerus), porque implicaría un absurdo jurídico aplicar la ley rezagada aún cuando fuera de fecha posterior. e) Interpretatio abrogans, que viene como resultado de la exclusión recíproca de dos leyes de igual categoría jurídica, en virtud de circunstancias intrínsecas a las mismas leyes, siendo por ello imposible la prevalencia de ninguna de ellas. Es claro que si una de las leyes tiene el carácter de accesoria prevalece la ley principal.

(127) Léase el trabajo de Alberto P. Justo, ya citado.

9.—En cuanto concierne a las fuentes supletorias de nuestro Derecho, ocupa, a nuestra manera de ver, el primer puesto *la solución por analogía*, aun cuando no viene aludida por el art. XXIII de nuestro Código Civil. Ampliando un tanto las consideraciones de nuestros iusprivatistas A. Gustavo Cornejo y J. León Barandiarán (128) que subentienden la analogía dentro de la fórmula empleada por el art. XXIII del Tit. Prel. del C. C., nosotros entendemos que dicha fuente viene supuesta en nuestro ordenamiento jurídico, integra nuestra actitud científica, sin que ningún motivo particular, ni principio de otro orden haya en nuestro Derecho que se oponga a su aplicación como elemento de suplencia jurídica.

La analogía es, pues, un procedimiento en cuya virtud es posible la solución de un caso imprevisto por la ley, trabajando con el espíritu de ésta, a base de una semejanza fundamental entre el caso dado y el que la ley ha considerado en su texto; o, en los casos más amplios, induciendo la regla de los principios establecidos por el ordenamiento jurídico tomado en su conjunto.

Según esta definición, la analogía lleva anejas las siguientes ideas: a) un caso imprevisto por la ley, b) otro previsto por ésta, semejante al que se trata de hallarle una solución, c) inducción del principio o de la *verdad de razón* que preside el dispositivo legal o el conjunto de los institutos regulados por la ley, y, finalmente, d) deducción de la especie normativa o regla, partiendo de aquella razón a fin de aplicarla al caso nuevo.

Véase, entonces, que el procedimiento analógico es la formulación típica de dos procedimientos correlativos: la inducción y la deducción, y uno tercero, o sea el de conexión del caso dado con la regla elaborada deductivamente partiendo de la razón legal. Se expresa corrientemente este modo de integración jurídica con la proposición siguiente: donde existe la misma razón existe el mismo derecho. (*Ubi eadem ratio, ea dem iuris dispositio*).

10.—En absoluta discordancia con la posición tradicional que entendía la analogía como técnica interpretativa, por considerarla vinculada irremediabilmente a la voluntad real o supuesta del legislador, nosotros la ubicamos como problema intermedio entre la interpretación *sensu strictu* y la creación del

(128) Cornejo: Obr. cit., p. 65 y sig. León Barandiarán: Obr. cit., p. 89 y s.

derecho. Y nos fundamentamos para ello en que, apoyándose en el espíritu de la ley o en la *ratio iuris* del conjunto de la legislación, la analogía no se separa del todo del *ius scriptum*; pero que, al inducir una regla nueva, cotejando los casos particulares y basándose en las consecuencias derivadas de la *ratio legis* o de la *ratio iuris*, para resolver un caso nuevo, se aleja del texto y realiza una obra de investigación. He aquí por qué no estamos con Bobbio a pesar de las sutiles razones que esgrime para afirmar que la analogía es interpretación "en el sentido más genuino de la palabra".

II.—De otro lado la analogía presenta dos problemas correlativos, cuales son: el *lógico* y el *axiológico*. Norberto Bobbio ha tratado el primer punto con sobradas razones, concluyendo que la analogía es un ingrediente natural y racional del Derecho, y, por consiguiente, lógicamente necesaria para subvenir a las deficiencias legales. Salvo esta última afirmación, Bobbio está en lo cierto, porque efectivamente, en cuanto operación lógica, la analogía es racional al Derecho, en cuya virtud se establece "la verdad de la igualdad" respecto de los términos correlacionados, (el caso A es sustancialmente igual al caso B); pero en cuanto se pasa a estimar el resultado de este análisis lógico, atribuyéndole un contenido de justicia, deja de ser un problema lógico para tornarse problema axiológico o de política jurídica. Sucede en efecto, que, establecida la consecuencia de que el caso particular dado es "análogo" al considerado en la ley, sobreviene la necesidad de considerar ambos casos en un mismo plano de regulación jurídica, esto es, dar igual trato a dos casos sustancialmente iguales. Este criterio es un juicio de valor o estimativo, no un juicio lógico, en cuya virtud consideramos como justa la subsunción de dos casos análogos bajo un mismo principio jurídico. Sin embargo, el legislador en este mismo trance puede optar por otra forma de regulación distinta a la analogía, siguiendo las direcciones de las valoraciones ambientales, de la política jurídica de su época o el clima filosófico de su tiempo (129). Todo lo cual nos indica que la analogía jurídica-

(129) Carlos Cossio considerando inobjetable la explicación de la analogía en el código, dice: "...ningún contrasentido jurídico habría en que un código estatuyera que, en caso de silencio o insuficiencia de ley, el juez resolviera de acuerdo a los principios del Evangelio o a los principios generales del Derecho, sin atenerse a lo que dicen las leyes análogas". Obr. cit., p. 127, nota 45, in medio.

mente considerada no es un principio *apriori* del Derecho, sino un método que señala contenidos axiológicos y que viene siempre determinada por la ley, no en el sentido que Donati afirma, como autorización legislativa necesaria para que ella pueda ser aplicada por el intérprete, sino como juicio de valor, como criterio indicativo de la "justicia de la igualdad", frente a otros contenidos posibles.

12.—Consideramos superfluo insistir sobre los dos grados de analogía jurídica: la *analogía legis* y la *analogía iuris*, conocidas ambas desde antiguo. Tampoco es necesario repetir sobre la diferencia relevante entre la analogía y la interpretación *strictu sensu*. Todo esto es claro para la dogmática. Pero sí conviene enjuiciar la improcedencia de la analogía tratándose del *ius singulare*, porque apareciendo a primera vista el procedimiento analógico como un medio natural de desenvolvimiento jurídico, acaso podría considerársele procedente dentro de la ley singular o excepcional. Pero, por la circunstancia misma de ser ésta una excepción a la ley normal, o mejor dicho, por representar un desvío del derecho normal o común, sería un absurdo jurídico pretender subvenir por analogía las lagunas del derecho singular o ley excepcional, cuando es lógico que, dichos vacíos, en todo caso, pueden ser colmados por los principios del derecho común. Bien argumentan por eso Ruggiero, Coviello y otros de que tal cosa significaría autorizar al intérprete la derogación o violación del *ius general*.

Sin embargo, tratándose de las leyes especiales de contextura amplia y orgánica como el Derecho mercantil por ejemplo, que no violentan la ley general, sino más bien la complementan legislando sobre materias especiales por su naturaleza, bien se puede cubrir sus intersticios legales acudiendo al juicio analógico.

13.—No debe escapar también a nuestras conclusiones el tan debatido problema de la admisión o proscripción de la analogía en Derecho penal. Abolida la analogía por el principio legalista: *nullum crimen nulla poena sine lege*, ha vuelto a beligerar en el Código Penal ruso de 1916 (art. 16) y en el alemán de 1935 (art. 2) fundamentada en la idea de que el derecho no es sólo la ley, sino también lo que hay más allá de ella, en forma viva y dinámica, expresándose por "el sano sentimiento del pueblo"; luego pues, la ley no puede agotar el elenco de los hechos

antisociales, ni puede atrapar en su origen, lo que puede ser un hecho dirigido contra el orden jurídico-político; es por eso ineludible la admisión de la analogía en el derecho penal, a fin de que no quede un espacio libre entre un articulado y otro del código.

Se explica esta tendencia fijándose en que los Estados totalitarios conciben su legislación positiva como destinada a defender la sociedad o el Estado antes que nada; en tanto los países democráticos configuran su derecho punitivo con miras a salvaguardar las garantías individuales poniendo límite a cualquiera arbitrariedad del Estado.

No podemos aceptar la ruta seguida por las legislaciones penales de los países totalitarios, porque ello significaría reinstaurar el libre arbitrio judicial que imperó en el derecho fluctuante y abigarrado anterior a la Revolución francesa. Reconocemos, en cambio, como incommovibles los principios del Derecho penal liberal: el principio legalista de Fuerbach (*nullum crimen sine lege*) y el de la *tipicidad objetiva*, en cuya virtud sólo puede constituir delito el acto que reúna los caracteres descritos por la norma penal, pues ambos principios garantizan los derechos ciudadanos y precaven contra el poder omnímodo del Estado.

En base a estas consideraciones las Constituciones liberales consignan artículos terminantes que previenen los posibles excesos del acto jurisdiccional (art. 57 de nuestra Constitución); aunque respecto de la pena los códigos penales sólo establecen un máximum y un mínimum de duración, en base al principio de peligrosidad, lo que ha hecho decir a Bataglini, erróneamente por cierto, que esto es una ventana abierta al Derecho Natural (130).

Si no aceptamos, pues, la analogía en el derecho penal, no discutimos, en cambio, la *interpretación analógica* cuando la propia ley autoriza a completar sus preceptos, empleando los términos: "u otros casos análogos", "...valiéndose de cualquier medio", etc., etc., casos todos en que la ley viene determinada por una voluntad extensiva, en razón de la dificultad de aprisionar en el articulado penal hechos punibles de la más heterogénea formación.

(130) Eusebio Gómez: Tratado de Derecho Penal, T. I. 1939, p. 121.

Aceptamos también en el derecho punitivo la interpretación progresiva, habiendo en cuenta los avances de la ciencia, la evolución política, las circunstancias cambiantes del hecho social y el espíritu de los nuevos tiempos. Este modo de aplicación legal no significa una "analogía larvada" como indica Anossof, ni la prohibición de la analogía en la ley penal puede importar la prohibición de la interpretación progresiva, como afirma Massari (131); pues es clarísimo que sancionar una conducta e imponer una pena ahí donde la ley calla (analogía) no es lo mismo que determinar el contenido actual de una ley atendiendo al signo de su finalidad social (interpretación progresiva) (132).

14.—En tratándose de los *principios generales del Derecho* enunciados en el artículo XXIII del Tit. Prel. de nuestro Código Civil, no nos mostramos conformes con las significaciones asignadas a esta expresión por la mayoría de nuestros iusprivatistas, por limitadas e imprecisas en su alcance. Del Vecchio en su interesante estudio sobre este punto ha desahuciado el sentido positivista y el romanista impresos por el derecho tradicional y ha desvanecido el criterio absurdo que ha pretendido confundir con los principios lógicos o de "sana moral" que serían reconocidos dentro del ámbito del Derecho. (133). No pueden ser tampoco los principios que emanan de la naturaleza de las cosas, del trasfondo de los fenómenos sociales, del tráfico comercial, de las ideas morales, etc. como han querido entender algunos juristas interpretando las fecundas reflexiones de Geny sobre el punto (134). Relievamos, en cambio, la significación asignada por la filosofía actual, cuando afirma que, por encima del Derecho positivo, formando un todo transempírico, están los *ideales de justicia* enmarcando la vida jurídica en su totalidad. "Si borrásemos la alusión de un ideal de justicia—dice Recasens Siches— el concepto del derecho positivo resultaría irrealizable, sin una referencia intencional a un principio de justicia, no podría existir el

(131) José Peco: estudio citado, p. 54 y sg.

(132) Véase el interesante trabajo de Sebastián Soler sobre "Interpretación de la ley penal" en el "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales". Córdoba, 1937, p. 49 y sg.

(133) Del Vecchio: Los Principios Generales del Derecho, Traducción y Apéndice por Juan Osorio Morales. Librería Bosch. Barcelona, 1933.—P. 7 y sg. Enrique R. Aftalión: La Reforma del Código Civil y los Principios Generales del Derecho: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata. Tomo XI. Año 1940, p. 2911.

(134) Véase Recasens Siches: Obr. cit., p. 223.

derecho positivo" (135). Esto es evidente sobre todo, cuando consideramos que en el Derecho beligerá un complejo de valores de mayor o menor generalidad, sirviendo de norte y guía al comportamiento social. Entre esos valores prepondera el valor justicia como la meta ideal que se propone realizar el Derecho, aún cuando no lo consiga en el hecho. De manera pues que, cuando el juez se halla en trance de subvenir una laguna, para la cual han sido insuficientes aún los principios *prima facie* del Derecho positivo, inclusive los extraídos del trasfondo de las convicciones sociales, del tráfico comercial, de las valoraciones propias del ordenamiento jurídico, etc., tiene que acudir a un juicio de estimativa ideal, a un principio de justicia de acuerdo con la razón, porque es la razón la única fuente irreductible que no ha podido ser excluida por ninguna concepción escéptica del Derecho. Pero cuando hablamos de esos criterios ideales no nos referimos a los valores absolutos, rígidos, inmutables y universales del Derecho Natural del siglo XVIII, sino a aquellos juicios valorativos de justicia que vienen condicionados por la historia, como resultado de las circunstancias reales de la vida, de las necesidades concretas de cada pueblo, en suma, como expresión de la conciencia social que aflora en una época y lugar determinados. Sin embargo, debemos afirmar, siguiendo a Del Vecchio y a Cossio, que el sentido de la razón, en cuanto fuente de las fuentes del Derecho, es universal y eterno aunque al subvenir a una laguna del Derecho positivo, necesariamente ha de tomar en cuenta el carácter variable de la historia, la mudanza constante de la existencia humana, transmutándose también él mismo, es decir la razón, pero cumpliendo siempre el signo de su inagotable y universal sentido (136). He aquí el significado auténtico de los *principios generales* enunciados en el artículo XXIII del título preliminar de nuestro Código Civil.

PEDRO H. GUILLÉN.

(135) Recasens Siches: Obr. cit., p. 271.

(136) Recasens Siches: Obr. cit. p. 295. Miraglia dice: "...en el derecho positivo se encuentran elementos ideales, como en el derecho racional se encuentran elementos históricos" Obr. cit., p. 335.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Francisco Geny:** Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo. Madrid, 1902.
- Carlos Cossio:** La Plenitud del Orden Jurídico y la Interpretación judicial de la ley. Buenos Aires. Ed. Losada S. A., 1939.
- Recasens Siches:** Vida Humana, Sociedad y Derecho. México. Primera Edición. 1939.
- Hans Kelsen:** La Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires. Ed. Losada S. A., 1941.
- Carlos Cossio:** El sustrato filosófico de los Métodos Interpretativos. Revista "La Ley", 1940. Sec. doct., p. 22-42.
- Wilhelm Sauer:** Filosofía Jurídica y Social. Trad. de Luis Lagaz Lacambra. Ed. Labor S. A. 1933.
- Giorgio del Vecchio:** Filosofía del Derecho. 2a. Ed. T. II (versión castellana).
- Giorgio del Vecchio:** Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho. Madrid, 1908.
- Giorgio del Vecchio:** Los Principios Generales del Derecho. Traducción y Apéndice de Juan Osorio Morales. Barcelona. 1933.
- Giorgio del Vecchio:** Reforma del Código Civil e principi generali di diritto. Roma, 1938.
- Antonio Ramos Carvalho de Britto:** Sistema de Hermenéutica Jurídica (Lógica de Interpretacao). Río de Janeiro. 1927.
- R. Stammler:** Tratado de Filosofía del Derecho, libro III, 2a. ed., versión castellana. Madrid. 1930.
- Enneccerus — Nipperdey:** Derecho Civil. Parte General. Vol. I Tomo I. Barcelona. 1934.
- Nicolás Coviello:** Doctrina General del Derecho Civil. Traducción de Felipe Tena. Méjico. 1938.
- Roberto Di Ruggiero:** Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la 4a. ed. italiana. Madrid. 1929.
- Felipe Sánchez Román:** Estudios de Derecho Civil. 1899. Tomo I y Tomo II.
- Humberto Borja García:** La Obra de la Jurisprudencia Peruana y el Código Civil. 1928.

- Julio Ayasta Gonzales:** Fuentes de Derecho Privado y Público. 1941.
- J. León Barandiarán:** Lecciones de Derecho Civil. 1er. Curso (Apuntes taquigráficos). Año 1941.
- Juan Baustista de Lavalle:** Filosofía del Derecho y Docencia Jurídica. —Lima, 1939.
- Alfredo Gastón:** Compilación de Vistas Fiscales en Materia Judicial y Administrativa (de Paz Soldán y Ureta).
- John Dickinson:** El problema del caso no previsto. Rev. Jurídica argentina "La Ley". 1936. Tomo IV, sec. doc., p. 32.
- Enrique R. Aftalión:** La Reforma del Código Civil y los Principios Generales del Derecho. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata. Tomo XI. Año 1940.
- Alberto M. Justo:** La actitud del juez frente a la transformación del Derecho. Rev. Jurídica argentina "La Ley". Tomo IX. 1938.
- Henri Capitant:** Los trabajos preparatorios y la interpretación de las Leyes. Rev. jurídica argentina "La Ley". Tomo IV. 1936.
- Luis Jiménez de Asúa:** El Valor forense de la tipicidad y la interpretación de la ley. Rev. juríd. arg. "La Ley". Tomo XV, p. 1208.
- Valentín Silva M.:** Las llamadas lagunas de la ley. Rev. General de Legislación y Jurisprudencia. Marzo de 1931. No. 3.
- Kocourek Albert:** La libre investigación en Estados Unidos. Rev. juríd. arg. "La Ley". Tomo 2. Sec. Doct.
- Luis Miraglia:** Filosofía del Derecho. Tomo I.
- Eugenio Huber:** El Derecho y su realización. Tomo II.
- R. Álvarez Cendín:** Teoría General de las Fuentes del Derecho. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Organo de la Universidad de Madrid. Nos. de abril a diciembre de 1924.
- Raimundo M. Salvat:** Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. 5a. ed. 1931.
- José Peco:** La Analogía como fuente de la norma penal. Rev. juríd. arg. "La Ley". Tomo II. 1936. Sec. Doct.
- Marcelo Caetano:** A analogia em direito penal. Rev. Forense. Río de Janeiro. Julio de 1939. p. 41.
- Román Riasa:** La doctrina de Francisco Suárez y la interpretación de la ley. Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales. Organo de la Universidad de Madrid. No. 27. Año VII. 1924.
- Sebastián Soler:** Interpretación de la ley penal. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales. Año I, Córdoba, 1937.

C. A. Lucio Bittencourt: A Interpretação como Parte Integrante de Processo Legislativo. Revista Forense. Rio de Janeiro. Abril de 1943. No. 9.

Eusebio Gómez: Tratado de Derecho Penal. T. 1.º, 1939.

Juan José Calle: Código Civil del Perú. Anotado. 1928.

M. Antonio de La Lama: Código Civil anotado y concordado. 1920.

Angel Gustavo Cornejo: Código Civil, Tomo 1.º. Derecho de Personas y Actos Jurídicos. 1937.