

01324



Introducción al Derecho II: Teoría de la Argumentación Jurídica
Profesor Álvaro Fuentealba Hernández
Segundo Semestre

UNIDAD II: La Justificación de las Premisas Normativas en la Legislación. La Justificación de la Norma en situaciones de Interpretación de la Ley

Bibliografía específica:

1. Figueroa, María Angélica. "La Codificación Civil Chilena y la Estructuración de un Sistema Jurídico Legalista".
2. Figueroa, María Angélica. "Algunos Antecedentes Históricos sobre los Principios de Inexcusabilidad y Legalidad". Revista de Estudios Histórico Jurídicos. UCV. Publicaciones de la Escuela de Derecho. Valparaíso, 1996.
3. Materiales de Lectura. Interpretación de la Ley. Cood y Fabres, Barros Errázuriz, Claro Solar, Ducci Claro, Bello, von Savigny.
4. Guzmán Brito, Alejandro. "La historia dogmática de las Normas sobre Interpretación Recibidas por el Código Civil de Chile", en Materiales de Lectura: Interpretación de la Ley.
5. Guzmán Brito, Alejandro. Las Reglas del "Código Civil" de Chile sobre Interpretación de las Leyes". Lexis Nexis. Santiago, 2007.
6. Squella Narducci, Agustín. "Justificar Decisiones Jurídicas y Justificar Decisiones Judiciales". Seminario La Justificación de las decisiones judiciales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile. Valdivia, 2005.

LA CODIFICACION CIVIL CHILENA Y LA ESTRUCTURACION DE UN SISTEMA JURIDICO LEGALISTA

María Angélica Figueroa Quinteros

Universidad de Chile

I. INTRODUCCION Y PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

Con la dictación del Código Civil el año 1855, se introduce en Chile un cambio fundamental respecto del ordenamiento jurídico vigente en ese momento. Como sabemos, el Código en sus artículos 2 y 3 prácticamente negó valor a la costumbre y a la jurisprudencia como formas de creación del Derecho. El artículo 5 de este mismo cuerpo legal, reforzando la importancia de la ley dirá que en los casos de vacíos legales o de problemas de interpretación o de aplicación de las leyes, es deber de los tribunales superiores dar cuenta de ellos al Ejecutivo en tanto que, a través de los artículos 19 a 24, se introduce un sistema reglado para la interpretación de la ley.

Estas normas del título preliminar son, a la fecha de su promulgación, de capital importancia en la estructuración del ordenamiento jurídico chileno, pero adquirirán una importancia todavía mayor cuando dictados los códigos restantes, sus normas asuman el carácter de ley común o supletoria de las leyes especiales, e incluso por las definiciones contenidas en su texto, juegue un papel complementario respecto de conceptos constitucionales.

Las normas legales que dentro de un ordenamiento jurídico concreto determinan el valor correlativo de las fuentes del Derecho —ley, costumbre, jurisprudencia judicial o doctrinal— establecen las reglas básicas de funcionamiento de todo el ordenamiento jurídico, incluidas las atribuciones que dentro de dicho ordenamiento caben al juez y en último término fijan el concepto mismo de derecho válido dentro del sistema. Si, como es el caso de las disposiciones del título preliminar del Código Civil chileno, las normas sobre fuentes del Derecho otorgan una abierta primacía a la ley, es necesario precisar, dentro del contexto de las leyes procesales y orgánicas de tribunales, el exacto ámbito de su aplicación para entender en qué grado nos encontramos frente a un ordenamiento más o menos legalista.

Fijada la importancia de la dictación del Código Civil en relación al problema de la formulación legalista del Derecho, revisemos la realidad jurídica modificada a partir de 1857. Hasta esa fecha los jueces tenían facultad para dictar sus sentencias fundamentándolas

no solamente en la ley, sino también en la costumbre y en la jurisprudencia de los tribunales superiores. Más aún a falta de ley o de costumbre con fuerza de ley, les estaba permitido fundamentar sus sentencias en principios generales de Derecho o de equidad natural. Esta jurisprudencia creativa de Derecho había producido durante el transcurso de los tres siglos de la dominación española y en la primera mitad del siglo XIX, profundas transformaciones en las leyes castellanas vigentes en América y en Chile, especialmente en lo referente a la ley penal.

Preciso es recordar que la independencia política de Chile no produjo efectos de gran trascendencia sobre el ordenamiento jurídico indiano que regía hasta entonces en la Gobernación chilena. Las transformaciones de las normas jurídicas, a partir de 1818 se refieren, fundamentalmente, al campo del Derecho político, manteniéndose en materia civil, comercial, penal y procesal, las normas indianas, hasta la fecha de promulgación de los respectivos Códigos. Las modificaciones anteriores a ellos son muy parciales y predomina el cambio de tipo formal.

Aunque sea en forma breve, se hace necesario reseñar ciertas características del Derecho Indiano que se mantuvo vigente hasta la codificación a fin de entender las transformaciones operadas en él.

El Derecho Indiano, esto es, la normativa específicamente formulada para regir en América, reguló de preferencia la organización del Estado y de la administración en Indias, la situación de los indígenas y ciertas instituciones muy específicas como son las encomiendas, las mercedes de tierra entre otras, de manera que se pueden calificar sus disposiciones, en su amplia mayoría como pertenecientes al Derecho público. Por esta razón el Derecho Indiano se suplía en todos sus vacíos, que eran muchos y fundamentales, por el Derecho castellano. Es así, que textos legales castellanos como las Siete Partidas, la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla de 1567, las Ordenanzas de Ejército o las Ordenanzas de Bilbao, tuvieron amplia aplicación en América.

Pero la corona castellana no se limitó a trasladar a América únicamente las normas legales vigentes en la península, también lo hizo con la propia concepción del Derecho que le servía de articulación. Este hecho que se demuestra en la evolución histórica de numerosas instituciones en el Nuevo Mundo, queda especialmente de manifiesto en el desarrollo que tuvo en América el recurso de suplicación de la ley injusta, basado en presupuestos doctrinarios de capital importancia para la comprensión de todo el ordenamiento jurídico¹.

¹ V. García Gallo, A. *La ley como fuente del Derecho Indiano en el siglo XVI*. Estudios de Historia del Derecho Indiano, Madrid, 1972, pp. 169-285; Figueroa, M. Angélica: *Notas sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano chilena*, Santiago, 1967, Revista de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile, N° 2.

Como sabemos, el Derecho castellano concebía la ley positiva junto a las otras fuentes del Derecho, como un intento de aproximación a la equidad del Derecho natural. El ordenamiento jurídico admitía la posibilidad de que la ley, formalmente perfecta, careciera de los requisitos intrínsecos necesarios para producir la solución equitativa frente a los casos concretos que estaba llamada a resolver. Esto es, presumía que la ley podía ser injusta.

Como consecuencia, el ordenamiento jurídico no perseguía, como objetivo fundamental, la aplicación estricta de la ley, ni siquiera de las normas de derecho positivo en general, pretendía sí la materialización de una solución equitativa de manera casuística, frente a cada situación real.

La ley, que para ser justa debía contar con requisitos como los de ser clara, posible, apropiada al lugar, al tiempo y a las circunstancias, entre otros que le señalan textos como las Partidas, si ha dejado de cumplir esas condiciones, debe ser readecuada para producir eficientemente sus fines.

Ese papel es el que corresponde, dentro del Derecho Indiano, suplido por el castellano, a quien administra justicia. El arbitrio del juez, regulado por la ley, controlado a través de un sistema de prohibición administrativa, de recursos procesales, de impuncias y recusaciones minuciosamente reglamentadas, lo constituye, incluso, en responsable por el daño causado por sus sentencias, en el empeño de impedir que el arbitrio se convierta en arbitrariedad.

Agreguemos a esta breve descripción del sistema indiano, que este arbitrio judicial, como se comprueba en cada nueva investigación sobre jurisprudencia, se ejerció de manera amplia y produjo modificaciones respecto de las leyes aplicables. Por último es necesario recordar que las sentencias no requerían constancia de citas legales.

Las disposiciones contenidas en el título preliminar del Código Civil, referentes al valor de las fuentes del Derecho, inician el año 1857 la transformación del sistema indiano que acabamos de describir hacia una concepción del Derecho en la cual se tiende a la paulatina identificación de la noción de Derecho con la de ley, eliminando el reconocimiento de la capacidad de la costumbre y de la jurisprudencia como formas de manifestación del Derecho.

Leyes procesales dictadas con anterioridad a la promulgación del Código Civil, esto es, a partir de 1837, habían establecido la obligatoriedad de la fundamentación expresa de las sentencias y progresivamente habían ido reforzando el predominio de la ley sobre las otras fuentes del Derecho al mismo tiempo que estrechaban el vínculo entre el juez y la ley. Estas modificaciones, junto a las implantadas por el Código Civil, manifiestan la progresiva transformación del ordenamiento objetivo del Derecho Indiano hacia una concepción subjetiva del Derecho producto de la influencia de las doctrinas iusracionalistas.

El ideario político del iusracionalismo se había expresado en Chile a partir de 1811 en la formulación de textos constitucionales, pero

el movimiento codificador vinculado a la escuela racionalista del Derecho recién tendrá su primera expresión acabada en nuestro país sólo al iniciarse la segunda mitad del siglo XIX, precisamente con la dictación del Código Civil.

Para esta fecha las doctrinas iusracionalistas habían recorrido en Europa un largo camino durante los siglos XVII y XVIII. En el transcurso de él habían pasado desde una primera etapa, lenta y trabajosa, en la que se formuló una nueva concepción del Derecho, vinculada a los métodos y principios de la filosofía racionalista, en que la tarea fundamental estuvo constituida por la elaboración de principios filosófico-jurídicos que pretendieron romper con los fundamentos mismos del Derecho medieval y en la cual un acerbo criticismo sometió a revisión las más importantes instituciones jurídicas, a una segunda fase en la que predomina el trabajo de traducir los principios filosófico-jurídicos y sus derivados lógicos, ya elaborados en fórmulas técnicas, las que se acuñan en normas jurídicas tipo. Estas, de acuerdo a los postulados iusracionalistas, por ser manifestaciones del deber ser racional, tenían capacidad para regir en cualquier lugar, podían ser trasladadas de una parte a otra, siempre que integraran el sistema en concordancia con sus supuestos básicos.

Entre estos principios traducidos en normas tipos, el iusracionalismo había establecido la exclusión de la costumbre y de la jurisprudencia como fuentes del Derecho en favor de la primacía de la ley. La racionalidad, presunta en la elaboración de la ley, la presentaba como más confiable frente al subjetivismo imputado a la actividad jurisprudencial y más aún frente al proceso popular e inconsciente de la formación de la costumbre. La necesidad de vincular al juez a la aplicación de la ley se manifestaba en la imposición de fundar expresamente en ellas sus sentencias y en obligarlo a aplicar la ley en su sentido estricto mediante la regulación precisa de su interpretación.

Estos principios buscaban a través de la generalidad y objetiva igualdad en la aplicación de la ley, constituir la seguridad jurídica, en la medida en que ésta consistiría en que cada acto individual se viera afectado únicamente por los efectos preestablecidos en las normas legales. Para los iusracionalistas no se plantea el problema de la equidad de manera casuística en la medida en que se supone que la ley la contiene de manera eficiente para la solución de los casos concretos.

Este es el tema que de manera parcial es objeto de esta ponencia, determinar el proceso de integración de estos principios legalistas dentro de la codificación chilena producida en el siglo XIX. De manera parcial por cuanto las conclusiones que aquí presento son parte de una investigación más amplia que no se encuentra restringida únicamente a la codificación civil y que tiene como fuente primordial el conocimiento del derecho jurisprudencial precodificado. El tema de la ponencia abarca aspectos de la formulación del marco teórico de la investigación a través de la proposición de ciertos presupuestos con-

ceptuales aplicables al estudio de la codificación chilena. Ellos se refieren al concepto mismo de codificación y a la noción de legalismo unida a la de sistema jurídico. Se extiende al estudio de la legislación dictada entre 1824 y 1857 en materia de fuentes del derecho y arbitrio judicial, incluidos los proyectos de Código Civil, y al estudio de los fundamentos doctrinarios de la organización dada al sistema legal a través de la codificación. Esta última parte será objeto de una publicación posterior debido a su extensión y a que incluye la codificación procesal y orgánica de la judicatura.

1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

Me ha parecido necesario plantear la exigencia metodológica de depurar ciertos conceptos utilizados en la investigación sobre el proceso codificador chileno, debido a que ellos se manejan como instrumentos de análisis de la experiencia histórica vivida en Chile durante el siglo XIX, siendo trasladados del proceso codificador europeo y de su posterior estudio. En este traslado aparece implícita la idea de equivalencia de esas dos experiencias históricas, la de Europa vivida desde mediados del siglo XVII hasta mediados del XIX todavía dentro de un mismo plano doctrinario, y la chilena, que precisamente parte, y casi se concluye, dentro de la segunda mitad de ese siglo y que presentan a mi modo de ver diferencias tan profundas que impiden extrapolar conceptos de análisis.

La necesidad de este replanteamiento es producto de mi propia experiencia en la investigación del movimiento codificador chileno y, en gran parte, producto y conclusiones emanadas de ese estudio. La codificación chilena fue objeto durante largo tiempo de estudios exegéticos de sus normas o de trabajos históricos de tipo erudito respecto del establecimiento de sus textos, con escasas excepciones. La tendencia actual de la investigación, en los últimos diez años, se ha centrado en el estudio de los vínculos doctrinarios entre la codificación chilena, importante por su calidad de centro de irradiación del movimiento en América, con la codificación europea.

Precisamente de ese análisis comparativo ha quedado de manifiesto la necesidad de un trabajo de precisión y depuración del contenido y alcances de conceptos importantes de la codificación europea en forma previa a su manejo en la investigación referida a Chile.

Es característica del iusracionalismo codificador la idea de la validez de trasladar o copiar las leyes elaboradas como fruto de sus concepciones y no hay duda de que esa idea fue conocida en Chile, no desdeñada en parte, y discutida en el momento de tomar determinaciones sobre la formulación de un Derecho nacional.

El encargo dado a la Comisión de Legislación, en nuestro país el año 1840, fue "la codificación de las leyes civiles", pero la realidad

de las normas que conformaron los diversos códigos chilenos da cuenta de un trabajo que fue más allá de la simple compilación y ordenación de la legislación vigente en concordancia con el texto constitucional de 1833.

El mismo Bello se encarga de defender y ennoblecer la tarea de recepción de las normas de los "Códigos modernos" diciendo: "Nos hallamos incorporados en una gran asociación de pueblos de cuya civilización es un destello la nuestra. La independencia que hemos adquirido nos ha puesto en contacto inmediato con las naciones más adelantadas y cultas; naciones ricas de conocimientos de que podemos participar con sólo quererlo. Todos los pueblos que han figurado antes que nosotros en la escena del mundo han trabajado para nosotros"². Anteriormente, en 1839, había expresado similar idea: "Tenemos a la mano los Códigos de comercio y criminal sancionados por las cortes españolas, el Código Civil francés, y los Códigos de la Luisiana tan justamente alabados; veneros de donde podemos sacar ricos y abundantes materiales"³.

Agregará: "Contrayéndonos al proyecto de codificación nos atrevemos a decir que esta obra es de menor magnitud y dificultad para nosotros que lo que la del Código de las Siete Partidas en el siglo decimotercio: lo primero porque las innovaciones de que ahora se trata son mucho menos considerables, supuesto que no se piensa en crear, sino en corregir y simplificar; y lo segundo, porque gracias a los adelantamientos de otros pueblos, tenemos a la mano abundantes materiales de qué aprovecharnos"⁴.

De las expresiones de Bello fluyen claramente ideas o puntos respecto del sentido de la tarea codificadora en Chile. En primer lugar no se pretende crear nada nuevo, lo que implica que el rechazo a la legislación y al derecho vigente es de tipo formal, se rechaza y critica el desorden y la multiplicidad de los textos, lo farragoso de su estilo, el exceso de sus comentaristas más que su contenido.

No encontraremos en la codificación chilena procesos equivalentes a los que conforman la codificación europea en cuanto ésta se plantea la revisión de conceptos e instituciones jurídicas bases como la propiedad, el papel redistributivo del Estado en relación a la propiedad de una transformación del concepto de propiedad eminente, el replanteamiento del Derecho sucesorio, de aspectos importantes del Derecho de familia, como el de matrimonio civil y su disolubilidad, o la liberalización de los deberes y derechos de las relaciones filiales, para citar algunos ejemplos.

² Bello, A. *Obras Completas*, vol. XI, Santiago, año 1887, pp. VI-VII.

³ Bello, A. *Administración de justicia*. El Araucano, 1837, *Obras Completas*, vol. IX, Santiago, 1885.

⁴ Bello, A. *Obras Completas*, vol. XI, Santiago, 1887, p. VIII.

Si bien no podríamos sostener que durante el proceso de codificación se hayan discutido con criterio revisionista o reformista asuntos de envergadura como los reformulados en el proceso europeo, preciso es considerar que este último terminó por influencia del Derecho Romano en la codificación y su asimilación a la razón natural, dejando muchos de esos postulados filosóficos en calidad de meros planteamientos teóricos, situación que ya estaba decantada al iniciarse la codificación chilena.

Otro elemento significativo en relación al concepto de codificación es la diferencia cronológica entre ambas codificaciones y al efecto de superposición de tendencias o líneas de pensamiento jurídico que se superponen y conjugan al momento de iniciarse la tarea codificadora en Chile.

Por una parte está el efecto de la gran cantidad de "códigos modernos", ya no sólo elaborados sino comentados y concordados. Junto a esos textos legales se presentan doctrinas contradictorias con muchos de los presupuestos iusracionalistas codificadores.

Para ilustrar lo dicho baste la reflexión acerca de la presencia conjunta del pensamiento utilitarista de Bentham junto al historicismo de Savigny y tendremos la medida aproximada de la complejidad que existe para identificar los fundamentos doctrinarios de la codificación chilena.

Así, se hace difícil determinar hacia 1840 si la decisión de adoptar ciertas normas o postulados es producto de una consistencia doctrinaria frente al racionalismo, producto del pragmatismo o apertura hacia el historicismo. En especial si pensamos que las diferencias del medio social, racial, político y económico hacen cambiar de sentido muchos de los conceptos manejados por la codificación y que se pretenden introducir en Chile. Como ejemplo pensemos únicamente en la variación de sentido del principio de la igualdad propiciada por el racionalismo y de enormes implicancias dentro del derecho privado enfrentado a la variedad racial americana.

En el proceso codificador chileno se trata por lo tanto de trabajar sobre el material proporcionado por el Derecho vigente. Este hecho manifiesta una nueva y profunda diferencia entre ambas codificaciones, ésta consiste en la particularidad del Derecho americano sobre el cual trabajaron los codificadores. Es el Derecho castellano en cuanto a los textos legales, pero esos textos llegaron a América cuando muchos de ellos habían sufrido una adaptación al proceso histórico en la misma península y lo continuaron en América. En la época en que ellos empiezan a tener vigencia en los dominios de Indias, en la metrópoli se encuentra casi superada la controversia entre el Derecho común y el Derecho nacional, entre el Derecho Romano y el Derecho consuetudinario, de tal manera que ella no se manifiesta en América. Así, de manera rotunda el fiscal Egaña podrá declarar en su informe sobre la ley de fundamentación de las sentencias que el Derecho Romano no tenía aplicación en Chile. Sabemos, por el contrario, que

tal controversia formó parte, de manera importante, en la formulación de las normas para la codificación europea debido a la tendencia de identificar el Derecho Romano con la razón natural.

La segunda idea contenida en las expresiones de Bello recién reseñadas consiste en la aceptación del trabajo, ya elaborado en las codificaciones europeas, en su utilización desde los textos ya formulados.

Ese planteamiento nos lleva precisamente a la consideración del concepto de sistema jurídico implícito en la normativa codificada en Europa y previamente formulado a nivel de principios filosófico-jurídicos dentro del iusracionalismo.

Como sabemos, la noción de sistema fue incorporada al iusracionalismo desde los planteamientos de las matemáticas y agregó a los conceptos legalistas de esta escuela la idea de hermetismo del ordenamiento jurídico y el principio de su plenitud o suficiencia.

Para tener un punto de referencia acabado de tal concepto reseñaremos el que da Wolff: "existe un invariable vínculo de todos los derechos y obligaciones entre sí, de modo que los unos pueden deducirse de los otros a través de un hilo continuo de raciocinio y de modo que las verdades constituyen entre sí una estructura de conexiones, todo lo cual se llama sistema".

Volviendo a la codificación chilena, la idea de que pueden incorporarse, mediante la tarea codificadora, las normas de los códigos europeos al trabajo fundamental de ordenación de la legislación vigente, supone la incorporación de un elemento nuevo al Derecho vigente, éste es, o consiste, en la necesidad de eliminar toda contradicción interna de las normas jurídicas que se organizan. Dicho de manera positiva, crear un sistema coherente de normas. Los códigos racionalistas lo traen establecido en sus normas fundamentales y por su propio proceso de formación. La tarea emprendida en Chile supone la adopción de esa estructura destinada a dar coherencia al sistema y, luego, un proceso de inclusión y de eliminación de las normas vigentes, según sean sus posibilidades de armonía con los principios rectores. Hay que agregar que en Chile se codifica existiendo un texto constitucional que por lo tanto estaba llamado a determinar los principios rectores de todo el sistema.

Respecto del concepto de legalismo y de su construcción a través de la legislación patria señalemos que Bello manifiesta claramente la importancia que su inclusión significa dentro del ordenamiento que se estaba creando. Lo reconoce como ajeno al sistema vigente pero a la vez lo mira como una de las innovaciones necesarias. Acudamos a sus propias expresiones; refiriéndose a la reforma del sistema judicial y en especial a las atribuciones de los jueces dice: "Para que esta reforma sea verdaderamente útil, debe ser radical. En ninguna parte del orden social que nos ha legado España, es tan preciso emplear el hacha (...) nuestro sistema de juicios es tal, que nos parecería difícil que no se ganase mucho derribándolo hasta los cimientos y

sustituyéndole otro cualquiera. No sería tal vez una exageración decir que en él se echan de menos todas las garantías que tiene descubiertas la experiencia para poner coto a la arbitrariedad y amparar el Derecho" (...).

Agrega que "el derecho que tienen los ciudadanos a que los juzgados y tribunales que fallan sobre su vida, honor y hacienda, sobre cuanto hay de precioso en el mundo, apoyen sus decisiones en las leyes" ..., es un derecho sagrado y que las naciones más sabias han impuesto para garantizar todos los demás derechos.

"La existencia de este derecho, su necesidad absoluta, como garantía de una regular administración de justicia no es un descubrimiento del siglo XIX. El había sido consagrado mucho antes en los gobiernos populares. La Francia, apenas libre, se apresuró a naturalizarlo en su suelo. Ella lo llevó en su Código a todos los países que dominaron sus armas; y la experiencia de sus saludables efectos, hizo que los retuviesen, aún después de recobrada su independencia y restaurada la legislación precedente. El es hoy un axioma en toda la Europa ilustrada".

Vincula las ideas de régimen de preeminencia de la ley en materia de fuentes, a la concepción política republicana, diciendo que bajo el imperio de las instituciones republicanas, "la responsabilidad, la cuenta estricta de todo ejercicio del poder que la asociación ha delegado a sus mandatarios, es un deber indispensable", formulando de esta manera precisiones importantes sobre su concepto de sistema jurídico, respecto del cual todavía agrega: "que es preciso simplificar nuestra legislación; que es preciso reducirla a un todo coherente y armonioso"⁵.

En 1850 refuerza sus argumentos en torno a la importancia del valor asignado a la ley, con ocasión de la discusión en el Senado de la ley sobre fundamentación de las sentencias⁶. Defendiendo la sanción de nulidad impuesta en el proyecto para los casos de omisión del fundamento legal, expresa: "Estas reglas se han hecho para amparar la seguridad de los derechos individuales, si faltando ellas, tuviera, sin embargo, valor la sentencia, ¿cuál sería la protección que esta ley habría concedido a los derechos de los particulares?"⁷.

⁵ Bello, A., *Necesidad de fundar las sentencias*, El Araucano, años 1834 y 1839, *Obras Completas*, vol. IX, pp. 279 a 285.

⁶ Bello, A., *Obras Completas*, vol. IX, introducción, p. L.

⁷ La bibliografía básica sobre la codificación europea utilizada en la elaboración de esta primera parte, es la siguiente:

Coing, H., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961.

Cassirer, E., *La Filosofía de la Ilustración*, México.

Dufour, A., *Rationnel et irrationnel dans l'Ecole du Droit historique*. Archives de Philosophie du Droit, t. 3, París, 1978.

Hazard, P., *La crisis de la conciencia europea, 1680-1715*, Madrid.

Hazard, P., *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, 1958.

II. LAS NORMAS LEGALES

I. LA LEY DE FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA DE 1837 Y OTRAS LEYES PROCESALES

La dictación, el año 1837, de la conocida ley sobre fundamentación de las sentencias⁸, una de las tres denominadas leyes marianas, es sin lugar a dudas el primer hito de gran importancia en el camino que inicia el ordenamiento jurídico chileno, del período patrio, en la transformación de las facultades arbitrales de los jueces indios.

Esta ley fue dictada por Prieto, haciendo uso de las facultades extraordinarias que le había otorgado el Congreso al declarar el país en estado de sitio, el 31 de enero del año 37, con motivo de la guerra con la Confederación Perú-Boliviana. Tiene un texto muy escueto, pero en sus dos breves incisos formula una norma simple que, sin embargo, aparece con alcances de trascendental importancia para la totalidad del derecho vigente en esa fecha.

Dos son los fundamentos que se dan para su dictación, en el inciso primero del mismo texto. El más doctrinario de ellos señala que la obligación de los jueces de fundar sus sentencias "es una de las principales garantías de la rectitud de los juicios", en tanto que, de manera más pragmática, agrega en el segundo que esta norma es una "institución recomendada por la experiencia de las naciones más cultas".

Al referirse a la obligación de fundamentar las sentencias con la calidad de una garantía de protección de la imparcialidad en la administración de justicia, el texto parece recoger una de las fórmulas planteadas por la escuela iusracionalista respecto de uno de sus postulados de mayor importancia, tal es, la seguridad jurídica como fin último del sistema normativo. La redacción del principio no fue feliz, por cuanto su texto alude de manera genérica a la obligación de fundar las sentencias sin explicitar que se pretende que ese fundamento se haga en la ley, lo que sí expresa en la segunda parte de la misma disposición.

El inciso segundo, después de aclarar que la fundamentación exigida a las sentencias debe tener los caracteres de brevedad y sen-

Koselleck, R., *Crítica y crisis del mundo burgués*, Madrid, 1965.

Solari, G., *Filosofía del Derecho Privado*, Buenos Aires, 1946.

Thomann, M., *Une modèle de rationalité idéologique: le rationalisme "des Lumières"*, Archives de Philosophie du Droit, t. 3, Paris, 1978.

Vahjavec, F., *La ilustración europea*, Madrid.

Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, Avila, 1964.

Welzel, H., *Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1971.

Wieacker, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, 1957.

⁸ 2 de febrero de 1837, Bol. de Leyes, lib. 7 N° 7, pp. 89 a 101.

cillez, agrega que la sentencia debe contener el establecimiento de la cuestión debatida, sea de hecho o de Derecho, debiendo, en seguida, señalar las leyes que han servido de fundamento a la decisión judicial.

El muy largo tiempo que nuestro país lleva viviendo regido por una norma legal como la recién reseñada, obstaculiza, aun para aquellos que conocen el funcionamiento del sistema indiano vigente en Chile en 1837, la percepción de la importancia del cambio que ella instauraba. Antes hemos llamado la atención sobre las características del régimen judicial indiano en cuanto a la enorme amplitud de las facultades de que disponía el juez para aplicar en la solución de las contiendas sometidas a su competencia indistintamente, la ley que regulaba el caso, la costumbre que cumpliera determinados requisitos o formular, modificando cualquiera de ellas, una norma nueva, su sentencia.

El fundamento de esta facultad judicial estaba en la equidad mayor que la nueva norma: la sentencia debía producir referida específicamente al caso sentenciado. Parece necesario hacer presente que la base doctrinaria de esta fórmula consiste en que el ordenamiento jurídico está concebido sobre un principio de equidad objetiva, en oposición a las concepciones subjetivas del Derecho; este principio persigue la materialización de la equidad en cada caso particular y, por tanto, el valor asignado a la formulación genérica de la norma equitativa, aun con caracteres suficientes de generalidad, no aparece como suficiente para asegurar la equidad casuística. Si reiteramos la idea, diríamos que el iusnaturalismo escolástico no se detiene en la formulación de la norma positiva considerada justa, el fin último del sistema persigue comprobar que ella produzca realmente al ser aplicada la equidad que se supone contiene. De esta manera, si cuando las transformaciones vinculadas a los elementos tiempo, lugar y circunstancia han hecho variar el contenido de eficiencia de la norma para producir la equidad materialmente para el caso concreto que se juzga, no interesa la aplicación de la norma en sí y, por lo tanto, su reemplazo o transformación pesa como uno de los deberes fundamentales del juez. Aunque no es propio del tema cabe recordar que todo este sistema contó con todo un aparato procesal en el ordenamiento indiano, y de probidad administrativa, cuyo fin fue precisamente mantener el arbitrio judicial en calidad de tal sin que se transformara en arbitrariedad.

En razón de lo expuesto, al momento de dictarse la ley mariana que analizamos las sentencias de los jueces no contenían la expresión de los fundamentos que esta ley les pide, pero más aún, gran parte de las leyes castellanas, vigentes por la vía de la supletoriedad, habían sido modificadas en la aplicación casuística, durante gran parte del período colonial. Esto se podría afirmar de la casi totalidad de las leyes penales en cuanto a su sanción o respecto de las de las Ordenanzas militares, de normas administrativas, muchas de las cua-

les habían surgido incluso de una manera jurisprudencial aun en lo no contencioso. Esto ha sido demostrado de manera permanente en la medida en que se profundizan los estudios sobre la jurisprudencia indiana.

Con estos antecedentes no es sorprendente que el 11 de febrero la Corte Suprema pida al Ejecutivo aclaraciones sobre el texto de la ley. Esta petición fue remitida al Fiscal de la Corte, cargo servido por Mariano Egaña, y recibió por parte de éste una extensa aclaración, la que por decreto se convirtió en el reglamento de aplicación de la ley de fundamentación de las sentencias.

La ley orgánica de Ministerios dictada por el ejecutivo el 1° de febrero de 1837, en uso de facultades extraordinarias, disponía en el N° 4 de su artículo 3° que correspondían al Ministerio de Justicia "las consultas de los tribunales sobre interpretación... de las leyes"⁹.

La interpretación pedida por la Corte Suprema hace expresa mención y deja constancia acerca de la forma en que funcionaba el sistema indiano vigente en materia de solución judicial de las controversias.

El primer problema planteado en el cuestionario de la Corte se refiere, precisamente, a la posibilidad de que no haya ley que resuelva el caso; preguntan en seguida si podrán aplicar la costumbre como lo han venido haciendo y agregan a la pregunta importantes antecedentes respecto de la forma como a través de la interpretación de la costumbre han incorporado al ordenamiento vigente "principios de humanidad" y de la "ilustración del siglo", para paliar la dureza de ciertas normas legales. Hablan de una costumbre jurisprudencial¹⁰.

Pasa en seguida la Corte Suprema a plantear los problemas relativos a la graduación de las penas por la vía judicial. Se refiere a la gravedad de los delitos y a las circunstancias de su comisión como elementos que han sido utilizados por los jueces para disminuir la sanción que de acuerdo a la ley debían aplicar cuando ésta era muy alta. El otro caso propuesto a la consideración y aclaración del Ejecutivo consiste en que se determine la legalidad de continuar modificando la pena en los delitos comunes cuando por no encontrarlo plenamente probado el delito, se daba una sanción menor al existir "presunciones vehementes" (ídem). Es necesario explicar, para la mejor comprensión de este punto, que las actuales investigaciones en la jurisprudencia patria precodificada muestran que fue frecuente la atenuación de la pena no sólo en los casos de delitos con sanción excesivamente rigurosa; esta reducción también se produjo respecto de delitos no tipificados por la ley o cuya tipificación era imperfecta.

⁹ Anguita, Leyes promulgadas en Chile, t. I, p. 271.

¹⁰ N° 1, 2, 11 de febrero de 1837, Bol. de Ley, p. 90.

Los procesos se incoaban en virtud del tipo legal más aproximado a la figura delictiva real y se sentenciaban sobre la base de la incompleta prueba del delito, con una sanción menor o incluso sobreescondiendo. Tal es el caso del delito de aborto generalmente procesado bajo el tipo de infanticidio. Como vemos, esta realidad explica los términos de la consulta de la Corte al igual que la respuesta a ella de parte del Fiscal Egaña.

La quinta, sexta y novena consultas se refieren, en el fondo, a si puede continuar aplicándose a la resolución de los pleitos la jurisprudencia por analogía.

Especial importancia adquiere la aclaración pedida en el acápite 7 del cuestionario; ella se refiere a si "se citarán las leyes del Derecho Romano en defecto de las nuestras". La respuesta de Egaña a esta duda confirma lo que la investigación en los archivos judiciales ha establecido desde hace algún tiempo categóricamente respecto del Derecho Indiano y del patrio, que el Derecho Romano no tuvo aplicación en América, y que, como se plantea en la primera parte de este trabajo, es este un presupuesto de vital importancia para la definición del concepto mismo de codificación que se maneje en las hipótesis de las investigaciones sobre la materia.

Los puntos restantes tienen un carácter de índole procesal e interesan más bien por la regulación que recibieron a través del informe fiscal.

Considerado en su contexto, el dictamen aclaratorio contiene las disposiciones típicas de los títulos preliminares de los códigos denominados "modernos" en el lenguaje del período codificador. Sus normas tienen por objeto un asunto más de fondo que el aspecto formal de la fundamentación expresa de las sentencias; es así que se pronuncian sobre el valor correlativo de las distintas fuentes del Derecho, sobre ciertos aspectos de interpretación de las leyes y acerca de la suplencia de los vacíos normativos del ordenamiento, no sólo de los legales.

Si nos preguntamos acerca de los principios doctrinarios que de acuerdo a su contenido conforman el dictamen de Egaña, tenemos que responder categóricamente que en su contexto no son otros que aquellos que servían de base al ordenamiento indiano y al castellano supletorio, esto es a los postulados derivados del iusnaturalismo escolástico, en especial los ya mencionados de la imperfección de la ley positiva en cuanto a su incapacidad para aprehender el Derecho Natural y sus necesarias derivaciones en cuanto a dotar a los jueces de facultades normativas destinadas a equilibrar el posible desajuste en materia de equidad susceptible de producirse al aplicar la norma general a los casos concretos. Es mi parecer que el establecimiento de la primacía de la ley por sobre la costumbre contraria a ella, o derogatoria, cambio fundamental producido por la ley que se analiza, sólo enuncia un proceso hacia el legalismo, pero deja intactos los postulados básicos del sistema indiano vigente. Aun las expresiones

concretas de Egaña acerca de la transitoriedad de la normativa que se analiza, en espera de los Códigos pertinentes, se ven reducidas a su exacta dimensión cuando dentro del mismo texto aclara su opinión acerca de la incapacidad de la legislación codificada, aun la más perfecta, para regular todas las situaciones de la realidad.

El análisis de este texto legal presumo que hará más convincentes estas afirmaciones. Desde luego, el dictamen de Egaña restó prácticamente toda eficacia al texto legal inicial el que de manera escueta, aparentemente, quebraba todo el sistema anterior al ordenar que toda sentencia se fundamentara exclusivamente en la ley. La opinión de Egaña es que dicha ley no pretendió "alterar el sistema de los juicios, ni los códigos en que deben encontrar los jueces la regla y motivo de sus decisiones", pero la verdad es que esta situación o clarificación sólo se configura precisamente a partir de la integración al texto legal inicial de las interpretaciones del dictamen fiscal por disposición del Ejecutivo. Ahorra toda argumentación probatoria de esta afirmación el texto de consulta emitido por la Corte Suprema, que ya conocimos y cuyos enunciados habrían sido ociosos si la nueva disposición legal no hubiera supuesto un cambio drástico del sistema.

Empieza Egaña señalando, de manera genérica, que la ausencia de una ley especial que regule el caso controvertido debe ser suplida por "las máximas eternas de Derecho Natural, los principios generales de jurisprudencia, las leyes análogas, las decisiones de los tribunales y opiniones de los jurisperitos". Agrega que en defecto de ley expresa debe recurrirse a las que establecen principios generales de Derecho.

Intercala un planteamiento doctrinario y uno legal, fundado este último en las Partidas. Se refiere al concepto de interpretación judicial de la ley, dando amplia cabida en su enunciación a la actividad del juez para que con su "conciencia y sus luces" forme el complemento de la ley. Agrega que jamás podría calificarse este quehacer interpretativo del juez en la búsqueda del espíritu de la ley de arbitrariedad judicial, pues tiene como fin último, desentrañar la voluntad del legislador. Es importante destacar la expresión realista de Egaña respecto de la posibilidad de plenitud legal del método codificador; sobre la materia expresa que "no siendo posible dictarse leyes que comprendan todos los casos que pueden ocurrir, es preciso dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares" no expresados literalmente en su texto.

Evacuando la consulta primera, referente a la forma de fundar las sentencias en caso de vacío legal, el fiscal establece que se deben expresar los fundamentos reales de la sentencia, manifestando que ellos podrían consistir en los principios generales que se han deducido de las leyes por medio de la analogía. Agrega, que en los casos en que no haya ley ni principio deducible de las leyes, o que éstos últimos ofrezcan dudas de interpretación, debe resolverse la funda-

mentación de la sentencia mediante la aplicación de preceptos contenidos en las Partidas y en la Novísima Recopilación¹¹. Dichas leyes remiten al monarca la solución de las situaciones antes descritas. En concordancia con la respuesta al punto dos de la consulta, parece presumible que Egaña entendió que el Ejecutivo debería cumplir la tarea interpretativa que las leyes antes mencionadas encomendaban al rey.

Respecto del valor de la costumbre modificatoria de la ley o costumbre contra ley, el dictamen de Egaña hará primar el texto de la Novísima Recopilación¹², que dispone que: "todas las leyes que expresamente no se hallen derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso". En este punto reside la modificación más importante al sistema vigente y en el mismo informe fiscal consta que ella se hace tomando en cuenta los postulados codificadores, porque añade que "interin se publica el Código Penal"¹³, se deben obviar los problemas que acarree la aplicación literal de los textos penales mediante el siguiente procedimiento. Los jueces deberán sentenciar aplicando textualmente la ley escrita, pero si saben que por su dureza no se encontraba en uso tendrán la facultad discrecional de suspender su ejecución y representar al Ejecutivo que "sería conforme a equidad" la conmutación de la pena por otra más benigna que señalen.

Expresamente señala Egaña que la opinión de Lardizabal y Marina, entre otros, es partidaria de la modificación por la vía consuetudinaria de las leyes penales antiguas y, por tanto, contraria a la decisión ofrecida al respecto en su dictamen.

Egaña califica de ardua la consulta propuesta en el número 4 del cuestionario sobre los casos de delitos donde no se produce plena prueba, ordena al respecto no innovar "interin se dicte el Código Penal"; por consiguiente siguió operando el sistema de rebaja de las penas en virtud de la incompleta prueba del tipo delictual aplicado al proceso.

En relación a las consultas quinta y sexta, ambas referidas a si es lícito fundar las sentencias, en los casos de ausencia de ley, en las opiniones de jurisperitos, el dictamen fiscal determinará que la jurisprudencia analógica en ausencia de ley es aplicable y que los jueces pueden, también en esos casos, fundar sus sentencias en principios generales deducidos de las leyes, debiendo, en los dos casos, expresar dicho fundamento.

Con motivo de la duda planteada por la Corte Suprema en el número octavo de su cuestionario, Egaña establecerá que la costum-

¹¹ Part. 3, tít. 22, lib. 11; Nov. Rec., lib. 3, tít. 2, ley 3.

¹² Ley 11, tít. 3, lib. II.

¹³ Bol. Ley 11, de febrero de 1837, p. 94, N° 2.

bre tiene valor en los casos de ausencia de ley, dictamina de esta manera en cumplimiento de disposiciones de las Partidas que el mismo cita¹⁴. Agrega que el valor de la jurisprudencia judicial y doctrinaria en ausencia de ley, es pleno aun cuando no debe expresarse en las sentencias, sino en los términos de principios generales de Derecho. Ahonda sobre este mismo tema aclarando el punto noveno y reitera que los jueces deben expresar como fundamento de sus sentencias los principios de Derecho que hayan deducido de la jurisprudencia judicial o doctrinaria sin mencionar directamente la fuente de su razonamiento.

En síntesis, la ley dictada el 2 de febrero de 1837, complementada por el dictamen fiscal de Egaña en respuesta a las consultas de la Corte Suprema, establece el siguiente sistema respecto de las fuentes del Derecho: existiendo ley que regule el caso, debe aplicarse ésta y dejarse expresa mención de ella como fundamento de las sentencias. La costumbre derogatoria de la ley carece de valor, aun en los casos de ley penal en que la costumbre haya modificado una sanción excesivamente rigurosa: debe, en todo caso, aplicarse la ley y fundamentar la sentencia en ella, pero se otorga al juez la facultad de pedir, basado en la equidad, la conmutación de la pena legal por una menor.

En ausencia de ley, se reconoce valor a la costumbre y a las decisiones de la jurisprudencia en casos análogos. También puede el juez, en la misma situación de inexistencia de ley que regule el caso, acudir a las opiniones de jurisperitos, pero para los efectos de fundamentar sus sentencias, debe expresar estas normas en la forma de un principio general de Derecho.

Por tanto, la ley mariana de fundamentación de la sentencia varía el sistema en cuanto quita valor a la costumbre contra ley, que había tenido gran aplicación en la forma de costumbre jurisprudencial derogatoria de leyes penales demasiado rigurosas. Obliga a la expresión del fundamento de la sentencia el que queda restringido a la ley escrita cuando ella existe, pero en su ausencia tienen valor la costumbre y la jurisprudencia judicial y doctrinal. En marzo de 1837¹⁵, el Ejecutivo vuelve a manifestar su preocupación "por la exacta aplicación y fiel ejecución de las leyes penales", dictando un decreto que, en su parte fundamental extendió, en calidad de trámite obligatorio, la revisión por parte de la Corte de Apelaciones de las causas por delitos sancionados por la ley con penas superiores a la de presidio por más de tres años, aun cuando la sentencia no hubiera aplicado dicha sanción.

¹⁴ Ley 14, tít. 22, Part. 3; ley 6, tít. 2, Part. 1.

¹⁵ Anguita, *Leyes promulgadas en Chile*, vol. II, Santiago, 1912, p. 300, 20 de marzo de 1837.

La misma norma amplió la obligatoriedad del recurso ante la Corte respecto de los delitos sancionados por la ley con pena de muerte, expatriación, destierro por más de un año o perdimiento de miembro, aun en la misma condición anterior, esto es, aunque no se hubiere sentenciado a dichas penas, en virtud de la aplicación de atenuantes u otras circunstancias.

La disposición recién mencionada existía en el Reglamento de Administración de Justicia de 1824¹⁶, pero la revisión procedía únicamente en los casos de aplicación de las penas enumeradas, en la sentencia de primera instancia. Sobre la pena de destierro y de expatriación hay que agregar que una ley promulgada el 27 de enero de 1837 había establecido como única sanción para los sentenciados a estas penas por delitos políticos que quebrantaran su relegación o destierro, la pena de muerte, la que debía aplicarse en forma sumaria¹⁷.

Aunque el Derecho castellano supletorio regulaba ampliamente la denegación de justicia desde textos tan antiguos como el Fuero Juzgo hasta las recopilaciones del siglo XIX, la legislación patria tipifica como delito, de manera acuciosa, la figura aludida, en un decreto dictado por Prieto, también el año 1837, y al igual que en los casos anteriores, en virtud de las facultades extraordinarias ya señaladas.

Para la materia que analizamos nos interesa el punto quinto del artículo primero del decreto recién mencionado. En él se establece que comete "crimen de denegación de justicia" el juez que suspende la dictación de su resolución a pretexto de que la disposición clara de la ley necesita interpretación de la autoridad legislativa, o, suponiendo falsamente, que no existe ley aplicable al caso que ha de juzgarse.

El texto de esta norma es similar al artículo 4º del Código de Napoleón, cuyo texto es: "Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice"¹⁸.

Me detengo en esta disposición, pues parece contradictoria con lo dispuesto en la ley llamada de fundamentación de la sentencia al punto que según sea la interpretación que se dé a este punto habría que considerarla modificada en parte. Del texto legal se infiere que

¹⁶ Art. 30, Bol. Ley, lib. II, pp. 271 a 294, adicionado en cuanto a la pena de destierro, por el artículo 7º del decreto de 13 de agosto de 1824, que en su artículo 8º abolía la pena de azotes "por atroz e infamante", debiendo ser conmutada por los jueces por la de presidio; Bol. Ley, lib. II, año 1824, pp. 19 a 21.

¹⁷ Bol. Ley, lib. VII, año 1837, pp. 63 y 64.

¹⁸ Saint Joseph, *Concordances...* t. I, p. 2. También aparece esta norma en el Código de las Dos Sicilias, artículo 4º y en el Derecho Común Alemán, artículo 5º.

no comete denegación de justicia el juez que se abstiene de dictar sentencia cuando la ley por su obscuridad necesita interpretación legislativa o si se encuentra con la situación de ausencia de ley que regule el caso.

La contradicción aludida o la presente derogación se produciría por cuanto de acuerdo a todas las disposiciones vigentes en 1837, había denegación de justicia si el juez, tanto en ausencia de ley clara o por inexistencia de ella, dejaba de resolver una causa de su competencia habiendo sido requerido para ello. En los casos señalados, el juez tenía que hacer uso del resto de las fuentes normativas, esto es, costumbre y jurisprudencia; en consecuencia, advertida o inadvertidamente, se afianzó con esta disposición una mayor dependencia de las resoluciones dictadas por los tribunales de la existencia de una norma legal expresa, que regulara el caso sometido a su conocimiento. En la situación contraria el juez no incurriría en denegación de justicia.

Otra disposición legal que perfila una mayor injerencia de la ley en las facultades de interpretación del juez, es la que se dicta con fecha 5 de enero de 1838. Ella establece que en los casos en que la ley penal señala para un mismo delito, sanciones diferentes para los nobles y para los plebeyos, los jueces aplicarán la pena "que en su prudencia hallaren más conveniente, tomando en cuenta el rango social, hábitos, educación, conducta anterior y otras circunstancias que influyen en que una misma pena sea más acerba para ciertas personas que para otras"¹⁹.

Las disposiciones igualitarias de tipo constitucional y legal dictadas desde el período de O'Higgins, en adelante habían acogido de manera amplia los postulados del humanismo racionalista que, partiendo desde la abstracción filosófica del individuo titular de derechos naturales, habían derivado especulativamente fórmulas normativas tipo respecto del postulado de la igualdad. Estas disposiciones se dictaron en Chile en aras de una ortodoxia doctrinaria o tal vez con fines programáticos que soslayaron la incapacidad de los solos textos para producir modificaciones frente a la realidad social y racial americana, absolutamente extrañas a los fines reivindicativos frente a la nobleza que conformaban los correspondientes postulados europeos. La adecuación de la pena al factor rango social y educación señala al juez, junto a criterios de interpretación que respetan un margen considerable de su arbitrio, la mantención en la ley penal de criterios, si bien realistas, opuestos a las normas vigentes ya aludidas y desde luego a la tendencia general de la legislación de la época.

Es posible que la dictación de la norma anterior haya producido en el Ejecutivo legislador, reflexiones semejantes a las expuestas.

¹⁹ Bol. Ley, lib. VIII, año 1838, p. 1.

Elas explicarían la necesidad del decreto dictado aproximadamente un mes más tarde, cuyo objeto fue exigir la aplicación de la norma de las Partidas que consagraba el principio pro reo en²⁰ cuando en las causas penales se produjera empate de votos. Debían los tribunales inexcusablemente ceñirse a la ley de Partidas, "sin embargo de cualquiera otra disposición que parezca derogarla".

Es muy interesante la fundamentación doctrinaria expresada en esta ley, por cuanto describe el proceso intelectual seguido en las codificaciones europeas para utilizar, en la formulación del Derecho Privado, las normas del Derecho Romano. Textualmente señala el precepto que considerando que la disposición de las Partidas "es arreglada a los principios de equidad natural y de una sana filosofía", debe guardarse y cumplirse.

2. LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL

El año 1840 es importante respecto de la codificación en cuanto el Congreso dio origen mediante una ley a la Comisión de Legislación. En su artículo 12, ésta especifica que "el objeto de los trabajos de la comisión es la codificación de las leyes civiles, reduciéndolas a un cuerpo adecuado y completo, descartando lo superfluo o lo que pugne con las instituciones republicanas del Estado y dirimiendo los puntos controvertidos entre los intérpretes de derecho". Los encargos, según los términos de la ley, son bastante formales: una ordenación del material legal de acuerdo a criterios muy simples, pragmáticos y nada doctrinarios, sino en aquello de declarar incompatible "lo que pugne con las instituciones republicanas". Esta expresión implica, dentro de los supuestos del racionalismo jurídico, la aceptación de la primacía del texto constitucional en su calidad de documento de fijación del Derecho político, esto es de las condiciones del pacto que da origen a la sociedad política y donde deben consignarse las normas que garantizan el respeto por parte de los poderes que se constituyen, de los derechos naturales de los individuos, anteriores a toda norma positiva. De aquí emana el papel normativo y condicionante del texto constitucional, y de las formas que él consagre, respecto de toda la legislación, cuyas disposiciones deberían ser el desarrollo de los principios constitucionales. Se puede comprobar que esta idea estaba clara en Chile desde los inicios de su independencia; así el artículo 5° de la Constitución de 1818 ratificará la vigencia del ordenamiento indiano y castellano supletorio en todo lo que no se oponga a la forma liberal de gobierno.

²⁰ Ley 18, tít. 22, Part. 3.

La iniciación del movimiento de codificación civil no va a cambiar de manera substancial de acuerdo a las tendencias que manifiestan los diversos proyectos, las normas relativas al valor de las fuentes del Derecho, respecto del sistema vigente a partir de 1837; el cambio, como sabemos, se producirá precisamente en la modificación al último proyecto, el denominado proyecto inédito, que concluirá con la fórmula del Código.

El primer proyecto de Código Civil, publicado por Bello entre 1841 y 1845, que se refiere a sucesiones, tiene un título preliminar muy insuficiente en cuanto a la regulación de las fuentes del Derecho y normas de interpretación, pero que interesa en cuanto manifiesta el criterio de Bello sobre esta materia en esa fecha. El artículo 4º, en su último párrafo consagra, casi al pasar, la primacía de la ley sobre la costumbre, "en ningún caso se podrá alegar en contra de ellas (las leyes) la falta de uso o costumbre". Esta proposición de norma reitera la disposición vigente desde 1837, que no otorga valor a la costumbre contra ley.

El artículo 5º de este proyecto consagra expresamente el valor de la costumbre en ausencia de ley contraria. Exige como prueba de la existencia de la costumbre, tres o más decisiones judiciales conformes, pronunciadas dentro de los 10 años anteriores por los tribunales superiores y pasadas en autoridad de cosa juzgada.

El artículo 11, finalmente, en una norma poco acertada en su redacción, otorga a los jueces facultad de interpretar las leyes para los casos específicos que conozcan. Expresa el texto del proyecto que pueden fundar su interpretación en decisiones judiciales anteriores, pronunciadas por tribunales superiores.

Se pretende en el proyecto la modificación de la ley de febrero de 1837, por cuanto esta última autorizaba a los jueces, en el vacío de la ley, para extraer de fallos judiciales anteriores, pasados en autoridad de cosa juzgada, principios generales de Derecho, los que debían hacer constar expresamente cuando sirvieran de fundamento a sus sentencias. Por el contrario, de manera expresa, este proyecto no da cabida a la jurisprudencia doctrinaria como fuente del Derecho.

En esta etapa cronológica del proceso codificador cabe considerar entre los proyectos de Código Civil, el texto atribuido a Mariano Egaña, anterior al proyecto publicado entre 1841 y 1845, debiendo ser tenido, por tanto, como primer proyecto de Código Civil Chileno.

Sin entrar en la polémica respecto de la autoría del mencionado proyecto y obviando el problema de su conocimiento con la remisión al último texto publicado sobre la materia, consideremos el proyecto de Egaña en lo que se refiere a fuentes del Derecho ²¹.

²¹ Guzmán Brito, Alejandro, El proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el señor Mariano Egaña: Estudio histórico-crítico, Alejandro Guzmán; Descripción del manuscrito, Alamiro de Avila, Oscar Dávila; edición, Luis Miel Lecaros, Santiago, 1978, Editorial Jurídica de Chile, 184 pp.

Dicho texto contiene un título preliminar que habría servido de base para la elaboración de la parte correspondiente en el proyecto de 1841-1845, cuyas disposiciones acabamos de analizar. El proyecto atribuido a Egaña ha sido objeto de acuciosos estudios, el último de los cuales nos ahorra el análisis comparativo de los textos. Me refiero al estudio histórico-crítico de Alejandro Guzmán, recién citado.

Respecto del título preliminar se afirma en esa publicación que la autoría de las normas contenidas en él correspondería a Bello. Para fundar dicha afirmación el autor se basa en expresiones anotadas en las Actas de la Comisión. Corroborando la conclusión podemos agregar a ese argumento los conclusiones que fluyen del examen del contenido de las leyes dictadas en Chile desde 1837 en adelante, en materia de fuentes del Derecho, en las cuales cabe gran participación a Mariano Egaña. Estas disposiciones fueron objeto de explicaciones, defensas y fundamentaciones en el momento de su dictación por parte de Andrés Bello a través de artículos en *El Araucano*, y siguen la tendencia marcada por la codificación europea en materia de fuente del Derecho y son por último las ideas que Bello presentará, con leves variaciones, en sus proyectos hasta la modificación restrictiva introducida en la revisión del proyecto de 1853.

El proyecto de Egaña contiene las disposiciones sobre fuentes en los artículos 3, correspondiente al 4 del proyecto de 1841-1845; en el artículo 4, equivalente al 5 de dicho proyecto y en el 9, equivalente al 11 de este último. Las disposiciones de ambos textos son idénticas en los dos proyectos, sin la menor variación; valga por tanto, respecto del título preliminar del proyecto de Código Civil atribuido a Egaña, el comentario realizado al analizar las normas contenidas en el primer proyecto de Andrés Bello.

3. LA LEY SOBRE FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE 1851

En pleno transcurso del proceso de formación del Código Civil se dicta el año 1851 una nueva ley sobre el modo de acordar y fundar las sentencias ²². Tres son los puntos más importantes contenidos en este texto en cuanto a la modificación o a la precisión de las normas vigentes en materia de fuentes e interpretación.

En esta nueva ley procesal se fijan los requisitos de forma que deben cumplir las sentencias definitivas o interlocutorias de primera instancia y las revocatorias "de otro tribunal o juzgado" ²³. Dentro de la reglamentación de los requisitos exigidos a las sentencias en los

²² Anguita, Ley, Prom. en Chile, vol. I, pp. 588 a 589, 12 de septiembre de 1851.

²³ Ley, cit., art. 3º.

cuatro números del citado artículo 3° de esta ley, el inciso 3 dispone que ellas deberán contener: "Los hechos y las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de ley, y a falta de una y otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia".

De acuerdo al texto transcrito, la ley de 1851 exige expresar en las sentencias, además del fundamento en los hechos del pleito, las disposiciones legales que hayan servido de base al fallo. A falta de ley se debía citar la costumbre, que "tenga fuerza de ley". De las leyes procesales vigentes a la época no aparece claro el requisito exigido a la costumbre para que adquiriera el carácter de ley. Sí tiene sentido en relación al título preliminar del proyecto de Código Civil de 1841-1845, y a las normas que sobre esta materia contendrá el proyecto de 1853.

En el caso de que faltaren la ley y la costumbre, la ley de 1851 dispone que ~~las sentencias deben expresar "las razones de equidad natural que sirvan de fundamento"~~... Es importante llamar la atención respecto de la expresión o fórmula incorporada a nuestra legislación en la norma recién transcrita; me refiero a la expresión "razones de equidad natural", la que fue usada y formalmente acuñada por la codificación iusracionalista y que adquiere dentro del contexto doctrinario de dicha escuela jus filosófica su verdadera dimensión y sentido, teniéndolo muy diverso al ser integrada, como es el caso de la disposición chilena que analizamos a un ordenamiento jurídico como el indiano, en el que la vinculación de la noción de Derecho Natural con el concepto de razón carece de la relevancia que tiene para el racionalismo.

Por lo dicho se puede comprobar que la ley del año 1851 no establece modificaciones de fondo en cuanto al valor que la legislación chilena otorgaba hasta esa fecha a las diversas fuentes del Derecho. Sin lugar a dudas aparece cada vez más clara la tendencia a confirmar la primacía de la ley por sobre la costumbre, a la cual vimos que se le exigía, sin que existiera la reglamentación que hiciera operativa la norma, que tuviera características de ley, pero aún se mantiene la eficacia de la costumbre en subsidio de la ley.

La ley de 1851 no se pronunció respecto del valor otorgado, de manera invariable por la legislación patria desde 1837, a la jurisprudencia judicial y a la doctrinaria. El silencio de esta ley sobre el valor de la jurisprudencia no nos permite concluir, sin embargo, que la intención fuera la de excluir esta fuente del Derecho, por cuanto ella podría servir de base para la formulación por parte del juez de los principios de equidad natural a que se refiere el texto. Habría en todo caso una tendencia a mediatizar el valor otorgado por la anterior legislación a la jurisprudencia.

Para terminar con el análisis de la ley del año 1851, hay que señalar que su artículo 5 dispone que: "la sentencia definitiva que no se hubiere extendido en la forma que prescribe el artículo 3° es

nula". De la transcripción del texto se advierte la importancia de esta disposición que permite entablar el recurso de nulidad, recurso regulado por una ley procesal patria dictada en el año 1837, la que a su vez actualizó el recurso indiano de nulidad vigente hasta esa fecha, haciéndolo procedente en los casos de omisión de cualquiera de los requisitos de forma exigidos para la dictación de las sentencias.

La ley procesal sobre recurso de nulidad²⁴, dictada junto a la de procedimiento ejecutivo y a la ley sobre implicancias y recusaciones de los jueces, establece en su artículo 2 los casos en que la ley entiende que "se ha faltado a las formas esenciales de la ritualidad de los juicios" de una manera en que se hace procedente el entable del recurso de nulidad²⁵.

La ley de 1851 al establecer ciertos requisitos esenciales que deben cumplir las sentencias, bajo pena de nulidad, añade a las causales enunciadas para la procedencia del recurso de nulidad por la ley del año 1837 una causal más con lo cual ha quedado formulado el recurso que nuestra actual legislación denomina de casación en la forma, incluso con el enunciado de sus causales.

La importancia de la disposición que establece la procedencia del recurso de nulidad en el caso de omisión de los requisitos de forma de la sentencia, trasciende al momento histórico de su dictación, si se considera que sobre la base del recurso de nulidad indiano y patrio se conformará el recurso de casación en la forma y en el fondo, instituciones que son vitales dentro de la estructuración progresiva de un ordenamiento legalista en el Derecho chileno.

En lo que atañe a la participación de Andrés Bello en la aprobación de esta ley, Amunátegui consigna lo siguiente: "la ley promulgada el 12 de septiembre de 1851, sobre el modo de fundar las sentencias, presentada al Congreso por don Antonio Varas, el 6 de septiembre de 1847, vino a satisfacer todos sus deseos al respecto"²⁶.

En el Senado se entabló una discusión sobre el texto propuesto como consecuencia de las objeciones interpuestas por los senadores y ministros de la Corte Suprema, Santiago Echevers y Manuel Camilo Vial Formas. La parte más extensa de esta discusión se refirió al artículo 1° del proyecto, y carece de interés para la materia que estudiamos. En cambio, el problema planteado por los senadores antes nombrados, en los términos de que esta ley procesal era "inconstitucional, por cuanto no se habían dictado todavía la Ley de Organización de los Tribunales y la de Administración de Justicia, determinadas por la Constitución de 1833", presenta gran interés en cuanto puede demostrar el grado de conciencia que tenían los jueces en

²⁴ Boletín de Leyes, órdenes y decretos del Gobierno, libro VII, 2ª edición, Santiago, 1841, p. 136, 1º de marzo de 1837.

²⁵ Nos. 1 a 15 del art. 2.

²⁶ Bello, *Obras Completas*, t. IX, Santiago, 1885, introducción, p. XXXIV.

cuanto a la trascendencia de los cambios que por la vía procesal se estaban introduciendo en el mecanismo del ordenamiento jurídico.

A esta objeción respondió Bello: "Me parece, pues, que ni la Constitución se opone a las reformas parciales en la administración de justicia ni tampoco son tan graves los inconvenientes como han parecido al señor senador preopinante. El es un juez irrecusable en materia de práctica y sobre puntos legales, pero cuando se trata de una teoría me atrevo a creer que su dictamen a este respecto no es el más seguro"²⁷. Es indudable que una investigación más detenida es necesaria sobre aspectos como los que acabamos de reseñar y sobre lo cual por ahora no insistiremos.

4. DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1853 AL CÓDIGO

Llegado el año 1853 se debe considerar el Proyecto de Código Civil publicado en esa fecha. Si bien las normas del título preliminar que interesan para nuestro estudio forman parte de aquellas que no obtuvieron su promulgación a través del Código, ellas nos proporcionan un claro índice de la forma en que evolucionan las ideas jurídicas sobre las fuentes del Derecho dentro del proceso codificador chileno.

El Proyecto de Código Civil de 1853²⁸, introduce en su título preliminar una innovación al definir el concepto de ley. Dice al respecto: "la ley es una declaración de la voluntad soberana, que manda, prohíbe o permite". En esta definición se puede reconocer la vinculación de esta fórmula de la codificación con el ideario político del constitucionalismo liberal, unidos ambos movimientos en su común origen en el iusracionalismo de los siglos XVII y XVIII.

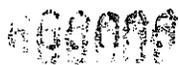
El artículo 2 del mencionado proyecto otorga valor a la costumbre con la expresión: "la costumbre tendrá fuerza de ley", disponiendo en los incisos siguientes las condiciones en que se debe probar la norma consuetudinaria.

El texto no señala expresamente el carácter subsidiario de la costumbre respecto de la ley; ésta se puede deducir del orden en la enumeración de las fuentes que se hace en el artículo 4 y del hecho de que la eficacia de la costumbre se haga derivar del cumplimiento de ciertos requisitos por los cuales se asimila su vigencia a la fuerza de la ley. Cabe agregar que la legislación dictada a partir del año 1837 ha reiterado esta supletoriedad de la costumbre referida a la ley.

Respecto de los requisitos de prueba sobre la costumbre, el artículo 2 ya mencionado agrega, a las decisiones judiciales requeridas para su prueba por el articulado del Proyecto de Código Civil

²⁷ Bello, *Obras Completas*, t. IX, introducción, p. XXXVII.

²⁸ Bello, *Obras Completas*, vol. XII, Santiago, 1885.



de 1841, la posibilidad de que en subsidio de esa probanza se establezca la existencia de la norma consuetudinaria sobre la base de cinco declaraciones conformes, vertidas por personas competentes, nombradas por el juez, de oficio o a petición de parte.

Continúa el articulado del Proyecto de 1853, después de definir la ley y la costumbre con fuerza de ley, estableciendo, en el artículo 4 que: "En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre con fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos y a falta de éstas, conforme a los principios generales de Derecho y de equidad natural".

La norma del artículo 4 estaba destinada a regular sólo materias civiles, no tenía, por tanto, el carácter supletorio general que en definitiva adquirirán las disposiciones del Código Civil.

Las fuentes originarias del artículo 4 del Proyecto de Código Civil de 1853 son, de acuerdo a la cita de Bello, el artículo 21 del Código de la Luisiana y el Cours de Code Civil de Delvincourt.

El planteamiento de Delvincourt, que dice expresamente seguir Bello, es muy importante por su contenido. El capítulo correspondiente dentro del título preliminar se refiere a las leyes positivas en oposición a las leyes naturales que el autor ha definido previamente en el capítulo anterior, precisamente su sentido, origen y efectos.

Delvincourt²⁹ define la ley positiva como aquella que debe sólo al hombre su existencia. En seguida especifica las diferencias entre ambos tipos de ley: las naturales están fundadas en la razón y en la equidad, son inmutables y no dependen de tiempo ni de lugar. No pueden variar y reglan por igual todas las acciones de los hombres.

La parte más importante de este planteamiento doctrinario está en la derivación de un principio de sujeción del juez a la ley positiva. Dice Delvincourt que aunque las disposiciones de las leyes positivas

²⁹ Delvincourt, M: Cours de Code Civil, t. I., Paris 1819, Titre préliminaire, págs. 1-8. La transcripción de los textos que han servido en la exposición es la siguiente: "Les Lois positives son celles qui ne doivent qu'à l'homme leur existence et leur autorité".

"Elles different des Lois naturelles, en ce que celles-ci sont fondées sur la raison et l'équité, qui son immuables, et qui ne dependent ni des temps ni des Lieux. Elles ne peuvent donc varier, et reglent également tous les actions des hommes. Les Lois positives, au contraire, devant être faites en considération des moeurs, du caractère, et même de vices du peuple qu'elles doivent régir, varient necessairement en raison des circonstances"...

"Lors donc que leurs dispositions sont formelles, les tribunaux doivent necessairement y conformer leur decisions, quand même elles paraissent contraires a l'équité. C'est sur ce principe qu'est fondée la distinction dont nous avons parlé plus haut, entre juste et l'équitable".

"Une chose est juste en droit, quand elle n'est pas contraire aux dispositions de la Lois positive".

"Elle est équitable, quand elle est conforme aux Lois de la morale et de la conscience". Tit. prélim. sect. II, p. 7, 8.

son formales, los tribunales deben necesariamente conformar a ellas sus decisiones aunque ellas parezcan en ciertos casos contrarias a la equidad.

Continuará explicando su pensamiento diciendo que sobre este principio está fundada la distinción entre lo *justo* y lo *equitativo*. Una cosa es justa en derecho cuando ella no es contraria a las disposiciones de la ley positiva, dirá Delvincourt. Ella es equitativa si está conforme con las leyes de la moral y de la conciencia.

El orden en la enumeración de las fuentes, esto es, la ley, la costumbre, razonamiento analógico y principios generales de derecho y de equidad natural es el único dato que hasta cierto punto autoriza a pensar que en este proyecto se pretendía establecer una especie de orden de prelación entre las fuentes que señala el texto. Nada dice el proyecto acerca de si el concepto de costumbre con fuerza de ley incluye sólo a la costumbre en silencio de la ley o también a la derogatoria de ésta. La interpretación más probable parece ser la que excluye la costumbre derogatoria de la ley, tomando en cuenta la uniformidad de los textos legales a partir de 1837 en el sentido de rechazar la costumbre contra ley.

De acuerdo a la misma cita de Bello, la fuente del artículo 2 de dicho proyecto, norma que determina el valor de costumbre, estaría en las disposiciones comentadas del Derecho castellano de las Partidas. Ello explicaría la contradicción de las primeras dos disposiciones del título preliminar con la intención de la legislación dictada desde 1837 en adelante en materia de fuentes y, por otra parte, la diferencia con el artículo 4 que incluye conceptos de tipo iusracionalista en el sistema de fuentes. De mantenerse las disposiciones propuestas en este texto de 1853 el mecanismo de las fuentes del Derecho no habría sido operativo³⁰.

Las revisiones y las modificaciones introducidas en el proyecto de 1853 en las normas correspondientes al título preliminar hacen variar profundamente el sistema propuesto. Desde luego el artículo 2 desechará de plano el reconocimiento al valor de la costumbre que había hecho tradicionalmente hasta entonces la legislación chilena patria y que se había mantenido en los anteriores proyectos de Código Civil. De acuerdo a la cita de fuentes incorporada por Amunátegui en el denominado proyecto inédito, publicado por ese historiador en las obras de Bello con el fin de completar el vacío dejado en la secuencia de los proyectos al no publicarse el correspondiente a la etapa de revisión del proyecto del año 1853, el artículo 2 se ori-

³⁰ Las notas sobre fuentes aparecen en la edición original del Proyecto de 1853 y fueron reproducidas en la edición de las Obras Completas de Andrés Bello preparadas por Miguel Luis Amunátegui.

ginó en la disposición de la ley II, título 2 del libro 3 de la Novísima Recopilación de Leyes de Castilla promulgada el año 1805³¹.

El artículo 3 completa la idea de restringir toda forma de manifestación del Derecho a la ley, al establecer, en el inciso primero, que "sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de modo generalmente obligatorio" y en seguida agrega que "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las controversias particulares en que se pronunciaron".

Las fuentes de esta disposición no están señaladas por Bello.

Considerando el contenido del artículo 3, en sus dos incisos, se puede determinar el origen más probable de sus normas como derivadas de las disposiciones correspondientes en los Códigos Civiles francés, austriaco y sardo, cuyos textos están reproducidos en nota, según la versión francesa contenida en el ya citado libro de Saint Joseph que Bello manejó en su trabajo codificador³².

Los textos recién señalados son los que adquieren vigencia a través de la dictación del Código el año 1855. Trataremos de establecer la concordancia de estas normas con las dictadas en el período patrio y que a la fecha de promulgación del Código se encontraban vigentes, a fin de determinar, en cuanto sea posible, la estructura del sistema de fuentes.

Desde luego, el artículo 2 del Código Civil derogó el número 3 del artículo de la ley sobre fundamentación de las sentencias dictadas el año 1851 en la parte en que autoriza a fallar aplicando la costum-

³¹ El texto legal castellano citado dice: "Todas las leyes del Reyno, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso...". La ley de la Novísima citada por Bello como fuente del artículo 2, que elimina el valor de la costumbre, tiene un sentido ajeno a la norma codificada; en ella se trata de establecer la vigencia de todas las leyes que no hayan sido expresamente derogadas, aun cuando algunas de ellas no se encuentren incluidas dentro de una recopilación. Esta ley fue dictada el año 1714 y la nota explicativa que la acompaña en la edición de los Códigos Españoles de Rivadeneira, Madrid, 1850, tomó 7, sacada de un auto acordado; tampoco se refiere a la costumbre.

El Código Civil austriaco, en cambio, contiene en su artículo 10 la norma equivalente a la disposición de nuestro artículo 2. El texto francés que fue conocido por Bello dice: "Les coutumes ne peuvent étre appliquées que pour le cas ou le lois s'y réfere" (Saint-Joseph, ob. cit., tomo I, p. 2. Edición 2. París 1856).

³² C. C. Austr. art. 8. "Au legislature seul appartient le pouvoir d'interpréter une loi d'une manière généralement obligatoire...".

C. C. Cerd. art. 16 "Le souverain seul peut interpréter la loi d'une manière généralement obligatoire".

C. C. Fr. art. 5. "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises".

C. C. Austr. art. 12. "Les décisions et les jugements intervenus ne peuvent étre étendu à d'autres cas et à d'autres parties".

C. C. Cerd. art. 17. "Les arrêts ou jugements n'auront jamais force de lois".

bre que tenga fuerza de ley. La única posibilidad de aplicación del texto consistiría en asimilar la expresión "costumbre con fuerza de ley" a los casos en que la ley se remite a la costumbre. A falta de ley, de acuerdo a la citada disposición de la ley de 1851, el juez podría fallar basándose en "razones de equidad natural", pero el valor de su sentencia, de acuerdo al artículo 3 del Código Civil, se extiende solamente al asunto sometido a su competencia, no pudiendo servir de antecedente jurisprudencial. Podría sí ser tomada en cuenta por otro juez para elaborar, en ausencia de ley y costumbre con fuerza de ley, su razonamiento o juicio de equidad natural.

Las reglas de interpretación de la ley contenidas en el título preliminar del Código Civil, por el solo hecho de constituir un sistema reglado de interpretación, refuerzan el valor privilegiado otorgado a la ley. Finalmente, debemos añadir que encontrándose vigente la ley dictada en 1837 que establecía de manera muy poco clara la denegación de justicia por parte del juez en el caso en que suspendiera la resolución de un pleito de su competencia "a pretexto de que la disposición clara de una ley necesita de interpretación de la autoridad legislativa o suponiendo falsamente que no existe ley aplicable al caso que ha de juzgarse"³³ quedó abierta por esta vía una brecha precisamente producida por la preeminencia privilegiada de la ley. A ella pondrá solución la norma que en el actual Código Orgánico de Tribunales dispone, en el artículo 10, inciso 2º, que es obligación de todo juez requerido legalmente en causa de su competencia de pronunciarse sobre él aun a falta de ley que lo regule.

Al momento de dictarse el Código Civil no queda suficientemente claro el papel que pueden jugar "los principios de equidad natural y los principios generales de Derecho fuera de ser considerados dentro de los elementos de interpretación de la ley, pero no en su calidad de formas de manifestación o formulación del Derecho".

³³ Ver p. 93 de esta obra.



UNIVERSIDAD CATOLICA DE VALPARAISO
Publicaciones de la Escuela de Derecho

REVISTA DE ESTUDIOS
HISTORICO - JURIDICOS



XVIII
1996



17 000020



UNIVERSIDAD CATOLICA DE VALPARAISO
Publicaciones de la Escuela de Derecho

REVISTA DE ESTUDIOS HISTORICO - JURIDICOS XVIII 1996

CONSEJO CIENTIFICO

FERNANDO CAMPOS (U. de Chile, Santiago) - † BENJAMÍN CID (U. de Chile, Santiago) -
HELMUT COING (U. de Frankfurt a. M.) - † ALAMIRO DE AVILA (U. de Chile, Santiago) -
ALVARO D'ORS (U. de Navarra) - † ALFONSO GARCÍA GALLO (U. de Madrid) - PAOLO
GROSSI (U. de Florencia) - † HUGO HANISCH (U. de Chile, Santiago) - HECTOR HERRERA
(U. Católica de Valparaíso) - MANUEL SALVAT (U. de Chile, Santiago) - ISMAEL SANCHEZ
BELLA (U. de Navarra) - BERNARDINO BRAVO LIRA (U. de Chile) - RICARDO ZORRAQUIN
BECÚ (U. de Buenos Aires) - VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI (U. de Buenos Aires) - ABELARDO
LEVAGGI (U. de Buenos Aires).

DIRECTOR

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO
(U. Católica de Valparaíso)

COMITE DE REDACCION

ITALO MERELLO A.
(U. Católica de Valparaíso)
CARLOS SALINAS A.
(U. Católica de Valparaíso)

La REDACCIÓN de la Revista tiene su sede en: *Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Casilla 4059, Fax (56-32) 273430, Valparaíso, Chile; y su ADMINISTRACIÓN COMERCIAL en *Ediciones Universitarias de Valparaíso*, Casilla 1415, Fax (56-32) 273429, Valparaíso, Chile.

La Revista se publica en un volumen anual. Sus colaboradores recibirán gratuitamente 25 separatas de los trabajos con que contribuyan. La Revista incluirá una reseña o reseña de toda obra que se le enviare a su dirección.

La edición del presente tomo contó con un subsidio de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT).

PRECIOS

Para toda América, US\$ 40.00
Para el resto del mundo, US\$ 50.00

En estos precios va incluido el envío por correo aéreo o terrestre, según los casos.

Edición y Producción: Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso.

ISSN 0716 - 5455

ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE LOS PRINCIPIOS DE INEXCUSABILIDAD Y LEGALIDAD

MARÍA ANGÉLICA FIGUEROA
Universidad de Chile

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar la relación existente en la aparición y posterior evolución de los principios de inexcusabilidad y legalidad dentro del proceso de desarrollo histórico del derecho hispano-chileno.

En primer lugar señalaré la actual regulación que ambos principios tienen en el derecho chileno vigente, haciendo presente que su origen corresponde a distintos periodos históricos. La inexcusabilidad del tribunal está establecida con rango constitucional en el artículo 73 inciso 2° de la Constitución Política de 1980, disposición que expresa: «*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión*».

Esta disposición no estaba contenida en la Constitución de 1925, pero la inexcusabilidad estaba regulada por la ley procesal orgánica. Creo probable que su reiteración con rango constitucional se haya debido a los problemas suscitados por normas programáticas de dicha constitución, como la del artículo 87 que establecía los tribunales administrativos, encargando su organización y determinación de atribuciones a la ley. No habiéndose dictado dicha ley durante la vigencia de la constitución, los tribunales ordinarios, a pesar que la ley establecía la inexcusabilidad en los términos que enseguida veremos, se excusaron de conocer causas contencioso administrativas.

El Código Orgánico de Tribunales, dictado el año 1943, dispone al respecto en su artículo 10, en los términos siguientes: «*Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión*».

El mismo código, en su artículo 112 dispone: «*Siempre que según la ley fueren*

competentes para conocer de un mismo asunto dos o más tribunales, ninguno de ellos podrá excusarse del conocimiento bajo el pretexto de haber otros tribunales que puedan conocer del mismo asunto» agregando en seguida la regla de la prevención a fin de fijar la competencia.

Conviene desde luego advertir que la disposición del artículo 10 del C.O.T. se hallaba integrada al ordenamiento jurídico chileno en el texto contenido en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, artículo 9 dictada el 15 de octubre de 1875¹.

Por otra parte, varias disposiciones conforman en el derecho chileno vigente el estatuto legal que regula el principio de legalidad, el que se encuentra íntimamente ligado al de inexcusabilidad en la medida en que la obligación de resolver impuesta al juez obliga al ordenamiento jurídico a hacerse cargo del problema de las lagunas legales debiendo expresar el ámbito de atribuciones dentro de las cuales debe o puede moverse la actuación del juez para cumplir con su deber.

Así, en materia de legalidad, desde luego la norma Constitucional aplicable de modo genérico a todos los funcionarios de los poderes constituidos, entre ellos a los jueces, determina que la ley es la única fuente de las atribuciones que pueden ejercer, de modo que si actúan fuera de las atribuciones que ésta les fija, sus actos adolecerán de nulidad, artículo 7 de la Constitución de 1980.

Con todo, ya hemos visto que el artículo 10 del C. O. T. ha determinado que el juez no puede excusarse de resolver una contienda sometida a su competencia aun cuando no exista ley que resuelva el caso.

De modo complementario, el Código de Procedimiento Civil vigente desde 1903, en su artículo 170, al establecer los requisitos que deben contener las sentencias definitivas de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, determina en su número 5, que dichas sentencias deben expresar: «la enunciación de las leyes y en su defecto de equidad con arreglo a las cuales se pronuncia el fallo».

Podemos comprobar así que las normas del Código de Procedimiento Civil, colocadas en el supuesto de la obligatoriedad del juez de resolver todas las causas sometidas a su competencia, determina que «en defecto» de las leyes, lo que se ha entendido, a falta de ley que el juez debe pronunciar sus fallos conforme a los principios de equidad.

De este modo, el Código de Procedimiento Civil dictado en 1903, mediante la disposición antes mencionada, reincorporó al sistema jurídico chileno en formación, la vigencia de los principios de equidad, con carácter supletorio respecto de las lagunas legales frente a las cuales pudiera enfrentarse el juez. El Código de

Procedimiento Civil amplió así el papel limitado que le había asignado el Código Civil al juez desde 1857 en la regulación de las fuentes formales del derecho en su título preliminar.

Hasta esa fecha, 1903, el Código Civil, habiendo dado total primacía a la ley como fuente del derecho, todo ello en concordancia con el cambio del concepto de ley como manifestación de la voluntad nacional de acuerdo al constitucionalismo liberal, reglando en su título preliminar la interpretación de ésta, menciona la equidad natural como elemento de la interpretación de la ley. Así, después de los elementos gramatical, histórico, lógico y sistemático, en último término, y sólo a falta de éstos, la equidad natural, junto al espíritu general de la legislación, podrán utilizarse para interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de la ley, según señala hasta hoy el art. 24 del texto citado².

Debido al carácter indirecto del texto legal que incorpora esta fuente al sistema chileno, entonces a finales de su proceso codificador, existieron dudas acerca de la función que le cabría en cuanto a suplir los vacíos de la ley³.

Con todo, la equidad natural aparece reconocida dentro del sistema positivo chileno, en el sentido de fuente supletoria de la ley, el año 1931 de acuerdo al planteamiento hecho al respecto por el profesor Arturo Alessandri Rodríguez⁴ en un comentario de jurisprudencia.

Interpretando la amplitud de las atribuciones otorgadas al juez por el texto del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, el profesor Fernando Fueyo expresa: «no bastará al juez 'enunciar principios de equidad' en razón de laguna legal... El juez deberá fundar la presencia de laguna legal que autoriza la aplicación de la fuente supletoria y en seguida deberá fundar los principios de equidad que está empleando» todo ello para dar cumplimiento cabal al número 4º del mismo artículo 170 que exige que el juez exprese las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia⁵.

Finalmente, consideraré la relación existente entre la obligación del juez a ceñirse a la ley, con la disposición del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil que regula el recurso de casación en el fondo. El inciso primero de la disposición señala que: «El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada con infracción de ley, siempre que ésta haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia».

Concuerdo en este punto con la interpretación del profesor Fueyo en cuanto considero que esta disposición puede constituirse en una limitación de la atribu-

000021

² FUEYO, Fernando, Interpretación y juez (Santiago, 1976), p. 36.

³ MUJICA BEZANILLA, Fernando, La integración de las lagunas legales, en Revista de Derecho y Jurisprudencia 56 (Santiago, 1959), 1ª parte, p. 170-171.

⁴ ALESSANDRI R., Arturo, Comentario a la sentencia de 29 de julio de 1931, en Revista de Derecho y Jurisprudencia 28 (Santiago, 1931), sec. Iª, p. 692.

⁵ FUEYO, Fernando, Interpretación y juez (Santiago, 1976), p. 38 ss.

¹ Ver BALLESTEROS, Manuel Egidio, Ley orgánica de tribunales (Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1890); VARAS GÓMEZ, Luis y GARCÍA GARZENA, Víctor, La ley de organización y atribuciones de los tribunales, de 15 de octubre de 1875. Las disposiciones que modifican y complementan (Santiago, 1942).

ción otorgada indirectamente al juez por el N° 5 del art. 170. Tal caso se daría en el evento en que el juez aplicara la equidad fundado en la existencia de un vacío legal declarado expresamente por él en su sentencia y que la Corte no admitiera tal supuesto. También será procedente la situación inversa, esto es, que la sentencia recurrida de casación no hubiera admitido la existencia de un vacío legal y que éste fuera declarado por el tribunal de casación y ello lo condujera a resolver aplicando principios de equidad.

Después de identificar las disposiciones fundamentales que regulan el tema en estudio en el derecho chileno vigente, revisaremos en perspectiva histórica, brevemente, las normas que sobre éste aparecen progresivamente en el derecho castellano. Al respecto recordemos que tales antecedentes no tienen sólo un interés científico pues el carácter supletorio del derecho castellano en América durante los tres siglos de la dominación hispánica les dan el carácter, no sólo de antecedentes de la codificación, sino de normas integradas a la vida práctica del derecho.

En el ámbito histórico, sobre el tema de la inexcusabilidad existe un valioso trabajo del profesor Aldo Topasio⁶, al cual haré referencia en varias oportunidades. Sobre el segundo tema, el de la vinculación del juez a la ley o su alternativa consistente en que el ordenamiento jurídico reconozca al juez capacidad creativa de derecho a través de sus fallos, existen trabajos publicados por la profesora que expone y por los profesores Bernardino Bravo y Alejandro Guzmán⁷.

Debemos situarnos en el período temprano medieval para encontrar los primeros antecedentes sobre la materia que nos ocupa, que de modo legítimo podamos vincular exclusivamente al proceso de formación del derecho castellano. El más importante texto de la legislación visigoda, el *Liber iudiciorum*, cuyas tres ediciones fueron recopiladas en el siglo VII, contiene varias disposiciones relativas al predominio de la ley real por sobre la costumbre. Todas ellas indirectamente impiden al juez resolver en aquellos casos no previstos en la ley disponiendo que el proceso sea remitido al rey a fin de que éste juzgue o provea una ley para hacerlo⁸.

Agrego, a los antecedentes aportados por el trabajo ya citado, que el *Liber* regulaba además el principio de inexcusabilidad del juez disponiendo una pena en el caso en que éste denegare justicia o prolongare con excusas un pleito (*Lib. Jud.*

ley 18, tít. I, Lib. II). Esta disposición aparece en contradicción con las anteriores, lo que es usual en la legislación que recopila textos de diferentes épocas; con todo, es probable que la inexcusabilidad del juez debiera entenderse en relación, no a un juzgamiento sino a un inicio de su conocimiento para remitirlo al rey en caso de faltar la ley que lo resolviera.

Coincidió con el profesor Topasio en que la intención de los monarcas visigodos, al exigir al juez que a falta de ley remitiera la causa al rey, fue establecer el cierre del ordenamiento jurídico, en especial frente a la costumbre jurídica. El juez quedaba así sometido a la ley constituida por el texto del *Liber iudiciorum* impidiendo interpretarla o complementarla con la costumbre o la equidad.

Sin embargo no se puede dejar de tener presente que las tres ediciones del *Liber* reciben la influencia del derecho canónico, directamente a través de la participación que cupo a los concilios toledanos, los que pasan a colaborar en la redacción de la ley del Estado a partir del año 589, fecha de la conversión del Rey Recaredo al catolicismo.

Así se introduce en dicho texto el concepto de derecho natural según este había sido recogido y reelaborado por la escuela de la patrística católica. Al igual se introduce en la recopilación visigoda el concepto y los rasgos distintivos de la «ley justa», esto es, de aquella adecuada al derecho natural.

El texto dice: «La ley debe ser manifiesta, y debe ser conveniente al lugar y al tiempo, y debe ser justa, igual, honesta, digna y provechosa. Y el hombre debe comprender que todo aquello que impone es provechoso y no dañino» (*Lib. Jud.*, ley 4, tít. II, Lib. I.). La ley anterior a esta disponía: «Primeramente el legislador debe comprobar si aquello que quiere imponer puede ser, y después debe comprobar si no lo impone sólo en su provecho, sino comunalmente por el provecho del pueblo para que aparezca claro que no hace la ley para sí, sino comunalmente para todos» (*Lib. Jud.*, ley 3, tít. I, lib. I.).

Se fija así el ámbito de dependencia de todo el derecho positivo, constituido por el propio *Liber*, incluidos sus preceptos sobre legalismo y excusabilidad del juez, respecto del derecho natural, el cual, como ordenamiento superior enfrentará a las normas positivas al juicio de valor entre su coherencia o contradicción con la equidad contenida en el derecho natural. De este modo el juez podía verse enfrentado a leyes que no resolvieran el caso o cuya solución fuera contraria al derecho natural. Teóricamente, en ambos casos, el juez debía apoyarse en la equidad para resolver casuísticamente.

Probablemente en la etapa visigoda, por lo tardía de la vinculación entre el Estado y la iglesia católica, estas normas no hayan tenido sino una aplicación formal o quizás ninguna. Con todo su inclusión al *Liber*, como parte de la incorporación al texto de la teoría de la patrística en la versión de Isidoro de Sevilla, obligadamente planteará al interior de la legislación visigoda el típico enjuiciamiento que existe en todo ordenamiento positivo que acepta un presupuesto de existencia de un derecho natural: el juicio de valor respecto de cada norma positiva frente al caso concreto que debe regir, en cuanto a su eficacia para producir la solución material específicamente equitativa.

⁶ TOPASIO, Aldo, *Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (Santiago, 1983), p. 153 ss.

⁷ Entre otros, ver: BRAVO LIRA, Bernardino, *La codificación de los derechos nacionales en Europa e Iberoamérica y su disociación del derecho común*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 15 (Santiago, 1989), pp. 447 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, 1982), vol. 1, p. 97 ss.; FIGUEROA, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista, en Bello y el derecho* (Santiago, 1982), 77 ss.

⁸ Ver la citación de los textos en: TOPASIO, Aldo, *Fundamentos histórico del principio de inexcusabilidad*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (Santiago, 1983), 156-157

Continuando con nuestro recorrido histórico, entre los siglos VIII al XIII, Alta Edad Media, en los reinos cristianos que más tarde conformaron la Corona de Castilla predomina la vigencia de la costumbre y adquiere gran importancia la creación jurisprudencial judicial. Recordemos que en esta etapa la escasa legislación dictada por los monarcas permite la coexistencia de derechos territoriales, esto es, vigentes en todo el reino, junto a los derechos locales de carácter municipal, señorial, además de los estamentales y religiosos. En cada uno de estos ámbitos el papel del juez creando norma jurídica por la vía de aplicar la costumbre o la equidad conforma la variedad jurídica propia del altomedioevo.

Hay un claro predominio en esta época de los elementos formativos del derecho constituidos por el derecho romano vulgar y del elemento germánico. Sólo formalmente rige en León y en ciertas ciudades reconquistadas a fines del periodo, el *Liber iudiciorum*. Recordemos que tiene preeminencia en el juzgamiento de las causas el derecho local por sobre el territorial; por lo demás este último en Castilla, después del rechazo del Liber, está constituido por «los juicios de albedrío o fazañas» esto es, jurisprudencia judicial juzga sobre la base de la costumbre o crea norma fundado en la equidad.

Precisamente este sistema de jurisdicciones de privilegio, en razón de inmunidad señorial o autonomía municipal, será la base del problema jurídico que enfrentarán los monarcas de la Baja Edad Media en su afán de unificación jurídica⁹.

Sobre el tema del derecho altomedieval debo agregar que los fueros más importantes como los de Soria, Cuenca, Sepúlveda contienen normas cuyo fin es obligar a los vecinos a someter sus contiendas a las justicias municipales e impedir de este modo la venganza privada; muchos textos derivados o influidos por estos fueros tipo recogen sus normas¹⁰.

Especial relevancia tiene al final del periodo altomedieval la dictación por las primeras Cortes del reino de León de los decretos aprobados por esta asamblea legislativa triestamental el año 1188, conocidos más tarde como «Carta Magna leonesa» por asimilación comparativa con la Carta Magna inglesa de 1215. Dicho texto, que rigió como derecho para todo el reino, contiene en su mayoría, normas de tipo procesal. Entre ellas dispone que la denegación o retardo malicioso en la administración de justicia por parte del juez -y la carta leonesa entiende que existe retardo si «hasta el tercer día no se aplicara el derecho»- faculta al agraviado por la denegación o retardo para exigir del juez, una vez probado el hecho me-

dante testigos «pagar dobladas al querellante, tanto la cuantía de la demanda como los gastos¹¹».

Iniciado el periodo bajo medieval, siglos XIII al XV, la acción de la monarquía se centra en una política de unificación bajo el poder real; dentro de este proceso, la unificación jurídica es primordial.

Para alcanzar la unificación jurídica se utiliza por los monarcas la doctrina jurídica denominada *jus commune* que se elabora entonces en las universidades medievales mediante la técnica de la glosa inicialmente y del comentario, a partir del siglo XIII. Esta concepción sustenta el fortalecimiento del poder real frente al derecho, en especial a través de su vertiente fundada en fuentes romano postclásicas.

Este derecho teórico pretende integrar en sus planteamientos normativos la vinculación entre el derecho romano de los textos justinianos, con el derecho canónico tanto conciliar como aquella normativa emanada del Papa. Importante es tener presente, que contemporáneamente con la elaboración del *jus commune* en los claustros universitarios de esta época, la escuela del derecho natural de la escolástica católica busca la integración de la filosofía griega, en especial la de Aristóteles a la concepción dogmática religiosa católica. Como es sabido esta escuela desarrolla ampliamente la doctrina del derecho natural católico.

En consideración a lo anterior nada tiene de extraño que los primeros textos legales castellanos, inspirados en el derecho común, esto es, el Código de las Siete Partidas (Part. 3, tít. XXII, ley XI) de Alfonso X, y el Fuero Real (lib. I, tít. VI, ley V), junto con recoger como parte del derecho positivo normas que disponen que el juez debe excusarse de conocer en los casos en que falta ley, entregando al rey la tarea de resolverlos, agreguen los requisitos que debe cumplir la ley positiva para ser ley «justa». Repite, pero con mayor latitud y coherencia, que la ley debe ser apropiada al lugar, al tiempo y a las circunstancias, igual para todos, dada en pro comunal de las gentes y no en beneficio privado, no puede ir contra los mandamientos de la religión ni contra derecho natural.

A mi modo de ver, la existencia de estas normas que obligan al juez a evaluar la ley positiva no sólo en cuanto si ella contiene la solución del caso sometido a su competencia sino en cuanto a si esa solución que provee está o no de acuerdo con el concepto de una ley justa, explicaría la razón de que sean las Leyes del Estilo, que contienen jurisprudencia producida en la aplicación del Fuero Real en el tribunal de la Corte del rey y que nacen en consecuencia de dicha aplicación, el texto que admita la apertura hacia la equidad como criterio de juzgamiento (Leyes del Estilo, ley LXIII, ley CCXXXVIII).

El cierre del ordenamiento legal castellano dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348 y en las Leyes de Toro de 1505, al establecer sus respectivos órdenes de prelación, en ambos casos se dispuso que a falta de norma en los tres primeros órdenes, en cuarto lugar se debía recurrir al rey. Con todo,

⁹ Ver, en general: GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de historia del derecho* (Madrid, 1964); TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *Manual de historia del derecho* (Madrid, 1980); MONTANOS, EMILIA y SÁNCHEZ ARCILLA, JOSÉ, *Historia del derecho y de las instituciones* (Madrid, 1991); LALINDE, JESÚS, *Iniciación histórica al derecho español*.

¹⁰ FIGUEROA, María Angélica, *Apuntes sobre el origen de las garantías a los derechos humanos en la legislación hispano-chilena, en Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales de Chile 2* (Santiago 1967).

¹¹ *Carta magna leonesa*, párr. 8, en *Cuadernos de historia de España* 9, p. 147.

000012

siguiendo la idea antes expuesta en cuanto al reconocimiento del derecho natural, incluso por los textos positivos, y no olvidemos que el Ordenamiento de Alcalá de Henares promulga el Código de las Partidas, habría que considerar esta clausura del ordenamiento como referida al derecho positivo el cual obviamente incluye las normas que emita el propio rey.

Como lo reconocen todos los especialistas el objetivo de la clausura del sistema en el poder del rey está destinado a detener la injerencia de la doctrina del derecho común, más allá de los términos en que ésta es aceptada en la recepción legal de los textos dictados por el propio monarca.

Pasemos finalmente al derecho indiano, el que como sabemos, fue creado como un derecho particular para América, el cual en los amplios vacíos respecto de materias no reguladas de modo especial, como derecho penal, civil, procesal, debía ser suplido por el derecho castellano de acuerdo al orden de prelación de las Leyes de Toro. Este, sabemos, cerraba la creación de derecho en torno al rey de modo expreso, con las salvedades que ya hemos advertido sobre la supremacía del derecho natural.

Sólo la vigencia del derecho positivo indiano castellano supeditado al contenido de un concepto valorativo de derecho natural puede explicarnos funciones como las de las audiencias americanas respecto de la «suplicación de la ley injusta» frente a la cual la audiencia dejaba a salvo el reconocimiento de la legitimidad de la potestad real para legislar mediante el «acatamiento» de la ley, pero se hallaba obligada a suspender la aplicación de la ley y a «suplicarla» en los casos en que su contenido fuera «injusto». Como sabemos, en la práctica el mecanismo se utilizó correcta e incorrectamente, en nuestro análisis interesa en la medida que es una comprobación de la apertura del sistema hacia la equidad. Sólo del mismo modo es posible explicar la adaptación al tiempo, al lugar y a las circunstancias que se dio a las Partidas en América según nos testimonia la jurisprudencia indiana en la medida en que se ha ido trabajando sobre ella. Creemos que en América indiana imperó un sistema de arbitrio judicial que con diversos controles tendientes a evitar la arbitrariedad permitió a los jueces hacer prevalecer, sobre el texto positivo que resolviera el caso, la formulación de fallos basados en la equidad. El juez no estaba obligado a fundamentar de modo expreso su sentencia¹².

Finalmente haremos un breve recuento del proceso de formación del derecho chileno durante el periodo de la codificación. En primer lugar recordemos que a partir de 1810 y después de la interrupción producida por la reconquista desde 1818, la mayor parte de las innovaciones legales se hacen en el ámbito del derecho público y más específicamente en el derecho constitucional. Queda vigente el derecho indiano suplido por el castellano, si bien la Constitución de 1818 que expresamente ratificó esa vigencia, dispuso que regían en todo aquello que «no pugnara con el sistema liberal de Gobierno»

Las leyes de procedimiento dictadas el año 1837 y que son conocidas como «Leyes Marianas» inician el proceso de estructurar el sistema jurídico en torno a una preeminencia de la ley como fuente formal del derecho. No es del caso aquí referirme al muy distinto fundamento que tiene en la concepción jurracionalista que sirve de sustento al proceso constitucionalista y codificador, la valorización de la ley. Esta, en la medida en que corresponde al concepto de «manifestación de la voluntad soberana de la nación» fundamenta no sólo el pacto social sino que está destinada a completar el sistema en concordancia con el texto constitucional¹³.

Una de las tres leyes dictadas el año 1837, la conocida como «ley de fundamentación de la sentencia» dispuso que los jueces debían fundamentar sus fallos, y en el inciso segundo establece, después de aclarar que la fundamentación debe tener los caracteres de brevedad y sencillez, agrega que la sentencia debe contener el establecimiento de la cuestión debatida, sea de hecho o de derecho, debiendo a continuación señalar las leyes que han servido de fundamento a la decisión judicial.

Hasta el momento de dictarse la ley de 1837 que dispuso la fundamentación de las sentencias en la ley, los jueces no tenían obligación de fundamentar expresamente las sentencias y más aún, la mayor parte de las leyes castellanas supletorias habían sido modificadas a través de un proceso de adaptación casuística. Esta afirmación es aplicable a la casi totalidad de las leyes penales en cuanto a su sanción.

Ante una modificación tan tajante, la Corte Suprema pidió al ejecutivo aclaraciones sobre el texto. (La ley había sido dictada por el ejecutivo en virtud de facultades extraordinarias delegadas por el Congreso). Esas aclaraciones fueron formuladas por Mariano Egaña, autor de las leyes, quien en virtud de la inexistencia de incompatibilidades en la Constitución Política de 1833, cumplía también el cargo de fiscal de la Corte Suprema. Dicha aclaración se convirtió en reglamento de aplicación de la ley. El texto de las consultas planteadas por la Corte Suprema son muy interesantes; aquí destaco solamente la descripción que hace del funcionamiento del sistema procesal indiano-patrio y el punto relativo al problema de la facultad del juez frente a la ausencia de ley o a la falta de adecuación de ella a una solución equitativa del caso. Evacuando la consulta en relación al vacío legal el informe estableció de modo genérico que la ausencia de ley debía ser suplida por «las máximas eternas del derecho natural, los principios generales de la jurisprudencia, las leyes análogas, las decisiones de los tribunales y opiniones de jurisperitos». Formalmente las sentencias debían expresar los fundamentos reales del fallo, disponiendo que éstos podían consistir en los principios generales que se han deducido de las leyes por medio de la analogía. En materia penal se esta-

¹² Sobre el punto, ver: FIGUEROA, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista*, en Bello y el derecho (Santiago, 1982), p. 77-87

22

¹³ Sobre el tema, ver: FIGUEROA, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista*, en Bello y el derecho (Santiago, 1982), p. 77 ss.

bió un sistema diferente pues el informe decidió que se debía obviar el problema que podría crear la aplicación de leyes penales muy duras debiendo el juez sentenciar de acuerdo a la ley correspondiente, pero se le otorga la facultad de suspender su ejecución y representar al ejecutivo que «sería conforme a equidad» la conmutación de la pena por otra más benigna que señalen¹⁴.

En el fondo, el reglamento restableció en gran medida la totalidad de las fuentes formales vigentes y las amplias atribuciones de que disponía el juez.

El año 1851 se dicta una nueva ley sobre fundamentación de las sentencias. Tres son los puntos más importantes de este texto en cuanto al tema que nos ocupa. En esta ley procesal se fijan los requisitos de forma que deben cumplir las sentencias definitivas o interlocutorias de primera instancia y revocatorias de «otro tribunal o juzgado». En su inciso 3 del artículo 3 dispone que las sentencias deben contener «Los hechos y las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de ley y a falta de una y otra, «las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia». Esta norma, excluido el valor que le da a la costumbre es el claro antecedente del actual artículo 10 del C. de Procedimiento Civil al que aludimos al comienzo.

La obligatoriedad de dar preeminencia expresa a la ley que había pretendido establecer la ley del año 1837 fue desvirtuada por el informe-reglamento de Egaña y el planteamiento contenido en éste se mantiene en la ley procesal de 1851.

El Código civil tenderá a cerrar el ordenamiento jurídico al ser promulgado en 1855 pero nuevamente los textos procesales mantendrán una apertura del sistema en torno a la jurisdicción de equidad.

¹⁴ FIGUEROA, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista*, en *Bello y el derecho* (Santiago, 1982), p. 86-95.

Prof. Álvaro Fuentesalba H.

Materiales de Lectura: Interpretación de la Ley

Interpretación de la ley en Chile

a) Regulación

Código Civil, artículos 19 a 24.

b) Interpretación de las reglas de interpretación del Código Civil.

- Guzmán Brito, Alejandro. 1992. La Historia Dogmática de las Normas sobre Interpretación Recibidas por el Código Civil de Chile. En *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico*: 41-87. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- De Mora, José Joaquín. 1839. *Curso de Derechos del Liceo de Chile*, tomo 1: Derecho Natural y de Gentes. Santiago: Imprenta Republicana (extractos).
- Cood, Enrique y Clemente Fabres. 1882. *Explicaciones de Código Civil*. Santiago: Imprenta Cervantes (extractos).
- Alfonso, Paulino. 1892. De la Interpretación de la Ley. *Revista Forense Chilena* tomo 8. Santiago: Imprenta Cervantes.
- Claro Solar, Luis. 1973? [1893?]. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* vol. 1. Santiago: Ed. Jurídica de Chile (extractos).
- Barros Errázuriz, Alfredo. 1915. *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Imprenta Chile (extractos).
- León Hurtado, Avelino y Fernando Mujica Bezanilla. 1968. El Tenor Literal en la Interpretación de la Ley. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* vol. 65 primera parte 224-229. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- Ducci Claro, Carlos. 1989³. *Interpretación Jurídica: En General y en la Dogmática Chilena*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile (extractos):

000014

c) Fuentes de los artículos 19 a 24 del Código Civil

- Bello, Andrés. 1832. *Principios de Derecho de Jentes*. Santiago: Imprenta de la Opinión (extractos)
- Bello, Andrés. 1954 [1864³]. *Principios de Derecho Internacional*. En *Obras Completas de Andrés Bello* vol. 10, 175-182. Caracas: Ediciones del Ministerio de Educación (extractos)
- Bello, Andrés. 1893. *Discusión sobre el Efecto Retroactivo de la Ley con Ocasión de la Reforma del Reglamento de Elecciones, 1842*. En *Obras Completas de Don Andrés Bello* vol. 15, Miscelánea. Santiago: Imprenta Cervantes.
- Bello, Andrés. 1890. *Nota Postuma sobre Interpretación de la Ley*. Publicada por Miguel Luis Amunátegui en su introducción a la edición del Proyecto Inédito de Código Civil. En *Obras Completas de Don Andrés Bello* vol. 13. Proyecto Inédito de Código Civil. Santiago.
- Código Civil de La Louisiana de 1825. *Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana* vol. 3 parte 1. Baton Rouge, La.: The Louisiana State Law Institute (1940) (extractos). Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez.
- Proyecto de Código Civil Presentado por la Comisión Designada por el Gobierno el 24 de Termidor del Año VIII (Proyecto de Código Civil de 1800). *Projet de Code Civil Présenté par la Commission Nommée par le Gouvernement Le 24 Thermidor An 8*. Paris: Lemarchand, Librairie (1801) (extractos). Traducción por Antonio Bascuñán Rodríguez.

3. Clásicos

- Grocio, Hugo. 1925 [1625]. *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* vol 2, 291-313. Madrid: Reus (extractos).
- Pufendorf, Samuel. [1673 y 1672]. *Acercas de la Interpretación De Officio Hominis et Civis juxta Legem Naturalem*. Londres (1673), según su traducción alemana por Klaus Luig, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*. Frankfurt a.M.: Insel Verlag (1994). Con anotaciones de los pasajes respectivos del Capítulo XII del Libro V de *De Iure Naturae et Gentium* (1762), según su traducción francesa por Jean Barbeyrac, *Le Droit de la Nature et de Gens*. Basilea (1732), en reproducción fotostática impresa por iniciativa del Centro de Filosofía Política y Jurídica de la Universidad de Caen (1989). Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez.
- De Vattel, Emmerich. 1824 [1748]. *Derecho de Gentes ó Principios de la Ley Natural* vol. 2, 239-338. Paris: Casa de Masson e Hijo (extractos).
- Blackstone, William. 1803¹⁴. *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra*. *Commentaries on the Laws of England*. Londres: Cadell & Davis (extractos). Traducción de Rodrigo P. Correa G.
- Domat, Jean. 1723. *Las Leyes Civiles según su Orden Natural*. *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel, Le Droit Public, et Legum Delectus*. Nouvelle Edition. Tomo 1. Paris: Pierre Gandouin, Libraire (extractos). Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez.
- Domat, Jean. 1723. *Tratado de las Leyes*. *Traité des Loix, en Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel* tomo 1. Paris (extractos). Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez.
- Von Savigny, Friedrich Carl. 1878 [1840]. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Madrid: Góngora y Cía. (extractos).

CÓDIGO CIVIL

Título Preliminar

§ 4. Interpretación de la ley

Art. 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Art. 21. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Art. 22. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

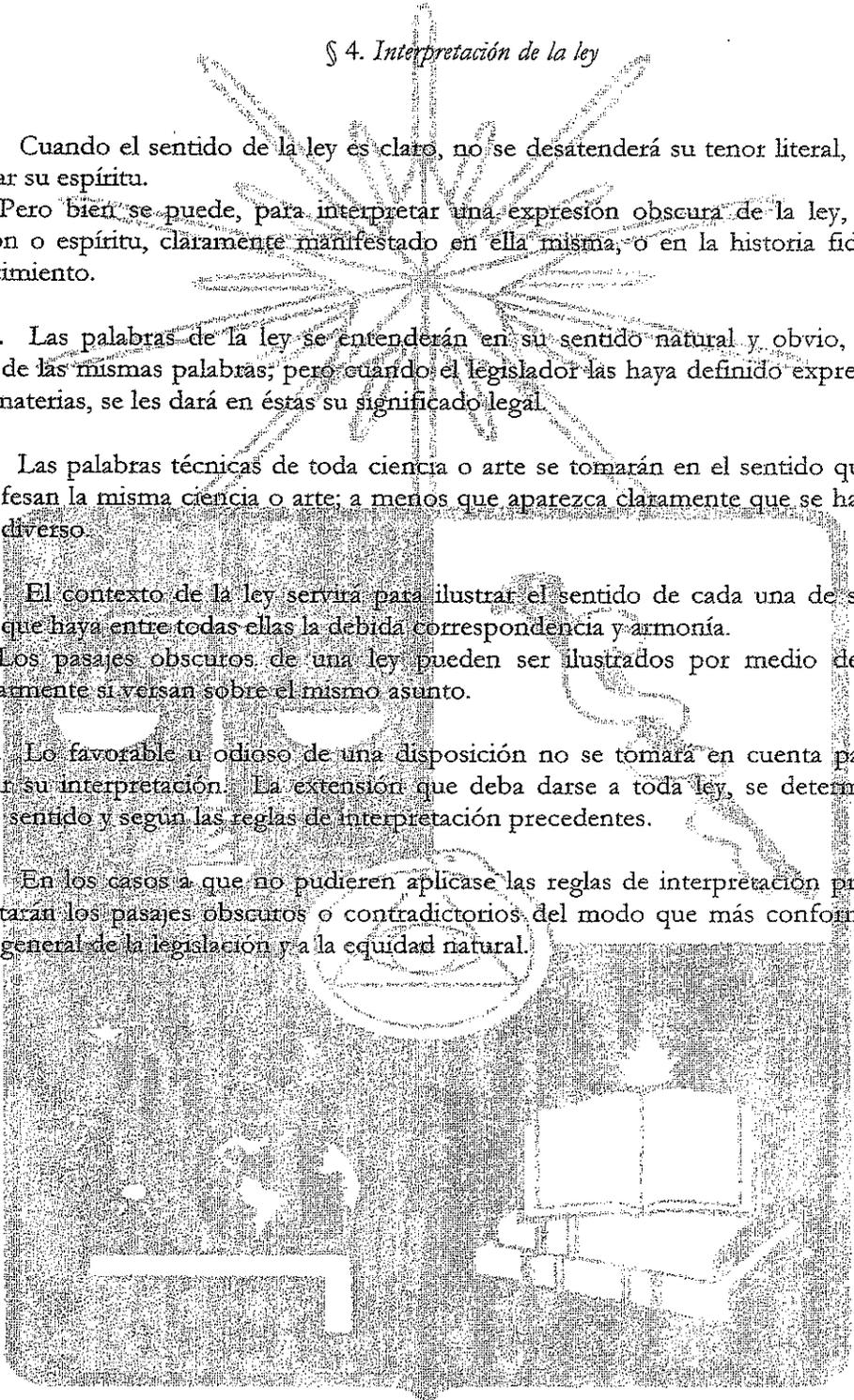
Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Art. 23. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

Art. 24. En los casos a que no pudiesen aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

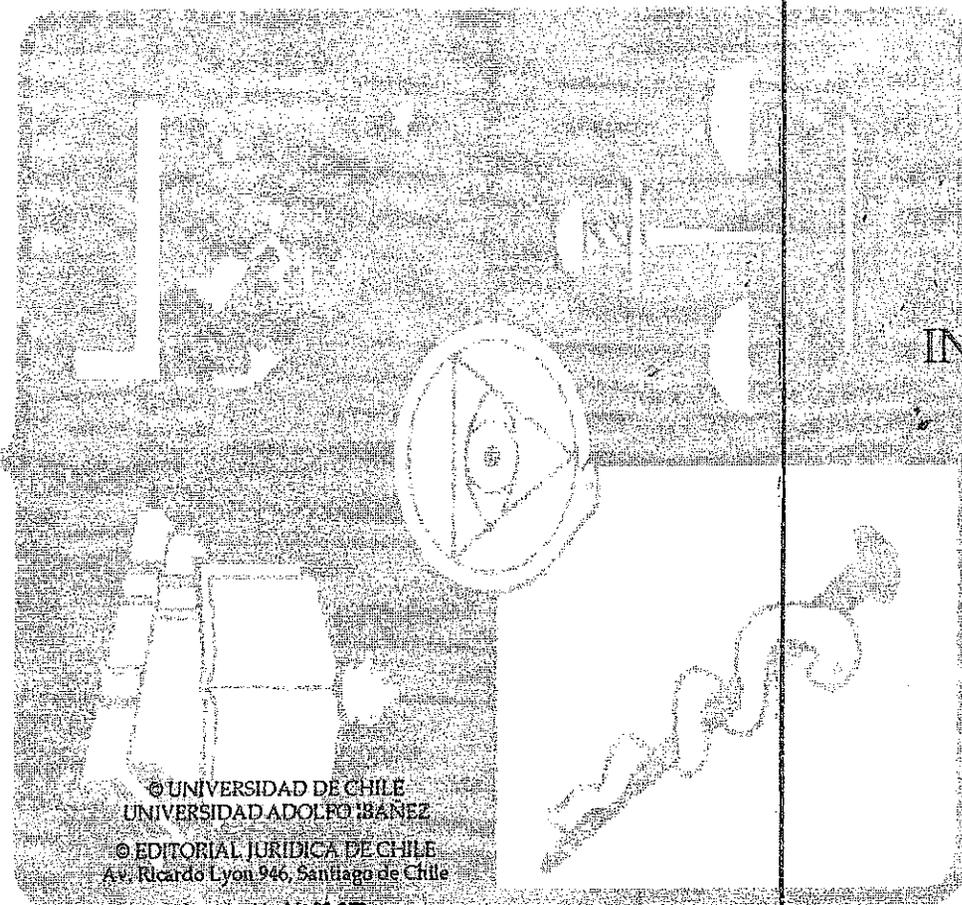
00001

000015



Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor

UNIVERSIDAD DE CHILE
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ



CONFERENCIAS Y PONENCIAS
PRESENTADAS EN EL CONGRESO SOBRE

INTERPRETACION, INTEGRACION Y RAZONAMIENTO JURIDICOS

(Santiago y Viña de Mar,
23 a 25 de mayo de 1991)

© UNIVERSIDAD DE CHILE
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile

Inscripción N° 82.372

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 1.000 ejemplares en el mes de noviembre de 1992

IMPRESORES: Editorial Universitaria

IMPRESO EN CHILE/PRINTED IN CHILE

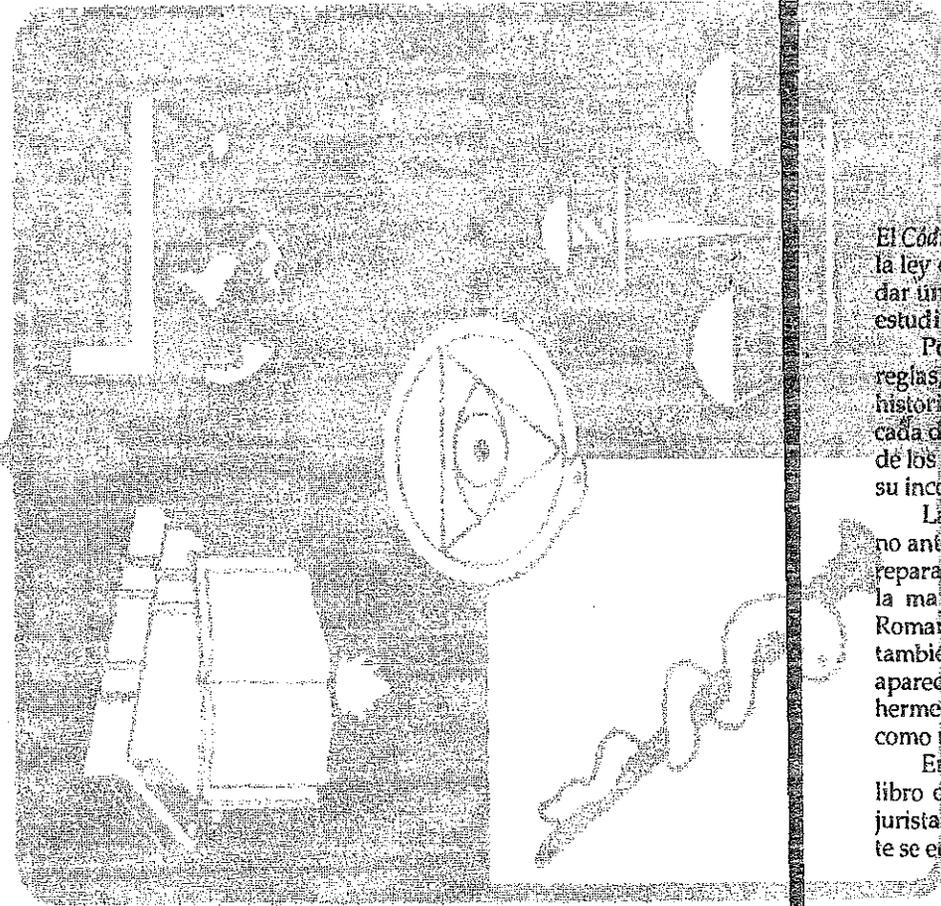
ISBN
956-10-0986-2

000012

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

LA HISTORIA DOGMÁTICA DE LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN RECIBIDAS POR EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE

Alejandro Guzmán Brito



El *Código Civil* de Chile ofrece normas concernientes a la interpretación de la ley en sus artículos 3, 5, 9 incisos 2, 11, 13 y 19 a 24. Nos proponemos dar una visión general sobre el origen de las más importantes. Pero este estudio presentará dos limitaciones.

Por un lado, quedará circunscrito a la historia dogmática de esas reglas, es decir, referida puramente a los conceptos; lo cual excluye su historia legislativa, concerniente a las fuentes directas e inmediatas de cada disposición, incluso dentro del proceso codificador chileno a través de los diferentes proyectos. La razón de eso está en el excesivo bulto que su incorporación daría a este trabajo.

La segunda limitación estriba en la prescindencia del Derecho Romano antiguo. Se podrá criticar justamente esta actitud, máxime cuando se repara en que ella procede de un romanista, como es el autor. En efecto, la mayoría de esas reglas se originaron precisamente en el Derecho Romano. Pero tampoco han faltado razones. Aparte del volumen que también ello imprimiría al trabajo, está el motivo de que en el libro en que aparece aquél publicado, hay un artículo especialmente concerniente a la hermenéutica en el derecho romano, el cual, pues, debe ser considerado como natural complemento del presente.

En todo caso, espero próximamente poder presentar al público un libro completo sobre la materia, que junto con ofrecer la visión de los juristas romanos, encierre el estudio de historia legislativa, que justamente se echará de menos aquí.

I. INTRODUCCION

Los expositores y comentaristas del código suelen ordenar las disposiciones pertinentes a la interpretación incluidas en el párrafo 4 del *Título preliminar*, bajo el esquema de "elementos de interpretación", a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Ello envuelve una

hipótesis, aunque resulte inconsciente: que fue la doctrina hermenéutica de Savigny la que estuvo en la base de las disposiciones legales, porque, como se sabe, un tal esquema de elementos fue, en efecto, presentado por aquel autor en su libro *Sistema de derecho romano actual* (1840-1849).

Si nosotros, empero, leemos el párrafo 33 de tal obra¹ (que figura en el tomo I, de 1840), en donde se habla de los elementos, nos daremos cuenta de que es tal la generalidad de su contenido, por lo que a la descripción de cada elemento respecta, que fue imposible a Bello aprovechar ese material para redactar alguna disposición siquiera. Por lo demás, la distinción de elementos cumplía en Savigny un papel bien definido: diferenciar la hermenéutica legal frente a cualquier otra, la filológica por ejemplo, en la que él estaba especialmente interesado, puesto que cuando hablaba de interpretación de las leyes lo hacía con referencia al *Corpus Iuris Civilis*, que a la sazón era derecho vigente en Alemania, pero también objeto de estudios eruditos de carácter filológico.

Aun cuando, por otro lado, Bello leyó el "Sistema" de Savigny, e incluso lo aprovechó para ciertas partes de su código², no ocurrió ello en materia de interpretación; sin embargo. Lo sabemos con certeza. Las fuentes que él utilizó para componer las reglas concernientes las dejó bien establecidas tanto en el *Proyecto de Código Civil* de 1853, cuanto en un *Comentario* al código que comenzó a escribir después de su promulgación y que llega hasta el artículo 76, fue él editado en 1885³. A través de esos textos aprendemos que en materia hermenéutica la fuente principal fue el Código de La Luisiana (1825).

Por otro lado, como es sabido, Bello escribió un importante tratado que tituló *Principios de Derecho de Gentes* (1832), y que en ediciones posteriores apareció ya como *Principios de Derecho Internacional*. En ese libro hay un capítulo dedicado a la interpretación de los tratados entre soberanos, que en su lugar estudiaremos; y su lectura nos revela que también por esa vía el codificador estaba familiarizado con la teoría de la interpretación.

¹ Usamos aquí la traducción francesa del "Sistema" debida a CH. GUENOUX como *Traité de droit romain* (Paris, FURMIN DIDOT FRERES, 1840), T. I, pp. 201 y ss., porque, como recalcaremos más abajo, fue aquella la usada por Bello. Hay traducción italiana de VITTORIO SCIALOJA como *Sistema del diritto romano attuale* (Unione Tipografico-Editrice, Torino 1886), T. I, pp. 215 y ss. La versión castellana existente como *Sistema del derecho romano actual* (trad. J. Mesía y M. Poley, 2ª ed. Centro Editorial de Góngora, Madrid s. J.) no es directa del alemán sino traducción de la francesa citada al principio.

² Para el tema de las personas jurídicas, vid. HANISCH, HUGO, *La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (Valparaíso 1980), pp. 167 y ss.; y para el de actos y declaraciones de voluntad, vid. GUZMÁN, ALEJANDRO, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república. II: Estudio sobre los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad del Código Civil de Chile y de sus proyectos*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 (Valparaíso 1977), pp. 101 y ss. Por lo demás, en la lista de abreviaturas que antecede a las notas del *Proyecto de Código Civil* de 1853, Bello advierte que lo citará frecuentemente. En fin, lo utilizó con amplitud para la redacción de su libro *Principios de derecho romano*, que restó inconcluso.

³ En AMUNÁTEGUI, MIGUEL LUIS, *Don Andrés Bello y el Código Civil* (Santiago 1885), pp. 137 y ss.

Ahora bien, en este tema, a su vez, la fuente más incidente en Bello, según él mismo lo declara, fue Emeric de Vattel, autor del tratado europeo sobre derecho de gentes más influyente en la segunda mitad del siglo XVIII y en buena parte del siguiente.

De este modo, pues, disponemos de dos vías muy seguras para conocer el pensamiento de Bello sobre interpretación legal; y una de ellas, el citado código luisiano, como declarada fuente del Código chileno en la materia.

II. EL CODIGO CIVIL DE LA LUISIANA, EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL FRANCÉS DEL AÑO VIII Y JEAN DOMAT

El Código de La Luisiana que Bello tuvo a la vista había sido promulgado en 1825; pero era una revisión a otro de 1808, que fue sancionado bajo el nombre de *Digeste de la loi civile*⁴. Pese a su nombre, era este último un verdadero código en el sentido moderno de la palabra, como que había tomado por modelo a la codificación civil napoleónica. Aun cuando se discute entre los historiadores del derecho luisiano si los autores del *Digeste* alcanzaron a tener a la vista el *Code Civil* de 1804, de lo que no cabe dudar es que utilizaron el proyecto que lo inició, es decir, el redactado en el año VIII de la Revolución (1800) por Portalis, Cambacères, Tronchet y Maleville.

En el Proyecto del Año VIII⁵ había un *Livre préliminaire* de seis títulos y cuarenta y un artículos, cuyo título V, rubricado *De l'application et de l'interprétation des lois*, contenía, como la propia rúbrica lo indica, unas normas para la hermenéutica legal. En la discusión posterior el original *Livre préliminaire* quedó reducido a un *Titre préliminaire* de tan sólo seis artículos, entre los cuales no se cuenta ninguno de los concernientes a la interpretación.

Sin embargo, los codificadores luisianos aprovecharon ese título V para su propio código, y de esta manera recibieron sanción en América

⁴ Sobre las codificaciones luisianas de 1808 y 1825: TULLIS, ROBERT LEE, *The Louisiana Civil Law in the Light of its Origin and Development*, en *University of Toronto Law Journal* 2 (1937-1938), pp. 289 y ss.; STONE, FERDINAND, *The Civil Code of 1808 for the Territory of Orleans*, en *Tulane Law Review* 33 (1958) 1, pp. 1 y ss.; HODD, JOHN, J. jr., *The History and Development of the Louisiana Civil Code*, *ibid.*, pp. 7 y ss.; BAUDOUIN, LOUIS, *The Influence of de Code Napoleon*, *ibid.*, pp. 21 y ss.; BATIZA, RODOLFO, *The Influence of Spanish Law in Louisiana*, *ibid.*, pp. 29 y ss.; EL MISMO, *Origins of Modern Codification of the Civil Law: the French Experience and its Implications for Louisiana Law*, en *Tulane Law Review* 56 (1982) 2, pp. 477 y ss.; FRANKLIN, MITCHELL, *And Important Document in the History of American, Roman and Civil Law: the De la Vergne Manuscript*, *ibid.*, pp. 35 y ss.; LIPIEC, RICARDO, *Historia del Código Civil de Louisiana antecedente del Código Civil argentino*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 12 (Buenos Aires 1961), p. 164. El texto de ambos códigos en: Louisiana Legal Archives, *Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana* (BATON ROUGE, LOUIS, 1940), Vol. 3, Part I.

⁵ Se lo ve en: FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil* (Paris, Videcoq, 1836), T. I, pp. 3 y ss.

en 1808 los proyectos de normas que habían fracasado en Francia en 1804. En la revisión que se hizo en 1825 al código luisiano de aquel año, la parte relativa a la hermenéutica, su capítulo V del *Titre préliminaire* (como también se le había llamado), prácticamente resultó inalterada.

Lo anterior nos enseña que cuando Bello empleó al código luisiano para componer sus reglas sobre hermenéutica, en realidad estaba también usando al Proyecto del Año VIII.

Ahora bien: nosotros podemos preguntarnos, a su turno: ¿de dónde los codificadores franceses de 1800 extrajeron sus propias reglas sobre interpretación legal? Afortunadamente uno de los miembros de la comisión, Jacques Maleville (1741-1824), nos dejó la constancia. En un comentario⁶ al código napoleónico, el primero en aparecer en realidad, expresamente dijo que el *Libre préliminaire* del Proyecto del Año VIII había sido redactado por Portalis, y que la fuente usada por éste fue un "*Libre des lois*" de Domat.

La referencia, por supuesto, era a Jean Domat (1625-1696), y el título de la obra atribuida no puede ser sino que la suya titulada *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694) que, a modo de introducción, está precedida de un *Traité des Lois*. En ambas, en efecto, pero sobre todo en la primera, su autor trata el tema. El cotejo textual, por otro lado, demuestra la veracidad de lo aseverado por Maleville.

Cuando, en consecuencia, Bello utilizó al código luisiano, estaba recurriendo en final de cuentas a Domat. Tal podemos considerar como la primera tradición doctrinal influyente en aquél.

III. EMERIC DE VATTEL Y LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL MODERNO⁷

La segunda, como anunciamos, llega hasta el suizo Emeric de Vattel (1714-1767), también fuente declarada por Bello para el capítulo X de la primera parte de sus *Principios de derecho internacional*, relativo a la inter-

⁶ MALEVILLE, JACQUES, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat* (Paris 1807), T. I, p. 4.

⁷ En el texto que sigue presentamos una breve reseña de los principales momentos de la historia del Derecho romano en la Edad Media y en la Moderna para uso de los no historiadores, debido a lo cual nos limitamos a citar esta literatura general: KOSCHAKER, PAUL, *Europa y el Derecho romano* (trad. Santa Cruz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955); CALASSO, FRANCESCO, *Medioevo del diritto*, I: *Le fonti* (Giuffrè, Milano 1954); WIEACKER, FRANZ, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2ª ed. Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen 1967). — Hay trad. castellana de la 1ª ed. por Fernández Jardón, como *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (Aguilar, Madrid 1957); la hay italiana de la 2ª antes citada por Santarelli y Fusco, como *Storia del diritto privato moderno* (Giuffrè, Milano 1980). — Pese a su título, se trata en esta obra de la época medieval. Sigue siendo muy consultable SOLARI, GIOELE, *Filosofía del derecho privado*, I: *La idea individual* (trad. Caletti, Depalma, Buenos Aires 1946); VILLEY, MICHEL, *La formation de la pensée juridique moderne* (Nouv. ed. [2ª] Les Editions Montchrestien, Paris 1975); TARELLO, GIOVANNI, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Assolutismo e codifica-*

pretación de los tratados. La obra de aquél se denominaba *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758).

Vattel fue discípulo del más influyente filósofo y profesor alemán del siglo XVIII: Cristian Wolff (1670-1754); pero éste era además jurista, y escribió un grueso tratado al que dio por título *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (1749), del cual hizo un resumen con el nombre de *Institutiones juris naturae et gentium in quibus ex ipsa hominis natura continuo necesse omnes obligationes et iura omnia deducuntur* (1750).

Con esto entramos de lleno en lo que se suele denominar "escuela del derecho natural moderno".

Esa escuela así llamada fue principiada por el holandés Hugo Grocio (1583-1645), como es sabido, cuyo libro *De jure belli ac pacis* (1625) inició una nueva etapa en la filosofía del derecho y en su dogmática misma. Entre los seguidores de la nueva dirección se encontraron los alemanes Samuel Pufendorf (1632-1694), autor de un *De jure naturae et gentium*, y Cristián Thomasius (1655-1728), que escribió unas *institutiones jurisprudentiae divinae in positiones succincte contractae* (1688) y unos *Fundamenta juris naturae et gentium in quibus discernuntur principia honesti, justi et decori* (1706).

Wolff recibió influencia filosófica y también jurídica de Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716); pero tanto éste como aquél pertenecieron a la misma gran dirección del yusnaturalismo racionalista, igual que todos los anteriormente nombrados. Pese a las notables diferencias que pueden observarse entre cada uno, y a las líneas doctrinales posibles de establecer, el conjunto está dominado por una misma *forma mentis* y pisa fundamentos comunes.

Como ya hemos recordado, en Grocio todos vieron a su iniciador. Pero éste, a su vez, se había movido entre dos líneas muy marcadas: la segunda escolástica, especialmente española, por un lado; y el humanismo jurídico, por otro. Se trató de dos movimientos paralelos y propios del siglo XVI.

El humanismo jurídico floreció en Francia, aunque hacia fines del siglo se trasladó a los Países Bajos, como consecuencia de la emigración a que se vieron sometidos muchos juristas que pertenecían a la religión calvinista (hugonotes), y consistía en una especial manera de estudiar el *Corpus Iuris*, a través de métodos históricos. La segunda escolástica se desarrolló especialmente en España, como efecto de la necesidad intelectual

zione del Diritto (Il Mulino, Bologna 1976); CAVANNA, ADRIANO, *Storia del diritto moderno in Europa*, I: *Le fonti e il pensiero giuridico* (Giuffrè, Milano 1979); CANNATA, CARLO AUGUSTO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* (Giappichelli, Torino), vol. I (2ª ed. 1976), vol. II (3ª ed. 1984); COING, HELMUT, *Europäisches Privatrecht* (Beck, München 1985), vol. I. Por supuesto también COING, HELMUT (editor), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (Beck, München), T. I: *Mittelalter* (1977); T. II: *Neuere Zeit* (1977), 2 vols. Indicaciones generales: GUZMÁN, ALEJANDRO, *La fijación del derecho* (Valparaíso, Ediciones Universitarias 1976), passim.

tual de justificar las relaciones de ese país con los habitantes de los nuevos territorios americanos, y consistía en una filosofía jurídica y política fundada en los principios del tomismo, pero también desarrollada a través de los dogmas técnicos del Derecho Romano. Aquí nos interesa recordar especialmente a Francisco Suárez (1548-1617), autor de un tratado *De legibus ac Deo legislatore* (1612).

Ambas influencias incidieron en el holandés Hugo Grocio; la educación que recibió en su país de origen era humanista, porque ya hemos recordado que ese movimiento fue transferido a Holanda hacia la segunda mitad del siglo XVI; y por sus lecturas fue que conoció el pensamiento escolástico, que se enfrentaba en España con el mismo problema con que él se quería enfrentar en el resto de Europa: construir un derecho superior de convivencia entre pueblos distintos.

Lo que de común tuvieron, sin embargo, el humanismo, la escolástica y el yusracionalismo fue el haberse aplicado, desde la particular perspectiva de cada cual, a una materia jurídica común: el Derecho Romano del *Corpus Iuris Civilis*.

El humanismo fue una escuela romanística directa, porque consistió esencialmente en un nuevo método de examinar y enseñar ese derecho; pero también la escolástica y el yusracionalismo fueron escuelas romanísticas; en la misma medida en que, con pretender establecer una filosofía jurídica que no se mantuviese en el puro nivel de los principios y en la especulación abstracta, aspiraban también a diseñar sistemas jurídicos y categorías operativas, eso sólo podían alcanzarlo recurriendo a una dogmática desarrollada, y esta la encontraron precisamente en el Derecho Romano: es por ello que libros como los de Suárez, Grocio, Pufendorf o Wolff, pese a la apariencia en contrario, no son obras de mera especulación, sino de Derecho y de dogmática.

El *Corpus Iuris*, fue, pues, el abastecedor de conceptos para uso de estos filósofos y juristas. Pero cuando ellos comenzaron su labor, los libros justinianeos habían venido siendo el fundamento de la ciencia jurídica desde hacía unos seis siglos. En consecuencia, entre el viejo *Corpus Iuris* elaborado en el siglo VI y la nueva dirección iniciada por el humanismo, hubo un largo período de reelaboración intermedia. Principiada ésta en Bolonia en el siglo XII, por los glosadores, cuya actividad culminó con Acursio (+1263), fue continuada por los comentaristas, máximamente representados por Bartolo (+1357) y Baldo (+1400).

A la altura del siglo XVI, para todos era imposible prescindir del trabajo dogmático de glosadores y comentaristas, porque hubiera significado ello comenzar a estudiar de nuevo los viejos textos justinianeos. En tales circunstancias, a esa altura, un recurso al Derecho Romano significaba necesariamente un uso de la glosa y el comentario medievales.

Dentro de esa historia, Domat ocupa un lugar algo extravagante. Como habrá podido verse, el yusnaturalismo racionalista fue un movimiento especialmente centroeuropeo. Francia, que durante el siglo XVI había producido una muy brillante pléyade de romanistas, ya que el humanismo jurídico fue un fenómeno especialmente de ese país, se man-

tuvo estéril al respecto durante el siglo siguiente, porque sus juristas se volcaron más especialmente al estudio del *droit Français*. Domat fue el restaurador del romanismo; pero por la época en que le tocó vivir, ya no pudo sustraerse a la influencia de la nueva filosofía jurídica aplicada al Derecho Romano, cual era precisamente la del yusracionalismo; y de este modo convergieron en su obra al mismo tiempo los métodos del humanismo cuanto las perspectivas del racionalismo jurídicos, si bien en él hubo elementos especiales derivados de su concepción religiosa. Pero también le es válido cuanto antes dijimos acerca de la dependencia de todos respecto de la jurisprudencia medieval. En sus libros no cita Domat más que textos del *Corpus Iuris*; pero basta leerlos para darse cuenta que esos textos fueron estudiados por él desde la perspectiva de las categorías y de los dogmas medievales.

En consecuencia, cuando Bello recibió la doble influencia del código de La Luisiana y de Vattel, en definitiva las raíces de ambas arrancaban del romanismo de los juristas medievales; y si nosotros queremos bien entender lo que Bello escribió en su código, es primeramente a esa jurisprudencia a la que debemos atender.

IV. LA DOCTRINA HERMENEUTICA DE GLOSADORES Y COMENTARISTAS⁸

Con base en los textos romanos conservados en el *Corpus Iuris Civilis*, los juristas medievales elaboraron una completa teoría hermenéutica, aun cuando hasta antes de mediados del siglo XV nunca fue sistematizada ni organizada. Fieles al orden de los textos justinianeos (*ordo legalis*), trataban aquéllos de los temas concernientes cuando llegaba el turno de glosar o comentar un pasaje (*lex*) que ofreciera materiales conectados con el asunto, pasajes esos que ocupaban distintos lugares en la compilación.

A partir de la segunda mitad del siglo XV comenzaron a aparecer los primeros tratados monográficos y sistemáticos sobre la materia: *De interpretatione legis extensiva* de Bartolomeo Cepolla (+1477), *De interpretatione legum* de Stefano Federici (S. XV-XVI c.), *Tractatus de iuris interpretatione* de Constanzio Rogerio (S. XVI c.) y otros, todos los cuales, empero, se

⁸ Lit.: ENGELMANN, WOLDEMAR, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre* (Leipzig, K. F. Koehlers, 1938), pp. 128 y ss.; LEFEBVRE, CHARLES, *Les pouvoirs du juge en droit canonique* (Paris, Sirey 1938); BOBBIO, NORBERTO, *L'analogia nella logica del diritto* (Torino, 1938), pp. 7 y ss.; NICOLINI, UGO, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politica-giuridica dell'età comunale* (Padova, Cedam 1955); PIANO-MORTARI, VINCENZO, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del Diritto nel secolo XVI, I: Le premesse* (Milano, Giuffrè 1956); EL MISMO, *Il problema dell'interpretatio iuris nei commentari, ahora en: Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali* (Napoli, Jovene 1976), pp. 155 y ss.; CORTESE, ENRICO, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico* (Milano, Giuffrè 1962-64), 2 vols. passim; SBIRICOLI, MARIO, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale* (Milano, Giuffrè 1969); ORESTANO, RICCARDO, *Introduzione allo studio del Diritto romano* (Bologna, Il Mulino 1987), pp. 51 y ss.

nutrieron de la esparcida pero rica doctrina precedentemente elaborada por glosadores y comentaristas. Nosotros trataremos de exponerla aquí en sus aspectos más salientes.

1. De acuerdo con esta doctrina, en la ley deben distinguirse dos partes, a las que se denominó, con terminología extraída de las fuentes justinianeas: por un lado, su tenor literal (*littera, verba, o scriptura legis*); por otro, su sentido (*sensus, mens, sententia, intellectus legis*). La primera corresponde de al conjunto organizado de palabras escritas con que la ley se manifiesta externamente; la segunda, al pensamiento expresado por medio de esas palabras. De ambas partes, decían los medievales, la principal y verdaderamente constitutiva de la ley era el *sensus*, del que la *littera* aparecía como su corteza (*cortex legis*).

La consecuencia más importante de tal visión estriba en que entonces la finalidad de la hermenéutica consistía, para los juristas, en la captación del sentido de la ley manifestado por las palabras.

2. Por cierto —reconocerán ellos— el intérprete debe enfrentarse en primer lugar con las palabras; pero eso es sólo el momento inicial de la operación: su lectura. Consiste ella en la determinación del sentido de cada término particular de la ley.

Los términos de la ley, en efecto, tienen ya un sentido, que los medievales clasificaban en *sensus proprius e improprius*.

El sentido propio de un término viene dado, primeramente, por la determinación de la ley — pues, en efecto, el *Corpus Iuris* a veces dice directamente que tal es el sentido propio de un cierto término; o por su definición — porque también el *Corpus* suele definir palabras; o finalmente por la etimología del vocablo, que era, a falta de academias y diccionarios, el medio como los medievales intentaban llegar al significado de un término, si él no estaba determinado legalmente. También reconocieron la posibilidad de que los términos adquirieran sentido propio por obra del "inventor", es decir, del descubridor que impone nombres a las cosas y los tecnicismos.

El sentido impropio, en cambio, venía dado por el "uso común del hablar" (*communis usus loquendi*), es decir, por el hábito generalizado de emplear tal término en determinado sentido, diferente del propio.

3. En esta labor inicial de lectura, pueden darse varias posibilidades.

Puede, en efecto, suceder que un término ofrezca nada más que un único sentido propio; en tal caso hablaban los juristas de la "significación abierta de las palabras" (*aperta significatio verborum*), para señalar la evidencia del sentido y su indiscutibilidad.

Puede, en segundo lugar, ocurrir que el vocablo presente varios sentidos propios. En tal caso, los sentidos legales priman por sobre los etimológicos. Pero si no hay de los primeros, el problema subsiste; y para tal caso, los juristas recurrían a varios criterios como guía.

Entre los principales se contaba a los siguientes: la significación

derivada del título bajo el que aparece el texto en el cual está inserta la palabra (*declaratio per rubricam*), la materia a que se refiere el discurso textual en que figura el término (*materia subiecta o substrata*), el significado de las palabras o frases anteriores o posteriores a aquella que se trata de examinar (*declaratio per consequentia vel praecedentia*), el recurso a otras leyes en que se encuentren los mismos términos (*interpretatio per aliam legem*).

Finalmente, puede ocurrir que una palabra manifieste un sentido propio y otro impropio, proveniente del común uso del lenguaje, caso en el cual —decían los medievales— primaba este último.

4. La lectura inicial de los términos conduce, pues, a una doble posibilidad o bien el conjunto ofrece un significado abierto también, es decir, unívoco (*clarus*), o bien una pluralidad de significados. En tal caso la labor hermenéutica consiste en determinar el verdadero sentido del conjunto o texto completo (*verus sensus*).

Estos sentidos plurales del conjunto pueden ser, en relación con el texto, que es algo fijo y constante, más extensos o menos extensos; es decir, puede la letra, si se la toma en un sentido, abarcar más casos, que si se toma en otro; o bien menos casos; además de la situación ya descrita, de univocidad, en que la cantidad de casos, por así decirlo, es invariable. Hay también una cuarta posibilidad, consistente en que un caso no aparezca absolutamente abarcado por ninguno de los sentidos.

Lo mismo se puede decir de otra manera, a saber: que el sentido del texto total sea menos amplio que su letra, o bien más amplio, aparte de ser ambos coincidentes; o bien poseer éste una amplitud limitada para que un caso no quede abarcado por él.

El principio de ser el *sensus legis* lo básico de la ley, conducía a los juristas a esta consecuencia: que la extensión dable a la letra estaba determinada por el sentido, por modo de ampliarla, si el sentido era más extenso, o de restringirla, si era menos extenso; y así, por ende, incluir o excluir al caso, según que éste quedara cogido por el sentido aunque no por la letra (*casus non expressus*), o no quedara cogido por él, aunque estuviera comprendido en la letra (*casus non decisis*).

Si el sentido y la letra eran plenamente coincidentes, nada había que ampliar o restringir, sino aplicar al mismo tiempo la letra y el sentido, o, si se prefiere, la letra, pero también, si se prefiere, el sentido, fórmulas todas estas equivalentes.

Pero si el caso quedaba fuera del sentido de esa ley, y si tampoco le era aplicable ninguna otra, entonces se trataba de un *casus non decisis* en términos absolutos, que daba lugar a una operación distinta de la mera ampliación de la letra en virtud del sentido, llamada asimilación (o analogía).

5. En este punto interviene un nuevo elemento de la ley, que los medievales, también con terminología romana, designaron con el nombre de "razón de la ley" (*ratio legis*). No siempre lo distinguieron del *sensus*, y a

veces sus escritos nos desorientan, cuando emplean ambos vocablos casi como sinónimos: *sensus vel ratio* o *mens sive ratio*. Ello se debe a que, en efecto, en muchas ocasiones suelen coincidir. Pero la diferencia es conceptualmente clara, en la misma medida en que hay diferencia entre lo que alguien pensó en decir (*sensus*) y por qué o con qué finalidad lo dijo (*ratio*), a lo que podemos agregar el tercer elemento: cómo lo dijo (*littera*).

Porque, en efecto, la *ratio legis* quedaba identificada con la finalidad de la ley, por lo cual también solían decir *causa finalis*, entendida objetivamente empero, y por ello distinguible de los motivos subjetivos o contingentes, llamados *ocasio legis* y también *causa impulsiva*.

6. La *ratio legis* cumplía su más importante función, en el pensamiento medieval, cuando se trataba de extender la ley (considerada como complejo orgánico de sentido y letra) a un caso no comprendido en el sentido de ninguna ley, o sea, a un *casus non decisis* en términos absolutos, cuando, en otras palabras, se estaba en presencia de lo que solemos llamar lagunas o vacíos legales.

En tal evento los medievales empleaban un argumento llamado *de similibus ad similia* ("de los casos similares a los casos similares"), consistente en extender la autoridad de la ley reguladora de un caso, a otro caso no regulado, pero similar al primero. La similitud entre los casos venía dada por la existencia de una cualidad común a ambos; y dicha cualidad era la razón de la ley, que, en consecuencia, debía ser la misma (*eadem ratio*), por lo cual hay que diferenciar muy exactamente los conceptos de similitud entre los casos y de identidad de la razón, ya que si la similitud se da sólo en la razón, no es posible la aplicación del argumento, el cual operaba de este modo: si, postulada la aplicación de tal ley a un caso no regulado, la razón de aquella se mantenía en su ser, es decir, permanecía idéntica, entonces eso indicaba que los casos eran similares, y procedía la efectiva aplicación de dicha ley; si, en cambio, la razón cesaba, ello era índice de no haber similitud, y de no poderse aplicar, en consecuencia, la ley, siendo menester buscar otra, por así decirlo, cuya aplicación al caso no regulado no determinará la cesación de su *ratio*. De ahí el aforismo "en donde hay la misma razón debe haber la misma ley" (*ubi eadem ratio ibi eadem lex*).

Ya hemos indicado que no siempre los juristas distinguieron suficientemente la razón del sentido, tampoco siempre diferenciaron la *eadem ratio* de la *similis ratio*, y ello condujo a aplicaciones indebidas del argumento, porque solía operar en extensiones improcedentes. Algunos incluso llegaron a confundir la ampliación de la ley en virtud de su sentido, con la ampliación de una en virtud de su razón, o sea, a no distinguir el *casus non expressus* del *casus non decisis*. No siempre, por supuesto; pero es indudable que hubo falta de claridad, sobre todo debida a la falta de una formación filosófica. Fue necesario esperar una mente superior, que a su saber jurídico uniera un profundo conocimiento filosófico, para que estos conceptos quedaran definitivamente perfilados; tal fue uno de los tantos méritos de Francisco Suárez. A partir de él, todos los juristas

repetirán, por un lado, que una cosa es el sentido y otra la razón; y, por otro, que la asimilación debe hacerse tan sólo en virtud de una misma razón, y que no es suficiente la mera similitud de aquella. Así lo vemos, por ejemplo, en Grocio, que de Suárez bebió buena parte de su doctrina hermenéutica; y, basados en aquel, a todos los demás autores de la escuela del derecho natural moderno. Hasta Suárez, los conceptos aparecen intuitivos en los más grandes juristas medievales, pero no siempre declarados, y confundidos en los de segunda fila.

7. Los medievales también se propusieron el problema de cómo conocer la razón de una ley⁹. El tema comenzó por ser discutido a propósito del *fraus legi*. Un texto del *Codex Iustinianus*, la ley *Non dubium*, declara que "Actúa contra la ley el que, atendido a las palabras de la ley, hace esfuerzos en contra de su voluntad". Este texto, pues, describe el fraude a la ley, consistente en eludir el sentido de aquella, so capa de respetar su letra.

Los glosadores Placentino (+1192) y Juan Basiano (S. XII) discutieron el problema contrario, de ser lícito o no atenerse al sentido vulnerando las palabras. El primero había dado una respuesta negativa, y positiva el segundo. Acursio, junto con reproducir estas opiniones, intentó zanjar la disputa, estableciendo el siguiente criterio: si la mente de la ley es patente por estar reducida a escrito (*in scriptis redacta*), entonces se puede vulnerar la letra ateniéndose al sentido; en caso contrario, no.

Poco a poco el problema fue siendo generalizado, es decir, independizado de aquel concreto planteado por Juan Basiano y Placentino, y sacado de su conexión con el sentido, para llevarlo al tema de la razón. En efecto, no es el sentido el que debe constar por escrito o no, porque si él es patente, cesa el problema de su determinación. En realidad el problema se plantea con la razón, como instrumento para buscar el sentido, y es ella la que puede constar o no. De este modo, paulatinamente las opiniones se uniformaron en cuanto a exigir que la *ratio legis* debía ser ostensible y manifiesta para poder ser empleada como instrumento hermenéutico; y se habló así de *ratio scripta* o *ratio expressa* para indicar aquello, aun cuando algunos también introdujeron el concepto de *ratio tacita*, para indicar la razón no manifestada, pero que no puede ser más que una sola razón determinada, y ninguna otra.

8. Para los medievales la última *ratio* de la ley era la *aequitas*. Definían ellos la equidad como "una conveniencia entre las cosas, que todo lo equipara, y que en casos iguales pide igual derecho", definición ésta que obtuvieron de un pasaje de la *Topica* (II, 23) de Cicerón.

La equidad, decían, puede encontrarse en dos estados: uno bruto, informe, indefinido (*aequitas rudis, inconstituta, nondum constituta, primaevia*), y que corresponde al sentimiento primordial y natural de lo que es

⁹ Sobre lo que sigue: GUZMÁN, ALEJANDRO, *Ratio scripta* (Frankfurt am Main, Klostermann 1981), pp. 20 y ss.

equitativo, que se encuentra en cada hombre; frente al cual se halla la equidad transformada en preceptos (*aequitas constituta*), o sea, el Derecho mismo (*ius*).

Sobre la base de estos conceptos, y a propósito de dos leyes contenidas en el *Codex Justinianus*, la ley *inter aequitatem* (Cf. 1. 14. 1) y la ley *Placuit* (Cf. 3. 1. 6), que parecen contradecirse, discutieron los glosadores el problema del conflicto entre la equidad y el Derecho¹⁰. La primera expresa que sólo al emperador es lícito establecer una interpretación entre el derecho y la equidad. La segunda declara que en todo debe preferirse la razón de la equidad frente a la razón del Derecho estricto.

a) El glosador Bulgaro (+1166), uno de los discípulos de Imerio, el primero de todos, solucionó la aparente *contrarietas legum*, fijándose en que la ley *Placuit* establece una dicotomía entre "equidad" y "Derecho estricto", no entre "equidad" y "Derecho" a secas, por modo que la primera no puede referirse a la equidad ruda, sino a una clase especial de derecho ó equidad constituida, opuesta, empero, a la categoría del derecho estricto; con lo cual todo discurre todavía dentro de los márgenes del derecho. Esa oposición estriba, en consecuencia, entre aquellas normas rigurosas y estrechas, que no dejan margen a morigeración, y aquellas otras más latas, que permiten alguna discreción. A éstas se las llamó *aequitas scripta*.

Por el contrario, la oposición que establece la ley *Inter aequitatem* es entre "derecho" y "equidad" simplemente de guisa que ahí, la primera significa a la *aequitas rudis*; y esa ley viene a decir que sólo el emperador, esto es, el legislador, es competente para zanjar el conflicto entre el Derecho y el no derecho o equidad ruda aun no transformada en preceptos; en otras palabras, que sólo él es competente para hacer nuevo derecho, y modificar el vigente.

En efecto, recoger la equidad ruda y transformarla en Derecho constituido, en Derecho positivo diríamos nosotros, eso es tarea del legislador. Si se autorizara al juez o al doctor para transformar la equidad ruda en equidad constituida o Derecho, se corre el riesgo de que ellos en realidad tomaran por equidad lo que no son más que sus particulares sentimientos y apreciaciones subjetivas, y aun sus intereses contingentes, y que los elevaran al rango de Derecho establecido; en otras palabras, que confundieran la equidad con una motivación extraída de su corazón (*de corde suo*), de su imaginación (*ex ingenio suo*), de una mera cogitación de su cabeza (*de capite suo*), de la bolsa particular de cada cual, de debajo de la manga como hoy diríamos, por lo cual los juristas llegaron a hablar despectivamente de *aequitas bursatil* (de *borsa* = bolsa) y de *aequitas cerebrina*, para indicar todo recurso a una "equidad" fuera del Derecho constituido, invocado para controvertirlo y subvertirlo.

b) El glosador Martino Gosia (+1158-66), otro de los discípulos de Imerio, intentó conciliar ambas leyes por una vía distinta. Se fijó él en que

la ley *inter aequitatem* habla de "interpretación" interpuesta entre la equidad y el Derecho; y entonces recordó que una interpretación puede asumir tres formas: general y necesaria (*generalis et necessaria*), necesaria pero no general (*necessaria sed non generalis*), y no necesaria ni general (*nec necessaria nec generalis*); entendiendo por "necesariedad" el carácter obligatorio de la interpretación, y por "generalidad" el ámbito de personas al que se aplica. De esta manera, la primera es aquella que obliga y obliga a todos; la segunda, la que obliga pero sólo a determinadas personas; y la tercera, la que a nadie obliga.

Ahora bien: la única interpretación que obliga a todos es la que se hace mediante ley y ella corresponde al emperador; eso no excluye que el juez pueda interpretar, aunque su interpretación únicamente obligará a las partes intervinientes en el proceso de que se trate; ni tampoco excluye que el doctor pueda interpretar, sólo que sus interpretaciones a nadie vincularán.

En consecuencia, lo que la ley *Inter aequitatem* dice, según Martino, es que si se trata de establecer una interpretación general y necesaria entre el Derecho y la equidad, que él entiende como ruda, eso sólo corresponde al emperador; pero nada dice esa ley respecto de las interpretaciones entre el Derecho y la equidad ruda del juez o del doctor, para las cuales vale la ley *Placuit*, que en todo obliga a preferir la equidad (que también entiende él como ruda) al Derecho estricto, silencia empero Martino), aun cuando esas interpretaciones serán únicamente obligatorias para las partes, en el caso de las judiciales, o no lo serán para nadie, en el de las doctorales.

c) La doctrina de Martino no obtuvo reconocimiento en los glosadores posteriores; y cuando Acursio compuso la *Glossa* que llegaría a transformarse en la ordinaria, llegado el momento de glosar la ley *Placuit* acogió la tesis de Bulgaro, que ya antes había prevalecido, de modo de entender que la palabra "equidad" empleada por dicha ley, significa "equidad escrita" (en oposición a "Derecho estricto"); y así quedó confirmado el concepto. En la doctrina posterior, además, a la despectivamente llamada *aequitas bursatil* o *cerebrina*, se agregó, también en sentido peyorativo, la expresión *aequitas Martiniana*, para indicar esa suerte de autorización que en definitiva Martino había querido conferir al juez y al doctor, de modificar el Derecho constituido en favor de una solución supuestamente equitativa, pero que en realidad podía ser nada más que especulativa ó imaginaria.

Con todo, la distinción entre los tres tipos de interpretación que Martino había recogido, se mantuvo firme, aunque aprovechada para otros fines.

d) La *dissensio* que agitó a las escuelas de Bulgaro y Martino en torno al alcance de las dos leyes recordadas, que el *Corpus Iuris* les había transmitido y que, como hemos visto, fue de resultado fecundo, no debe ser entendida como una disputa entre yusnaturalistas y positivistas, para emplear una terminología actual. Con la misma terminología, todos aquellos juristas eran yusnaturalistas, pues para todos era evidente que el principio supremo del Derecho estaba en la equidad. Más aún, para ellos

¹⁰ Sobre lo que sigue: GUZMÁN, A. op. cit. en n. 9, pp. 12 y ss. con literatura.

el Derecho positivo era una escrituración de la equidad, en la medida en que ellos identificaban *ius* y *aequitas constituta*. La disputa tenía alcances más limitados, aunque de suma importancia práctica, pues que nada menos se trataba de definir el límite entre el legislador y el juez; se trataba de fijar la posición de uno y otro frente a la equidad primordial, aquella a la que el mismo Justiniano se había referido como la que "aun no ha sido redactada en preceptos ni anudada por los lazos del derecho". Mientras Bulgaro reservaba solo al legislador la facultad de explorar el infinito campo de la equidad ruda, Martino quería entregársela también al juez y aun al doctor. Ya hemos visto cómo terminó por prevalecer la primera postura, porque en definitiva explorar el ámbito de aquella equidad consiste ni más ni menos que en hacer el Derecho.

Al juez, en consecuencia, quedó reservada la "equidad escrita"; en tanto se mantuviera dentro de sus límites, se mantenía en su propio oficio, y no se erigía en legislador, porque, siendo la equidad escrita una parte, por así decirlo, del Derecho escrito, en oposición a aquella otra parte cuya que es el derecho estricto, todavía el juez estaba operando en el interior del Derecho constituido.

Por esta vía los juristas medievales aseguraron firmemente el principio que hoy llamaríamos de la seguridad jurídica; negando al juez la facultad de recurrir a la equidad ruda, sustrajeron a los subditos del arbitrio judicial, y lo dejaron tan solo ligado al *ius*. Tal fue el telón de fondo de la disputa.

9. Nada de lo anterior, sin embargo, significa que se negara la opinión común de los juristas a aceptar que la *aequitas* tiene una función rectora en la labor interpretativa; en efecto, consideraban a aquella como *fundamentum interpretandi leges*, en la misma medida en que la equidad era el fundamento de las leyes mismas (*aequitas constituta*). Por cierto, una vez más la equidad aludida no podía ser la "cerebrina", sino aquella definida en las fuentes; en lo cual debemos ver la noción de sistema jurídico interno, y el preponderante papel que jugaba entre los medievales la extensión analógica. Cuando, pues, ellos hablaban de recurrir a la equidad, entendían recurrir al modelo que les ofrecía el Derecho del *Corpus Iuris*, en el cual podían encontrar soluciones para cualquier problema; y con ello nuevamente permanecían en el interior del Derecho constituido por los antiguos juristas romanos, y sancionado por Justiniano, que en sus manos permitía una nueva creación, pero controlable por medio del concepto de *ratio*.

10. A los glosadores, con todo, interesó especialmente la distinción de interpretaciones, que finalmente estaba destinada a legitimar la interpretación judicial y la doctoral o doctrinal, porque a través de ella también era posible superar el monopolio hermenéutico en favor del emperador, a que había llegado el último Derecho romano de la antigüedad, y sido consagrado en el *Corpus Iuris* por Justiniano. Varios textos así lo establecían, y en este momento sólo cabe recordar una constitución del propio

Justiniano, la ley *Si imperialis maiestas*, recogida en Código Justiniano 1.14.12, en una de cuyas partes se dice "Si en el tiempo presente sólo al emperador es permitido hacer las leyes, también el interpretarlas debe ser digno únicamente del imperio" del emperador, para enseguida afirmar directamente: "Se tendrá por legítimo que sólo el emperador es el único tanto autor cuanto intérprete de las leyes".

Los glosadores entendieron estos textos a la luz de la distinción tripartita de interpretaciones; y establecieron que la reserva hermenéutica en favor del emperador dispuesta por aquellos, referiase únicamente a la interpretación necesaria y general, pero no a la necesaria no general ni a la no necesaria ni general, de modo de no quedar excluida la posibilidad de que el juez y el doctor interpretaran las leyes, sin perjuicio del efecto más limitado que debían tener sus interpretaciones. Y de este modo la distinción que había usado Martino, sacada de su contexto original, todavía prestó el enorme servicio de legitimar la labor hermenéutica del juez y de los doctores.

11. El concepto de interpretación necesaria y general quedó, por cierto, íntimamente asociado al de ley; en efecto, aquella interpretación, puesto que es la propia del legislador, opera mediante una ley precisamente. Para una tal clase de norma, los juristas medievales emplearon la denominación de *lex declaratoria*, que entonces sometieron al siguiente régimen.

i) La ley declarativa o interpretativa de una ley anterior, por su propia naturaleza y por definición, sólo compete al emperador, esto es, al legislador.

ii) Para ser tal, la ley "nada de nuevo" (*nihil de novo*) debe agregar a la ley interpretada, y en caso contrario deja de ser interpretativa para constituir una ley ordinaria.

iii) Una ley interpretativa, a diferencia de las leyes ordinarias, que únicamente pueden estatuir para el futuro (*de futuris*), se aplica, empero, a los casos pasados con anterioridad a su promulgación y con posterioridad a la de la ley interpretada (*ad praeterita*), porque ambas forman como un solo cuerpo.

iv) Esta aplicación *ad praeterita*, sin embargo, tiene una excepción, ya que la ley declarativa no afecta a los casos decididos judicialmente entre ambos momentos predichos.

12. Pero los juristas se vieron obligados a aceptar que hay leyes que carecen de razón, no tanto en el sentido de ser irracionales o antirracionales, inequitativas en suma, sino en el de prescribir criterios contingentes que no correspondieron a un modelo de equidad reconocido o reconocible, y que, en consecuencia, pudieron ser o no, porque en definitiva dependieron tan solo de una decisión del legislador, que fue libre de inclinarse en un sentido u otro; tal es, por ejemplo, el caso de los privilegios y de los beneficios o gracias. También un texto del libro 55 de los *Digestos* de Juliano, conservado en *Digestos* 1.3.20 advertía en general a los

juristas de que esto suele ocurrir: "No puede darse razón de todo lo que establecieron los antepasados", dice, en efecto, ese texto.

Los medievales denominaron a este tipo de normas como "leyes meramente positivas" (*leges mere positivae*), cuya característica radica en no obedecer a una razón, al menos en forma directa, sino a una voluntad, precisamente, a la del legislador (*voluntas legislatoris* o *voluntas statutis*).

En tales condiciones, ¿a qué se acudirá entonces para interpretarlas, si es que se parte reconociendo que no puede encontrarse una razón para ellas? Según los medievales, es en ese ámbito en el que cumple su función la voluntad o intención del legislador, y de este modo el sentido de la ley viene regulado precisamente por aquella, ya que en tal tipo de leyes la voluntad ocupa el lugar que la razón tiene en las leyes normales o reflectantes de la equidad; de ahí el aforismo célebre, de que "la razón está por la voluntad" (*stat pro ratione voluntas*); el cual también puede ser interpretado como que en las leyes del género, la razón de la ley es la voluntad del legislador.

El lugar ocupado por la voluntad en las leyes meramente positivas, determinó que también llegara a hablarse de *voluntas scripta* o *expressa* y aún *tacita*, en estrecha correlación con los pertinentes conceptos aplicados a la *ratio*, de modo que en definitiva incluso puede afirmarse que para los medievales seguía siendo unitario el concepto de *ratio*, de la cual la *voluntas legislatoris* venía a ser como una especie particular, siempre, empero, que tengamos presente que la categoría de la intención o voluntad no era aplicable a todo tipo de leyes, sino precisamente a las *mere positivae*.

En todo caso, la distinción entre *ratio* y *voluntas* impedía buscar a las *leges mere positivae* una "razón" distinta a la voluntad, lo que también formaba una cautela hermenéutica, como un texto de Neracio transmitido por Digesto 1.3.21 lo advertía: "Por consiguiente, no debe inquirirse las razones de aquello que se constituye (*eorum quae constituuntur*); de otra manera, se subvierten muchas cosas que son claras".

13. El último Derecho romano no se había limitado a establecer el monopolio interpretativo del emperador, sino que había creado, además, un mecanismo para hacerlo operativo. Con terminología apegada a las fuentes, lo denominamos "referimiento al legislador"¹¹. Consiste esencialmente en la obligación del juez de remitir (*referre*) al emperador, o sea, al legislador, la causa de que conoce, si es que se encuentra con que la ley aplicable ofrece ambigüedades, oscuridades o contradicciones, o si es que observa no haber ley aplicable, es decir, vacíos o lagunas; todo ello con el fin de que sea el legislador quien explique la norma mediante una ley interpretativa, en el primer caso, o colme la laguna con una ley nueva, en el segundo y así, acto seguido, falle el juez la causa de acuerdo con una u otra.

¹¹ Vid. GUZMÁN, ALEJANDRO, *Historia del referimiento al legislador*, I: *Derecho romano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 6 (Valparaíso 1982), pp. 13 y ss. = *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, Jovene 1984), T. V, pp. 3467 y ss.

Los glosadores guardaron un respeto formal a las disposiciones del *Corpus Iuris* que ordenaban un referimiento; pero de hecho lo desvirtuaron, cuando hubieron de declarar que él sólo operaba si es que el emperador estaba presente (en el tribunal, se entiende) y había posibilidad de someterle el caso. Además, la multitud de instrumentos interpretativos de que dispusieron, en especial la asimilación, en la práctica también hacía muy difícil que se presentara un verdadero caso de laguna; y la idea de *communis opinio doctorum* que terminó por formarse, asimismo determinó que de hecho el juez siempre pudiese tener a la mano alguna opinión en que fundar sus fallos, si de leyes dudosas se trataba.

14. Para este conjunto de operaciones hermenéuticas, los juristas acuñaron diversos términos, algunos de los cuales pertenecieron a determinados autores, mientras que otros resultaron de uso general.

Algunos juristas, en efecto, distinguían entre "significación de las palabras" (*significatio verborum*) e "interpretación" (*interpretatio*). La primera consistía en la operación destinada a fijar todos los sentidos posibles de cada término empleado por la ley; en tanto que la interpretación propiamente tal era aquella otra dirigida a fijar el sentido en que una ley concreta empleaba el conjunto de términos de que se trataba, operación esta que tenía como guía al *sensus* de la ley total, y que podía conducir a una ampliación o restricción de su letra, con ayuda de la *ratio* o de otros instrumentos hermenéuticos. La *interpretatio* podía ser, en consecuencia, restrictiva o extensiva.

Ciertos juristas prescindían, en cambio, de la expresión "*significatio verborum*" y hablaban de *interpretatio declarativa*, para indicar el examen del significado de las palabras, *interpretatio extensiva* para la ampliación de esas palabras de acuerdo con la mente legal y para la asimilación o analogía, y de *interpretatio restrictiva* para su limitación según el mismo procedimiento.

Otros hablaban de *interpretatio circa verba* y *circa mentem*, señalando con la primera locución a la *significatio verborum* o *interpretatio declarativa* de otros juristas; y con la segunda, a la *interpretatio restrictiva* o *extensiva*, pero bajo los nombres de *intensio* y *extensio*.

Otros, en fin, partían simplemente de la *interpretatio* dividida en *comprehensio* y *extensio*, para denotar con la primera expresión al examen literal (*significatio verborum*, *interpretatio declarativa*, *interpretatio circa verba*), y a la ampliación o restricción del texto con base en el sentido (*interpretatio extensiva* y *restrictiva*, *intensio*), frente a la asimilación, llamada *extensio*.

Se trataba, sin embargo, nada más que de variaciones terminológicas para un sistema de conceptos y operaciones sustancialmente idénticas, como habrá podido apreciarse.

15. En este punto conviene explicar el verdadero sentido del conocido aforismo "En lo claro no se haga interpretación" (*In clariis non fit interpretatio*), que proviene de esta época, y que también tuvo otras formulacio-

nes, como "Cuando las palabras son claras, no reciben interpretación" (*Quando verba sunt clara non recipiunt interpretationem*). Su exacto alcance está dado por el significado del término "interpretación"; y es ello lo que ha dado lugar a tantos malentendidos en la historia; llegándose incluso a ridiculizarlo, sobre la base de la sencilla observación de que antes de interpretar no es posible saber si un texto es claro o no lo es, ni si, por lo tanto, admite interpretación o no la admite; por lo cual el aforismo sería contradictorio en sí mismo.

Ahora bien: ese aforismo sólo se entiende en el contexto del sistema terminológico de aquellos juristas que distinguían entre *significatio verborum* e *interpretatio*, y que limitaban esta última a la extensión y a la restricción de la letra según el sentido de la ley. En consecuencia, si la operación llamada "significación de las palabras", conducía a verificar que los términos de una ley no tenían más que un sentido y sólo uno, es decir, que eran enteramente unívocos, y ni la *ratio legis* ni ningún otro instrumento hermenéutico existían que hicieran sospechar que esos términos unívocos habían sido empleados en sentido impropio, entonces no quedaba más que detenerse en ese estadio del proceso, y atenerse al sentido propio y unívoco de las palabras legales, sin ninguna ampliación o restricción posibles; porque de procederse a ellas, ya se trataría de *interpretatio*, indebida, por lo demás, y del todo arbitraria. En consecuencia, ese brocardo igual se hubiera podido expresar de otro modo, y decir, con todo, lo mismo, por ejemplo, así cuando las palabras son unívocas no se las debe ampliar ni restringir, en donde la "univocidad" significa "claridad", y la "ampliación" o "restricción" (a que no debe procederse), "interpretación".

Así entendido el aforismo, nada de particular o extraordinario ni controvertible ofrece a consideración, y expresa, por el contrario, una verdad manifiesta. Entonces ahora se comprenderá que nada tiene él que ver con una supuesta postura literalista que describa la naturaleza de todos los procesos hermenéuticos, porque nada más hace que señalar, bajo la forma de brocardo, una de las varias posibilidades que se presentan al intérprete en su labor frente a las leyes: aquella consistente en verificar que un cierto texto no ofrece más que un solo y único sentido, perfectamente manifestado con las palabras usadas; sin dar lugar a entenderlo de otro modo, ni, en consecuencia, a ampliarlo o restringirlo; lo cual, por cierto, no excluye que en otros casos la situación se presente en modo diferente, como para dar lugar a la fijación en un sentido al texto de la ley, escogido racionalmente de entre los varios que dicho texto puede ofrecer, y, por ende, a la ampliación o restricción, operaciones éstas que algunos denominaban "interpretación".

Cierto es que, como suele suceder con la mayoría de los brocardos, éste se presta y de hecho se prestó, a mal entenderlo, sobre todo cuando se perdió la distinción entre *significatio verborum* e *interpretatio*, de manera de aparecer manifestando que lo claro no admite la aplicación de la insustituible e imprescindible operación de inteligencia de sentidos y comprensión de contenidos destinada a verificar la congruencia o incon-

gruencia entre letra y sentido en función de la razón, y proceder a las extensiones y restricciones a que hubiere legítimo lugar; en suma, de aparecer manifestando que puede haber casos en que no sea necesario interpretar, cuando esta palabra ya había llegado a ser entendida en su más amplia comprensión, tornándose así en casi ininteligible el brocardo.

Por lo demás, después de todo cuanto se ha venido explicando acerca de los conceptos hermenéuticos elaborados por los medievales, extraño sería que ese brocardo hubiera constituido el resumen de una concepción literalista de la interpretación; concepción que, por otro lado, no les era desconocida, y de la cual tenían plena conciencia los juristas; mas, para rechazarla, se referían a ella bajo el nombre de *interpretatio judaica* o *mosaica*, y también de *interpretatio more judaico*, con alusión a la tradición rabinica y talmúdica de interpretar la Toráh justamente al pie de la letra, por estrecha o figurada que fueren; los medievales repudiaron unánimemente esta tradición.

V. LA DOCTRINA SOBRE HERMENEUTICA DE JEAN DOMAT¹²

De la jurisprudencia medieval daremos ahora un gran salto hasta fines del siglo XVII. No es lo más correcto, porque necesario fuera examinar la evolución de los conceptos en todo el tiempo intermedio, y ver así el tratamiento de la hermenéutica entre los humanistas, los escolásticos y los iusnaturalistas. Más no podemos en esta ocasión, debido a las excesivas dimensiones que cobraría este trabajo; por lo cual nos limitaremos a avanzar directamente hacia Jean Domat, quien representa el comienzo de unas de las líneas directas que conducen al *Código Civil* de Chile en la materia.

1. Ya hemos indicado que la doctrina domaciana acerca de la interpretación legal aparece expuesta en dos lugares: por un lado, en el *Traité des lois*, cap. XII, párrafos 7 y ss., y, por otro, en *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. prel. tit. I, sec. 2; de un modo somero en el primero; más desarrolladamente en el segundo.

Sin embargo, para entender adecuadamente su pensamiento hermenéutico, necesario es tener presente esta fundamental distinción que establece Domat entre todas las normas jurídicas de diversa proveniencia, clasificadas entonces en dos tipos supremos: leyes inmutables y leyes

¹² Sobre Domat me limito a citar a: TARELLO, GIOVANNI, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Assolutismo e codificazione del diritto* (Il Mulino, Bologna 1976), p. 157, en donde se encontrará la literatura anterior (p. 159 n. 161); GUZMÁN, ALEJANDRO, *Ratio scripta* (Klostermann, Frankfurt am Main 1981), pp. 114 y ss.; SEVE, RENÉ, *Leibniz et l'école moderne du droit naturel* (Presses Universitaires de France, Paris 1989), pp. 134 y ss. La edición que hemos tenido a la vista es la de J. Remy, como *Oeuvres complètes de J. Domat* (7^a ed., Paris, Alex-Gobelet 1835), 4 vols. Los párrafos citados en el cuerpo del trabajo corresponden a las páginas 83-94 de *Les lois civiles*, y 60-62 del *Traité des lois*, en ambos casos del tomo I.

arbitrarias. Las primeras "se llaman así porque ellas son naturales, y de tal modo justas, siempre y en todo lugar, que ninguna autoridad puede ni cambiarlas ni abolirlas", como la ley que dispone el deber de conservar la cosa que se ha recibido de otro en préstamo, y de responder por los deterioros causados en ella. Por el contrario, las leyes arbitrarias son "aquellas que una autoridad legítima puede establecer y abolir según las necesidades", como la que dispone que los testigos del testamento sean cinco, seis o siete, o que el tiempo de la prescripción adquisitiva sea de veinte, treinta o cuarenta años. Aquí nos interesa conectar esta dicotomía con la distinción medieval entre leyes fundadas en la *aequitas* y *leges mere positivae*, de que antes tratamos, en función del distinto régimen hermenéutico que cada cual ofrece.

2. Dentro de la terminología domaciana la palabra "espíritu" (*esprit*) ocupa un lugar muy importante, aunque nunca aparece propiamente definida; pero es evidente que ella vino a sustituir en Domat a lo que tradicionalmente se denominó "razón" (*ratio*).

Los medievales habían distinguido la *ratio* de las leyes apoyadas en la *aequitas*, de la *ratio* de las *leges mere positivae*, fundadas en la *voluntas legislatoris*, y de ahí el aforismo de cumplir la voluntad, la función de la razón (*stat pro ratione voluntas*), en cuanto también aquella sirve para justificar suficientemente una ley, de modo de constituir como su razón particular. Domat conservó la distinción sustancial entre "equidad" y "voluntad"; sólo que no empleó el término "volunté", sino "intención del legislador" (*intention du législateur*). Por lo tanto, la palabra que en él reemplazó a la antigua *ratio*, es decir, *esprit*, tiene el doble significado que tenía aquella entre los antiguos juristas: a veces, en efecto, *esprit* significa sin más la *équité*; pero a veces implica tanto a ésta como a la *intention du législateur*; dicho de modo distinto, en algún caso designa el fundamento de sólo las leyes inmutables, y en otros señala al fundamento de ellas; pero también al de las leyes arbitrarias.

En el resto la terminología domaciana permaneció fiel a la tradición: para aquello que los medievales denominaban *littera*, pues, nuestro autor empleó la expresión *lettre*; y para lo designado como *sensus, mens, intellectus* o *sententia legis*, la expresión *sens de la loi*.

De todos modos, la exposición domaciana aparece como muy depurada y simplificada; tampoco está exenta de imprecisiones, y se ve rescentada de un cierto esquematismo, producto de su espíritu de sistema; nuestro jurista, por lo demás, no fue un escritor ni siquiera correcto, y en ocasiones resulta hasta descuidado: bien sabemos que su obra fue escrita un tanto apresuradamente.

3. Para Domat, con todo, la búsqueda del sentido de la ley sigue siendo el objetivo de las operaciones hermenéuticas: "...cuando se encuentra en una ley alguna oscuridad, alguna ambigüedad o algún otro defecto de expresión ... entonces es necesario interpretarla para descubrir cuál es su verdadero sentido". Estas oscuridades, ambigüedades y otros defectos en

la expresión, que tornan en dudoso el sentido de una ley: "...deben resolverse por el sentido más natural, que se conecte más con la materia, que sea el más conforme con la intención del legislador y que más favorezca la equidad; lo cual se descubre por los diversos exámenes de la naturaleza de la ley, de su motivo, de su relación con otras leyes, de las excepciones que pueden restringirla, y de otras reflexiones semejantes que permitan descubrir el espíritu y el sentido". Domat insiste en que: "para entender bien el sentido de una ley, necesario es sopesar todos los términos y el preámbulo, cuando lo hay, a fin de juzgar sus disposiciones por sus motivos y por todas las consecuencias de lo que ella ordena, y no limitar su sentido a aquello que podría aparecer (como) diferente de su intención, o (aparecer) en una parte de la ley tronchada, o en el defecto de una expresión. Por el contrario, es menester preferir a este sentido extraño de una expresión defectuosa, aquel que parece desde luego evidente por el espíritu de la ley entera. Así, es vulnerar las reglas y el espíritu de las leyes el servirse, bien para juzgar, bien para dictaminar, tan solo de la parte aislada de una ley y desviarla a otro sentido que aquel que le da la ligazón con el todo".

En estos párrafos de Domat encontramos viejos conceptos: el "verdadero sentido" (*vrai sens*), equivalente al *verus sensus* de los medievales; el "sentido natural" (*sens naturel*), que traduce al *sensus proprius*; el *rapport au sujet* ("relación al tema"), que alude a la *materia-subjecta*; el *rapport aux autres lois*, es decir, la *interpretatio per aliam legem*; y desde luego la *interpretatio per antecedenria et consequentia*.

Domat afirma categóricamente que: "si los términos de una ley expresan netamente el sentido y la intención, es necesario atenerse a ellos", reproduciendo, así, el caso de congruencia entre *littera* y *sensus* de los medievales, que obliga a atender a ambos.

La idea de interpretación extensiva Domat la recoge así: "Todas las leyes se extienden a todo aquello que es esencial, a su intención". De la analogía trata someramente así en el *Traité des lois*: "...cuando las expresiones de las leyes son defectuosas, es necesario suplirlas para colmar el sentido según su espíritu"; sin embargo, aun cuando aquí están presentes los tres elementos de la analogía: la letra (*expression*), el sentido (*sens*) y la razón (*esprit*), y desde luego la ausencia de decisión por parte de los dos primeros, o sea, el defecto (*defectueuses*), todo aparece muy mal hilvanado.

La antigua noción de *ratio scripta* o *ratio expressa* la recoge Domat con estas palabras: "Si la disposición de una ley es bien conocida, aunque el motivo (=razón y, por lo tanto, espíritu) sea desconocido, y no obstante parece nacer algún inconveniente que no se pueda evitar con una interpretación razonable, es necesario presumir que la ley de todos modos tiene su utilidad y su equidad por alguna mira de bien público, que debe hacer preferir su sentido y su autoridad a los razonamientos que podrían serle contrarios. Pues de otro modo muchas leyes muy útiles y bien establecidas serían subvertidas por otros puntos de vista sobre la equidad, o por la sutileza de los razonamientos".

4. En Domat es fundamental la distinción entre *esprit de la loi* en sentido restringido, esto es, entendida como la *équité* de una ley inmutable, por un lado; y la *intention du législateur*, por otro, propia de las leyes arbitrarias, aunque a veces venga incluida en el *esprit* que hemos denominado en sentido amplio. Pero el asunto debemos plantearlo así: Todas las leyes, sean inmutables, sean arbitrarias, encuentran su fundamento último en la *équité*, directamente, por así decirlo, las primeras, indirectamente, las segundas; tal equidad es su *esprit*, que sirve, en consecuencia, para interpretarlas: "De donde resulta necesario concluir que son el conocimiento de esta equidad y la visión general de este espíritu de las leyes los que constituyen el primer fundamento del uso (= aplicación) y de la interpretación particular de todas las reglas": *aequitas est fundamentum interpretandi leges*, habían dicho los medievales.

Este principio de la interpretación de las leyes por la equidad, pues, no mira solamente a las leyes naturales, y se extiende también a las leyes arbitrarias, porque también éstas tienen su fundamento último en las leyes naturales en cuanto no pueden contradecirla.

Sin embargo — afirma Domat — la interpretación de las leyes arbitrarias tiene un principio singular y agregado de interpretación: "...es necesario añadir a este principio de la equidad, por lo que respecta a la interpretación de las leyes arbitrarias, otro principio que les es propio: la intención del legislador, que les fija, en relación con lo que ellas regulan, el uso (= aplicación) y la interpretación de esta equidad". "En tal clase de leyes, el uso de la equidad general queda restringida a aquello que concuerda con la intención del legislador, y no se extiende a todo aquello que habría podido aparecer (como) equitativo; antes de que la ley arbitraria haya sido establecida". La consecuencia es que la extensión que debe darse a cada ley viene dada por la equidad o por la intención, según el tipo de ley.

5. También en concordancia con las antiguas doctrinas, Domat se ocupa de estos tres temas:

a) La ampliación y restricción del sentido de las leyes en virtud de su carácter favorable u odioso.

Es este el momento de recordar brevemente que en el derecho canónico se había desarrollado la idea de distinguir elementos, por así decirlo, favorables y odiosos en las leyes, cuya consideración permitía discernir cuándo podía procederse a interpretaciones extensivas o restrictivas. Pero el principio era de origen canonístico, si bien moldeado a partir de fuentes romanas. En el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII, en efecto, se encuentra como *regula iuris*, la siguiente: "Convieni restringi los odios y ampliar los favores" (*Odia restringi et favores convenit ampliari*). No podemos entrar en el último sentido de esta regla, pero ella también fue recibida por los civilistas como canon hermenéutico, quienes distinguían entre "cosas odiosas" (*odiosa*) y "cosas favorables" (*favorabilia*), para restringir respecto de las primeras, y ampliar, tratándose de las segundas. Esta doctrina se mantuvo durante toda la época moderna, pese a los ataques que recibió,

como después veremos; y un ejemplo de su fortuna lo vemos en Domat todavía.

Por leyes favorables entiende nuestro autor aquellas que favorecen la utilidad pública, la humanidad, la religión, la libertad de las convenciones y de los testamentos o cuyas disposiciones están en favor de alguna persona, las cuales deben interpretarse con toda la extensión que pueda darles el favor de sus motivos. Por el contrario, las leyes que restringen la libertad natural, que establecen penas, que prescriben ciertas formalidades, o cuyas disposiciones parecen tener alguna dureza, se interpretan de suerte que no se las aplique más allá de sus disposiciones.

b) El referimiento al legislador: "...si el verdadero sentido de la ley no puede ser entendido por las interpretaciones que pueden hacerse según las reglas que se viene de explicar, o si, siendo claro este sentido, nacen de él inconvenientes contra la utilidad pública, entonces es necesario recurrir al príncipe para averiguar de él su intención, (sea) sobre aquello que puede estar sujeto a interpretación, declaración o moderación, sea para hacer entender la ley, o para aportarle una atemperación". Como podrá apreciarse, se trata aquí del referimiento interpretativo, pero también de aquel reformador de la ley inicua, que permite hacer nuevo Derecho, en lo cual va resumida la vieja discusión medieval en torno a las leyes *inter aequitatem* y *Placuit*.

c) El recurso a los principios de la equidad natural en defecto absoluto de ley, es decir, cuando ni siquiera es procedente la analogía: "si llegare a ocurrir algún caso que no fue regulado por ninguna ley expresa o escrita, él tendría por ley los principios naturales de la equidad, que es la ley universal que se extiende a todos".

VI. LA DOCTRINA HERMENEUTICA DE LOS "PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL" DE ANDRÉS BELLO

Nuevamente debemos hacer un salto, estrictamente impropio, pero necesario por las razones de extensión tantas veces explicadas. Llegaremos a la segunda línea de influencia en el Código de Bello, que termina en Vattel antes de pasar al codificador. Nos excusaremos, empero, de analizar directamente al jurista suizo, porque cuanto Bello expone sobre la materia, estuvo basado muy cercanamente; por lo cual podemos entrar inmediatamente en lo escrito por éste.

Andrés Bello dedicó el capítulo X de la parte primera de sus *Principios de derecho de gentes* (1832), retitulada como *Principios de derecho internacional* a partir de la segunda edición de 1844¹³, una nota inicial del propio Bello advierte haber seguido a Vattel, libro II, capítulo 17, pero también a Phillimore, tomo II, capítulos 8 y 9. Debe recordarse que se trata de

¹³ La edición aquí utilizada es: *Obras completas de Andrés Bello, X: Derecho internacional I: Principios de derecho internacional y escritos complementarios* (reimp. Caracas, La Casa de Bello 1981). Las partes que aquí se examinan, en pp. 175 y ss.

normas sobre interpretación de tratados, y no directamente de leyes, por lo cual tan sólo algunas son comunes, en tanto que otras resultan inaplicables a las últimas. Desde Grocio, este método de aplicar a las convenciones públicas o tratados las reglas explicadas por los medievales para la interpretación de las leyes había sido ordinario entre los tratadistas, y debe reconocerse que parte del "voluntarismo" que insensiblemente se infiltró en la hermenéutica legal, se debe a dicho método, por cuanto, en efecto, en los tratados, como en los contratos, la voluntad tiene un reconocible papel protagonista.

Comienza Bello señalando ser necesario fijar reglas para la interpretación de los tratados, testamentos, leyes y demás actos escritos, que sirvan para fundar derechos entre los diversos estados, debido a variadas razones: la ambigüedad a que da origen la imperfección del lenguaje, la generalidad de las expresiones usadas que es necesario después aplicar a los casos particulares, la fluctuación de las cosas humanas que producen nuevas ocurrencias no previstas en los términos de la ley o del tratado, las contradicciones e incompatibilidades reales o aparentes que ofrecen los textos escritos, y hasta la estudiada oscuridad de que se sirven los contratantes de mala fe para crearse situaciones favorables.

Bello señala una lista de máximas generales de interpretación: no se debe interpretar lo que no tiene necesidad de interpretación; no debe hacerse novedad en la inteligencia de las palabras a que siempre se ha dado un sentido determinado; si el que pudo y debió explicarse clara y plenamente no lo hizo, no puede introducir después unas aclaraciones que no expresó a tiempo; ninguna de las partes interesadas puede interpretar un tratado a su arbitrio; todo lo declarado suficientemente por uno de los contratantes se mira como verdadero en su contra; cuando un tratado se conviene sobre la base de lo propuesto por una parte y aceptado por la otra, debe estarse principalmente a las palabras de la parte proponente; y la interpretación de todo documento "debe ajustarse a reglas ciertas, propias a determinar el sentido en que su autor o autores lo entendieron, y obligatorias a todo gobierno, y a todo hombre, en cuanto deducidas de la recta razón y prescritas por la ley natural".

En seguida pasa Bello a las reglas particulares deducidas de los anteriores axiomas. Por la manera apodéctica en que vienen presentadas, las transcribiremos literalmente.

La primera es ésta: "En todo pasaje oscuro, el objeto que debemos proponernos es averiguar el pensamiento de la persona que lo dictó; de que resulta que debemos tomar las expresiones unas veces en un sentido particular y otras en el general, según los casos".

La segunda: "No podemos apartarnos del uso común de la lengua, si no tenemos fortísimas razones para hacerlo así. Si se expresa que las palabras se han de tomar precisamente en su más propia y natural significación, habrá doble motivo para no separarnos del uso común; entendiendo por tal el del tiempo y país en que se dictó la ley o tratado, y comprobándolo no con vanas etimologías, sino con ejemplos y autoridades contemporáneas".

La tercera: "Cuando se ve claramente cual es el sentido que conviene a la intención del legislador o de los contratantes, no es lícito dar a sus expresiones otro distinto".

La cuarta: "Los términos técnicos deben tomarse en el sentido propio que les dan los profesores de la ciencia o arte respectiva; menos cuando consta que el autor no estaba suficientemente versado en ella".

La quinta: "Si los términos se refieren a cosas que admiten diferentes formas o grados, deberemos entenderlos en la acepción que mejor cuadre al razonamiento en que se introducen y a la materia de que se trata".

La sexta: "De que se sigue que es necesario considerar todo el discurso o razonamiento para penetrar el sentido de cada expresión y darle, no tanto el significado que en general pudiera convenirle, cuanto el que le corresponde por el contexto".

La séptima: "Si alguna expresión susceptible de significados diversos ocurre más de una vez en un mismo escrito, no es necesario que le demos en todas partes un sentido invariable, sino el que corresponda según el instinto (*pro substrata materia* como dicen los maestros del arte)".

La octava: "Es preciso desechar toda interpretación que hubiese de conducir a un absurdo".

La novena: "Debemos, por consiguiente, desechar toda interpretación de que resultase que la ley o la convención sería del todo ilusoria".

La décima: "Las expresiones equívocas u oscuras deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos que con relación a la materia de que se trata ha empleado el autor en otras partes del mismo escrito, o en otra ocasión semejante".

La undécima: "Debe ser tal la interpretación, que entre todas las cláusulas del razonamiento haya la mayor consonancia; salvo que aparezca que en las últimas se han querido modificar las primeras. Otro tanto se aplica a los diferentes tratados que se refieren a un mismo asunto".

La duodécima: "Sabida la razón que ha determinado la voluntad del que habla, han de interpretarse sus palabras de manera que se conformen con ella. Mas es preciso saberla de cierto y no atribuirle intenciones o miras dudosas para violentar el sentido. Mucho menos será lícito suponer motivos secretos, contrarios a lo que el mismo ha declarado".

La decimotercera: "Si ha habido más de una razón impulsiva, y es claro que el legislador o los contratantes no han querido la ley o el contrato sino en virtud de todas ellas reunidas, de manera que sin esta reunión no hubiera tenido lugar la disposición de la ley o contrato, la interpretación debe ser copulativa; y si por el contrario es manifiesto que la voluntad ha sido determinada por cada una de ellas separadamente, la interpretación debe ser disyuntiva".

La decimocuarta: "Conocida la razón suficiente de una disposición (esto es, la razón o conjunto de razones que la han dictado), se extiende la disposición a todos los casos a que es aplicable la razón, aunque no estén comprendidos en el valor de las palabras; y por el contrario, si ocurre un caso a que no es aplicable la razón suficiente, debemos exceptuarlo de la disposición, aunque atendiendo a lo literal parezca comprenderse en ella.

En el primer caso, la interpretación se llama extensiva; y en el segundo, restrictiva. Requiere para una y otra conocer con toda certidumbre la razón suficiente".

La decimoquinta: "No debe estarse al rigor de los términos cuando éstos en su sentido literal envolverían alguna cosa contraria a la equidad natural, o impondrían condiciones demasiado duras, que no es presumible hayan entrado en la mente del que habla".

La decimosexta: "En todos los casos en que la natural latitud del significado pugna con las circunstancias que el autor ha tenido a la vista, y que no ha querido o podido variar, es necesaria la interpretación restrictiva".

La decimoséptima: "Si es manifiesto que la consideración del estado en que se hallaban las cosas dio motivo a la disposición o promesa, de manera que, faltando aquél no se hubiera pensado en ésta, el valor de la disposición o promesa depende de la permanencia de las cosas en su mismo estado".

La decimoctava: "En los casos imprevistos, debemos estar a la intención más bien que a las palabras, interpretando lo escrito como es verosímil que lo interpretaría su autor, si estuviese presente".

La decimonovena: "Cuando el temor de un suceso contingente es el motivo de la ley del convenio, sólo pueden exceptuarse los casos en que el suceso es manifiestamente imposible".

La vigésima: "En caso de duda, si se trata de cosas favorables, es más seguro ampliar la significación, y si se trata de odiosas, es más seguro restringirla".

Con relación a esta última regla, Bello se extiende en forma especial para explicar qué se considera favorable y odioso: todo lo que cede en beneficio general de la especie humana, sin causar gravamen notable a persona alguna es favorable, y odioso lo contrario; todo lo que tiende a la utilidad común y a la igualdad de las partes es favorable, y odioso lo contrario; todo lo que va a mudar el estado presente haciendo consistir la ganancia de los unos en la pérdida de los otros, es odioso; también lo es todo lo que contiene una pena y lo que propende a inutilizar un pacto y hacerlo inusado. Si hay cosas que participan de lo favorable y de lo odioso, entonces debe compararse el bien con el mal, de modo de mirarse como favorable aquello en lo que prepondera el primero, y como odioso lo contrario".

En una nota al texto respectivo, con todo, Bello dejó constancia de que las interpretaciones extensiva y restrictiva, en cuanto fundadas en la distinción favorable-odioso "han ofrecido graves dificultades"; recuerda entonces las objeciones que había elevado Barbeyrac en contra de la distinción; también una observación de Phillimore en el sentido de que el catálogo de cosas favorables y odiosas establecido por Vattel es "de un carácter muy vago y disputable"; y finalmente una indicación de Story en contra del dicho del mismo Vattel, de que cuanto tiende a mudar el estado presente de cosas debe ser considerado como odioso, resulta "en muchos casos fundamentalmente erróneo".

La parte final del capítulo viene dedicada al tema de la oposición entre dos o más leyes o pactos, a que Bello aplica varias reglas de que aquí no trataremos. Con todo lo cual se cierra la exposición.

VII. UNA LECTURA DE LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACION RECOGIDAS EN EL "TITULO PRELIMINAR" DEL CODIGO CIVIL DE CHILE A LA LUZ DE SU HISTORIA DOGMÁTICA

Ahora estamos en condiciones de intentar releer las disposiciones del Código Civil de Chile desde las perspectivas que nos proporciona la historia dogmática que acabamos de trazar.

1. El artículo 3º del Código Civil establece: "Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio".

Contiene esta norma el viejo principio de la *interpretatio generalis et necessaria*, por definición reservada al legislador.

El punto de gravedad del inciso 1º, en efecto, hay que verlo en las expresiones "generalmente obligatorio", que reproducen muy fielmente los términos "necessarius y generalis, para indicar el carácter obligatorio de la interpretación y la generalidad de dicha obligación, puesto que vincula a todos. El precepto declara que hacer este tipo de interpretaciones pertenece únicamente al legislador.

2. En conexión con lo mismo se encuentra el artículo 9º, cuyo inciso 1º establece como principio general el efecto de *futuris* de las leyes y su no retroactividad, y cuyo inciso 2º dice: "Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

Se trata aquí de la *lex declaratoria* del sentido de otras leyes; la disposición establece el efecto *ad praeterita* de la primera, con una excepción: los resultados de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el lapso ocurrido entre la promulgación de la ley interpretada y la de la ley interpretativa.

De acuerdo con la doctrina tradicional, el precepto habla de "leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes", lo cual debemos entender como que nada de nuevo (*nihil de novo*) pueden agregar a la ley declarada o interpretada, y que en cuanto algo diferente añadan dejan de ser leyes interpretativas, por que entonces no declararían "el sentido de otras leyes".

3. El artículo 5º del Código Civil dispone: "La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Apelación, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los pactos que noten en ellas".

Contiene la disposición el último resabio del referimiento al legisla-

dor. Como tal, es decir como obligación (o facultad) de los jueces de remitir una causa al legislador cuando encuentren oscura una ley, o una laguna en ella, para ser interpretada por aquél, o integrada, y enseguida fallar conforme con la ley interpretativa o la nueva ley, como tal la institución desapareció del Derecho chileno, al menos formalmente, en 1852. Antes había sido establecido reiteradamente por las constituciones de 1818, título 2, capítulo 3, artículo 7; de 1822, artículos 47 N° 32 y 166 N° 9; y de 1823, artículo 149 N° 2; por la ley de 1 de febrero de 1837 sobre organización y atribuciones de los ministerios, artículo 3 número 4; por el decreto con fuerza de ley de 1 de marzo de 1837 o la ley mariana sobre fundamentación de sentencias (en su punto primero); y supuesto por la ley de 25 de septiembre de 1837, artículo 1, disposiciones todas estas que continuaron la tradición del antiguo Derecho romano-castellano-indiano vigente en Chile desde su fundación¹⁴. El referimiento integrador, al menos, había sido tácitamente derogado, sin embargo, por la ley de 12 de septiembre de 1852 sobre acuerdos y fundamentación de sentencias, cuyo artículo 3 número 3 (sugerido por el senador Andrés Bello) ordenó fundar estas en "las razones de equidad natural" en defecto de disposiciones legales o de costumbres que tuvieran fuerza de ley; y por lo que respecta al referimiento interpretativo, el propio Bello propuso en su código un artículo según el cual en último término las dudas interpretativas debían resolverse de acuerdo con el espíritu general de la legislación y la equidad natural, todo lo cual excluía al referimiento.

Con todo, en esa institución se inspiraron los artículos XI y XII del Título preliminar del Código Civil del Perú de 1852, de una manera que no podemos explicar aquí, cuando dispusieron, el primero que: "La Corte Suprema está obligada a dar cuenta al Congreso, en cada legislatura, de los defectos que notare en la legislación"; y el segundo, a su vez, que: "Los jueces y tribunales superiores tienen la misma obligación establecida en el artículo anterior, que cumplirán por conducto de la Corte Suprema". Y de tal código tomó Bello las ideas para componer el artículo 5° del Código Civil, razón por la cual hemos dicho que lo ahí dispuesto viene a ser el último resabio de la vieja figura del referimiento, bajo la forma de una suerte de colaboración del poder judicial con el legislativo, en la mejora de las leyes oscuras o lagunosas. Por cierto, este "dar cuenta" las cortes al presidente de la república, a que alude el artículo 5°, no es en relación con cada causa en concreto, ni para esperar de aquél una solución, como en el antiguo referimiento, y el deber de los tribunales se agota con la mera información.

4. El inciso 2° del artículo 3° del Código Civil dispone: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

En la norma queda recogida la figura de la *interpretatio necessaria sed*

¹⁴ Vid. GUZMÁN, ALEJANDRO, *Historia del referimiento al legislador*, II: El Derecho nacional chileno, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (Valparaíso 1982), pp. 107 y ss.

non generalis, por definición correspondiente al juez a través de sus sentencias. El primer extremo está representado por las expresiones "no tienen fuerza obligatoria sino respecto", porque su significado es que tienen fuerza obligatoria "respecto de", es decir, son *necessariae* u obligatorias. El segundo extremo, por las expresiones "sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren", que señala el valor particular de la interpretación, esto es, su no generalidad.

Cierto es que el precepto no alude directamente a la "interpretación" dada en las sentencias, sino a las "sentencias" sin más, y una sentencia dispone o declara sobre muchas cosas, no sólo en torno a la interpretación de la ley; de manera que el precepto viene ampliado a todo el contenido del fallo, y no limitado a las interpretaciones que en él puedan haber. Se entiende, pues, que todo lo que la sentencia contenga tan solo obliga a las partes y a nadie más; y, en consecuencia, también que una de las cosas que la sentencia puede contener como son las interpretaciones a la ley, tan solo a aquellas obliga y únicamente en ese caso, ni siquiera en otros aun entre las mismas partes; en lo cual aparece, entonces, el viejo principio de la *interpretatio necessaria sed non generalis*.

Pero es claro que aquí se ha confundido el principio del efecto relativo de la cosa juzgada con el principio de la *interpretatio necessaria sed non generalis*, que nada tienen que ver entre sí; mas también es claro que aquello sobre lo cual el inciso 2° del artículo 3°, del Código Civil entendió pronunciarse fue sobre el segundo principio en sentido afirmativo. La prueba de ello es que, aun cuando no existiera ese precepto, el efecto relativo de la cosa juzgada continuaría vigente, porque su fuerza no deriva de dicha disposición sino de las pertinentes de los códigos procesales.

5. Nada dice el código sobre la *interpretatio nec generalis nec necessaria*, o doctoral, doctrinal o profesoral. Mas razonando como lo hacían los medievales, digamos que, al tratar el artículo 3° de las dos interpretaciones precedentes, lo único que dice es que, si de hacer interpretaciones generales y necesarias, o necesarias pero no generales se trata, eso incumbe al legislador y al juez, respectivamente, pero no dice ni tampoco se dice en otra parte, que sea legalmente imposible que hayan interpretaciones ni necesarias ni generales.

Por lo demás, las normas del párrafo 4 de Título preliminar se refieren a esa interpretación (como a la *necessaria sed non generalis*).

6. De todas las normas contenidas en dicho párrafo, la principal es la perteneciente a la segunda parte del artículo 23 del Código Civil: "La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes".

En este precepto están resumidos, por un lado, el primer principio de toda la hermenéutica legal, y, por otro, la principal consecuencia de ese principio.

Ya hemos visto, en efecto, que para los antiguos tal principio consis-

tía en captar el *verus sensus legis* o *vrai sens de la loi*, lo que el artículo 23 denomina el "genuino sentido" de la ley.

Ya hemos visto, además, que la inmediata y asaz importante consecuencia de ese principio era que el genuino sentido de la ley determina su extensión.

Ahora bien: cabalmente, ambas cosas son las dichas por ese artículo.

El cual, por lo tanto, supone, como no podía dejar de ser, que toda ley tiene una extensión (determinada por el sentido), que el intérprete debe esforzarse por verificar.

7. Ahora bien: el código establece que la ley debe manifestarse a través de un texto, porque sus artículos 6º y 7º se refieren a la publicación en un Diario Oficial, y eso presupone que la ley sea escrita. Conviene, pues, examinar cómo trata aquel las relaciones entre el texto y su sentido.

De todas las posibles relaciones que puede haber entre ambos, a saber: que el sentido coincida exactamente con el texto; que el sentido sea más amplio que el texto; y que el sentido sea menos amplio que el texto; de todas esas posibilidades, el código se refiere tan sólo a la primera.

Lo hace en el inciso 1º del artículo 19: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". Para efectos del análisis, prescindamos de la cláusula "a pretexto" por un momento.

Así, pues, la parte "cuando literal" se refiere a uno de los posibles casos de relación entre *sensus* y *littera*, o *sentido* y *tenor literal*, como dice el código: al caso de plena congruencia o coincidencia entre la extensión de las palabras y la extensión del sentido. En ese caso, se aplica el sentido y las palabras, o lo que es igual decir, las palabras; también, si se quiere, el sentido; que todo es lo mismo, supuesta la coincidencia. Lo cual implica que nada hay que ampliar o restringir en las palabras, precisamente porque, como lo dice el artículo 23, la extensión de la ley queda regulada por el genuino sentido, y ahí se discurre sobre la base que el genuino sentido, que esta vez es llamado "sentido claro", quepa exactamente en las palabras.

Todo lo anterior significa que en esa disposición viene establecido el principio *in claris non fit interpretatio*, entendido como debe serlo, según lo explicamos en otro lugar, y como acabamos de hacer, sin mencionarlo. Repitamos sintéticamente, que ese principio lo único que implica es que no debe ampliarse o restringirse la letra, si el sentido coincide plenamente con ella.

8. El código, en cambio, no dice nada directo sobre las dos restantes posibilidades: que el sentido sea más amplio que la letra, o menos amplio. Pero sólo nada directo, porque esas posibilidades están comprendidas en el inciso 2º del artículo 19: "...para interpretar una expresión oscura de la ley...".

El término "expresión", por cierto, no significa "palabra o término aislado", sino "acción y efecto de expresarse", "lo expresado", por modo

de aludir por supuesto a un término o palabra aislado, pero también a una frase o período completo, a algo expresado, en suma, cualquiera sea su longitud.

Así, pues, en el fondo, esa norma parte de la base de un texto oscuro; y eso significa "texto cuyo sentido no es claro", bien porque tiene más de uno, bien porque aparentemente no tiene ninguno.

Si el texto es oscuro, pues, entonces, el artículo 19 permite "interpretarlo", en lo que debemos ver un nuevo eco del principio *In claris non fit interpretatio*, lo cual significa ampliación o restricción según su sentido, cuando es múltiple el que ofrece lo expresado. Nuevamente nos ayuda aquí el artículo 23, que obliga a determinar la extensión por el genuino sentido de la ley, y si ésta tiene extensión, ello implica necesariamente que puede ser mayor o menor. Así, pues, la posibilidad de ampliar o restringir la letra según el sentido, también resulta de la conjunción entre el artículo 23 y el artículo 19 inciso 2º en cuanto se refiere éste a una manera oscura de expresarse.

9. El artículo 19 inciso 2º dice que, para interpretar (o sea, para ampliar o restringir, pero también para encontrar el *verus sensus* o genuino sentido, si aparentemente no tiene ninguno) bien se puede "recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Se diferencia aquí el "espíritu" de la "intención", como lo demuestra el plural "manifestados", que no cabría de ser sinónimas ambas expresiones.

i) El "espíritu", ya lo sabemos, equivale a la *ratio legis*, en la terminología de Domat; y, en consecuencia, significa el fin o fundamento objetivo de la ley.

ii) La "intención", también lo sabemos, es la *voluntas legislatoris* o *voluntas statuentis*, asimismo en la terminología del mismo autor.

iii) Por lo tanto, también el código parte de la base que hay leyes que tienen espíritu, o sea razón, y otras que carecen de espíritu, y sólo tienen intención de un legislador. Las consecuencias de esta dicotomía ya las conocemos.

iv) Pero en ambos casos el código exige que el espíritu o la intención de la ley sean "claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento". Lo cual significa *ratio scripta* o *expressa* y *voluntas scripta* o *expressa*, conceptos estos que también ya conocemos.

10. Por el contrario, el inciso 1º del artículo 19 había prescrito no desatender el tenor literal de una ley de sentido claro "a pretexto de consultar su espíritu".

Esta cláusula, meramente contingente en su formulación, y que entendida mosaicamente vendría a querer decir que se puede desatender el tenor literal de la ley a cualquier pretexto que no sea el de consultar su espíritu, es, sin embargo, correlativa con la del inciso 2º del mismo artículo; y tiene un significado de gran importancia, como es el de prohi-

bir el recurso a la *ratio non scripta* o *non expressa* (utilizado como pretexto para eludir el sentido claro expresado por el tenor literal).

La contingencia de la formulación está dada por el empleo de la palabra "pretexto", que manifiesta la antigua desconfianza de los juristas y legisladores por el uso del argumento fundado en la razón, cuando ésta no consta; y también por el hecho de haberse unido a esta importante disposición con la anterior "cuando-literal", en circunstancias de tener que haberse puesto ambas por separado, porque una cosa es que en la práctica forense el recurso a la razón se utilice como pretexto, y otra la manera de formularse los principios por el legislador.

En síntesis, lo único permanente que esa cláusula contiene es la prohibición de recurrir a la razón (espíritu) no escrita o no expresada.

11. El artículo 22 del Código Civil dispone: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

Nuevamente nos encontramos con una síntesis de ideas practicada en torno a los núcleos conceptuales del *antecedens et consequens*, por un lado, y de la *alia lex*, por otro, unidos al criterio de la *substrata materia*.

El inciso 1º, en efecto, dice que el sentido de cada parte de la ley, esto es, el de un término o conjunto de términos aislados, o el de una frase o conjunto de frases aisladas, puede ser ilustrado por el contexto, palabra ésta que no tiene otra significación que el de "las demás partes que siguen o anteceden a la parte que se trata de interpretar". El inciso señala un medio de demostrar la eficacia de la operación: la debida correspondencia y armonía que debe resultar entre todas las partes. En realidad tal es el supuesto de la operación, aunque en la norma venga presentado casi como una finalidad, porque se presume que fueron unas mismas mente y razón las que dirigieron la composición del texto íntegro, es que en cada una de sus partes debió de haberse reflejado lo mismo, de modo de no haber contradicción, sino correspondencia y armonía; ello es lo que permite utilizar una porción para aclarar otra al parecer oscura, que es cuanto significa el término "ilustrar" escogido por Bello en esta ocasión, o sea, "dar luz" o "iluminar" ("aclarar").

Conviene detenerse un momento en la palabra "debida" también empleada ahí se trata de una "debida correspondencia y armonía", y no de una correspondencia y armonía a toda costa, incluso forzando significados; lo cual quizás deba ponerse en contacto con una de las reglas reconocidas por Bello en sus *Principios*, la número 7: "Si alguna expresión susceptible de significados diversos ocurre más de una vez en un mismo escrito, no es necesario que le demos en todas partes un sentido invariable, sino el que corresponde según el asunto (prosubstrata materia, como dicen los maestros del arte"; de acuerdo con esto, la correspondencia y armonía guarda relación con el asunto de que se trate, y no tiene por qué haberla entre diversos asuntos, ya que un mismo término puede haber sido empleado en diver-

sos sentidos, según el tema. En otras palabras, se trata de la *substrata* o *subiecta materia* también.

El inciso 2º acepta expresa y directamente, en cambio, este último criterio, la *interpretatio per aliam legem*, esto es, la operación consistente en aclarar (ilustrar) los pasajes oscuros de una ley por medio de otras leyes, tiene lugar particularmente si ambas "*versan sobre el mismo asunto*", esto es, si la materia subyacente es la misma.

12. Los artículos 20 y 21 del Código Civil tratan de la *significatio verborum*, es decir, del modo de entender los términos singulares de la ley.

a) El artículo 20 del Código Civil dice: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

Se recordará que los medievales habían distinguido en las palabras un *sensus proprius* y otro *improprius*, y que dentro del primero habían incluido al proveniente de una definición legal; en la tradición posterior, al sentido propio de los términos conferido por mandato legal, se le llamó *sensus civiles*, y *naturalis* al original (*le sens naturel* de Domat, por ejemplo). Por su parte, la fuente de impropiedad para los medievales era el *communis usus loquendi*. Es a la luz de estos conceptos que debemos entender el precepto que nos ocupa, en el cual, en consecuencia, hay que ver los siguientes elementos.

i) El sentido natural de las palabras de la ley: equivale al *sensus proprius* de los medievales, excluido el proveniente de las definiciones legales; en otras palabras, al *sensus naturalis* de la tradición posterior, en oposición al *civilis*.

ii) El sentido obvio de las palabras de la ley: tal fue la manera que tuvo Bello para designar lo que se llamaba el *sensus apertus*, o sea, aquel en que ostensible y abiertamente fue empleado un término en tal caso por la ley.

iii) Entendimiento de las palabras de la ley según el uso general de las mismas palabras: estamos en presencia aquí del *communis usus loquendi* o "uso común del hablar", que Bello manifestó, empero, como "uso general de las palabras". Acabamos de decir que en la doctrina medieval tal era la principal fuente de impropiedad en los términos; pero en la doctrina siguiente el uso común terminó por ser abusivamente considerado como caso de propiedad, esto es, incluido dentro del *sensus proprius naturalis* en oposición al *sensus proprius civilis*.

iv) Este abuso dejó fuera de consideración el problema de las palabras poco usadas, raras o cultas, a las que no puede aplicarse el criterio del uso común del hablar, pero que evidentemente tienen un sentido que les es natural. Por lo demás, estos términos de hecho son la mayoría en todo lenguaje. Los medievales acudían, a falta de academias y diccionarios, a la etimología; y con razón.

v) Definición expresa de los términos de la ley por parte del legislador, que es llamado "significado legal", equivalente al antiguo *sensus civilis*;

sólo que Bello agrega en este tema el criterio de la *subiecta* o *substrata materia* ("para ciertas materias" dice la disposición); lo cual implica que la definición legal no es general, ni vale para todos los casos en que aparece la palabra definida, por modo que ese significado debe asumirse en relación con la materia con la cual la ley formuló la definición.

vi) De acuerdo con todo lo anterior, el artículo 20 del Código Civil viene a decir esto: cuando un término de la ley ofrece un significado natural y un significado legal, debe preferirse este último si la materia así lo exige; cuando dicho término presenta dos significados naturales, pero sólo uno de ellos determinado por el uso general del término, debe estarse a este último; cuando él tiene dos significados naturales determinados por su uso general, debe atenderse al obvio en el que fue empleado, entendiéndose por tal aquel que ostensiblemente conviene al sentido general del texto; si no hay sentido obvio, entonces el término entra a ser regido por el artículo 19 inciso 2º del Código Civil.

vii) Pero no resolvió el código el caso de aquellas palabras carentes de uso común. La práctica, como es sabido, recurre al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, y con toda razón.

b) El artículo 21 del Código Civil dispone: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

Se trata aquí de las palabras "inventadas" de los medievales, o *termini technici*, como las llamó Wolff. Estrictamente su sentido es propio en la disciplina de la cual se trata; pero pueden ser inapropiadas en un caso dado, y a eso se refiere la última cláusula de la disposición.

13. El artículo 23 del Código Civil establece en su primera cláusula: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación".

Con esta disposición, Bello se puso en abierto contraste con una doctrina que él había aceptado en sus *Principios*, donde escribió: "En caso de duda, si se trata de cosas favorables, es más seguro ampliar la significación; y si se trata de cosas odiosas, es más seguro restringirla". Al aplicar tal principio, por lo demás, dedicó el párrafo 4 del capítulo sobre interpretación de los tratados incluido en aquel libro. Aparte de la terminología "cosas favorables-cosas odiosas", que seguramente influyó en la redacción definitiva del precepto, tengamos presente que su fuente inmediata fue Vattel, quien, a su turno, había revivido la distinción y sus consecuencias tradicionales, después de los ataques recibidos primeramente por Thomasius y luego por Barbeyrac, que fueron capaces de influir en Portalis, quien declaró "abusiva" la distinción en el Proyecto del Año VIII, siendo seguido también en eso por el Código luisiano de 1808.

Ahora bien: no obstante haber Bello seguido tan cerca a Vattel en su doctrina concerniente a este materia, no se privó de hacer constar en sus *Principios* las críticas del ya citado Barbeyrac, y además las de Phillimore y Story en una nota puesta a pie de página en sus *Principios*. Bello, en

consecuencia, estaba muy sensibilizado en contra de la distinción; y entonces no es extraño que en el momento de emprender la redacción del párrafo atañente a la interpretación de la ley apenas haya dudado en recoger lo dispuesto por el artículo 20 del Código luisiano.

Pero de todos modos el precepto involucra la aceptación de esta idea: que las leyes tienen una extensión que es necesario determinar; su primera parte simplemente prohíbe tomar en cuenta lo favorable u odioso de una disposición para ampliar o restringir su interpretación, tal como, por el contrario, enseñaban los juristas de la época moderna, salvo las excepciones vistas, que debían hacerse; pero no dice aquélla que en ningún caso se pueda ampliar o restringir la interpretación de una ley; por modo que siempre queda a salvo una u otra operación, en la medida, empero, en que no se funde en lo favorable u odioso del contenido legal.

14. El artículo 24 del Código Civil dispuso: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación, y a la equidad natural".

En esta norma debemos distinguir tres partes: la cláusula "En los casos precedentes", el espíritu general de la legislación; y la equidad natural.

a) ¿Qué significa el giro "espíritu general de la legislación"? Para entenderlo debemos reparar en el uso del término "espíritu", que también aparece en otras dos oportunidades a lo largo del párrafo 4: en los incisos 1º y 2º del artículo 19; nosotros debemos presumir que existe alguna conexión entre todos ellos.

Ya varias veces hemos hecho caudal de que la palabra "espíritu", de la que Domat hizo el centro de su doctrina, equivale a la antigua *ratio* de los medievales; el espíritu de la ley, en consecuencia, es su razón, o sea, su finalidad objetiva. Esta finalidad admite diversas gradaciones; de hecho cada ley tiene su finalidad específica; pero todas tienen una finalidad última, que los antiguos, pero también Domat (y Portalis), denominaban "equidad"; y por ello es que la equidad servía de control incluso para las finalidades específicas de cada ley particular, aun en materia hermenéutica. Podemos sintetizar esta idea diciendo que la equidad es la última *ratio* del Derecho.

Esta doctrina se habría mantenido inalterada en el código si el artículo 24 se hubiese remitido únicamente a la equidad natural; pero ya vemos que introdujo también la noción de "espíritu general de la legislación". Si ahora reparamos en el término "legislación", que debemos entender referido, por supuesto, a la legislación chilena, y lo conectamos con la idea de gradación de finalidades o razones, de que antes hablamos, entonces tenemos que pensar en que también aquí se piensa en un cierto nivel o altura, inferior a la equidad, porque es "legislación", pero superior a las leyes particulares, porque se trata de algo "general", y también de "la" legislación, así en general, y no de cada ley.

Cuando el artículo 19, por lo tanto, emplea en dos ocasiones la palabra "espíritu", se refiere con ella a las finalidades específicas de la ley

singular que se pretende interpretar: en el inciso 1º para prohibir que, si no consta, se la invente; y en el inciso 2º para admitir un recurso a ella si consta.

En el artículo 24 el término "espíritu" también debe significar razón o finalidad objetiva, pero ya no se trata de la específica de tal ley, sino de la general de toda la legislación chilena. Precisamente porque el espíritu específico de la ley singular no pudo servir de conjetura para descubrir su verdadero sentido, es que el artículo 24 autoriza un recurso al espíritu general de la legislación positiva.

De paso digamos que esta concepción impide identificar dicho espíritu con los "principios generales del derecho", cuya historia desgraciadamente no hemos podido trazar aquí, los cuales siguen siendo principios y no razones o finalidades; y aunque en ciertos casos el espíritu de la ley pueda consistir en instrumentalizar un principio general, debe mantenerse rigurosamente la distinción conceptual.

b) En un nivel superior que el del espíritu general de la legislación se encuentra, en cambio, la "equidad natural", porque, de acuerdo con la doctrina transmitida, ella no es propia de determinada legislación nacional, sino del Derecho en sí, expresado de cualquier manera que sea.

Pero el artículo 24, empleando la conjunción copulativa "y" ("al espíritu general de la legislación y a la equidad natural"), no puso en lugar subsidiario a la equidad respecto del espíritu general de la legislación, por modo que la interpretación debe hacerse "del modo que más conforme parezca" a ambos al mismo tiempo. Ello, empero, no sustrae a la equidad natural su intrínseco valor superior, por manera que la conjunción de ambos criterios viene a significar que de todos modos aquella conserva una función contrastadora, en este caso, del espíritu general de la legislación; con otras palabras, éstos deben servir en la medida de la equidad natural, que continúa constituyendo, en consecuencia, la última ratio.

Este es, nos parece, un esquema satisfactorio con el cual examinar el sistema hermenéutico del párrafo 4º del Código Civil, por lo que a nuestro actual tema respecta; de acuerdo con él, la interpretación comienza con el espíritu particular de cada ley, sigue con el general de la legislación y termina con la equidad natural, no en modo supletorio a ésta, sino contrastante.

c) Tuvo, en consecuencia, razón el artículo 24 cuando dijo: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes...". Esta cláusula se limita a establecer un principio de ordenación de las operaciones hermenéuticas, consonante con lo que es la labor judicial y doctrinal. Ni la una ni la otra estriban en resolver casos mediante el espíritu general de la legislación y la equidad natural, ni en interpretar las leyes positivas acudiendo directamente a una y otra, porque el espíritu y la equidad admiten grados, y de ahí la pluralidad de leyes y disposiciones, con su propio espíritu y con su propia constitución de equidad, por lo cual es a ello a lo que debe atenderse más directamente en las operaciones interpretativas y aplicadoras.

Pero se entiende mal esa cláusula, cuando se la considera como si anunciase el paso a un criterio de menor jerarquía. Debe recordarse que el objetivo central de la interpretación es encontrar el sentido específico de una ley determinada, y que todo gira en torno a ello; la operación alcanza su finalidad, en consecuencia, cuando logra encontrar el sentido de esa ley.

Ahora bien, normalmente el sentido particular de cada ley es equitativo u obedece a una razón de equidad, en la medida en que el derecho efectivamente es equidad constituida; de este modo se encuentra en la naturaleza de las cosas que normalmente la búsqueda de un sentido consista en la búsqueda de una equidad determinada; y sólo cuando es absolutamente imposible encontrar ese sentido equitativo, entonces se recurre a la equidad general, de la cual se supone que el sentido particular tiene que ser un trasunto.

Pero también si el sentido es oscuro, pero descubrible a través de la especial razón manifestada de la ley por ejemplo, vale la misma suposición; e incluso cuando es claro y su búsqueda no requiere de un esfuerzo hermenéutico especial.

Mas sería del todo erróneo si se estableciera como única regla de interpretación el operarla directamente "del modo que más conforme parezca a ... la equidad natural"; como consecuencia de que de todas maneras se ha de llegar a un resultado equitativo. Erróneo, porque se estaría autorizando un instrumento interpretativo general para buscar un sentido especial, en circunstancias de que hay instrumentos apropiados a la investigación inmediata de ese sentido particular, como son las ya conocidas reglas hermenéuticas.

La exacta relación que existe entre el artículo 24 y los anteriores, por lo tanto, es la misma que existe entre una regla general y una especial, y no la que existe entre una regla de mayor jerarquía frente a otra de menor.

d) En tales circunstancias, para el código sigue vigente el principio antiguo de que la equidad (pero también el espíritu general de la legislación) es indicio de permanente aplicación, lo cual viene a querer decir que debe rechazarse toda interpretación que conduzca a una iniquidad. Hay que entender lo precedente en el interior del siguiente esquema sin embargo: cuando un término o frase de la ley, un texto legal en suma, admite dos sentidos (o más) y uno de ellos conduce a una iniquidad, debe desecharse tal sentido; porque entonces no se estaría interpretándolo del modo que más conforme parece a la equidad natural.

En el código, con todo, la equidad natural tiene tan sólo una función interpretativa, como acabamos de ver, pero no correctiva de la ley; en otras palabras, no está admitida la posibilidad de que una ley inicua sea inaplicada o enmendada por el juez. Lo cual también debe entenderse de acuerdo con el siguiente esquema: es ley inicua aquella cuyo sentido claro, indiscutible y cierto es de contenido inicuo; no aquella cuyo texto admite dos sentidos, uno equitativo y otro inicuo; para este último caso, ya lo vimos, rige el artículo 24, que obliga a adoptar el sentido conforme

a la equidad; pero si el sentido del texto es inícuo, no es posible invocar el artículo 24, porque el problema ha salido del ámbito de la interpretación del juez o del doctor, para quedar en las manos del legislador.

También en esto el código se adaptó a las viejas teorías de los juristas, que en el siglo XIII agitaron a sus escuelas en torno a las leyes *Inter aequitatem* y *Placuit*, de entre las cuales terminó por prevalecer la doctrina de Bulgaro; según ella, la corrección de una ley de sentido inícuo es tarea del legislador, no del juez ni del doctor.

e) ¿Qué entiendo el artículo 24 por equidad natural?¹⁵ No ciertamente aquello llamado por los antiguos *aequitas*, *cerebrina*, *bursalis* o *martiniana*, *de corde suo*, *ex ingenio suo* o *de capite suo*. Bello, como casi todos, era especialmente hostil a esa posibilidad. Para comprobarlo será suficiente recordar que en un artículo suyo publicado en *El Araucano* de 20 de junio de 1834, dirigido a defender la obligación judicial de fundamentar las sentencias, creyó el oportuno insertar un texto en apoyo, muy revelador al respecto. Escribió entonces aquél: "No podemos menos de transcribir aquí lo que dice sobre esta materia el docto juriconsulto Emerigon en su Tratado de Seguros, que se mira justamente como una obra clásica de Derecho. A pretexto de equidad, no deben los jueces de los comerciantes (y lo mismo se aplica a todos los otros jueces) apartarse de las leyes y reglamentos. Se les manda solamente no detenerse en las sutilezas del Derecho y en lo que se llama *summum jus summa injuria*. Si la ley es clara y precisa, no les es permitido violarla, por dírse que les parezca (ley 12. Qui et a quibus manumit). La conciencia de la ley vale más que la del hombre: *conscientia legis vincit conscientiam hominis* (Stracca). Debe el juez seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza (Dumoulin). Los jueces dan sentencias iníquas cuando se imaginan ser árbitros y maestros de la equidad (Stracca). Ellos deben tener continuamente a la vista lo que decía M. Pussort, cuando se redactó la ordenanza de 1667. Todos saben que el juez no hace el Derecho, sino solamente lo declara. Es su dispensador, no su dueño. El poder y la soberanía están en la ley, no en él. Y si el juez pudiera impunemente contravenir a la ley, sería por consecuencia infalible dueño de las haciendas, honras y vidas de los ciudadanos, pues sin temor de pena alguna podría disponer de ellas como quisiese, a pesar de la ley".

Este texto, que también ilustra muy bien cuanto precedentemente dijimos acerca de la equidad correctiva, lo invocamos ahora para afirmar nuestra aseveración concerniente a la hostilidad de Bello hacia la *aequitas de capite suo*. Locución ésta, por lo demás, usada expresamente en el texto ("debe el juez seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza"). El codificador no podía pensar siquiera en que la "equidad natural" del artículo 24 del Código Civil en algo se asemejara con los sentimientos subjetivos y cordiales a que solemos llamar "equidad" por abuso de lenguaje. También para Bello la equidad natural era una categoría objetiva y verificable, de la cual se puede dar cuenta argumentativa y razonada,

¹⁵ Sobre esto vid. también: GUZMÁN, ALEJANDRO, *El significado histórico de las expresiones "equidad natural" y "principios de equidad" en el Derecho chileno*, en *Revista de Ciencias Sociales* 18-19 (Valparaíso 1981), pp. 111 y ss.

y que no consiste en la mera afirmación de ser algo equitativo o de parecerle tal cosa equitativa a alguien, ya que eso es arbitrariedad y discreción, pero no equidad.

En esto Bello pensaba como todos habían siempre pensado¹⁶. Como Delvincourt, por ejemplo, una de sus fuentes (desde luego para el propio artículo 24 del Código Civil, quien al ilustrar la expresión "*équité naturelle*" citaba el principio de que "nadie debe enriquecerse a costa de otro", pero que figura textualmente en el *Digesto* de Justiniano: "*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*" ("Pues lo siguiente es por naturaleza equitativo: que nadie se haga más rico con daño de otro")¹⁷.

O como uno de los autores del Código Francés, Bigot-Préameneu, quien en la sesión del *Conseil d'Etat* de 17 de Ventoso del año XII, al discutirse la formal abrogación del Derecho vigente hasta ese momento en que estaba por sancionarse definitivamente el nuevo Código Civil, y habiendo otro de los autores de aquél, Cambacères, prevenido la dificultad para cubrir las lagunas del código que surgirían como efecto de tal medida, y solicitado mantenerlo en vigencia con tal objetivo, refiriéndose en especial al Derecho romano, respondióle el citado Bigot-Préameneu que dejar en vigencia las antiguas leyes sería abrir la puerta a innumerables litigios provenientes de la diversidad de principios que entonces se debatían ante los tribunales; no obstante lo cual afirmó: "El Derecho romano tendrá siempre en todas partes la autoridad de la razón escrita, y, encerrado en estos límites, él será más que útil en cuanto que, en el uso, se podrán emplear las máximas de equidad que él encierra, sin quedar forzados a servirse de las sutilezas y de los errores que a veces se le mezclan, pero es necesario que en ningún punto de la república él proporcione fundamento para la casación"¹⁸. De hecho, todas las leyes pre-rogantes, incluso las romanas, fueron abolidas con la entrada en vigencia del *Code*; pero quedó claro que el Derecho romano mantendría su autoridad de *raison écrite* por lo que respecta a las máximas de equidad que encierra.

Y todavía, como otro de los primeros comentadores del código, Toullier, quien, ante la pregunta de qué reglas debía seguir el juez en los casos dudosos y cuando la ley parece callar, que él respondía remitiéndolo a la equidad, escribió: "Por lo que respecta a la equidad, se ha dicho en todos los tiempos que ella es el suplemento de las leyes; y nada es más justo ni verdadero, con tal que la equidad sea dirigida por la ciencia, sin la cual el magistrado debe temblar antes de sentarse en el templo de la justicia, y sin la cual el espíritu no hará nada más que vagar en la

¹⁶ En general, para las fuentes usadas por Bello en su código remito a GUZMÁN, ALEJANDRO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile 1982), 2 vols., especialmente a las pp. 389 y ss. del T. I.

¹⁷ DELVINCOURT, *Cours de Code Civil* (Paris-Dijon 1834) T. I, p. 8.

¹⁸ El texto se ve en *Recueil* cit. supra n. 5, T. I, p. I xxxvii.

búsqueda de un fantasma de equidad puramente imaginario. Sobre todo es en los escritos de los juriconsultos romanos en donde él encontrará guías seguras y reglas de decisión infalibles. Este solo libro (se refiere al *Corpus Iuris Civilis*), como lo observa D'Aguesseau, desenvuelve sin tropezos los primeros principios y las últimas consecuencias del Derecho natural. Desdichado el magistrado —dice él— que no tema preferir su sola razón a aquella de tantos grandes hombres; y que sin otra guía que la audacia de su genio, se lisonjee de descubrir con una simple mirada y de percibir con el primer golpe de vista la amplia extensión del Derecho¹⁹.

Estos testimonios provenientes de personas que hicieron el Código Francés o que lo comentaron no bien promulgado, son sólo manifestación moderna de una vieja idea: que la equidad se encuentra en textos, y que es el producto de la reflexión y discusión de los juristas; sólo que todos ellos pensaban que había un texto en que la equidad estaba inscrita como por antonomasia: el *Corpus Iuris*. En ese sentido, dejando a un lado a los medievales, para quienes el Derecho era en sí equidad constituida, y el *Corpus Iuris*, el Derecho por excelencia, podemos citar prácticamente a todos los juristas desde el siglo XVI en adelante; desde luego al mismo Domat en varios pasajes, de los que ahora únicamente recordamos este: "... las reglas que se extraen de las decisiones contenidas en el Derecho romano... tienen el carácter de leyes naturales, por los principios de la equidad natural de donde ellas han sido sacadas"²⁰.

Todos estos testimonios nos demuestran la resistencia de los juristas a considerar que el recurso a la equidad involucrara la entrada del subjetivismo en la integración e interpretación de las leyes; cuando acudían a aquélla, en cambio, entendían todavía estar bajo el imperio de categorías ciertas y verificables; ahora bien: en materia jurídica no puede haber nada más cierto y verificable que un texto escrito dotado de autoridad —no necesariamente de potestad—, y tal era y es el caso del *Corpus Iuris Civilis*, acaso el libro jurídico más autorizado de todos los tiempos.

Bello, por cierto, participaba de estas opiniones. Ya en su polémica de 1834 con José Miguel Infante había afirmado que las leyes romanas: "han pasado por la prueba del tiempo, se han probado en el crisol de la filosofía y se han hallado conforme a los principios de la equidad y de la recta razón"²¹, y conocidas son las altas expresiones que dedicó al Derecho romano en su discurso de inauguración de la Universidad de Chile en 1843, invocando, además, el parecer coincidente de Leibniz y L'Herminier.

Con todos estos antecedentes, nosotros debemos cuidarnos de pen-

¹⁹ TOULLIER, C.B.M., *Le droit civil français suivant l'ordre du code* (Paris, Warée, 1819), T. I, pp. 116 y ss.

²⁰ DOMAT, JEAN, *Traité des lois*, cap. 11, párr. 16.

²¹ BELLO, ANDRÉS, en *El Araucano* de 21 de marzo de 1834. Sobre la polémica: GUZMÁN, ALEJANDRO, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, VIII: *Crítica al derecho vigente como presupuesto de la codificación en torno al primer tercio del siglo XIX*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (Valparaíso 1980), pp. 323 y ss., con la literatura anterior.

sar que la equidad natural a que alude el artículo 24 del código sea una puerta abierta a la subjetiva opinión individual, al sentimiento y a la imaginación; todas las veces que sea lícito fundar un fallo o un dictamen en la equidad natural, eso no excusa de tener que razonar sobre la base de premisas objetivas, ciertas y verificables, probadas por la ciencia y aprobadas por la más autorizada doctrina.

VIII. UNA LECTURA ERRONEA DE LAS REGLAS SOBRE INTERPRETACION CONTENIDAS EN EL PARRAFO 4 DEL "TITULO PRELIMINAR"

¿Cómo, sin embargo, fue posible que algún día esas disposiciones nítidas del *Código Civil* llegaran a ser entendidas al revés, y terminara por decirse que el artículo 19 inciso 1º ordena aplicar un tenor literal claro, en circunstancias de ser ostensible que lo ordenado aplicar es un sentido claro, y sólo como consecuencia una letra, que si resulta clara lo es por serlo el sentido que ella porta? ¿Cómo fue posible, en suma, que algún día se pensara en que el código estableció un tipo literalista de interpretación, aun en contra de toda la tradición del Derecho romano, desde su creación en la antigua Roma hasta sus versiones modernas en los códigos del siglo XIX?

1. Para saberlo, nada mejor que examinar cómo principió a ser enseñado el *Código Civil* en la parte relativa a sus reglas de interpretación, una vez que entró en vigencia.

Entre los primeros profesores de Código Civil, como entonces se decía, se encontró Enrique Cooq ya desde 1856; en 1866 ingresó en la cátedra José Clemente Fabres. Ahora bien: el abogado, que desde 1887 sería también profesor, Paulino Alfonso, sobre la base de las lecciones dictadas por los mencionados Cooq y Fabres, redactó unas *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*, cuya primera edición apareció anónima en 1882. A través de este libro podemos saber qué enseñaron Cooq y Fabres acerca de nuestra materia.

En la explicación concerniente al artículo 19 del Código Civil: "Cuan-do el sentido de la ley es claro" etc., leemos: "El primer inciso de este artículo prescribe la interpretación literal, mosaica o judaica: cuando la ley es clara, sería absurdo atribuirle una significación oculta, pues si ésta hubiera constituido el propósito del legislador, lo habría manifestado. Sin embargo, como al legislar se tiene sólo en vista la generalidad de los casos, es de todo punto inevitable que la disposición de la ley resulte inequitativa o absurda en ciertos casos excepcionales. En esos casos, el Derecho natural, el Internacional, el Canónico, y las mismas leyes de Partidas prescriben que la interpretación se funde más en la intención que en las palabras. Sin desconocer que sea esto lo más filosófico, nuestro Código establece sin embargo lo contrario, esto es, que siendo clara la ley, el magistrado aplique en todo caso sin interpretación alguna, de suerte que en este sistema la

verdadera justicia de una sentencia consistirá siempre en su perfecta conformidad con la ley escrita"; y continúa el texto enseñando que, sin embargo, eran muy pocos y excepcionales los casos en que resultaría daño por la aplicación de la regla que acaba de sentar, dada la sabiduría con que han sido hechas las leyes y la experiencia de siglos que recogen; y que, en último término, si se presentare un caso así, de todos modos quedaría abierta la solicitud de reformar la ley correspondiente dirigida al Poder Legislativo "en tanto que si se adoptara la regla opuesta, nos expondríamos a perder en la práctica el beneficio de las buenas leyes por su interpretación abusiva y arbitraria".

Los puntos de este texto que nos interesan especialmente son los siguientes: En primer lugar, la afirmación de que el inciso 1º del artículo 19 del Código Civil prescribe la "interpretación literal, mosaica o judaica"; no se trata de un modo de hablar; ya hemos visto que el concepto de "interpretación judaica" o "mosaica" era técnico en la jurisprudencia medieval y de los siglos siguientes: designaba la *interpretatio ex cortice verborum*; es decir, literal, en oposición a la *interpretatio ex mente*. Por ello no es extraño, en segundo lugar, que nuestro texto, paradójicamente en contradicción abierta con el tenor literal del artículo 19 inciso 1º, que habla de "sentido de la ley (es) claro", diga "cuando la ley es clara" y "siendo clara la ley", omitiendo por completo la expresión "sentido", que, de acuerdo con cuánto hemos visto, resulta fundamental para la adecuada inteligencia del artículo 19. Insiste, en tercer término, el texto en que el código prescribe un tipo de interpretación totalmente contrario al de los Derechos natural, internacional y canónico, lo mismo que al establecido por las Partidas, consistente el segundo tipo en fundaría "más en la intención que en las palabras", que reconoce ser el "más filosófico". Agrega, en seguida, que al ser clara la ley, el magistrado la debe aplicar en todo caso "sin interpretación alguna", lo cual debemos considerar como un eco del antiguo brocardo *In claris non fit interpretatio*, cuya exacta significación ya antes hemos estudiado. Finalmente, el pasaje acepta que el tipo de interpretación atribuido al artículo 19 no permite al magistrado superar un contenido inequitativo o absurdo de la ley clara que interpreta, por excepcional que sea el caso.

De este modo literalista, en consecuencia, fue entendido el artículo 19 por los profesores Cód. y Fabres, y explicado por ellos a sus estudiantes. Desde 1882, año de edición de las *Explicaciones* de Alfonso, esa doctrina excedió el ámbito de la cátedra y vio ampliada su autoridad por la circulación del libro que la contenía.

En ese ambiente no es extraño que pocos años después de aparecido el libro de Alfonso, se haya hecho eco de sus doctrinas un *Comentario de siete títulos del Código Civil*, obra del juez Juan Antonio de Armas, publicado en 1886. Según su autor, la interpretación en sí misma podía hacerse de dos maneras: una "Atendiendo sólo al tenor literal de la ley"; otra "Considerando solamente su espíritu". Según De Armas: "El código prescribe que se prefiera la letra de la ley, porque lo que resulta de las palabras es con toda evidencia el pensamiento del legislador".

2. Es posible que el propio Bello haya tenido una cuota de responsabilidad en la formación de esta interpretación literalista del artículo 19 del código, que sustentaron los primeros profesores de Derecho civil.

En 1842 se suscitó una polémica entre Bello y Manuel Antonio Tocornal en torno a la interpretación que debía darse al artículo 8º de la Constitución de 1833, cuyos pormenores aquí no interesan. La discusión se desarrolló en las páginas de los periódicos *El Semanario de Santiago* y *El Araucano*; y en uno de los artículos que Bello publicó en el número 632 de 30 de septiembre de 1842 de aquel último, en defensa de su modo de entender las mencionadas normas, escribió lo que sigue: "Nos inclinamos a creer que muchas cuestiones no se suscitarían o llegarían con más facilidad a una solución satisfactoria, si por una y otra parte se siguiesen unas mismas reglas de interpretación legal. Pero mientras unos adhieren estrictamente al texto, y lachan de licenciosa la inteligencia de sus antagonistas, otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse en la mente del legislador y asistir a sus consejos. Por este medio, según conciben, se toma por guía, no las palabras de la ley, sino su intención, su idea. Pero lo que sucede las más de las veces es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia. Y de aquí tantas y tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más claros. Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restringirla sino cuando de ella resulten evidentes absurdos o contradicciones; y que todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad y destruye el imperio de la ley". En este texto de 1842, pues, Bello sostuvo claramente un método de interpretación literalista.

En el *Proyecto de Código Civil* de 1853, sin embargo, su autor admitió un método exactamente contrario, de tipo racionalista podríamos decir, al situar la búsqueda del sentido legal como fundamento de la hermenéutica; y tal concepción se mantuvo inalterada en el proyecto presentado al congreso en 1855 y, por ende, en el código aprobado en ese año. De esta manera, lo menos posible de decir es que Bello cambió de opinión entre 1842 y el momento en que redactó el párrafo 4 del Título preliminar del *Proyecto de 1853*, cosa que debió de acaecer hacia 1850; y que entonces ya no pensó como había hecho en 1842, al punto de incluso modificar el Código Luisiano tenido a la vista como modelo, cuyo artículo 13 hablaba de "ley clara", y que Bello vertió como "sentido claro". Decimos "lo menos", porque de todos modos es muy singular la opinión de aquél manifestada en el artículo de marras; atendidas las doctrinas que el propio Bello había expuesto en su libro titulado *Principios de derecho de gentes* que publicó en Santiago en 1832, antes examinadas, y cuyo perfil es también claramente racionalista.

3. De todos modos, ese texto de 1842 pudo servir para legitimar la interpretación literalista del artículo 19.

En 1890 apareció el tomo XIII de las *Obras completas* de Bello, que venían publicándose desde 1881, año del primer volumen, como homenaje oficial en su memoria; dicho tomo, como otros, había sido cuidado por Miguel Luis Amunátegui Reyes, y en él se incluyó un texto que aquél

denominó *Proyecto Inédito de Código Civil*, precisamente por la circunstancia de ser tal la primera vez que resultaba editado.

Ese proyecto, en realidad, era el producto de las deliberaciones de la Comisión Revisora del *Proyecto de 1853*. En su estado original carecía de notas y de cualquier otro aparato, de modo de consistir nada más que en un articulado; éste, por lo demás, se encontraba —y se encuentra— manuscrito en las márgenes de los ejemplares del *Proyecto de 1853* usados por cada uno de los miembros de la citada comisión.

El editor, sin embargo, tuvo la extraña ocurrencia de colocar como nota al artículo 19 del *Proyecto Inédito*, el texto de 1842 aparecido en *El Araucano*, que antes hemos transcrito. Se trató evidentemente de un abuso editorial: ese pasaje, si bien había sido escrito por Bello, no lo fue como nota al *Proyecto Inédito*, según es obvio; de hecho, además, concorde con lo que acabamos de decir, ese proyecto carecía de notas.

El abuso resulta tanto más inexplicable cuando se repara en que el propio Amunátegui copió en su *Introducción* al tomo XIII que contiene el proyecto, otro pasaje o nota de Bello concerniente a la interpretación, que aquel encontró entre sus papeles sueltos, y que, según manifiesta: "...no se ha agregado por haber sido descubierta (la nota) cuando ya no era tiempo de ponerla en su lugar respectivo". En el trozo Bello dice que: "*Las palabras de la ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador...*"; es decir, exactamente lo contrario de lo que manifiesta el escrito de 1842.

Si de agregar manuscritos esparcidos de Bello al *Proyecto Inédito* se trataba, mucho mejor hubiera obrado Amunátegui intercalando este fragmento como nota al artículo 19, que no el que efectivamente agregó. La circunstancia editorial que comentamos fue suficiente para elevar el pasaje al rango de pieza auténtica de interpretación del artículo 19; y resultó inevitable que quizás entonces se lo conectara con la noción de "historia fidedigna del establecimiento de la ley", que el propio código había prescrito como canon hermenéutico.

Pronto veremos que la lectura literalista de aquel artículo, en realidad terminó por ser abandonada incluso un poco después de 1890, año de publicación del *Proyecto Inédito*; pero que el texto de *El Araucano* haya sido editado en dicho proyecto al menos sirvió entonces para fundar la convicción de que el artículo 19 sentaba una doctrina literalista, aunque se la criticara, errónea convicción que incluso se mantiene entre muchos hasta hoy.

4. Un vuelco completo significó el magisterio universitario de Luis Claro Solar, quien ingresó en la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Chile en 1888. En 1906 Eduardo Varas y Alvaro Vergara publicaron unas *Explicaciones de Derecho civil* basadas en las lecciones de Claro Solar, a través de las cuales nuevamente quedamos informados de qué enseñó ese profesor acerca de nuestra materia. El principal dato general que entonces alcanzamos es que Claro Solar resultó ser el introductor de la doctrina hermenéutica de Savigny como marco explicativo de las

pertinentes disposiciones legales del código. Ese autor aparece expresamente citado.

Para Claro Solar, interpretar la ley es "*fixar el sentido o significado que en ella se contiene, o, en otras palabras, conocer bien la ley, dándole su verdadero alcance... El verdadero conocimiento de la ley no consiste en penetrarse bien de la letra de ella; es necesario conocer su espíritu, la mente del legislador, porque las leyes se dictan para llenar ciertos fines, con el objeto de satisfacer necesidades sociales, y no son el fruto del mero capricho del legislador*".

Claro Solar señalaba que en la interpretación podían distinguirse cuatro elementos. El elemento gramatical lo constituye la letra misma de la ley, y es lo primero que el intérprete debe tomar en cuenta; y entonces "*es natural que si por el texto externo de la ley, por las palabras, si se ve manifiestamente lo que el legislador ha querido decir, no hay para qué ir a buscar otra interpretación*". El elemento histórico "*tiene por objeto examinar el estado del Derecho en la época de la formación de la ley, cuáles eran los vacíos que existían que exigieron tal reforma, o qué causas o necesidades dieron origen a la ley*"; agregaba que dentro del mecanismo político chileno sería necesario, como concreción de este elemento, examinar los mensajes del Presidente de la República; las mociones de los miembros de las cámaras, las discusiones, las actas, etc. El elemento lógico "*es la intención o espíritu del legislador, o sea, el encadenamiento que ha hecho para llegar a un conjunto armónico*", pues, en el fondo, el legislador "*para dictar la ley ha perseguido un fin, y ha tenido que hacer un detenido estudio de las circunstancias para llegar al fin propuesto. De ahí por qué es necesario, como lo dice el artículo 22, examinar el contexto de la ley, no una sola parte, para ilustrar el sentido de cada una de sus partes*". El elemento sistemático "*está formado por el espíritu general de la legislación, o sea, el sistema general de la legislación, su síntesis... Todavía dentro del elemento sistemático, si no resulta clara la ley por el estudio general de la legislación, entonces habrá que ir a buscar su conformidad con la equidad natural*".

De esta manera, pues, se aprecia claramente que la introducción de la doctrina de Savigny sirvió para superar la lectura literalista a que inicialmente fue sometido el artículo 19 del Código Civil y en general todo el párrafo 4 de su Título preliminar.

5. Pero el uso de la doctrina de aquel autor alemán encerraba un nuevo riesgo. Como tantas veces hemos recordado, al iniciar Savigny la exposición de su teoría hermenéutica, que en sustancia no difería de la tradicional, porque era romano-medieval en definitiva, recurrió al esquema cuatripartito de "elementos". En realidad este dístico no cumple un papel relevante en la exposición de la doctrina misma, y sirve tan sólo para diferenciar, según el autor lo declara expresamente, la hermenéutica legal de otros tipos de interpretación. La insistencia, sin embargo, en radicar la cuatripartición en el interior mismo del acto interpretativo legal sin la función diferenciadora anotada, es decir, en considerarla bajo términos absolutos y no relativos como originalmente los planteó Savigny, podía hacer pensar en que se trataba de "elementos" separables y de uso

sucesivo, bien a pesar de que el propio Savigny hubiera dejado escrito que esos elementos debían concurrir conjuntamente, y que no eran especies distintas de interpretación, también en concordancia con la doctrina tradicional, que veía en el acto hermenéutico a un acto único y total.

Poco a poco de la teoría savignyana tan sólo quedó la cuatripartición, como útil instrumento didáctico para exponer el contenido de los seis artículos que integran el párrafo 4 del Título preliminar del código, y se tendió a olvidar las advertencias metodológicas que rodeaban en su autor a dicha cuatripartición. Con ello resultó inevitable que los elementos se transformaran en modos o tipos de interpretación, a los que debía acudir-se paulatina y subsidiariamente.

De nuevo un texto fundado en apuntes de lecciones nos informa al respecto: se trata esta vez del *Curso de Derecho Civil* escrito sobre la base de las explicaciones de la cátedra de Alfredo Barros Errázuriz en la Universidad Católica de Santiago, en donde profesó desde 1904. En breves páginas se expone ahí la materia del párrafo 4 sobre la base de los cuatro elementos; después de explicados en estricta correlación con cada artículo del código al que los diferentes elementos son atribuidos, se dice: "El orden de precedencia de estos elementos es el siguiente: 1º el gramatical, 2º el lógico y el histórico conjuntamente considerados; a fin de precisar el verdadero espíritu de la ley; y en último lugar el sistemático. Finalmente, a falta de todos estos elementos, se recurre a la equidad natural". De manera que para Barros Errázuriz, pues, los elementos tenían un "orden de precedencia", lo cual venía a significar que pueden utilizarse por separado, y producir el efecto interpretativo los primeros del rango por sí solos, sin necesidad de pasar a los siguientes.

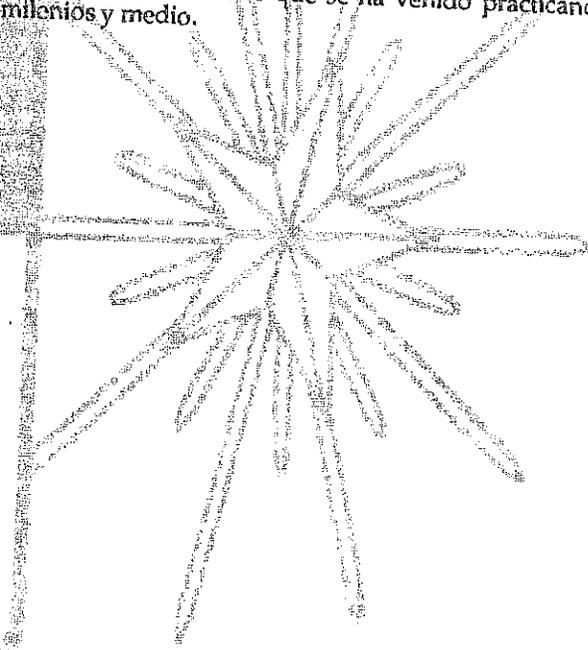
Si bien es cierto, pues, que un día Savigny sirvió para enderezar el equivocado camino que los primeros profesores de Derecho Civil chileno habían empezado a recorrer con su lectura literalista del artículo 19, es también cierto que después terminó por hacerlos caer en una lectura descompuesta de todo el articulado del párrafo 4.

6. El artificioso y simplificador esquema de Savigny es inaplicable al párrafo 4, no bien sea por la consideración inicial de que Bello para nada tomó en cuenta a aquél al componer éste. De haber podido leer Savigny ese párrafo, por otra parte, ni siquiera hubiera sabido cómo insertar su esquema ahí, ni probablemente hubiera querido haberlo; entre otras cosas, también porque no habría visto reflejado en ninguno de sus artículos a algunos de sus "elementos", como el histórico, el cual, de acuerdo con su descripción, nada tiene que ver con la "historia fidedigna del establecimiento de la ley", que se limita a recoger el viejo concepto técnico de *ratio scripta* o *ratio expressa*; o porque habría visto acogidos otros criterios que él no consideró, como la equidad natural, inaceptable para Savigny atendido el positivismo científico en que estaba inmerso.

El código no intenta establecer una diferencia entre la hermenéutica legal y los demás tipos de hermenéutica, diferencia que Savigny trató de remarcar con la consideración de los "elementos". El código, por el

contrario, proporciona directamente reglas jurídicas, es decir, no gramaticales, ni lógicas, ni históricas ni sistemáticas; las reglas de esas ciencias vienen supuestas por la ley, y no fue tarea suya disponer acerca de su uso por parte del intérprete. Por lo mismo, es también equivocado lo que suele decirse de que el párrafo 4 sólo contiene "consejos" dirigidos al juez o al jurisperito, ya que se trata ahí de verdaderas normas, es decir, de mandatos, prohibiciones y permisiones; de normas, pues, por su estructura, y de normas jurídicas por su contenido.

Estas normas fueron concebidas en función de un objetivo: fijar el sentido legal manifestado por un texto legal; y para autorizar un método de lograr tal objetivo: el uso de la razón o espíritu especiales de la ley, o bien de la intención del legislador, siempre que sean expresas, y del contexto de la misma ley, lo mismo que otras leyes; o, finalmente, del espíritu general de la legislación y la equidad natural como última razón del Derecho. Esto es lo que se ha venido practicando desde hace dos milenios y medio.



5990810

CURSO DE DERECHOS

DEL

LICEO DE CHILE,

POR

D. JOSE JOAQUIN DE MORA,

DIRECTOR DE AQUEL ESTABLECIMIENTO.

TOMO I:

DERECHO NATURAL
Y
DERECHO DE JENTES



Atalaya

SANTIAGO DE CHILE:

IMPRENTA REPUBLICANA.

1830.

000040028

leyes canonicas, el dolor y la muerte en la lei natural, son otras tantas sanciones analogas al caracter de cada uno de estos ramos legislativos.

LECCION 17.^a

Derechos naturales de la Sociedad.

La sociedad, como ser moral, tiene sus derechos que le son peculiares, no menos sagrados y positivos que los de los individuos que la componen. Esta verdad se funda en tres argumentos.

1.^o No siendo la sociedad otra cosa que una reunion de hombres, naturalmente deben refundirse en ella los derechos de que estos seres individuales gozan. Si concedemos, por ejemplo, que un hombre está autorizado á defender su vida, concederemos la misma facultad á una asociacion de mil y de un millon de hombres.

2.^o Si la propiedad es un derecho natural, y por propiedad entendemos no solo los seres fisicos de que el hombre se apodera, sino todo lo que es obra de sus facultades mentales, la sociedad entera tiene un derecho á su estructura, á su organizacion, al conjunto moral que sus individuos han compuesto por medio de pactos y condiciones, obra de su voluntad y de su espiritu.

3.^o Si no existieran derechos naturales en la sociedad, su conservacion seria imposible, y careceria de medios de oposicion á los ataques que podrian aniquilarla.

Las principales derechos naturales de una sociedad son otras tantas sumas ó agregaciones de los principales derechos naturales que hemos reconocido en los individuos.

1.^o Libertad, en cuya virtud una sociedad puede organizarse como quiera, defender su existencia, y su organizacion, y adoptar el régimen en que se convengan los hombres que la forman.

2.^o Igualdad, esto es, derecho de celebrar pactos y convenios con otras sociedades, y de hacerlos respetar, empleando la fuerza en caso de violacion.

3.^o Propiedad, ó derecho de la sociedad entera á la posesion y conservacion del territorio que ocupa, y á aquella parte de la propiedad de los individuos que sea necesaria para conseguir los fines de la asociacion.

La uniformidad de la naturaleza es tal en sus obras y designios, que asi como vemos observados, desde la

creacion del mundo, los derechos naturales de los individuos, asi tambien los anales mas antiguos del genero humano nos hacen ver que con igual constancia se han observado los derechos naturales entre los pueblos.

LECCION 18.^a

De la Equidad y de la interpretacion de las leyes.

Establecidas las leyes, como emanaciones del pacto en que estriva la sociedad, aun quedaban grandes males vijentes entre los hombres, efectos necesarios de aquellas mismas leyes, las cuales, siendo por su naturaleza jenerales, y comprendiendo indefinidamente todos los casos á que se dirijan, prescindian de las circunstancias particulares que debian modificar su aplicacion. Sen infinitos los ejemplos que podrian acumularse para esclarecer esta doctrina. El robo es mucho mas criminal cuando se hace para alimentar un vicio ó para satisfacer una pasion, que cuando tiene por objeto la subsistencia de la familia del que lo comete. El homicida es mucho menos odioso cuando la exasperacion lo conduce á semejante atentado, que cuando obra solo por malignidad ó capricho. El adulterio adquiere nuevos grados de culpabilidad, si se comete con la mujer del amigo ó del bienhechor.

La facultad de alterar las leyes en consideracion á las circunstancias del caso á que se aplican, se llama Equidad. Grosio la define—la correccion de la demasial universalidad de la lei. (*)

Quitese de las sociedades humanas este poder, y la lei queda convertida en un instrumento ciego de despotismo; en una fatalidad inevitable, en un yugo de hierro que estingue la moralidad de las acciones, y confunde todas las ideas fundamentales de lo justo y de lo injusto.

Residiendo la equidad esclusivamente en la conciencia, y dependiendo su uso de tantas peculiaridades variables, es imposible darle reglas fijas y preceptos determinados: ademas de que, si pudieran darseles, dejaria de ser equidad, y se trasformaria en lei escrita. Mas hai una ramificacion de la ciencia del Derecho en que esta misma facultad, por varia y precaria que naturalmen-

(*) Grosio *De equitate* §. 3.

te sea, puede someterse á preceptos generales: tal es la interpretación de las leyes, remedio de un uso común é indispensable, ya que estando concebidas las leyes en palabras, se resienten de la imperfección é inexactitud que son inherentes al lenguaje humano; por consiguiente la equidad humana, la lógica y la gramática pueden suministrar remedios á este mal, tan común y tan inevitable.

De estas tres fuentes se derivan las reglas de la interpretación de las leyes. De estas reglas, las principales y las de un uso más frecuente y necesario, son las siguientes=

1.^a Explicar las palabras oscuras según la naturaleza del asunto de que trata la ley, porque debe suponerse que el autor de la ley tuvo presente aquel asunto y no otro. Así, la voz *arma* hablando de homicidios no significará solamente lo que se llama *arma* en el idioma vulgar, sino el mantillo, la piedra, la barra con que se consumó el delito.

2.^a Dar á las palabras el sentido recibido por el uso común, cuando no hai un motivo particular para darle otro, pues el legislador habla para ser entendido, y no puede serlo sino adaptando sus voces al sentido vulgar. Si se prohíbe la importación de la sal, no debe incluirse bajo este nombre la azúcar, por más que los químicos demuestren que la azúcar es una sal verdadera.

3.^a Las voces técnicas de ciencias, artes y oficios deben entenderse según el sentido que le dan los que profesan aquel ramo particular, pues ningún legislador es tan ignorante que desconozca las locuciones propias del asunto de que trata. Bajo el nombre de *maquinas* no se entenderán jamás el barómetro, el termómetro, ni otros aparatos semejantes, porque carecen del mecanismo, que es lo que constituye la máquina.

4.^a Las expresiones equívocas deben tomarse en el sentido claro que se les da en otras partes de la misma ley, porque nadie usa una misma voz en diferentes sentidos. Si en una ley sobre testamentos se da á esta voz su verdadera acepción, y luego en la misma ley se presenta una disposición en que puede confundirse con condicilo, debe darsele la primera interpretación, y no la segunda.

5.^a Debe atenderse en toda ambigüedad al fin de la ley, porque las palabras no se usan sino con un fin determinado, y nada puede ser más absurdo que dar á una ley efectos que no pudo desear su autor. Si se man-

da tributar cierta cantidad de alimentos á los padres; claro es que la ley está hecha en favor de los autores de la existencia, y por consiguiente no deben escluirse las madres de aquel beneficio.

6.^a Todo lo odioso debe restringirse; todo lo favorable á la humanidad debe ampliarse. En la Jurisprudencia criminal no se entiende por *herida* una ligera cortadura, aunque toda solución de continuidad en los tegumentos se llama *herida* en el sentido rigoroso de la palabra. (*)

Infiérese de lo dicho, que la interpretación puede ser de tres modos. 1.^o *Restringitiva*, cuando restringe, disminuye y acorta el sentido de la ley. 2.^o *Extensiva*, cuando lo aumenta, estienda y amplía. 3.^o *Declaratoria*, cuando se limita á explicar sin aumento ni disminución. (G)

LECCION ULTIMA.

De la obligacion de observar las leyes naturales.

Toda obligacion positiva se nos hace sensible por los inconvenientes que arrastra consigo su infracción. Infringimos una ley civil, una ordenanza de policia; la sentencia, la pena, la multa nos demuestran que deberiamos haber observado aquel precepto.

Las obligaciones morales carecen en general de esta sancion. (**) Pero como necesitan un fundamento, por que se dirigen á seres racionales, los filósofos les han atribuido varios, según los sistemas á que han dado preferencia. Los antiguos dieron un poder irresistible á la conciencia, y la erijieron en árbitra de las acciones humanas. Entre los modernos, unos han querido demostrar el orden moral del universo, incluyendo como parte de él las ideas de justicia y de virtud: otros creen que el origen de estas nociones, es la noción de la vida futura. Butler supone un deber conocido. Smith opina que la natu-

(*) A esta regla pertenecen aquellas hermosas palabras de Ciceron, que nunca deben perder de vista los organos, intérpretes y ministros de la ley = *Valcant omnia ad salutem innocentium, ad opem impotentium, ad auxilium calamitosorum; in periculo vero, et in periculo civium repudientur.* Pro Murena 28.

(**) Como puramente morales, carecen siempre de olla: la tienen, cuando la ley civil las convierte en mandatos positivos.

Enrique Cood y Clemente Robres

EXPLICACIONES

DE

CODIGO CIVIL

DESTINADAS

A LOS ESTUDIANTES DEL RAMO

en la Universidad de Chile

PUBLICADA POR LA ACADEMIA DE LEYES Y CIENCIAS POLITICAS

nos

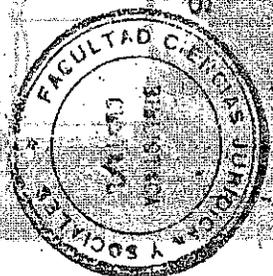
043723

SANTIAGO DE CHILE

IMPRENTA CERVANTES

CALLE DEL PUENTE NÚM. 17

1882.



000000

tranjero se hizo una donacion de esa especie sobre bienes situados en Chile, no se admitirá sobre ella otra prueba; pero, si la donacion se hubiere hecho para cumplirse en otra parte, i por un evento cualquiera, llegare despues a exijirse en Chile su reconocimiento, se admitiria como prueba la escritura privada, si ella bastaba segun las leyes del pais en que la donacion se otorgó (1).

§ 4.

INTERPRETACION DE LA LEI.

Las reglas de este párrafo, de la misma manera que todas las de la Hermenéutica legal, como encaminadas al descubrimiento de la verdad en la intelijencia de las leyes, pertenecen a la Lógica. Por esta razon, aunque las legislaciones romana i española trataran extensamente de esas reglas, los códigos modernos nada dicen a este respecto, o solo establecen ciertos breves principios jenerales. Nuestro Código adoptó este último camino, con el objeto de dar al juez una norma segura, aunque jeneral, que le sirva para guiarse en el vasto campo de los aforismos i axiomas jurídicos, muchas veces contradictorios i de vaga aplicacion, i para discernir cuál ha sido en estas materias el verdadero espíritu del Lejislador. I el Código consigne su objeto, ya estableciendo en términos precisos i exactos lo que de otro modo fuera indefinido o incierto, ya proscribiendo rigorosamente algunas de las antiguas reglas de la Hermenéutica, como ocasionadas a poner en manos del juez un poder arbitrario i demasiado lato.

Pero, si el Código, al destinar un párrafo a las reglas de la Interpretacion, invadió en realidad el terreno de la Filosofía, fué, no obstante, parco i lacónico: mas minucioso, se habria apartado de su objeto, i tambien habria dado a la materia una extension desmesurada, porque las reglas de la Hermenéutica son mui numerosas. Queda a la discrecion i prudencia del juez elegir entre esas reglas, cuando la práctica requiera su aplica-

(1) La explicacion de los artículos que tratan del Efecto Jurisdiccional de la lei pertenece principalmente al señor Fábres.

cion, aquéllas que mas se conformen a la norma o pauta que los artículos de este párrafo le indican.

Entre tales reglas, hai algunas inconcusas e igualmente aplicables a las leyes que a los demas actos jurídicos, contratos, testamentos, etc. Tales son, v. gr.: la que prescribe que cuando una cláusula pueda interpretarse en dos sentidos, se prefiera aquél en que produzca algun efecto a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno, la que dice que la excepcion no debe admitirse sino cuando sea indudable, pero que, admitida la excepcion, debe preferirse a la regla, porque la especie derogaa al jénero, etc.

ART. 19.

Quando el sentido de la lei es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretesto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresion oscura de la lei, recurrir a su intencion o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

A.—El primer inciso de este artículo prescribe la interpretacion literal, mosaica o judaica: cuando la lei es clara, seria absurdo atribuirle una significacion oculta, pues si ésta hubiera constituido el propósito del Lejislador, lo habria manifestado. Sin embargo, como al legislar se tiene solo en vista la jeneralidad de los casos, es de todo punto inevitable que la disposicion de la lei resulte inequitativa o absurda en ciertos casos excepcionales. En esos casos, el Derecho Natural, el Internacional, el Canónico, i las mismas leyes de Partidas prescriben que la interpretacion se funde mas en la intencion que en las palabras. Sin desconocer que sea esto lo mas filosófico, nuestro Código establece sin embargo lo contrario, esto es, que siendo clara la lei, el magistrado la aplique en todo caso sin interpretacion alguna, de suerte que en este sistema la verdadera justicia de una

000 000030

sentencia consistirá siempre en su perfecta conformidad con la lei escrita. Los casos en que, en virtud de esta regla, sea naturalmente dañoso la aplicacion de los preceptos legales, serán muy pocos, porque las leyes, para cuya formacion han sido aprovechados los conocimientos i la experiencia adquiridos por la humanidad en el curso de los siglos, alcanzan ya un alto grado de perfeccion, i cuidan de introducir las excepciones o salvedades que reclama el interes de la justicia i de la equidad; i si en algun caso, la lei es manifiestamente intona, puede solicitarse su modificacion o derogacion por el Poder Legislativo, que se reúne con frecuencia entre nosotros, en tanto que si se adoptara la regla opuesta, nos expondríamos a perder en la práctica el beneficio de las buenas leyes por su interpretacion abusiva i arbitraria.

Sin embargo de todo lo dicho, la disposicion de este inciso no puede aplicarse de modo que conduzca a un monstruoso absurdo, i debe entenderse que tiene ciertas limitaciones naturales que, aunque silenciadas muchas veces por la lei, son del todo necesarias. Así, por ejemplo, el art. 1490 del Código establece que es que el que debe una cosa mueble a plazo o bajo condicion suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fé. Ahora bien, puede un individuo deber una cosa, siendo dueño de ella o no siendo; i la disposicion se aplicará solo al primer caso, a pesar de la jeneralidad de sus términos, por razones de clara evidencia que despues explicaremos.

B.—Inc. 2.º Segun lo decian las Partidas, la oscuridad de la lei existe en dos casos: 1.º cuando no puede entenderse absolutamente, i 2.º cuando se presta a dos o mas interpretaciones, lo que se conoce con el nombre jenerico de ambigüedad. Es muy difícil, casi imposible, que el primer caso llegue a presentarse, dado el gran número de personas que intervienen en la formacion i aprobacion de las leyes; el segundo, por el contrario, se presenta con mucha frecuencia. La oscuridad de ambas clases puede provenir, ya de vicio en la redaccion de la lei, ya de modismos de lenguaje, de que no está exento el Lejislador, i que varían con las épocas.

La disposicion de este 2.º inciso es muy lójica, puesto que debe suponerse que el Lejislador haya querido armonizar todas sus

disposiciones con su pensamiento o espíritu, i era, por lo demas, muy necesaria, porque, aun cuando la lei sea oscura, puede llegar el caso de aplicarla, i es forzoso entónces atribuirle algun sentido.

Ya hemos dicho que en las leyes no se consignan ahora los fundamentos en que se apoyan, así que entre nosotros será mucho mas raro descubrir en la lei misma su espíritu, que lo fué, v. g. en los Derechos Romano i Español. El medio mas seguro i eficaz de que ahora podemos echar mano para conocer ese espíritu es la historia fidedigna del establecimiento de la lei. Las discusiones que preceden en las Cámaras Lejislativas a la aprobacion de las leyes, las opiniones vertidas e indicaciones propuestas en el seno de las comisiones encargadas de estudiarlas, los proyectos de leyes i de códigos, i los preámbulos que suelen precederlos, son buenas fuentes de consulta, i forman la historia fidedigna del establecimiento o, mejor dicho, segun la expresion constitucional, de la formacion de la lei. Las cuestiones sobre derecho de representacion, por ejemplo, se resuelven fácilmente consultando el Proyecto del Código, en que se enumeraban todos los casos en que tiene cabida ese derecho, refundidos en regla jeneral en el Proyecto definitivo. (1)

ART. 20.

Las palabras de la lei se entenderán en su sentido natural i obvio, segun el uso jeneral de las mismas palabras; pero cuando el lejislador las haya definido espresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

(1) Es sensible que la Comision Revisora del Proyecto de Código Civil no tuviera presente la necesidad de llevar actas de sus sesiones, pues así nos ha privado de un medio precioso para llegar a conocer en muchos casos el verdadero espíritu de los preceptos legales. Sin embargo, pueden consultarse con fruto para la inquisicion del espíritu de nuestro Código las interesantes observaciones inéditas a que se alude en las páginas XLI i XLI de la *Reseña Histórica*.

El uso en arbitrio en materia de lenguaje, i el gran número de vocablos llamados *chilenismos* atestiguan que aun las personas ilustradas han adoptado entre nosotros, por la fuerza de la costumbre, muchos términos no castizos. Hasta el Redactor del Código en ocasiones se ha valido de algunos, quizás intencionalmente.—Si una palabra tiene un sentido en el lenguaje vulgar i corriente, i otro en el culto o técnico, será preferido el primero para la interpretación como el mas *natural i obvio*. Pero, cuando el Lejislador define una palabra, para ésta a ser técnica de Derecho, i no puede atribuírsela sino solo su sentido legal. Así, por ejemplo, la lei ha definido la espresion *hijo natural*, que, como veremos, tiene una significacion jurídica completamente distinta de las que puede atribuirle el uso ordinario o vulgar. Así mismo ha definido la lei la palabra *parientes*, por ejemplo, atribuyéndole una acepcion técnica en cierto sentido mas restricta que la que le concede el lenguaje comun.

Sin embargo, hai veces en que las leyes manifiestamente emplean palabras técnicas de Derecho en otro sentido que el legal o rigorosamente jurídico. Así, *verbi gratia*, la palabra *posesion*, segun el Código, significa la tenencia de una cosa determinada con animo de señor o dueño; i a pesar de esto, es empleada frecuentemente, sobre todo en las leyes de contribuciones, en el sentido de mera tenencia. Casi todas las ordenanzas municipales de sereno i alumbrado contienen un artículo, que dice mas o ménos: «Esta contribucion se pagará por los actuales *poseedores* de los predios gravados, sea en calidad de propietarios, de *arrendatarios*, *usufructuarios* o a cualquier otro título.»—Las palabras *entrega*, *título*, *herencia* i otras muchas tienen varias significaciones, que solo pueden distinguirse por el contexto o sentido de la frase en que se emplean.

ART. 21.

Las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a ménos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Hai palabras técnicas jurídicas i palabras técnicas de otras ciencias o artes. A las primeras no podrá dárseles sino el sentido que el Lejislador indique, porque ha tenido el derecho de definir esos términos con fuerza legal, i porque debe suponérsele suficientemente versado en la materia, por mas que pueda equivocarse (1); i a las segundas, el sentido que les den los que profesan la ciencia o arte respectivos, porque, siendo la opinion de tales personas la mas autorizada, es natural que el Lejislador la haya tenido en cuenta (2).

La limitacion de la regla de este artículo es tambien mui razonable: si es clara que el Lejislador no empleó las palabras técnicas en su sentido especial i científico, ¿no sería temerario e injustificable que adulteráramos a sabiendas el sentido de la lei?

ART. 22.

El contexto de la lei servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia i armonía.

Los pasajes oscuros de una lei pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Así se conoce el espíritu del Lejislador, porque no es de presumir que haya incurrido en contradiccion, diciendo en la dis-

(1) Así, por ejemplo, a nuestro juicio, no fué feliz el Código cuando, al tratar de los distintos acervos (o masas de bienes hereditarios) llamó *acervo imaginario* al mas cuantioso i positivo de todos ellos.

(2) Tambien el Lejislador ha solido caer en error o inconsecuencia empleando términos técnicos de otra ciencia o arts. Puede verse en comprobacion el inciso 3.º del artículo 878, en que aparece con claridad lo que el Lejislador quiso decir, si bien lo que dijo puede conducir a un absurdo, respecto que, cortándose necesariamente dos planos que no sean paralelos, la distancia entre ellos no es ninguna.

000031
000

dura que sea, debe aplicarse en su jenuino sentido, sin desatender su tenor literal, a pretexto de que, consultando su espíritu, pudiera ampliarse o restringirse su significado.

Siu embargo, no es posible desconocer que la regla que este artículo ha abolido se funda en principios de moral absoluta, en una propension instintiva e irresistible de nuestra naturaleza racional, i que, por esta razon, aun cuando talvez sea conveniente para prevenir abusos i arbitrariedades, que la lei la haya suprimido, sobre todo en lo que respecta a la interpretacion extensiva, que era la mas peligrosa, ello no impedirá que sigamos observando el mismo procedimiento de interpretacion, aunque no nos sea permitido reconocerlo o alegarlo en el terreno del Derecho Positivo. En materias penales, por ejemplo, jiria el juez a usar de un rigorismo excesivo cabiendo mas lenidad dentro de los términos de la lei. — Concorre tambien con estas ideas la consideración de que la regla establecida por este artículo no tiene límites precisos, i que podria en ocasiones ceder su lugar a la regla del artículo 24, de que pasamos a ocuparnos.

ART. 24.

En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretacion precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que mas conforme parezca al espíritu jeneral de la lejislacion i a la equidad natural.

A.— Hai quienes suponen que debe racionarse sobre la base de que el Lejislador no puede contradecirse, principio exajerado, erróneo i hasta contrario a las palabras de la lei, que dice: «se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios, etc.» Citaremos un ejemplo de contradiccion en el Código: en un pasaje establece que al hijo natural corresponda abintestato la tercera parte de la herencia, i en otro, por el hecho de reconocerle la calidad de lejitimario, le da derecho a la mitad. Se ha pretendido resolver la dificultad diciendo que corresponde la tercera parte al hij-

posicion clara cosa opuesta a la que quiso decir en la disposicion oscura. El principio que establece este artículo se funda en que debe haber unidad en la lei, puesto que el pensamiento del Lejislador es uno, i es claro que dentro de su plan o sistema jeneral, debe haber encerrado i distribuido con lójica i consecuencia todas sus prescripciones. Existirá, pues, entre todos los preceptos de la lei estrechísimo enlace, i de aquí la necesidad de estudiar el Derecho en sus principios fundamentales i en su conjunto armónico.

Pero, las anteriores consideraciones, que son muy poderosas aplicadas a las varias partes de un mismo Código o lei, tienen mucha ménos fuerza si se aplican distintas leyes o códigos, porque, si bien las unas i los otros emanan de una misma autoridad moral, como que es único i permanente el Poder Lejislativo, todos, sin embargo, i ésta es la realidad de las cosas, han sido formados en circunstancias varias i mediante el concurso de diversas inteligencias.

ART. 23.

Lo favorable u odioso de una disposicion no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretacion. La estension que deba darse a toda lei, se determinará por su jenuino sentido i segun las reglas de interpretacion precedentes.

Este artículo tiene un fundamento histórico: en lo antiguo era jeneralmente admitida la regla: *Odia restringi et favores convenit ampliari*, que dejaba al juez la facultad de extender la aplicacion de la lei fuera de los casos propiamente comprendidos en ella, o de restringir el significado de su tenor literal, segun fuera favorable u odioso el objeto a que se aplicaba. Como esta regla se prestara a muchos abusos, el Código consideró conveniente abolirla, armonizando así, las varias partes del sistema de doctrina sobre la interpretacion de la lei, porque en el fondo este artículo puede considerarse como un desarrollo o corolario de la disposicion del artículo 19. En efecto, cuando la lei es clara, por

50000 50000

natural cuando el padre no ha hecho testamento, i la mitad en caso contrario. Pero estos recursos son desprovistos de fundamento sólido: evidenciada la contradiccion, no debe buscarse conciliacion alguna entre las disposiciones contradictorias, sino sacrificarse una de ellas por la que parezca mas conforme al capritu jeneral de la lejislacion i a la equidad natural. El espíritu jeneral del Código respecto del caso propuesto es la uniformidad de las legitimas; luego, la disposicion que mas se armoniza con él es la que prescribe que al hijo natural toque la mitad como legitimario.

B.—El espíritu jeneral de la lejislacion no puede ser conocido sino despues de estudiarla toda, o al ménos, aquellas partes que tengan relacion con la materia de que se trate; a veces es muy difícil percibirlo, i entonces naturalmente son débiles los argumentos que en él se funden.—Constituyen, por ejemplo, espíritu jeneral de la lejislacion el que la mujer casada deba estar bajo la potestad de su marido, dar amplias garantias a los intereses de los menores, facilitar la division de la propiedad i la circulacion de los capitales, evitar que los terceros sean perjudicados por actos que no hayan conocido ni debido conocer, ejecutados por otras personas, etc.

C.—La equidad natural es la base de todas las lejislaciones verdad reconocida por la inmensa mayoría, si no por la totalidad de los autores i juriconsultos. El Derecho Natural no solo es fuente, sino complemento de la lejislacion, porque en los casos no previstos o no resueltos claramente por la lei positiva, la solucion dependerá muchas veces de la justa aplicacion de la lei natural. Adviértase, pues, que al hablar este artículo de la equidad natural, no se ha referido a la virtud que templá o suaviza el rigor de la lei, pues si ésta existe, el juez es obligado a aplicarla, sino a la virtud que, inspirándose en los principios de justicia natural i eterna, suple el silencio de la lei escrita, i complementa, por decirlo así, la obra del lejislador.

A veces es menester contrariar aparentemente los preceptos del Derecho Natural para garantir importantes intereses sociales. Así, aunque el contrato celebrado con pleno conocimiento i voluntad por un menor le obligue en conciencia, el Código lo considera nulo, porque ha advertido que de lo contrario se abu-

caria engañando al menor, presuntivamente falto de conocimientos i de experiencia.

Si a pesar de todas las reglas de interpretacion contenidas en este párrafo, la oscuridad subsistiere, dando lugar a doctrinas diversas i fallos contradictorios, habria llegado el caso de recurrir al arbitrio indicado en el art. 5.º del Código.

Como ya lo hemos insinuado, existen en la Jurisprudencia numerosos axiomas o reglas jenerales que llevan el nombre jenerico de *reglas del Derecho*, v. gr. la que establece que en donde la lei no distingue, el hombre no debe distinguir, la que dice que ninguno puede dar a otro mas derecho que el que tiene, etc. En las lejislaciones romana i española estaba mandado que se aplicaran estas reglas en los casos no resueltos por una lei contrario; nuestro Código deja a este respecto en completa libertad a los jueces, que pueden valerse de ellas segun su propio criterio, i que, con no poca frecuencia, las aducen en apoyo de sus decisiones. Puede verse la enumeracion de algunas de esas reglas en Escribche, artículo «Reglas del Derecho.»

§ 5.

DEFINICION DE VARIAS PALABRAS DE USO FRECUENTE EN LAS LEYES.

Las reglas de este párrafo son el complemento útil i casi obligado de las del párrafo anterior; pueden considerarse, en cierto sentido, reglas concretas de interpretacion de la lei. Nuestro Código ha seguido al consignarlas el ejemplo de los Derechos romano i español. En el primero, estas nociones se explanaban bajo el rubro de *Verborum Significatione*, i en el segundo bajo el de *Significamiento de las Palabras*.

A pesar de que el Lejislador ha dado no poca extension al párrafo de que vamos a ocuparnos, no ha determinado en él el sentido de otras varias palabras a que por un uso invariable ha

DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

(Explicación del párrafo IV del Título Preliminar del Código Civil)

Llámanse *interpretación de las leyes* la determinación del verdadero sentido de ellas, especialmente cuando su sentido es oscuro ó se presta á dudas.

La interpretación puede ser *auténtica ó doctrinal*; es auténtica la que procede del Poder Legislativo, que siendo el poder que forma la ley, es el único á quien incumbe la facultad de interpretarla con fuerza generalmente obligatoria; y es doctrinal la que procede de los jurisconsultos, jueces y abogados.

Al poder judicial corresponde la facultad de interpretar las leyes de un modo particularmente obligatorio respecto de las causas que actualmente se sometan á su conocimiento, pues de lo contrario, carecería de la posibilidad de administrar justicia en aquellos casos, por lo demás muy frecuentes, en que la desinteligencia de las partes recae sobre la manera como ha de ser entendido y aplicado algún texto legal.

Remítase don Andrés Bello acerca de esta materia, al artículo

lo *Interpretación* del *Repertorio de Merlin*, en el cual, dándose cuenta de la discusión que motivó el Proyecto del Código Civil francés, en lo relativo á la determinación de las facultades de los jueces para interpretar las leyes, se dice que en dicha discusión se hizo notar la necesidad de no restringir demasiado á este respecto las facultades de la judicatura, con menoscabo de la realización de los fines para que ha sido instituida, por huir del peligro de que se abrogue en la interpretación de las leyes un papel que sólo corresponde al Poder Legislativo; ideas que, aceptadas, dieron margen á la disposición del artículo 5.º del referido Código, que prohíbe á los jueces pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria, sobre las causas que se sometan á su conocimiento.

Más reconocida en los miembros de los tribunales de justicia la facultad de interpretar las leyes de un modo particularmente obligatorio, ha querido el legislador, á fin de prevenir en lo posible erróneas interpretaciones, dictar las reglas principales á que en esta importantísima materia han de ajustar su conducta. En la imposibilidad relativa de incluir en el Código un tratado completo sobre el particular, circunscribióse el legislador á la consignación de aquellas que le parecieron más útiles, sea por su propia importancia intrínseca, sea por la conveniencia de proscribir rigurosamente máximas de interpretación antes admitidas como saludables y valederas.

Art. 19

Quando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, á pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión *oscura* de la ley, recurrir á su intención ó espíritu, claramente manifestados en ella misma ó en la historia ídigna de su establecimiento.

Inciso 1.º—Si el legislador, á quien debe suponerse suficientemente versado en la materia sobre la cual hace recaer sus dis-

posiciones, y en el lenguaje con que las expresa, dice algo con claridad, será porque quiere que, así como lo dice, se entienda y se practique; pues si otro hubiera sido su ánimo, no habría dicho lo que dijo, sino una cosa diversa. Dejar, pues, de entender sus disposiciones en el sentido claro que ellas ofrecen, bajo cualquier pretexto, aunque sea en razón de las consecuencias absurdas o perjudiciales á que ello dé lugar, aunque sea so capa de consultar su intención ó espíritu, es desobedecer abiertamente su voluntad soberana, es sublevarse contra la autoridad de la ley, es convertirse de intérprete en legislador.

Nunca se insistirá lo bastante acerca de la necesidad de respetar cual se debe el fundamental principio de interpretación consignado en el inciso que estudiamos.

No sólo provee ese principio á que sea reconocido y acatado el verdadero pensamiento del legislador; provee también á evitar las funestas consecuencias que se seguirían de reconocer á los jueces la facultad peligrosísima de interpretar las leyes de una manera licenciosa y arbitraria. Bajo un régimen semejante, no habría derecho alguno que pudiera considerarse seguro, aun cuando contara con el apoyo aparente de disposiciones legales explícitas y perentorias. Disminuiríase, pues, en proporción considerable el beneficio que el establecimiento de las buenas leyes reporta á las sociedades humanas.

No puede negarse que, por la imposibilidad de que el legislador prevea todos los casos, y por la inconveniencia de que estatuja sobre casos raros y excepcionales, puede llegar á suceder que la aplicación de la ley resulte á las veces absurda, inequitativa, y contraria á la intención ó espíritu del legislador; no puede negarse tampoco que, en principio, sería tal vez preferible una regla de interpretación, según la cual pudiera en tales casos estarse á dicha intención ó espíritu.

Prácticamente, empero, no es lo mismo; lo sería tal vez si las leyes hubieran de ser invariablemente aplicadas por hombres de integérrima probidad y de rectísimo criterio; mas, como los magistrados pocas veces alcanzan en el hecho tan relevantes dotes, los inconvenientes del sistema que el Código patrocinó, si bien efectivos, serán, con mucho, menos graves que los inconvenientes del sistema opuesto.

Veamos un ejemplo. Dispone el Código en su artículo 208, que para que pueda efectuarse la legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio, y no reconocidos por los padres legítimos como hijos naturales de ambos, es preciso que los padres designen los hijos á quienes confieren este beneficio, ya estén vivos ó muertos, en un instrumento público, que deberá otorgarse á la fecha del matrimonio, ó, en caso de impedimento grave, dentro de los treinta días subsiguientes á ella, so pena de nulidad; restricción que tiene por objeto dificultar el fraude que pudieran cometer los cónyuges, legitimando aparentemente á un extraño, con fines de indecoroso medro personal.

Pues bien, conforme á lo dispuesto en el inciso que estudiamos, no será válida la legitimación si no se ha otorgado el respectivo instrumento público á la fecha del matrimonio, ó, en caso de impedimento grave, dentro de los treinta días subsiguientes, aunque se ofrezca probar de una manera fidedigna que los presuntos legitimados son efectivamente hijos de los presuntos legítimos.

Lo dicho no es, empero, un obstáculo para que pueda y deba á las veces limitarse la natural amplitud de significado de alguna disposición legal, á mérito de otra disposición de la ley, sin perjuicio de la cual haya aquélla de entenderse.

Así, por ejemplo, el inciso primero del artículo 180, el cual establece que el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido, no debe considerarse aplicable al hijo que nace después de expirados los trescientos días subsiguientes á la disolución del matrimonio, porque, según lo prescrito en el inciso 1.º del artículo 185, está obligado el juez á declarar la ilegitimidad de ese hijo á petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello.

El inciso 2.º del artículo 1069 prescribe que para conocer la voluntad del testador, se estará más á la sustancia de sus disposiciones que á las palabras de que se haya servido.

Así también, el artículo 1560 prescribe que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más á ella que á lo literal de las palabras.

Como las leyes se hacen con el mayor esmero posible por

000 000033

personas de ordinario profundamente versadas en las respectivas materias, y hábiles en el manejo de la lengua de que se sirven, es lógico, respecto de ellas, suponer que dicen siempre lo que quieren decir.

Mas, como los actos testamentarios y contratos suelen ser otorgados de prisa, y por personas incompetentes, que se cuidan poco de proveer á la excelencia de la forma gramatical y literaria en la expresión de su pensamiento, habría sido absurdo y ocasionado á torcer con frecuencia, y á sabiendas, la verdadera voluntad de los testadores y contratantes, el hacer respecto de ellos una suposición análoga.

Inciso 2.º—Entiéndese por *oscuro* lo confuso, lo falto de claridad, lo poco inteligible.

Llámanse *ambiguo* lo que se presta á dos ó más interpretaciones.

Aun suponiendo que la ambigüedad no se comprenda en la oscuridad á que en este inciso se refiere el Código, parece que cabría siempre establecer por analogía que los pasajes ambiguos pueden ser interpretados recurriendo á la intención ó espíritu de la ley, claramente manifestados en ella misma, ó en la historia fidedigna de su establecimiento.

Algo análogo cabe observar respecto de los casos no previstos por la ley, pero que quepan, sin embargo, dentro de su intención ó espíritu.

Acostumbrábase antiguamente acompañar los preceptos legales de los motivos ó razones que habían inducido al legislador á establecerlos.

Raras veces se observa ahora el mismo procedimiento.

Mas, aun cuando la razón de la ley no se exprese en la ley misma, muchas veces podrá, sin embargo, desprenderse con evidencia de su contexto.

Así, por ejemplo, de lo prescrito en el artículo 1172, que define la porción conyugal como aquella parte del patrimonio del difunto que la ley asigna al cónyuge sobreviviente *que carece de lo necesario para su congrua sustentación*, se deduce que la conveniencia de proveer á ésta es el fin que el legislador se ha propuesto al establecerla.

Así también, la disposición del artículo 412 del Código, la

cual establece que, por regla general, ningún acto ó contrato en que directa ó indirectamente tenga interés el tutor ó curador, podrá ejecutarse ó celebrarse sino con autorización de los otros tutores ó curadores generales del mismo pupilo, ó del juez en subsidio, ha sido establecido con el fin manifiesto de garantizar al pupilo contra los fraudes que en esta materia, y en su perjuicio, pudieran cometerse por el tutor ó curador.

Se pone también el legislador en el caso de que la intención ó espíritu de la ley se manifieste claramente en la historia fidedigna de su establecimiento.

Entiéndese por *historia* «la narración y exposición verdadera de los acontecimientos y cosas memorables.» (Diccionario de la Lengua.)

Llámanse *fidedigno* (de las palabras latinas *fide*, *fe*, y *dignus*, *digno*) lo que es digno de fe ó crédito.

La palabra *establecimiento* está tomada aquí en el sentido de institución de la ley.

Según estas definiciones, se llamará *historia fidedigna del establecimiento de la ley* la narración digna de crédito de la que ocurrió al instituirla.

Adviértase que, conforme á las palabras *digna de crédito*, no debería considerarse como fuente de interpretación doctrinal la narración que hiciera alguna persona privada de lo que oyó decir al redactor de la ley en orden á su intención ó espíritu al dictar tal ó cual disposición de la misma: sería preciso que ello constara de documentos reconocidos como auténticos, ó cuya autenticidad pudiera fehacientemente demostrarse.

Forman parte, por ejemplo, de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, los proyectos de las leyes y códigos, las actas de sus comisiones revisoras, las discusiones habidas en las cámaras legislativas cuando fueron presentados á su aprobación, etc.

Y especialmente forman parte de la historia fidedigna del establecimiento del Código Civil, los proyectos sobre los libros tercero y cuarto, publicados en *El Araucano* en los años 1846 y 1847, el proyecto de todo el Código presentado á la Comisión Revisora en 1853, la primera redacción que ésta dió al mismo proyecto, publicado no ha mucho en la edición de las obras

completas de don Andrés Bello, y el proyecto aprobado por el Congreso Nacional en 1855, que difiere en algunos puntos de la edición oficial del mismo Código.

La Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, que, tan felizmente y con tan marcado patriotismo, supo desempeñar las tareas encomendadas a su celo, omitió, dejarnos constancia escrita de sus deliberaciones, la cual habría sido preciosa para conocer en muchos casos el verdadero espíritu del legislador.

Felizmente, no han incurrido en la misma omisión algunas de las demás comisiones revisoras de los proyectos de Códigos que se han convertido y están por convertirse en leyes de la República.

Así, por ejemplo, existen libros impresos en que se contienen las actas de las comisiones revisoras de los proyectos de Código Penal y de Código de Enjuiciamiento Civil.

Y es de esperar que en lo futuro no se descuide preparar oportunamente, respecto de los demás códigos que se elaboren, un medio de interpretación de la ley, tan fácil, tan seguro y tan eficaz, como el que se desprende del conocimiento y estudio de las actas de sus comisiones revisoras.

Prescindiendo de las fuentes ya indicadas de interpretación de nuestro Código Civil, merecen aún llamar la atención á este propósito, las anotaciones con que don Andrés Bello acompañó los proyectos de 1846 y de 1847 sobre los libros tercero y cuarto; la controversia entre el mismo señor Bello y don Miguel María Güemes sobre varios artículos del primero de dichos proyectos; la enunciación de las fuentes de algunas de las disposiciones del proyecto de 1853, hecha á continuación de cada uno de los libros del mismo Proyecto, siendo de advertir que estas fuentes no deben en consecuencia atribuirse á las respectivas disposiciones del Código, bien que las unas y las otras suelen á las veces coincidir; las observaciones que algunos jueces de letras hicieron al Proyecto de Código de 1853; el mensaje con que el de 1855 fué presentado á la consideración del Congreso Nacional; y, por último, las breves anotaciones hechas al Código por don Andrés Bello hasta el artículo 76, y que vieron por primera vez la luz pública en el opúsculo *Don Andrés Bello y el Código Civil* de mi distinguido amigo don Miguel Luis Amunátegui y Reyes.

Fuerza lógica, no escasa, tienen también para la interpretación de algunas disposiciones del Código los artículos en que el señor Bello absolvió algunas dificultades que acerca de las mismas le fueran propuestas después de la fecha en que empezaron á ser obligatorias.

Fuente útil de consulta son, asimismo, los manuscritos en que se contienen los borradores del Código, hechos frecuentemente de puño y letra de don Andrés Bello. Por desgracia, pocos se conservan, sin que se sepa absolutamente el paradero de los demás.

Mas, por satisfactorio y decisivo que sea el arbitrio de interpretación derivado de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, es preciso no olvidar que él constituye sólo un arbitrio subsidiario, del cual no es lícito echar mano cuando el caso de que se trata está resuelto claramente por la ley, aún cuando esta resolución sea absurda y parezca contrariar abiertamente la intención ó espíritu del legislador, manifestados en la ley misma, ó en la historia fidedigna de su establecimiento.

A mérito de estas mismas consideraciones, parece, por lo menos, dudosa la oportunidad con que don Andrés Bello hizo valer la historia fidedigna del establecimiento de la ley, derivándola de sus propios recuerdos, y de los recuerdos de don José Gabriel Ocampo, miembro que fué de la Comisión Revisora, cuando consultado sobre la mejor manera de interpretar el número 1.º del artículo 1618 del Código, dió de él una interpretación incompatible con el principio de que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, á pretexto de consultar su espíritu. La disposición de ese número aparece en el Código con algún sentido, absurdo, si se quiere, pero verdadero.

Agrega don Andrés Bello que es una parte precisa de la hermenéutica la restauración del texto legal cuando está manifestamente viciado; pero, ¿qué ley confiere á los tribunales la facultad de restaurar el texto de las leyes, variando la forma en que han sido promulgadas por el Presidente de la República, con audiencia del Consejo de Estado, cuando, á su juicio, esa forma se encuentra viciada? Y si esa ley no existe, es el caso de aplicar lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución, en virtud del cual "ninguna magistratura, ninguna persona, ni reu-

nión de personas, puede arrogarse, ni aun á pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad ó derechos que aquéllos que expresamente les hayan conferido las leyes, so pena de nulidad.»

Lo que conviene hacer en semejantes casos, es solicitar una disposición legislativa que autorizadamente restablezca el texto legal, arbitrio que de preferencia indicaba don Andrés Bello en el artículo de que se ha hablado.

ART. 20

Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

«Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras.»

Entiéndese por *natural* lo perteneciente á la naturaleza, ó conforme á la calidad ó propiedad de las cosas.

Sentido natural de las palabras sera, pues, el que les corresponde de suyo, por lo que buenamente suenan, sin violencia de ninguna especie.

Es *obvio* lo que se encuentra ó pone delante de los ojos, y en sentido figurado, lo muy claro, y que no tiene dificultad.

Por *uso general* de las palabras no ha de entenderse aquí el uso vicioso, aunque esté muy generalizado, ya que ha de discernirse sobre la base de que el Legislador conoce el lenguaje de que se sirve, y lo emplea correctamente. Así, por ejemplo, la palabra *cobrar* está tomada en el Código (artículo 647, inciso 2.º), en el sentido de *percibir*, que es el que genuinamente le corresponde, y nó en el de *reclamar*, que es el que vulgar y ordinariamente se le atribuye.

Para conocer el sentido natural y obvio de las palabras, según el uso general de las mismas, conviene echar mano de un diccionario de la lengua; y parece natural preferir el de la Real

Academia Española, á la cual, por tácito y casi general asentimiento de todos los países en que se habla el castellano, se reconoce el supremo derecho de legislar, con fuerza moral obligatoria, en materias de lenguaje.

Prescindiendo de la exposición de las demás razones en que este asentimiento se apoya, cabe observar que las resoluciones de la Real Academia tienen, cuando menos, el prestigio que les da la sabiduría de este alto cuerpo, en el que figuran muchas de las personas que más han descollado en el conocimiento y manejo de nuestra lengua.

«Pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.»

Dueño es, en efecto, el legislador de atribuir á las palabras la significación que quiera; lo que no obsta para que deba proceder discretamente en el ejercicio de esta facultad. Mas, desde el momento en que el legislador, haciendo uso de ella, defina ciertas palabras, no podremos, sin rebelarnos contra su autoridad soberana, atribuirles diverso significado, aun cuando las definiciones de la ley no guarden armonía con el sentido natural y obvio de las palabras, según el uso general de las mismas.

Así, por ejemplo, dice el inciso 2.º del artículo 36 del Código Civil, que se llaman *hijos naturales* en este Código, los que han obtenido el reconocimiento de su padre ó madre, ó ambos, otorgado por instrumento público; siendo así que ordinariamente se llaman *hijos naturales* los que lo son sólo por la naturaleza, esto es, los que han resultado de una unión sexual no sancionada por la ley.

Así, también, dice el inciso 2.º del artículo 702, que se llama posesión *regular* la que procede de justo título, y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión; y que, por consiguiente, se puede ser poseedor regular y poseedor de mala fe, términos que en el lenguaje natural; obvio, corriente, habrían sonado como incompatibles.

Puede, empero, que el Legislador se valga de términos definidos por la ley en sentidos diversos de sus acepciones legales. Mas evidentemente, no será lícito atribuirles dichos sentidos, sino cuando del contexto de las disposiciones de que se tra-

te se deduzca con toda claridad que el legislador quiso atribuirselos.

Así, por ejemplo, cuando una ley hable de *poseedores*, mencionando entre ellos á los arrendatarios y usufructuarios, no deberá entenderse que toma la palabra en su sentido legal, sino en su acepción ordinaria ó equivalente á tenedores.

Algo análogo cabe observar de los casos en que las leyes califican de *niños* á personas mayores de siete años.

ART. 21

Las palabras técnicas de toda ciencia ó arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia ó arte, á menos que aparezca claramente que se han tomado en un sentido diverso.

Llámanse *palabras técnicas* las que solo se emplean en alguna ciencia ó arte.

Llámanse también *palabras técnicas* las que, empleándose en cierto sentido en el lenguaje ordinario, se emplean en un sentido diverso en el de alguna ciencia ó arte.

Respecto de las palabras de esta segunda especie, sólo se entenderá que el legislador les atribuye su sentido técnico, cuando ello se deduzca con claridad de la naturaleza de la disposición, ó del contexto de la doctrina legal.

«A menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.» «Una palabra técnica, dice don Andrés Bello, puede emplearse impropriamente en una ley por falta de conocimientos especiales en sus autores. Sería racional tomarla en diferente sentido que el Legislador.»

Hay ciertas palabras que son propias de la jurisprudencia, ó técnicas de derecho. Cuando el legislador no las defina, deberá atribuírseles el sentido que los jurisconsultos comunmente les atribuyen.

ART. 22

«El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.»

Inciso 1.º La palabra *contexto* significa en su sentido recto «orden de composición ó tejido de ciertas obras,» y en su sentido figurado «serie del discurso, tejido de la narración, hilo de la historia.» (Diccionario de la Lengua).

Fúndase esta disposición en que es natural suponer que el legislador haya querido ser lógico y consecuente consigo mismo en toda la trama de sus disposiciones.

Si pues del contexto de la ley se deduce claramente el pensamiento del legislador, y existe una disposición ambigua ú oscura que, así puede interpretarse en un sentido conforme á dicho pensamiento, como contrario á él, es obvio que deberá ser preferida la primera de estas interpretaciones.

La disposición de este inciso no es, empero, aplicable al caso en que haya dos ó más disposiciones claramente contradictorias, ni al caso en que una disposición clara sea incompatible ó poco armonizable con el contexto de la ley.

El legislador puede indudablemente incurrir en estos defectos.

Veremos despues qué arbitrio cabe tocar cuando ocurre el caso de contradicción en las leyes.

Si existe alguna disposición clara incompatible ó poco armonizable con el contexto de la ley, deberá aplicársele de preferencia, en razon de su especialidad, aún cuando dicho contexto haya de ser consiguientemente sacrificado.

Refiriéndose el Código en este inciso al contexto de *la ley*, es evidente que en él se trata del contexto de una ley determinada, máxime cuando el inciso segundo tiene por objeto prescribir que los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Y ello es lógico, supuesto que sólo en el caso de tratarse de una ley determinada, cabe discurrir sobre la base en que se funda la disposición de este inciso.

Como las varias partes de una ley se entrelazan y relacionan

000210035

entre sí, de la misma manera que las mallas de una trama, ó los hilos de un tejido, y como de aquí resulta naturalmente que la significación y alcance de las unas se subordina con frecuencia á la significación y alcance de las otras, impónese la necesidad de estudiarlas todas para penetrarse del verdadero pensamiento del legislador, y darse cuenta cabal del contexto de su doctrina.

Inciso 2.º No se refiere el Código en este inciso á los pasajes claros, porque ellos han de interpretarse conforme á su tenor literal, sin que sea lícito recurrir para interpretarlos á otra fuente alguna de interpretación.

No dice el Código que los pasajes oscuros de una ley *deberán ser ilustrados, ó se ilustrarán* por medio de otras leyes, á diferencia de lo que dice en el inciso precedente sobre que el contexto de la ley *servirá* para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Dice solo que los referidos pasajes *podrán ser ilustrados, etc.* Y esto se debe á que si es posible y probable que los redactores de las distintas leyes hayan procurado armonizar entre sí las disposiciones de las mismas, cabe también la posibilidad de que sus pensamientos hayan sido diversos y aun contradictorios.

Dice el Código "particularmente si versan sobre el mismo asunto," porque, en tal caso, es más probable que en la redacción de la ley ó leyes dictadas con posterioridad se hayan tenido presentes las disposiciones de la ley ó leyes anteriores sobre la misma materia.

Con mayor razón cabrá ilustrar los pasajes oscuros de una ley por medio de otras leyes, si consta que la una y las otras han sido redactadas por una misma persona, porque, en tal caso, sube de punto la probabilidad de que se haya querido establecer, entre sus respectivas disposiciones, la debida correspondencia y armonía.

ART. 23

Lo favorable ú odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar ó restringir su interpretación. La extensión que deba darse á toda ley se determinará

por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

Ha sido regla casi constante de la jurisprudencia, que estableció el Derecho Romano, y siguió el Español, que lo favorable ú odioso de una disposición debía tomarse en cuenta para ampliar ó restringir su interpretación.

Entendíase por *favorable* lo que, sin perjudicar á nadie, aprovechaba á uno ó más.

Y se entendía por *odioso* lo que á alguno ó algunos irrogaba perjuicio, y especialmente lo relativo á las disposiciones penales.

Fundábase esta regla en que debiendo entenderse dictadas las leyes para el bien de los individuos que componen la comunidad, parecía lógico discurrir sobre la base de que el legislador hubiera querido atribuir la mayor amplitud posible á las disposiciones favorables, y la menor posible á las odiosas.

Y, aun cuando según la buena doctrina, sólo cabía ampliar ó restringir el sentido de algun precepto legal, á virtud de la aplicación de este arbitrio de hermenéutica, en el caso de haber duda plausible sobre su verdadera inteligencia, nuestro Código, siguiendo en esto al de Luisiana, ha querido proscribir rigorosamente el empleo de dicha regla, que, sin ser en manera alguna indispensable, se prestaba á los más graves y frecuentes abusos en la interpretación de las leyes.

Lo dispuesto en este artículo no es un obstáculo para que, discurriéndose por analogía, pueda á las veces resolverse un caso no previsto por el legislador, con el criterio de una disposición relativa á un caso análogo.

Así, por ejemplo, tratándose de determinar si las donaciones entre vivos, que son actos jurídicos que la ley no califica de contratos, se rigen por las leyes vigentes á la fecha de su ejecución, ó por las vigentes á la época de su cumplimiento, puede sostenerse lo primero, por haber establecido la ley de 7 de octubre de 1861 que en todo contrato se entiendan incorporadas las leyes vigentes á la época de su celebración.

Adviértase que no debe discurrirse por analogía, tomando por base disposiciones excepcionales, supuesto que en todo

aquello en que deje de regir la excepción, deberá estarse á la regla, y no será lícito limitar sus efectos, á mérito de simples inducciones lógicas, aun cuando sea de presumir que si el legislador hubiera tenido presente el caso, habría cuidado de incluirlo en la excepción.

Suele también emplearse en la interpretación de las leyes el argumento *á contrario sensu*, que se contrapone al de analogía, y que tiene lugar cuando, por haberse establecido una proposición respecto de una ó más personas ó cosas de una misma especie, se deduce que se ha querido implícitamente establecer la proposición contraria respecto de las personas ó cosas omitidas.

Debe este argumento emplearse con suma cautela.

Incide de lleno la oportunidad de aplicarlo cuando el legislador restringe su disposición al caso ó casos contemplados en la ley, valiéndose, por ejemplo, de las expresiones *solo, solamente, únicamente*, u otras semejantes, porque entonces consta la voluntad del legislador en el sentido de que no se aplique su precepto al caso ó casos no comprendidos en ella.

Incide asimismo la oportunidad de aplicarlo cuando consta que el legislador tuvo en cuenta el caso ó casos de que no se ha hecho mérito en la ley, porque es obvio que, deliberadamente, no quiso comprenderlos en su disposición.

Pero, en general, del hecho de haberse establecido una regla legal respecto de uno ó más casos determinados, no es lícito deducir que el legislador tuviera el ánimo de que se aplicara una regla contraria respecto del caso ó casos omitidos.

Casi no es necesario decir que si existe una regla general, deberá siempre estarse á lo preceptuado por ella, respecto de los casos no especialmente previstos por el legislador.

ART. 24

En los casos á que no pudieran aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros ó contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y á la equidad natural.

10000352

La disposición de este artículo es sólo subsidiaria, á diferencia de las disposiciones de los demás artículos de este párrafo, que pueden aplicarse en primer término á resolver las dificultades que suscite la interpretación de las leyes.

Y es subsidiaria, porque sólo después de establecida la imposibilidad de conocer el verdadero pensamiento del legislador sobre el punto de que se trate, puede ser lícito derivar su pensamiento probable del espíritu general de la legislación y de la equidad natural.

Sólo se refiere el legislador en este artículo á los pasajes *oscuros ó contradictorios*. Cabe, empero, aplicar por analogía su precepto á los casos no previstos por la ley; lo que está de acuerdo con la obligación que pesa sobre los jueces de fallar los negocios que se sometan á su conocimiento, aun en defecto de leyes que resuelvan los casos controvertidos, so pena de constituirse culpados del delito de denegación de justicia.

Se pone el legislador en el caso de que haya en las leyes pasajes contradictorios, y de hecho los hay. Nuestro propio Código Civil, á pesar de las eminentes cualidades de su redactor y del prolijo esmero con que fué varias veces revisado, ofrece algunos casos de verdaderas é insalvables contradicciones.

Evidentemente errónea es, pues, ante la ley y ante los hechos la aseveración de los que pretenden que el legislador *no puede*, contradecirse.

Que no deba discurrirse *prima facie* en el concepto de que el legislador se ha contradicho, y que, en consecuencia, deba tratarse primeramente de desvanecer la presunta contradicción, es por cierto, cosa bien diversa.

Mas, cuando de hecho, é inequívocamente, la contradicción exista, deberá reconocérsela con franqueza, y discurrirse sobre la base de su existencia, optándose por aquélla de las disposiciones contradictorias que más conforme parezca con el espíritu general de la legislación y con la equidad natural.

Constituyen espíritu general de la legislación, por ejemplo, el que la mujer esté sometida al marido en su persona y bienes; el garantizar los intereses de los pupilos, mediante un sistema bien calculado y prudente de precauciones legales; el dar facilidades á la división y circulación de la propiedad; el que ésta no

permanezca en dominio incierto por más de treinta años, etc.

Importa sobre manera el estudio general y filosófico de las leyes para conocer en cada materia el espíritu general de la legislación.

Suele también expresarse ese espíritu en algunas de las piezas constitutivas de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, por ejemplo, los preámbulos o mensajes con que suelen acompañarse los proyectos de leyes ó de códigos. Utilísimo es en este sentido el mensaje del Proyecto de Código Civil, obra sintética magistral, que lleva consigo toda la autoridad y prestigio de don Andrés Bello, su ilustre autor.

«La palabra *equidad*, dice Escribá, tiene dos acepciones en Jurisprudencia; pues ora significa la moderación del rigor de las leyes, atendiendo más á la intención del legislador que á la letra de ellas, ora se toma por aquel punto de rectitud del juez, que, á falta de ley escrita ó consuetudinaria, consulta en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón, ó sea, de la ley natural.»

Claro es que la primera acepción no puede tener cabida en nuestro Derecho, ya que, según lo prescrito en el artículo 19 del Código, cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal, á pretexto de consultar su espíritu. Por consiguiente, la palabra *equidad* no puede estar tomada en este artículo, sino en su sentido correspondiente al de ley natural.

Principios hay en esta ley de obvia, universal y eterna evidencia, como el que prescribe, por ejemplo, no quitar á nadie o que le pertenece.

Empero, como hay también principios y reglas que sólo parecen derivarse directa ó indirectamente de aquéllos, no siempre será tan fácil, como á primera vista pudiera parecer, el averiguar cual de las dos contrarias soluciones es la más conforme con la justicia natural.

Habla el Código copulativamente del espíritu general de la legislación y de la equidad natural. Posible es, sin embargo, que aya casos, en que no pueda hacerse valer el espíritu general e la legislación, por no haberlo constituido respecto de ellos.

Ha prescrito el legislador que en los casos a que no pueden aplicarse las reglas de interpretación de los artículos prece-

dentos, se interpreten los pasajes oscuros ó contradictorios de la manera que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y á la equidad natural, porque tratándose de suplir una insuficiencia, ó enmendar un error del legislador, es natural hacerlo sobre las bases en que éste se habría apoyado ó se apoyaría para hacer desaparecer la oscuridad ó la contradicción.

PAULINO ALFONSO

Santiago de Chile, á 17 de Mayo de 1892.

C64
2a.
1978
v. 1
e. 2

EXPLICACIONES

DE

DERECHO CIVIL CHILENO

Y COMPARADO

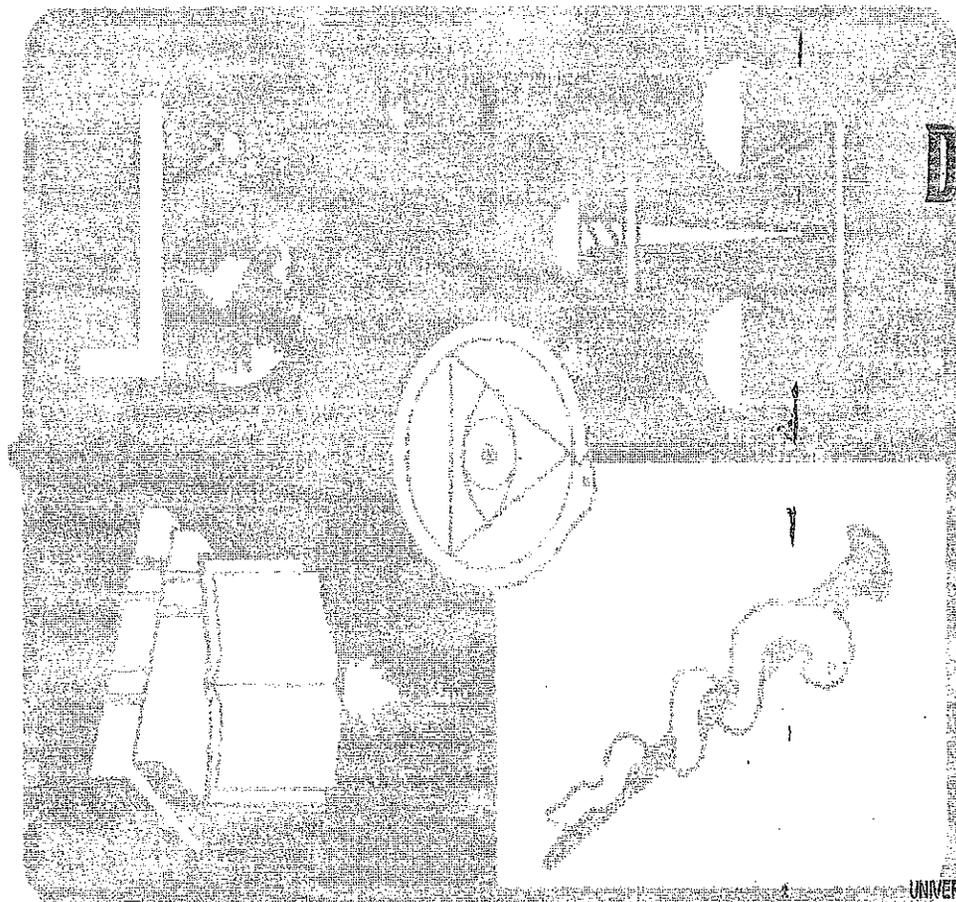
POR

LUIS CLARO SOLAR

Ex. Profesor de Código Civil de la Universidad de Chile.

*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere,
altorum non ledere, suum cuique tri-
buere (Ulpianus, D. lib. I, tit. I, l.
10 § 1°).*

DE LAS PERSONAS



© MARIA CLARO SALAS VDA. DE PEÑA.
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE.
Av. Ricardo Lyon 946, Casille 4256, Santiago.
Inscripción N.º 48.629.

Se terminó de imprimir esta edición facsimilar de 2.000 ejemplares
en el mes de noviembre de 1978.

Impresores: Editora Nacional Gabriela Mistral Ltda.
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE.

UNIVERSIDAD DE CHILE - DERECHO

COMO PRIMERO



3558 1002440091



Segunda edición puesta al corriente de la legislación

035984 000 000037

CAPITULO VI

DE LA INTERPRETACION DE LAS LEYES

I

DEFINICIONES

219.—Interpretar una ley es fijar su verdadero sentido y su alcance.

Se distinguen dos especies de interpretación: la interpretación por vía de *doctrina* o interpretación privada que emana de los particulares, de los juristas, y la interpretación por vía de *autoridad* o interpretación pública que emana de la autoridad que tiene el poder de interpretar la ley. La primera no tiene otra fuerza que la autoridad de razón; la segunda es obligatoria.

220.—La interpretación de *autoridad* se subdivide en interpretación *judicial*, a la cual se suele dar también el nombre de *doctrinal* y *legislativa* o *auténtica*.

La interpretación *judicial* es la que emana de los tribunales y tiene fuerza obligatoria, como ya hemos dicho, para las partes que litigan y relativamente a lo que es objeto del litigio.

La interpretación *legislativa* o *auténtica* es la que emana del mismo poder que dicta la ley, del autor de ella y por eso se llama *auténtica*. Esta interpretación tiene fuerza obligatoria para todos los habitantes del país desde que en sí misma es una ley.

221.—El artículo 3.º del Código reconoce estas dos clases de interpretación. *Sólo toca al legislador, dice, aplicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncian.*

Nos ocuparemos separadamente de una y otra interpretación, principiando por la interpretación *judicial* a la cual conservaremos el nombre de *doctrinal* con que generalmente se la designa (1). Este nombre, sin embargo, es muy usado para designar las diversas doctrinas interpretativas de los juristas.

(1) Seguimos principalmente a Savigny, *Derecho Romano*, y a Laurent *Derecho Civil Francés*, tomo I.

222.—El juez está siempre obligado a aplicar la ley que resuelve el conflicto de derechos sometido a su fallo y para hacerlo necesita poseer el sentido, del pensamiento de la ley, por entero y en toda su fuerza, transportándose al punto de vista del legislador y reproduciendo artificialmente sus propias operaciones. Por eso define Savigny la interpretación (2) diciendo que es "la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley". Toda ley exige esta interpretación para poder ser aplicada a un caso determinado. Es una falsa idea de la interpretación creer, que no es necesario recurrir a ella sino cuando las leyes son obscuras e insuficientes.

La interpretación de la ley no difiere en este sentido de la interpretación de todo otro pensamiento expresado por el lenguaje.

223.—Se distinguen en la interpretación cuatro elementos: gramatical, lógico, histórico y sistemático.

El elemento *gramatical* de la interpretación tiene por objeto las palabras de que se sirve el legislador, es decir, el lenguaje en las leyes.

El elemento *lógico* tiene por objeto la intención o espíritu de la ley o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes.

El elemento *histórico* tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia a la época de la confección de la ley, para precisar el cambio introducido en la legislación por la ley interpretada.

El elemento *sistemático* tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y las reglas del derecho. El legislador tenía ante sus ojos este conjunto, así como los hechos históricos que motivaron la ley, y para poseerlos íntegramente de su pensamiento, debemos explicarnos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que la ley ocupa en él.

Estos diversos elementos no son cuatro clases distintas de interpretación, entre las cuales se pueda elegir, según el gusto y capricho de cada cual: son sólo cuatro operaciones diversas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley.

Pero estos cuatro elementos se clasifican generalmente en dos clases de interpretación: la interpretación gramatical, que tiene por objeto el primero de ellos, y la interpretación lógica, que reúne los otros tres.

224.—El párrafo 4 del título preliminar del Código Civil, contiene varias reglas relativas a los diversos elementos de la interpretación de la ley. Estas reglas han sido dictadas principalmente para los jueces a fin de trazarles el camino que deben seguir en la interpretación de las leyes. Tomadas del Código de Luisiana, y las principales de las cuales se contenían en el proyecto del Código francés, están de acuerdo con los principios de la jurisprudencia.

(2) Savigny, *Traité de Droit romain*, t. 1. § 39 edic. Guenoux, pág. 205.

225.—Dispone el Código que ante todo se atienda al tenor literal de la ley cuando su sentido es claro, y que sólo se consulte su intención o espíritu para interpretar una expresión obscura de la ley. Lo que quiere decir que ante todo debe atenderse al elemento gramatical de la interpretación.

La obra del intérprete, como hemos dicho, es reconstruir el pensamiento del legislador y como el legislador ha formulado su pensamiento en un texto, la letra de la ley es la expresión del pensamiento del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos este pensamiento notadamente declarado, conocemos la intención del legislador por su propia boca y no podemos dudarlo; y el juez debe, por graves que sean las consideraciones que se puedan oponer a la ley, aplicarla tal como está escrita. No quiere decir esto, sin embargo, que el intérprete deba atenderse servilmente al tenor de la ley, lo que nos llevaría a la interpretación que vulgarmente se llama *judicial*, es decir, que a fuerza de respetar el texto, viola el pensamiento del legislador que es lo que constituye su voluntad, y por consiguiente, la esencia de la ley. Cuando el texto deja la menor duda, diremos con los juriseconsultos romanos que no es conocer la ley, saber sus términos, que es necesario penetrar la corteza para posesionarse de la verdadera voluntad del legislador o como decía la ley 13 del título 1.º, Partida 1.ª: "Entenderse deben las leyes bien ó directamente tomando siempre verdadero entendimiento dellas a la más sana parte e mas provechosa, según las palabras que y fueren puestas, e por ende dixerón los Sabios, que el saber de las leyes non es tan solamente en aprender e decorar las letras dellas mas el verdadero entendimiento dellas". Pero suponemos que la ley es clara, es decir, que no deja duda alguna sobre su sentido literal. Decir, en tal caso, que el pensamiento del legislador es otro que el que aparece escrito en un texto claro y formal, sería acusar al legislador de una grave ligereza y el intérprete no tiene tal derecho.

Estos principios están consagrados por el artículo 19: "Cuando el sentido de la ley es claro, dice, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". "Pero bien se puede para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma o en la historia digna de su establecimiento".

226.—Es, pues, al tenor literal lo primero a que debe atenderse y para fijarlo el Código ha cuidado de dar algunas otras reglas.

Las palabras de que el legislador se sirve pueden tener dos significaciones, el sentido vulgar y el sentido técnico. Según el artículo 20: "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras", es decir, el uso de la gente educada. El Diccionario de la lengua publicado por la Real Academia Española, goza a este respecto de gran autoridad. "Pero cuando el legislador, agrega el artículo 20, las haya definido expresamente para ciertas materias se les dará en éstas su significado legal". Por la inversa, según el artículo 21, "las palabras técnicas de toda ciencia o ar-

te se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso". Es de suponer que el legislador conozca bastante el idioma en que legisla y sea suficientemente instruido en la ciencia o arte para dar a las palabras de la lengua y a las palabras especiales de la ciencia o arte a que se refiere, el significado que les es propio; en el caso contrario, es necesario que ello aparezca de manifiesto y con toda claridad.

227.—Mas si la ley es obscura habrá que recurrir forzosamente a los otros elementos de la interpretación o sea a la interpretación lógica, que del contexto y armonía de las diversas partes de la ley, de la historia de su establecimiento y del papel que la ley está llamada a llenar en el sistema general de la legislación, nos deducirá la intención o espíritu del legislador.

"El contexto de la ley, dice el artículo 22, servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia o armonía". He aquí el elemento lógico de la interpretación.

228.—Si esta comparación de las diversas partes de la ley no pone suficientemente en claro la intención o pensamiento del legislador, habrá que completarla con el estudio de la historia de la ley o de las leyes análogas; y en último término, habrá que consultar el espíritu general de la legislación y la equidad natural que constituyen los otros elementos de la interpretación.

229.—El legislador no obra sin un motivo. Con esta palabra designamos no sólo la causa determinante o sea la regla superior de derecho de donde sale la ley como una deducción y consecuencia, sino también el efecto que la ley está llamada a producir; aquélla y éste están comúnmente reunidos en el pensamiento del legislador. La determinación de los motivos de la ley pondrá en claro el pensamiento del legislador y ella será relativamente fácil cuando se conoce la historia del establecimiento de la ley.

Los únicos antecedentes que a este respecto tenemos del Código Civil son los diferentes proyectos publicados antes de su aprobación y una que otra referencia, una que otra nota, uno que otro artículo de Bello. No pasa actualmente lo mismo con las demás leyes; los proyectos propuestos por el Presidente de la República en sus mensajes al Congreso o las mociones de los diputados o senadores, los informes y actas de las comisiones de una y otra Cámara y la discusión pública que en ellas tiene lugar, antecedentes todos que quedan impresos en el *Boletín de Sesiones del Congreso Nacional*, proporcionan todos los datos que el intérprete puede necesitar para comprender los motivos determinantes de la ley y los propósitos que el legislador persigue con ella.

230.—Los principios fundamentales que acabamos de pasar en revista, bastan para la interpretación de las leyes en su estado normal,

es decir, cuando su expresión encierra un pensamiento completo; pero la ley puede ser no sólo obscura sino defectuosa, sea porque la expresión es indeterminada y no contiene un pensamiento completo, sea porque la expresión es impropia y su sentido directo está en contradicción con el pensamiento verdadero de la ley.

En este caso es indispensable el examen de la legislación en su conjunto y se interpretará la ley por medio de otras leyes análogas o procurando, a falta de ellas, consultar la conformidad de la ley con el espíritu general de la legislación y adoptando en todo caso la solución que parezca más conforme a la equidad natural, es decir: "la que vendría más que se estableciera como derecho, la más razonable; la que mejor correspondiera a las necesidades de la práctica y la que sea más humana y suave".

"Los pasajes oscuros de una ley, pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto", dice el artículo 22, y el artículo 24, agrega: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros y contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

231.—Aparte de estos principios de la interpretación, la jurisprudencia ha establecido varias reglas que se admiten como axiomas para la extensión que deba darse a la ley en su aplicación.

Indicaremos las principales.

1.ª El argumento de analogía o a pari, formulado en el adagio: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*. La disposición legal es extendida a un caso análogo a aquel que ella ha previsto.

Este argumento no es admisible cuando la disposición es excepcional, es decir, que ella deroga a una regla general. Este es el sentido de las fórmulas repetidas a menudo: "la excepción es de derecho estricto, *exceptio est strictissima interpretationis*", "la excepción confirma la regla en los casos no exceptuados", *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*.

2.ª El argumento de contradicción *a contrario sensu* que parte de la voluntad expresada en el caso previsto por el legislador para su ponerlo en todos los otros casos una voluntad contraria. Se formula ordinariamente así: *qui dicit de uno negat de altero*, "quien dice de uno niega de los otros", *inclusio unius est exclusio alterius*, "la inclusión de uno importa la exclusión de los otros". Este argumento es la más de las veces peligroso y falso. El silencio del legislador por sí solo no prueba nada. Si la ley es una declaración de voluntad, es necesario que el legislador haya hablado para que se pueda decir que quiere alguna cosa. Cuando calla, no dice ni sí ni no, su silencio tan sólo puede hacer suponer que quiere lo contrario en un caso de lo que ha dicho en otro; pero esta suposición puede ser absolutamente gratuita, porque el silencio del legislador puede ser explicado de muchas otras maneras. Ordi-

nariamente el argumento *a contrario* no prueba sino cuando, partiendo de una disposición excepcional, permite volver al derecho común que recupera su imperio y por esta razón debe ser empleado con mucha cautela y discreción.

3.ª El argumento *a fortiori* que extiende la disposición de la ley a un caso que ella no prevé, pero en que sus motivos se encuentran con mayor fuerza que en el caso previsto. La ley que concede o permite lo que es más; se entiende que permite o concede, lo que es menos, y por el contrario, la que prohíbe lo que es menos, se entiende que prohíbe lo que es más.

4.ª La ley se ha de entender general e indistintamente. Cuando la ley no hace excepción alguna, pudiendo haberla hecho, no podemos separarnos de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha formulado. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, "donde la ley no distingue no puede el hombre distinguir", "La extensión que deba dársele a la ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes", dice el artículo 23.

En el derecho antiguo y en el derecho canónico se distinguían las leyes en favorables y odiosas, para ampliar o restringir su interpretación. *Odia restringi et favores convenit ampliari*. Según esto se tomaban las palabras en su más amplia y extensa significación en materia favorable y se procuraba limitar en lo posible, en caso de duda, en materia odiosa. Estas reglas de aplicación de las leyes eran contrarias a los principios de una correcta interpretación que no tiene otro objeto que reconstruir el pensamiento del legislador y llegar por este medio al conocimiento completo de la ley. Por este motivo el Código no las admite y el artículo 23 al precisar la extensión que debe darse a la ley en su aplicación, dice: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación", regla que los primeros proyectos consignaban en esta otra forma: "La distinción que se hace de las leyes en favorables y odiosas no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación".

5.ª "Las disposiciones de una ley relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición", dice el art. 13. Este artículo, que está colocado en el párrafo de los efectos de la ley no contiene otra cosa que una regla de interpretación de la ley. Por eso Bello lo había puesto en el párrafo de la interpretación de las leyes en el proyecto de 1853. Esta es una simple aplicación del principio de que lo especial prevalece sobre lo general.

III

DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

232.—Hemos dicho que la interpretación auténtica es la que emana del legislador mismo. Según el artículo 3.º "sólo toca al legislador

9500077

explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio", *Ejus est interpretare legem cuius est condere* (3).

"Nada parece más natural, dice Laurent, que dirigirse al legislador para que aquél que ha hecho la ley explique su sentido. ¿Quién puede mejor que él, dice Justinianus, conocer el espíritu de las leyes que ha dictado y hacer desaparecer las dudas que presentan en su aplicación? De aquí el adagio que toca a aquel que hace la ley, interpretarla". (4).

233.— Este principio viene del Derecho Romano. Justinianus prohibió a los particulares interpretar las leyes.

La ley 14 del título 1.º, Partida 1.ª, decía: *Dubdosas seyendo las leyes por yerro de escriptura, o por mal entendimiento del que las leyese: porque debien de ser bien espaladinadas, e faer entender la verdad dellas: esto non puede ser por otro fecho, sino por aquel que las fizo*"

234.— ¿Cuándo debe tener lugar la interpretación auténtica? No existe en nuestro derecho disposición alguna que establezca el sistema que segun el derecho español y que existia en otras legislaciones, de la interpretación auténtica como obligatoria. La interpretación auténtica es puramente facultativa.

La disposición del artículo 5.º del Código, que prescribe a la Corte Suprema y a las demas Cortes dar cuenta al Presidente de la Republica de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, aunque tiende a provocar esta interpretación auténtica, no excluye la que debe dar el mismo tribunal, pues éste no puede paralizar el fallo so pretexto de oscuridad de la ley.

En teoría se puede decir que el legislador debe intervenir para fijar el sentido de las leyes cuando en su aplicación existe tal contradicción de decisiones que llegan a ser una fuente inagotable de procesos, pero la apreciación de la oportunidad de la intervención corresponde al mismo legislador.

235.— En Francia al establecerse la Corte de Casación en 1.º de Diciembre de 1790, se dispuso que cuando una sentencia hubiera sido anulada dos veces y un tercer tribunal hubiese juzgado en última instancia de la misma manera que los dos primeros, la cuestión debía ser sometida al Cuerpo Legislativo, quien dictaría en este caso un decreto declaratorio al cual el Tribunal de Casación debía conformar su fallo.

Este sistema fue mantenido con ligeras modificaciones hasta la ley de 2 de Abril de 1837, que dispuso que si la segunda sentencia fuese casada por los mismos motivos que la primera, el tribunal al cual se remitiese el negocio debía conformarse a la decisión de la Corte de Casación sobre el punto de derecho juzgado por esta Corte.

Igual disposición se adoptó en Bélgica por ley de 8 de Julio de 1865

(3) L. 1 y L. 12, t. 14. *De legibus*, Lib. 14 del Código.

(4) Laurent, *Principes de Droit Civil francais*, L. I n. 282.

Esta substitución de la interpretación obligatoria por la interpretación facultativa, ha sido motivada en estos países precisamente por los serios inconvenientes que presentaba la referencia obligada al Legislador para que éste dictara el decreto interpretativo con arreglo al cual debía fallarse también el juicio que motivaba tal referencia.

El legislador se convertía así en juez, porque era difícil que pudiera substraerse a las circunstancias o intereses especiales en litigio y se corría a más el peligro de que la pretendida interpretación fuese en realidad una ley nueva que, de este modo, se aplicaba a una relación de derecho regida por una ley diversa.

IV

EFFECTOS DE LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

236.— La interpretación doctrinal sólo tiene una autoridad de razon: ella no liga al juriconsulto, no liga al juez, ni al abogado que estudian la misma cuestión de derecho fallada por los tribunales anteriores, por numerosos y repetidos que sean tales fallos. "El deber del juriconsulto es, al contrario, dice Laurent, someter al examen de la razón toda especie de autoridad, la de los grandes hombres que ilustran nuestra ciencia, como la de los cuerpos judiciales más altamente colocados. ¿Será necesario decir que todas las autoridades son fallibles? Los más célebres juriconsultos han cambiado de parecer sobre cuestiones controvertidas: las Cortes Supremas han dictado sentencias contradictorias; esto basta para que la doctrina y la jurisprudencia no sean aceptadas sin previo examen" (5).

Grande, no hay duda, es la importancia de las sentencias judiciales y se ha llegado a decir que la jurisprudencia es el verdadero suplemento de la legislación. Los abogados recurren fácilmente a la cita de sentencias que resuelven el mismo punto de derecho, libertándose de este modo del trabajo de discutir y establecer la doctrina legal; pero es menester tener presente que las sentencias son una simple interpretación de la ley y que esta interpretación puede ser errónea.

La interpretación auténtica es una verdadera ley y es, por lo tanto, obligatoria como toda ley. Pero no es una ley nueva sino la explicación de la ley existente y por eso ella rige el pasado, mientras que las otras leyes sólo disponen para el porvenir. Si en la ley llamada interpretativa se contuvieran disposiciones que no existían en la ley interpretada, tendrían que aplicarse respecto de ellas los principios de la no retroactividad. (6).

(5) Laurent, *Principes*, t. 1, n. 280.

(6) Suárez, *Tractatus de Legibus*, libro VI.

explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio", Ejus est interpretare legem cuius est condere (3).

"Nada parece más natural, dice Laurent, que dirigirse al legislador para que aquél que ha hecho la ley explique su sentido. ¿Quién puede mejor que él, dice Justinianus, conocer el espíritu de las leyes que ha dictado y hacer desaparecer las dudas que presentan en su aplicación? De aquí el adagio que toca a aquel que hace la ley, interpretar-la". (4):

233.—Este principio viene del Derecho Romano. Justinianus prohibió a los particulares interpretar las leyes.

La ley 12 del título 1.º, Partida 1.ª, decía: *Debadas seyendo las leyes por yerro de escriptura, o por mal entendimiento del que las leyese: porque debiesen de ser bien espaldinadas, e facer entender la verdad dellas; esto non puede ser por otro fecho, sino por aquel que las fizo*"

234.—¿Cuándo debe tener lugar la interpretación auténtica? No existe en nuestro derecho disposición alguna que establezca el sistema que seguía el derecho español y que existía en otras legislaciones, de la interpretación auténtica como obligatoria. La interpretación auténtica es puramente facultativa.

La disposición del artículo 5.º del Código, que prescribe a la Corte Suprema y a las demás Cortes dar cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, aunque tiende a provocar esta interpretación auténtica, no excluye la que debe dar el mismo tribunal, pues éste no puede paralizar el fallo so pretexto de obscuridad de la ley.

En teoría se puede decir que el legislador debe intervenir para fijar el sentido de las leyes, cuando en su aplicación existe tal contradicción de decisiones que llegan a ser una fuente inagotable de procesos; pero la apreciación de la oportunidad de la intervención corresponde al mismo legislador.

235.—En Francia al establecerse la Corte de Casación en 1.º de Diciembre de 1790, se dispuso que cuando una sentencia hubiera sido anulada dos veces y un tercer tribunal hubiese juzgado en última instancia de la misma manera que los dos primeros, la cuestión debía ser sometida al Cuerpo Legislativo, quien dictarla en este caso un decreto declaratorio al cual el Tribunal de Casación debía conformar su fallo.

Este sistema fue mantenido con ligeras modificaciones hasta la ley de 2 de Abril de 1837, que dispuso que si la segunda sentencia fuese casada por los mismos motivos que la primera, el tribunal al cual se remitiese el negocio debía conformarse a la decisión de la Corte de Casación sobre el punto de derecho juzgado por esta Corte.

Igual disposición se adoptó en Bélgica por ley de 8 de Julio de 1865

(3) L. 1 y L. 12, & 14. De legibus. Lib. 14 del Código.

(4) Laurent, Principes de Droit Civil français, L. 1 n. 282.

Esta substitución de la interpretación obligatoria por la interpretación facultativa, ha sido motivada en estos países precisamente por los serios inconvenientes que presentaba la referencia obligada al Legislador para que éste dictara el decreto interpretativo con arreglo al cual debía fallarse también el juicio que motivaba tal referencia.

El legislador se convertía así en juez, porque era difícil que pudiera substraerse a las circunstancias e intereses especiales en litigio y se corría a más el peligro de que la pretendida interpretación fuese en realidad una ley nueva que, de este modo, se aplicaba a una relación de derecho regida por una ley diversa.

IV

EFFECTOS DE LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

236.—La interpretación doctrinal sólo tiene una autoridad de razón; ella no liga al juriconsulto, no liga al juez, ni al abogado que estudian la misma cuestión de derecho fallada por los tribunales anteriores, por numerosos y repetidos que sean tales fallos. "El deber del juriconsulto es, al contrario, dice Laurent, someter al examen de la razón toda especie de autoridad; la de los grandes hombres que ilustran nuestra ciencia, como la de los cuerpos judiciales más altamente colocados. ¿Será necesario decir que todas las autoridades son fallibles? Los más célebres juriconsultos han cambiado de parecer sobre cuestiones controvertidas: las Cortes Supremas han dictado sentencias contradictorias; esto basta para que la doctrina y la jurisprudencia no sean aceptadas sin previo examen" (5).

Grande, no hay duda, es la importancia de las sentencias judiciales y se ha llegado a decir que la jurisprudencia es el verdadero suplemento de la legislación. Los abogados recurren fácilmente a la cita de sentencias que resuelven el mismo punto de derecho, libertándose de este modo del trabajo de discutir y establecer la doctrina legal; pero es menester tener presente que las sentencias son una simple interpretación de la ley y que esta interpretación puede ser errónea.

La interpretación auténtica es una verdadera ley y es, por lo tanto, obligatoria como toda ley. Pero no es una ley nueva sino la explicación de la ley existente y por eso ella rige el pasado, mientras que las otras leyes sólo disponen para el porvenir. Si en la ley llamada interpretativa se contuvieran disposiciones que no existían en la ley interpretada, tendrían que aplicarse respecto de ellas los principios de la no retroactividad. (6).

(5) Laurent, Principes, t. 1, n. 280.

(6) Suárez, Tractatus de Legibus, libro VI.

De Civ.
327 cd
2a. ed.
1915
c. 2

00026

CURSO DE DERECHO CIVIL

PRIMER AÑO

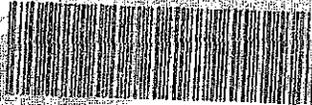
Según el Programa aprobado por la Facultad de Derecho
de la Universidad del Estado

EXPLICACIONES DE LA CLASE

DE

Don ALFREDO BARROS ERRÁZURIZ

Profesor del ramo en la Universidad Católica de Santiago



95601000560874

SANTIAGO DE CHILE
IMPRENTA CHILE
Calle Morandé, Nums. 767-769

1915

15.535

26

070000

las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.

Interpretación de la ley.— Interpretación de la ley es la determinación de su verdadero sentido y alcance. La interpretación puede ser por vía de doctrina, que es la emanada de los juriconsultos, o por vía de autoridad, que es la emanada de la autoridad que tiene facultad de interpretar la ley. La interpretación por vía de autoridad se subdivide en judicial, que es la emanada de los Tribunales de Justicia, y legislativa o auténtica, que es la emanada del legislador.

INTERPRETACIÓN JUDICIAL.— Sólo tiene fuerza obligatoria en las causas en que actualmente se pronunciare. El juez para interpretar la ley deberá tener presente cuatro elementos: el gramatical, que estudia el lenguaje mismo de que se vale la ley; el lógico, que estudia la relación que debe existir entre las diversas partes de una ley para fijar su intención o espíritu; el histórico, que estudia la historia del establecimiento de una ley para precisar el cambio introducido por ella en la legislación anterior; y el sistemático, que recurre al espíritu general de la legislación estudiando la relación de la ley que se va a interpretar con las demás instituciones y leyes para determinar el sistema en su conjunto.

El Código Civil contempla estos cuatro elementos: el gramatical, en el artículo 19, que dispone que cuando el sentido de la ley es claro no se debe desatender su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu, y en los artículos 20 y 21 que establecen que las palabras de la ley se tomarán en su sentido natural y obvio, salvo que el legislador las haya definido precisamente para ciertas materias, en cuyo caso se les dará el significado legal; y respecto de las palabras técnicas de una ciencia o arte, que se tomarán en el sentido que les déa los que profesan dicha ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; el lógico, en el inciso 2.º del artículo 19, que dice que para interpretar una expresión oscura de la ley, se puede recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma, y en el artículo 22, que dice que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía; el histórico, en el inciso 2.º del artículo 19, que se refiere a la historia fidedigna del establecimiento de la ley; y el sistemático, en el artículo 22 inciso 2.º, que dice que los pasajes oscuros de una ley pueden ilustrarse por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto, y en el artículo 24, que nos hace recurrir al espíritu general de la legislación. El orden de precedencia entre estos elementos es el siguiente: 1.º el gramati-

30000

cal; 2.º, el lógico y el histórico conjuntamente considerados, a fin de precisar el verdadero espíritu de la ley; y en último lugar el sistemático. Finalmente, a falta de todos estos elementos se recurre a la equidad natural (art. 24). El Código no acepta otras reglas de interpretación que las anteriores, y los demás principios de interpretación no comprendidos en esas reglas se aplicarán sólo en cuanto tengan cabida dentro de las ya dichas, rechazándose expresamente el principio de ampliar la ley favorable y restringir la odiosa (art. 23).

INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA.— Como emanada del mismo legislador es una verdadera ley que obliga a todos de un modo general, y se considera como parte integrante de la ley interpretada y rige para el fallo de los conflictos anteriores, no solucionados (art. 9.º). Tiene lugar esta interpretación, cuando el legislador lo crea necesario en vista de las dificultades que ocurran en la aplicación de las leyes; pero aunque no haya ley interpretativa, jamás pueden los tribunales dejar de dar su fallo, porque en último caso deberán recurrir al espíritu general de la legislación o a la equidad natural.

Derogación de las leyes

Derogación, es la anulación de la ley. Puede ser *total* o *parcial*. Es *total*, cuando anula completamente la ley anterior; es *parcial*, cuando sólo la anula en parte. La derogación puede ser también *expresa* o *tácita* (art. 32).

Derogación expresa.— La derogación expresa debe ser hecha en términos claros e inequívocos, de manera que no haya lugar a dudas. Así, por ejemplo, cumple con estos requisitos el artículo final del Código Civil que derogó expresamente todas las leyes preexistentes sobre las materias que en él se tratan, aun en la parte que no fueren contrarias a él. Esta clase de derogación produce la extinción absoluta y completa de la ley derogada, porque esa es la voluntad expresa del legislador claramente manifestada.

Ordinariamente, el legislador emplea otra fórmula de derogación expresa que deja lugar a dificultades graves y que en realidad equivale a una derogación tácita. Así, es muy frecuente en las leyes emplear esta frase: *quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley*. Esta fórmula tiene los mismos inconvenientes y produce los mismos efectos que la derogación tácita y bien podría suprimirse, porque sin necesidad de decirlo quedan de hecho derogadas todas las disposiciones contrarias a la nueva ley en virtud de la derogación tácita.

00027

27

170000

REVISTA DE DERECHO

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

GACETA DE LOS TRIBUNALES

ORGANO DE LOS TRIBUNALES Y DEL COLEGIO DE ABOGADOS

Fundadores:

Aldunate, Luis
Aldunate B., Santiago
Aldunate Solar, Carlos
Alessandri Palma, Arturo
Alfonso, Paulino
Arlegui, Juan de Dios

Ballesteros, Manuel Egidio
Barros Borgoño, Luis
Barros Méndez, Luis
Bordali, Emiliano

Cabieses, Ricardo
Campillo, Cosme
Campo, Máximo del
Claro Lasterria, Samuel
Claro Solar, Carlos
Claro Solar, Luis
Coc, Ramón
Cruchaga, Miguel

Dávila Baeza, Juan M.
Dávila I., Oscar
Dávila Larrain, Luis

Fabres, José Clemente
Fabres, José Francisco
Figueroa L., Javier

Gandarillas, José Antonio
Guerrero, Adolfo
Gutiérrez, José Ramón

Hübner, Ernesto A.
Hüneus, Antonio

Irrazábal, José Miguel

Lagos, Dagoberto
Letelier, Valentín
Lira, Alejandro
Lira, José Antonio

Mac Iver, Enrique
Muñoz, Fidel

Noguera, Francisco

Pinto Izarra, Federico

Richard, Enrique
Río, Raimundo del
Risopatrón, Carlos V.
Rivera, Guillermo
Roldán, Alcibiades
Romero, Alberto

Santa Cruz, Vicente
Santa María, Ignacio
Sotomayor, Rafael
Subercaseaux P., Antonio

Tagle A., Juan Domingo
Toro, Gaspar

Urzúa Gana, Luis

Valdés, Miguel Luis
Valdés Riesco, Alejandro
Valdés Vergara, Ismael
Valenzuela, Carvalho, Aurelio
Varas, Antonio
Varas, Miguel A.
Vergara, Luis Antonio
Vergara, Ramón Antonio

Yáñez, Eliodoro

JUNTA DIRECTIVA

Roberto Schaussohn Numhäuser
Delegado del Consejo

Sergio Insunza Barrios
Redactor Jefe

Ramiro Méndez Brañas,
Delegado de la Corte Suprema

Eduardo Belmar Cuevas,
Redactor

Guillermo Ruiz Pulido,
Redactor Auxiliar

Oscar Dávila Izquierdo,

Gonzalo Barriga Errázuriz,
Consejeros

Pedro Lira Urquieta.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

SANTIAGO DE CHILE

 "EL TENOR LITERAL EN LA INTERPRETACION
 DE LA LEY" (1)

Avelino León Hurtado y Fernando Mujica Bezanilla
 Profesores de Derecho Civil de la Universidad de Chile

e nos ha pedido nuestra opi-
 n sobre el alcance del inciso 1º
 artículo 19 del Código Civil y
 re la forma como lo hemos en-
 ado en nuestro Curso de Dere-
 Civil de la Universidad de Chi-
 Se desea saber especialmente si,
 nuestra opinión, al interpretar
 a ley se puede desatender su te-
 literal, en ciertos casos y recu-
 a otros elementos de interpre-
 ón, como el elemento lógico o
 histórico, por ejemplo.

sobre el particular, nos es grato
 presar lo siguiente:

1º—Siempre hemos enseñado en
 esta Cátedra que la norma de
 rmenéutica legal que se consig-
 en ese inciso dispone que el te-
 r literal de una ley señala el con-
 nido y alcance que el legislador
 iso darle. Las palabras traducen
 rmalmente de manera fiel el

pensamiento del legislador. El le-
 gislador es culto, sabe el significa-
 do de las palabras que emplea y su
 sintaxis debe suponerse correcta.
 Pero esta prevalencia del "tenor li-
 teral" queda supeditada a que "el
 sentido de la ley sea claro", por-
 que puede suceder que aunque el
 lenguaje empleado sea correcto y
 preciso, ese "tenor literal" no tra-
 duzca el verdadero pensamiento
 del legislador, creando de este mo-
 do duda en el intérprete sobre el
 verdadero sentido de la ley". Tal-
 taría, entonces, el supuesto necesari-
 o—cuando el sentido de la ley
 es claro— para atenderse exclusi-
 vamente al "tenor literal".

Sin perjuicio de los casos a que
 nos referiremos más adelante, pue-
 de acontecer, excepcionalmente, que
 en una ley sobre determinada ma-
 teria, un artículo sea claro y preci-
 so en sus términos formales, pero
 contradiga el sentido de toda la

ley, de uno o más de sus preceptos
 o de otras leyes, que deban tener
 prevalencia. En tal evento, no obs-
 tante el "tenor literal", el intérpre-
 te deberá buscar el genuino sentido
 del precepto, recurriendo a otros
 elementos de interpretación, como
 el lógico o el histórico.

2º—En cuanto a la doctrina so-
 bre esta materia y al derecho com-
 parado, cabe recordar que la ma-
 yoría de los Códigos, desde el fran-
 cés hasta ahora, según nuestras
 informaciones, no contienen nor-
 mas sobre esta materia o por lo
 menos semejantes a las que se ana-
 lizan en este informe, con la sola
 excepción del Código de Luisiana
 cuyo artículo 13 es el antecedente
 de nuestro artículo 19. Dice ese
 precepto que "cuando una ley es
 clara y no ambigua, no debe elu-
 dirse el tenor literal a pretexto de
 penetrar su espíritu".

Claro Solar entiende también el
 inciso 1º del artículo 19 en la for-
 ma que acabamos de expresar:

"Dispone el Código que ante to-
 do se atienda al tenor literal de
 la ley cuando su sentido es claro,
 y que sólo se consulte su inten-
 ción o espíritu para interpretar
 una expresión obscura de la ley.
 Lo que quiero decir que ante to-
 do debe atenderse al elemento
 gramatical de la interpretación".

"La obra del intérprete, como
 hemos dicho, es reconstruir el
 pensamiento del legislador y co-
 mo el legislador ha formulado su
 pensamiento en un texto, la letra
 de la ley es la expresión del pen-
 samiento del legislador. Cuando
 la ley es clara, tenemos este pen-
 samiento netamente declarado,
 conocemos la intención del legis-
 lador por su propia boca y no po-

" demos eludirlo; y el juez debe
 por graves que sean las conside-
 raciones que se puedan oponer a
 la ley, aplicarla tal como está es-
 crita. No quiere decir esto, sin
 embargo, que el intérprete deba
 atenerse servilmente al texto de
 la ley, lo que nos llevaría a la in-
 terpretación que vulgarmente se
 llama judaica, es decir, que a
 fuerza de respetar el texto, viola
 el pensamiento del legislador que
 es lo que constituye su voluntad,
 y por consiguiente, la esencia de
 la ley. Cuando el texto deja la
 menor duda, diremos con los ju-
 risconsultos romanos que no es
 conocer la ley saber sus términos,
 que es necesario penetrar la cor-
 teza para posesionarse de la ver-
 dadera voluntad del legislador o,
 como decía la ley 13 del título
 1º, Partido 1º: Entenderse de-
 ben las leyes bien e derechamen-
 te tomando siempre verdadero
 entendimiento dellas a la más sa-
 na parte o más provechosa, se-
 gún las palabras que y fueren
 puestas, o por ende dixeron
 los Sabios, que el saber de las le-
 yes non es tan solamente en
 aprender o decorar las letras
 dellas más el verdadero entendi-
 miento dellas". Pero suponemos
 que la ley es clara, es decir, que
 no deja duda alguna sobre su
 sentido literal. Decir, en tal caso,
 que el pensamiento del legislador
 es otro que el que aparece escri-
 to en un texto claro y formal, se-
 ría acusar al legislador de una
 grave ligereza y el intérprete no
 tiene tal derecho.

"Estos principios están consa-
 grados por el artículo 19". (Claro
 Solar "Explicaciones de Derecho

(1) Informe en Derecho.

Civil Chileno y Comparado", tomo I, N° 225, página 124).

3°—Nuestra Excm. Corte Suprema ha aceptado ya el criterio que venimos sustentando. Así, en el fallo que aparece en el tomo LXIV, sección 1ª, página 127 de la Revista de Derecho y Jurisprudencia suscrito por los Ministros señores Eduardo Varas, Víctor Ortiz, Eduardo Ortiz, Israel Borquez, Rafael Retamal y los abogados integrantes señores Darío Benavente y Raúl Varela, se resuelve que no obstante que el artículo 1184 del Código Civil dispone: "No habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio", la verdad es que debe entenderse que sólo puede disponer de la cuarta parte, pues la otra cuarta —la de mejoras— le corresponde a los hijos naturales o a los descendientes legítimos de éstos, aunque no haya descendientes legítimos del causante.

Dicen los principales considerandos de ese fallo, en lo atinente al caso:

"19.—Que para resolver con acierto el problema planteado en este recurso, no basta hacer una interpretación gramatical del artículo 1184 del Código Civil para determinar su verdadero alcance, sino que es preciso, en primer término, establecer cuál fue el propósito del legislador al modificar el texto primitivo y dar al precepto una interpretación lógica y concordante con otras disposiciones legales relativas a la misma materia;

"20.—Que el propósito del legislador, claramente manifestado ya en el Mensaje del Código Civil, ha

sido siempre mejorar la situación de los hijos naturales y, al respecto se lee en dicho documento: "Se ha mejorado notablemente la suerte del cónyuge sobreviviente y de los hijos naturales". Lo anterior cobra mayor fuerza si se recuerda que en el Mensaje con que el Ejecutivo envió al Congreso Nacional el proyecto de la Ley N° 10.271, se dice: "También se ha reconocido a los hijos naturales el derecho a recibir asignaciones testamentarias con cargo a la cuarta de mejoras, ajustándose al mismo concepto de otras disposiciones secundarias del Código Civil".

"21.—Que el artículo 1182 del Código Civil, ubicado en el párrafo 3° del título V del libro III, que trata de las asignaciones forzosas, reconoce como legitimarios, entre otros, a "los hijos naturales, personalmente o representados por su descendencia legítima", y el artículo 1184 establece en forma clara y precisa lo que debe entenderse por mejora al decir que son las asignaciones que el testador o la ley hacen a los descendientes legítimos, hijos naturales o descendientes legítimos de éstos con cargo a la cuarta de mejoras, la que, conforme al inciso final de este precepto, está constituida por la cuarta parte del acervo líquido o del imaginario que el testador está obligado a dejar a uno o más de los descendientes, sean o no legitimarios.

Como puede advertirse, el precepto citado indica la porción de la herencia que debe destinarse a mejoras y señala las personas que pueden ser favorecidas con ella.

Por su parte, el artículo 1195 del Código Civil determina la forma en que se reparte la cuarta de me-

joras, facultando al testador para hacer "la distribución que quiera entre sus hijos legítimos y naturales y los descendientes legítimos de unos y otros; podrá pues asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta con exclusión de los otros".

"22.—Que dentro de esta amplia facultad que se concede al testador no se advierte qué fundamento podría esgrimirse para exigir como necesaria la existencia de hijos legítimos para que opere la cuarta de mejoras respecto de los hijos naturales o sus descendientes legítimos".

"27.—Que para sostener lo contrario se dice que el artículo 1184 del Código Civil, en su inciso 2°, prescribe que: "No habiendo descendientes legítimos, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio". Lo que parece dar a entender que, no habiendo descendientes legítimos, aunque haya hijos naturales o descendientes legítimos de éstos, hay mitad de libre disposición y no cuarta de libre disposición, de modo que sólo habría cuartas habiendo descendientes legítimos, en cuyo caso podrían ser beneficiados con mejoras los hijos naturales o sus descendientes legítimos, pero no habiendo estos últimos, no habría obligación de asignar mejoras a nadie, porque en tal caso, pagada la mitad legitimaria, el resto sería de libre disposición".

"28.—Que conviene recordar que la intención del legislador manifestada en la Ley N° 10.271, fue mejorar la situación de los hijos naturales y que la reforma se habría traducido simplemente en un gra-

vamen impuesto a los descendientes legítimos —los asignatarios más privilegiados— si se les priva íntegramente de las mejoras para darlas a un hijo natural sólo cuando éstos concurren a la herencia con los primeros.

Ahora bien, si los hijos naturales, concurrendo con descendientes legítimos, tienen derecho a la cuarta de mejoras, con mayor razón lo detentarán si éstos no concurren a la herencia.

Ocurriría así que el legislador de 1952 sólo habría beneficiado a los hijos naturales con perjuicio de los legítimos, lo que es contrario a los más elementales principios de lógica jurídica".

"29.—Que como los preceptos de una ley deben interpretarse de manera que exista entre ellos la debida correspondencia y armonía, bastará recordar algunas disposiciones del Código Civil para concluir que la interpretación restringida que pretende darse al artículo 1184 no guarda concordancia con aquellos.

Como puede observarse, la Excm. Corte resolvió, que como el sentido del inciso 2° del artículo 1184 citado no es claro, hay que desentenderse del tenor literal (que es preciso y claro) y consultar el espíritu de la ley, de modo que exista entre este artículo y los demás preceptos citados, la debida correspondencia y armonía. Y la historia fidedigna del establecimiento de la ley lleva también, dice la Excm. Corte, a la misma conclusión;

4°—La Excm. Corte en un fallo de hace sólo cuatro meses (26 de junio de 1968) suscrito por los Ministros señores Ramiro Méndez,

Eduardo Varas, Enrique Urrutia, Víctor Ortiz, Israel Bórquez, Enrique Correa, y el abogado interante don Leopoldo Ortega, revolió en la causa "Braden Copper Company con Fisco" lo siguiente:

"Lo que prescribe la regla de ermenéutica contenida en el artículo 19 del Código Civil no es ue "no se desatenderá su tenor iterál" cuando la letra de la ley sea lara, sino cuando lo sea su senti-o. Este sentido o pensamiento del egislador no aparece en forma clara de la disposición legal en estudio. En efecto, la separación, des-e luego, en incisos induce a pen-ar que se refieren a sujetos y tritos distintos, pero lo que parece le toda evidencia, es que si el legisador hubiera considerado incluídos en el inciso primero a los concesionarios que generan energía eléctrica para sus propios usos y factos, por tanto al tributo en el stablecido, al gravarlo con uno nuevo en el inciso 2º, lo habría manifestado con las expresiones "además", "también" u otras semejantes.

"En consecuencia, el fallo recurrido no aplicó correctamente las reglas de interpretación al fundarse exclusivamente en el tenor literal y prescindiendo del acucioso y razonado análisis efectuado por la entencia de primera instancia de todos los antecedentes legislativos del decreto con fuerza de ley N° 4"

Se hace, en seguida, un estudio de los antecedentes de esta disposición y de las que sobre esta materia la precedieron, para concluir que, en suma, "la sentencia impugnada ha infringido con influencia en lo dispositivo, el inciso 1º del artículo 19 del Código Civil al apli-

carlo incorrectamente, el inciso 2º de la misma disposición y el artículo 22 de dicho Código al no aplicarlos, y, como consecuencia, el inciso 1º del artículo 113 del texto refundido del decreto con fuerza de ley N° 4 de 24 de julio de 1959, fijado por decreto supremo N° 2060 de 13 de noviembre de 1962, al darle un sentido amplio por haberlo interpretado con sujeción sólo a su tenor literal"

O sea, la Excm. Corte resuelve en este caso que el juez al interpretar un precepto legal no puede atenerse sólo a su tenor literal, sino que debe considerar "todos los antecedentes legislativos" —historia de la ley, artículo 19 inciso 2º— y no debe tampoco dejar de aplicar el artículo 22, porque "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". Y la Excm. Corte resuelve, entonces, que "por no haber aplicado el juez estos dos artículos en el proceso de interpretación y haberse atenido al solo "tenor literal", no siendo claro el sentido de la ley, el fallo debe casarse (Fallos del Mes, N° 115, junio de 1968, página 101 (1)).

Los dos recientes fallos citados ilustran claramente el pensamiento de nuestro más alto Tribunal que compartimos plenamente: el tenor literal debe respetarse, siempre que el sentido de la ley sea claro. Si el

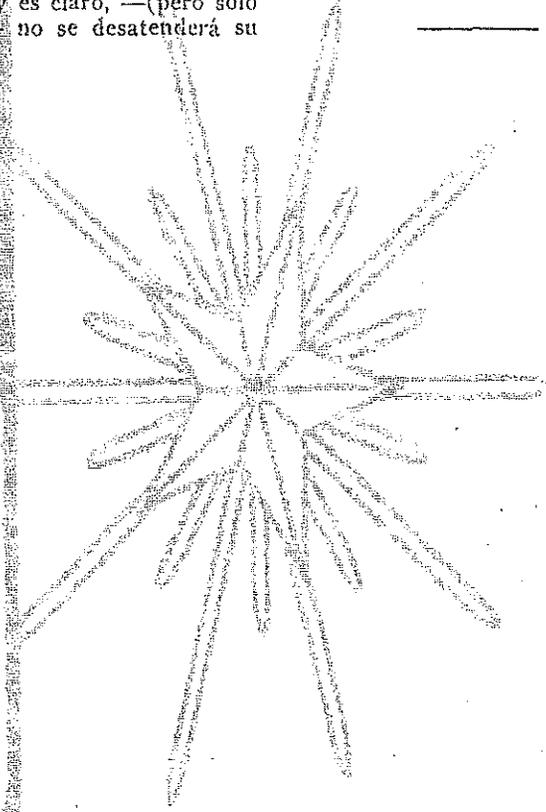
(1) Ver este tomo, sección 1ª, página 208.

sentido de la ley merece dudas, hay que recurrir a los otros elementos de interpretación, aún cuando el tenor literal sea claro y preciso. Es ésta la interpretación que debe darse al inciso 1º del artículo 19 del Código Civil, es ese su claro sentido que, por lo demás, aparece de su tenor literal; y "cuando el sentido de la ley es claro, —(pero sólo entonces)— no se desatenderá su

tenor literal...". Y así este precepto interpretativo logra su más alta jerarquía, pues también sirve para su propia interpretación.

Avelino León Hurtado — Fernando Mujica Bezanilla.

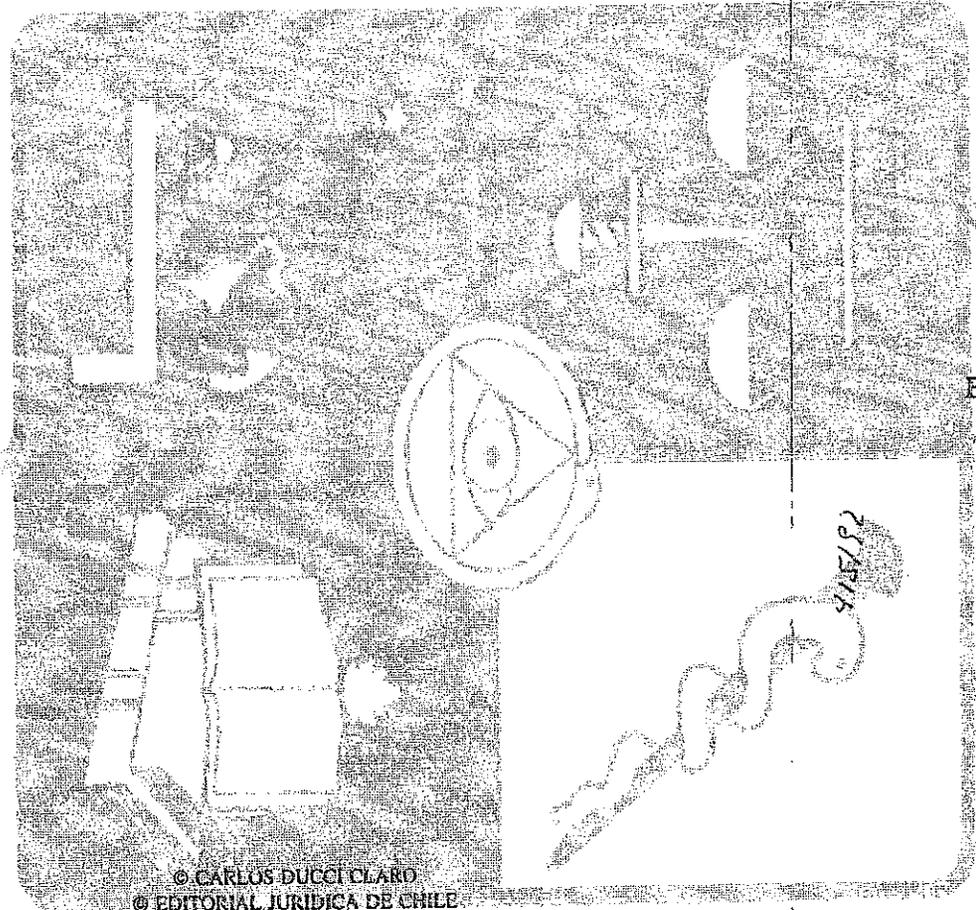
Santiago, noviembre de 1968.



Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

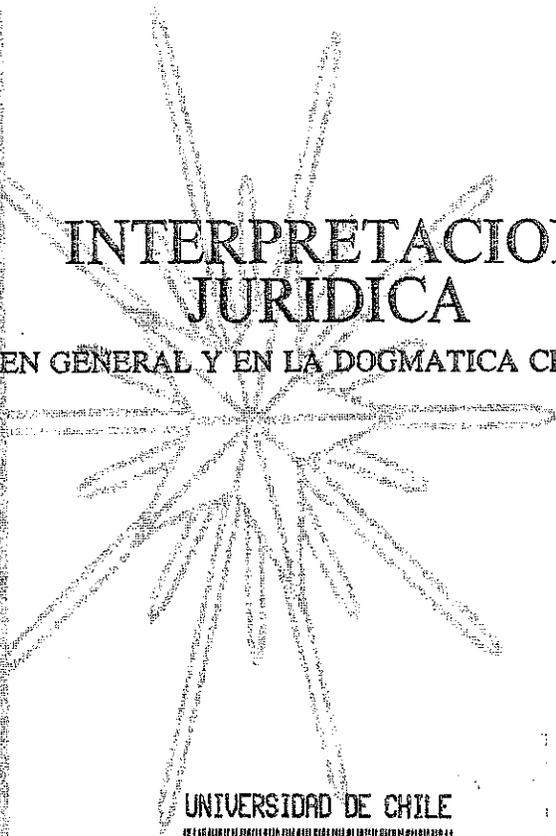
CARLOS DUCCI CLARO
Profesor titular de Derecho Civil
Secretario de la Facultad de Derecho
Universidad de Chile

D82
1981
30.c
c.11



INTERPRETACION JURIDICA

EN GENERAL Y EN LA DOGMATICA CHILENA



© CARLOS DUCCI CLARO
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Casilla 4256, Santiago
Inscripción N° 45.602
Se terminó de imprimir esta 3ª edición
de 1.000 ejemplares en el mes de marzo de 1989
IMPRESORES: Editorial Universitaria
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE



35601004070165

046368

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE



820009

la labor renovadora y creadora que —dentro de los límites de la ley— tiene la jurisprudencia.

Aunque estamos conscientes de que existe un consenso general de que nuestras leyes no se adaptan a los cambios de las nuevas relaciones y técnicas que imperan en el medio social, de que no se adecúan a la evolución que día a día experimenta el organismo colectivo, nada hacemos por remediarlo. Asistimos impasibles a la momificación de nuestro derecho que aparece extraño y ajeno a la sociedad en la cual debe imperar.

Buscamos un remedio en las reformas, en la confección de nuevos textos, tarea que, fuera de su dificultad, se enfrentará de inmediato o a corto plazo a las mismas contingencias.

El problema —salvo raras excepciones— no proviene de las normas; radica en la mentalidad, en el criterio que imperan para la interpretación y aplicación de la ley.

Debería servirnos de enseñanza la aplicación siempre creadora y renovada que los tribunales franceses hacen de las viejas disposiciones del Código de Napoleón.

Se argumenta que esto es posible porque dicho código no contiene preceptos que rijan la interpretación de la ley. Que nuestro Código tiene normas que regulan la interpretación y que ellas imponen un sistema exegético.

Esto no es exacto, pero es un dogma de fe que la mayoría acepta, imponiéndonos un pie forzado que casi parece un juego de palabras. Debemos analizar las normas sobre interpretación de acuerdo al sistema tradicional, para poder demostrar exegéticamente a los jueces que el alcance de las disposiciones que regulan la interpretación es distinto, que no están obligados a realizar una interpretación exegética de la ley.

2. El elemento gramatical y el sentido de la ley

68. El art. 19 del Código Civil en su inc. 1º dice: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

Frente a esta disposición el primer problema es determinar cuándo existe claridad en la ley.

¿Es clara la ley cuando su tenor literal es claro?

Es evidente que este no es el sentido de la disposición. Ya hemos señalado el cambio que en la redacción del artículo introdujo Andrés Bello con relación al art. 13 del Código Civil de la Luisiana del que fue tomado. Mientras éste decía: "Cuando una ley es clara y libre de toda ambigüedad", el art. 19 de nuestro Código habla del "sentido de la ley". Si esto se hizo por un preciosismo de lenguaje o, como lo encomiaba Jiménez de Asúa "por un singular acierto del redactor", será un punto que ignoraremos siempre. Pero el hecho es que el precepto hace una clara distinción entre el "sentido de la ley" y su "tenor literal".

Por lo tanto la claridad a que el precepto se refiere es a una claridad de sentido, de contenido y alcance jurídico de la norma, y no a su claridad gramatical. Giuvenzo Celsio decía: "No consiste el entender las leyes retener sus palabras, sino en comprender sus fines y efectos" (Dig. 1-3-17).

La disposición puede ser gramaticalmente perfecta, de una claridad meridiana, y, sin embargo, su sentido jurídico puede ser oscuro, ambiguo o contradictorio.

Nada ilustra mejor esta diferencia que los distintos alcances que pueden darse al inc. 2º del art. 1184 del Código Civil respecto a la procedencia de la formación de la cuarta de mejoras, después de que dicha disposición fue modificada por la ley 10.271.

Dicho inciso dispone que: "No habiendo descendientes legítimos con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio". Gramaticalmente la disposición es clarísima, si hay descendientes legítimos se forma la cuarta de mejoras, si no los hay, no procede su formación.

Sin embargo, el inciso final del mismo artículo señala que puede favorecerse con la cuarta de mejoras a los hijos naturales o a los descendientes legítimos de éstos.

De una estricta interpretación gramatical resultaría



que aún existiendo hijos naturales, si no hubiera descendientes legítimos —sino otros legitimarios como los ascendientes legítimos— no se formaría la cuarta de mejoras; resolución evidentemente injusta y contraria a los propósitos de la ley 10.271.

Por eso, conociendo este problema, la Corte Suprema resolvió que “no basta hacer una interpretación gramatical del art. 1184 del Código Civil para determinar su verdadero alcance, sino que es preciso, en primer término, establecer cuál fue el propósito del legislador al modificar el texto primitivo y dar al precepto una interpretación lógica y concordante con otras disposiciones legales relativas a la misma materia”. En otros considerandos señala que debe recordarse la intención del legislador y que los preceptos de una ley deben interpretarse de manera que exista entre ellos la debida correspondencia y armonía. En resumen, que el sentido del inc. 2º del art. 1184 no es claro y, por lo tanto, hay que desentenderse de su tenor literal (R.D.J. t. 54, sec. 1º, p. 127).

En varias otras sentencias nuestros tribunales han establecido con toda propiedad que la claridad a que se refiere el art. 19 del Código Civil, es la claridad del sentido de la ley y no la claridad gramatical del precepto.

Así se ha fallado que “la regla de hermenéutica contenida en el art. 19 del Código Civil no es que “no se desatenderá su tenor literal cuando la letra de la ley sea clara, sino cuando lo sea su sentido” (R.D.J. t. 65, sec. 1º, p. 208). Igualmente que “No sólo entonces el juez debe analizar las palabras de que se ha servido el legislador, sino las relaciones que unen todas las partes del articulado sobre el punto de que se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación y, por último, posesionarse de la acción ejercida por ella en el orden general del derecho y el lugar que en este orden ocupa el precepto que se intenta interpretar” (R.D.J. t. 56, s. 1º, p. 207). También que “lo que el inc. 1º del art. 19 del Código Civil prescribe no es que no pueda acudirse a otros elementos de interpretación cuando la letra de la disposición sea clara,

sino cuando no lo es su sentido, vale decir, su alcance” (R.D.J. t. 67, sec. 1º, p. 405).

Esta es la opinión sustentada por los profesores Ave-lino León Hurtado y Fernando Mujica Bezanilla en un informe en derecho sobre esta materia (R.D.J. t. 65, Derecho, p. 224).

En un voto disidente a una sentencia de la Corte de Valparaíso de 1930, ya los Ministros Labarca y Fernández expresaban “que el art. 19 del Código Civil dice que cuando el sentido —no el tenor— de la ley es claro, no ha de recurrirse a consultar su espíritu, desentendiéndose de sus términos literales; y sentido equivale a significado, alcance e interpretación. De manera que el significado de los términos puede ser claro, pero no su alcance o extensión y, en tal caso, el sentido de la ley tampoco lo es” (G. 1930, Sem. 1º, Nº 67, p. 277).

69. El claro concepto de que es el sentido de la ley y no su tenor literal lo que debe buscar el intérprete, está reafirmado en el art. 22 del Código Civil, al decir que “el contexto de la ley servirá para ilustrar el *sentido* de cada una de sus partes”. A su vez el artículo 23 del Código Civil insiste en el concepto expresando que “la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido”. Por su parte, el Mensaje, explicando los numerosos ejemplos que en el Código se utilizan, dice que ellos “ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones; los corolarios demuestran lo que está encerrado en ella”.

Estas disposiciones y comentarios, fuera de la reiteración del concepto, indican que la expresión “sentido” no fue empleada al azar por el legislador, sino reflexivamente con un contenido y alcance perfectamente determinados.

Comprendiendo que es el sentido de la ley y no su texto gramatical el que debe prevalecer, nuestros tribunales han fallado que “el sentido de la ley no puede buscarse aislando una disposición de otras, ni un inciso de un mismo artículo de otros, ni —mucho menos— tratándose de una

sofa regla, separando una frase de las otras" (R.D.J. t. 61, s. 2º, p. 43).

70. Se ha querido sostener que la clara distinción entre "sentido" y "tenor literal", que aparece en el inc. 1º del art. 19 del Código Civil, sería desvirtuada por la disposición del inc. 2º del mismo artículo. Este dice: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Nada más inexacto. La oscuridad a que se refiere esta disposición no es la oscuridad del tenor literal sino la oscuridad del sentido de la ley.

Esto quedará demostrado más adelante cuando analicemos los diversos términos que el legislador emplea en el art. 19 del Código Civil.

El vocablo "expresión" del inc. 2º, no tiene el significado de "término" o "palabra", sino el de "oración", o en los términos hermenéuticos, de discurso, en cuanto manifestación escrita de una idea, precepto o razonamiento.

Hay una clara ordenación entre ambos incisos, el primero se refiere al sentido claro, el segundo al sentido obscuro (expresión oscura de la ley). Por lo tanto, en lugar de existir una contraposición entre ambas disposiciones, ellas son lógicamente consecuentes y alternativas.

71. La determinación del sentido de la ley implica que debe efectuarse siempre un proceso de interpretación. Es imposible establecer *a priori* que el sentido de la ley es claro si ésta no se interpreta para establecer dicho sentido.

Esta interpretación del sentido de la norma es indispensable para que el juez pueda efectuar las dos primeras valorizaciones a que nos referimos anteriormente: la que es necesaria para determinar la norma —en sentido amplio— que corresponde aplicar al caso concreto, y la valorización de los alcances y contenido jurídico de la norma.

No obstante las sentencias que hemos citado, nuestros tribunales, por regla general, no han comprendido la necesidad de efectuar las valorizaciones señaladas. Además han sostenido reiteradamente que la claridad de la ley se refiere a su tenor literal. Así, en numerosas sentencias, se ha fallado que "si la ley no contiene precepto obscuro alguno, debe aplicarse de acuerdo con su tenor literal, y no se puede recurrir para ese fin a su historia, intención o espíritu. No cabe interpretar la ley perfectamente clara, pues toda interpretación presupone cierta oscuridad". (R.D.J. t. 6, s. 1º, p. 20 - t. 23, s. 1º, p. 599 - t. 26, s. 1º, p. 25 - t. 31, s. 1º, p. 475 - t. 33, s. 1º, p. 337 - t. 17, s. 1º, p. 1). Igualmente que "frente al claro tenor literal de una ley, es inútil e ilegal tratar de interpretar" (C. Valpo. R.D.J. t. 35, s. 1º, p. 436). Del mismo modo, que "cuando el tenor de la ley es claro resulta inoficioso averiguar si su contenido guarda o no armonía con los principios generales, puesto que la misión del tribunal consiste en aplicar la ley escrita, cualesquiera que sean sus consecuencias o las circunstancias especiales del caso fallado" (R.D.J. t. 33, s. 1º, p. 156 - t. 39, s. 1º, p. 377).

La función del juez, de acuerdo con la tesis de las sentencias citadas, y que desgraciadamente informa el criterio general de nuestros tribunales y de otros organismos encargados de la interpretación de la ley, conduce a la negación misma del contenido de la labor del juez, de la función del intérprete.

Se olvida que esta tarea consiste, en primer término, en la aplicación del derecho a casos concretos, en lo que se ha llamado la individualización jurisdiccional del derecho. Ella no puede consistir en la simple aplicación indiscriminada, al caso, de una proposición gramatical. La ley es una norma dictada considerando una serie de casos tipos o casos promedios existentes al tiempo de su elaboración. Su validez literal sólo subsistiría en el supuesto improbable de que el caso específico se identifique en forma absoluta con el caso contemplado en la norma: por eso, aplicarla, "cualesquiera que sean sus consecuencias o las circunstancias especiales del caso fallado", como

expresan las últimas sentencias citadas, es una monstruosidad. Como dice Kelsen, por precisa que la norma general pretenda ser, la especial, creada por la decisión del tribunal, siempre añadirá a aquélla, algo nuevo⁹².

Por otra parte, se desconocen los múltiples cambios y alteraciones que en forma acelerada experimenta el cuerpo social: por eso, la acción inteligente de la jurisprudencia es descubrir nuevos sentidos e insospechados alcances en añejas normas, cuando éstas tienen que proyectarse sobre realidades muy diferentes de las de antaño⁹³.

Estos conceptos los había adelantado ya Juliano en el Digesto: "Ni las leyes ni los senado-consultos pueden escribirse de modo que contemplen todos los casos que pueden a veces acaecer, sino que basta que contengan lo que ordinariamente sucede. Y, en consecuencia, una vez establecido el derecho se ha de determinar con más certeza mediante interpretación o mediante constitución del optimo Principe. (Dig. 1. 3. 6. 10/II).

Casi veinte siglos más tarde, Max Ascoli señala también la imposibilidad de que la ley pueda comprender todas las situaciones de la realidad: "La realidad es violadora de toda norma: si los hechos humanos pudiesen exactamente penetrar en los esquemas que les preceden, la vida perdería la infinita individualidad en que se fracciona: sería cristalizada, aprisionada, no más vida"⁹⁴.

Estas observaciones destacan el carácter absolutamente inadecuado de una interpretación gramatical frente a la labor normativa de la interpretación jurídica. La labor del juez se reduciría a la de un gramático, de un etimólogo o de un semántico. Al comenzar este estudio ya señalábamos que en la interpretación jurídica la labor del intérprete no consistía en el solo análisis teórico de lo que llamamos la "forma representativa", sino en la necesidad de adecuarla a situaciones presentes muchas veces extrañas a la mente que las originó (ver N.ºs 2-4). Es necesario tener presente que la palabra no puede separarse del pensamiento que representa y reflexionar que la ley no es letra muerta, sino forma representativa de un contenido espiritual, que tiene un sentido normativo

y es un instrumento para los fines de la convivencia social, para comprender todo el absurdo de este punto de vista mecánico⁹⁵.

Además y no partiendo ya desde el punto de vista normativo, sino desde uno práctico y concreto, se puede apreciar la absoluta insuficiencia de un método gramatical.

Los textos, en su letra, no son sino fórmulas lingüísticas utilizadas en un proceso de comunicación: el sistema consistiría en buscar a través de ellas las ideas que han sido expresadas mediante la palabra. Para esta búsqueda la fórmula lingüística puede ser totalmente inadecuada.

En primer término la literalidad del precepto puede ser una expresión defectuosa de la norma que se trata de implementar, o bien, esta norma ser opuesta, contradictoria o haberse tornado contradictoria con un determinado ordenamiento jurídico.

Por otra parte puede suscitarse un insoluble problema semántico. El primero, la palabra es sólo un instrumento de comunicación y es imposible determinar si la palabra usada por el autor (legislador) en la norma (forma representativa) suscita en el sujeto (intérprete) la misma idea que el primero tuvo al utilizarla. En segundo término, la palabra puede ser equívoca, o sea, tener varias significaciones posibles o suscitar ideas diferentes. Por último, la palabra puede tornarse equívoca con los años, ya que el lenguaje es un elemento esencialmente variable a través del tiempo. El método gramatical por sí solo no puede determinar si el significado de la palabra va a retrotraerse al que tenía al tiempo de ser empleada por el legislador o en su alcance actual.

Se suscita asimismo el problema del uso vulgar, del uso técnico o del sentido jurídico de los términos. Materia que analizaremos al referirnos a los arts. 20 y 21 del Código Civil.

Pero además del problema semántico se suscita y tal vez con mayor gravedad, un problema de sintaxis. Ya no se trata de determinar el significado de palabras in-

dividuales, sino de fijar el sentido de una proposición (oración) completa, de acuerdo con la relación e interconexiones de la palabra, su coordinación gramatical dentro de la oración y, muchas veces, considerar la relación recíproca de varias proposiciones concurrentes.

De lo señalado resulta que la gramática puede y debe proporcionar elementos para la interpretación, para la fijación del sentido de la ley, pero no puede constituir el solo elemento de interpretación ni, mucho menos, constituir ella sola la interpretación.

72. Por lo general se ha sostenido que el elemento gramatical pretende recomponer el pensamiento del legislador (R.D.J. t. 44, s. 1, p. 186).

Esta idea parece haber estado presente en el espíritu de Andrés Bello que en una nota particular al Proyecto Inédito expresa: "Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacerle violencia al sentido. La interpretación podrá ser en estos casos unas veces extensiva y otras restrictiva"⁶⁶

Esta reflexión del jurista es tanto más interesante, porque ilustra por sí sola cómo la ley formulada puede alejarse del pensamiento íntimo —voluntad— del que la formuló.

Nada hay en las normas de interpretación del Código Civil que se refiera directamente a la voluntad o intención del legislador, salvo que pueda estimarse que ella está comprendida en la referencia subsidiaria que a "la historia fidedigna" hace el inc. 2º del art. 19.

Cuando la misma disposición se refiere a la intención, al espíritu, dice "su", es decir de la ley, "manifestados en ella misma". Por lo tanto está considerando un sentido, una intención, un espíritu objetivos, los de la ley, y no los subjetivos del legislador.

Tal como al adaptar el Código de la Luisiana, Bello le introdujo una modificación sustancial evitando la obli-

gatoriedad de la interpretación gramatical, de la misma manera —aunque por su época tenía in mente el concepto subjetivo de la voluntad del legislador— se refirió exclusivamente al sentido, intención, espíritu objetivos de la ley.

Como lo hemos analizado, la voluntad del legislador es una abstracción intangible y carente de toda realidad⁶⁷.

Gustavo Radbruch sostiene que no son los legisladores los autores de la ley: la voluntad del legislador no es la voluntad colectiva de los que participaron en la legislación, sino más bien la voluntad del Estado. Ese Estado, sin embargo, no habla por las manifestaciones personales de los participantes en la producción de la ley, sino por la ley misma⁶⁸.

Estos puntos que hemos considerado como una anticipación genial de Bello permiten que, de acuerdo a nuestras normas, la interpretación puede tener un carácter constructivo y creador: adecuar nuestras instituciones a los cambios continuos y acelerados del medio social; hacer que nuestro Código Civil —más que centenario— tenga una validez actual.

Una de las sentencias más profundas en esta materia de nuestra Corte Suprema destaca este deber del juez de realizar una interpretación progresiva de la ley.

Se trata de una sentencia del 21 de Abril de 1960 en caso de aborto seguido de muerte, acordada por los Ministros Rafael Fontecilla, Manuel Montero, Julio Espinosa, Ciro Salazar y Marcos Silva y redactada por el magistrado Rafael Fontecilla R.

La Corte de Apelaciones había condenado a la reo por los delitos de aborto y homicidio, considerando que el homicidio se había cometido con dolo (eventual) y no con culpa como lo había estimado el juez de primera instancia.

El tribunal de apelación había estimado que la ley penal presupone la concurrencia del dolo y que, especialmente en los delitos contra las personas, decide la responsabilidad por el resultado. La Corte Suprema analiza los conceptos de dolo directo, dolo eventual y culpa, y

encara el problema de determinar si la presunción de voluntariedad que señala el artículo 1º del Código Penal, opera también frente al dolo eventual.

Al respecto expresa que "el término '*voluntad*' no puede ser sólo investigado dentro del sentido que le atribuyó la época en que nació el precepto, y ya se ha demostrado que es indispensable enraizar a la '*voluntad*' el concepto de '*representación*'".

Al efecto explica: "El juez no puede vivir ajeno a las transformaciones jurídicas y científicas que repercuten en el derecho, y está en el deber de adaptar en lo posible el texto de la ley a las exigencias del progreso".

"La denominada interpretación progresiva se impone, cuando nuevos y ponderables aspectos de la evolución jurídica pueden entrar en las fórmulas generales de la ley" (R.D.J. t. 57, s. 4º, p. 60).

73. El art. 19 del Código Civil emplea tres términos cuyo significado y alcance es necesario determinar: "sentido", "espíritu", "intención".

Ya explicamos que el término sentido es distinto del tenor literal de la ley. Su significado no es "texto", acepción que, por lo demás, jamás ha tenido el vocablo.

Dentro de los diversos conceptos que pueden expresarse por la palabra "sentido", sólo hay dos que podrían tener una cabida lógica dentro del contexto de la disposición.

El primero es la acepción 7ª del Diccionario de la Real Academia que lo define como "Razón de ser, finalidad". Si aceptáramos esta definición, el sentido de la ley sería su finalidad; es decir, se trataría de un concepto teleológico dentro de las ideas iniciadas por Ihering.

Ya hemos indicado los problemas que entraña este criterio. No vamos a poder determinar *a priori* si estos fines son subjetivamente los que tuvo en vista el legislador o los que le asignamos objetivamente a la ley; si debemos referirnos a los fines del orden jurídico o a los generales del derecho; si, por último, debemos preferir los intereses que sigue la política general del Estado.

Pero éste no puede ser el significado, ya que el inc. 2º dispone que cuando el sentido no es claro debe recurrirse a la "intención". La intención (que el texto hace sinónima de espíritu) sí que tiene necesariamente un carácter finalista, ya que es "la determinación de la voluntad en orden a un fin". Si la disposición hace distintos los conceptos de sentido e intención, el sentido no puede ser, entonces, la finalidad de la ley.

El otro significado posible es el que señala la acepción 10ª del Diccionario: "Cada una de las varias inteligencias o interpretaciones que puede admitir un escrito, cláusula o proposición". Con esta definición el precepto es absolutamente lógico. El sentido de la ley es su inteligencia o, como decía el voto disidente que hemos citado, su significado y alcance. Son ellos los que se determinan a través de la interpretación.

En esto Bello anticipa el criterio y los términos de los autores actuales. Arthur Kaufmann expresa:

"La legislación es la igualación de la idea de derecho con futuras situaciones vitales pensadas como posibles; la investigación jurídica (*Rechtsfindung*) es la igualación de la norma legal con situaciones vitales reales. Tal igualación, tal asimilación, tal poner-en-correspondencia el *ser* y el *deber ser* presupone la existencia de un *tertium*, en el que coincidan norma y hecho; de un *intermediario entre ser y deber ser*. Necesitamos una figura que represente de igual modo lo particular y lo general, un *universale in re*, un deber ser en el ser. Este *tertium*, este intermediario del proceso legislativo, como del de investigación jurídica, es el "*sentido*". La idea de derecho, o bien la norma legal, tiene que poseer idéntico sentido que la situación vital para que puedan ser recíprocamente puestas en correspondencia (identidad de la relación de sentido). Este sentido es también llamado *naturaleza de la cosa* ("*)".

74. Hemos preferido el término "sentido", el de "voluntad", porque es el que usa y reitera el Código Civil. Porque, como lo hemos expresado, el concepto de vo-

luntad está contenido en el significado de "intención", que el art. 19 hace distinta y separa del concepto de "sentido". Finalmente, porque si hacemos "sentido" sinónimo de "voluntad", quedaríamos enmarcados dentro de una interpretación teleológica —que no rechazamos—, pero que es sólo uno de los diferentes sistemas que el juez puede utilizar para efectuar las valorizaciones que son la esencia de su facultad interpretativa.

Por último, al hablar de voluntad de la ley, creemos que se utiliza un término impropio, ya que le da a la ley un carácter antropomórfico y la hace sujeto de una personalidad, como un hombre que decide y manda.

75. Como lo hemos manifestado, el intérprete debe fijar en primer lugar el claro sentido de la norma, no está obligado a centrarse, ni tampoco a recurrir, en primer término y exclusivamente, a su tenor literal. Hemos visto cómo el tenor literal, por claro que lo sea gramaticalmente, puede corresponder a un sentido obscuro o contradictorio de la ley.

Será la concurrencia de todos los elementos de interpretación lo que permitirá al intérprete determinar el sentido claro de la ley.

Dentro del proceso que hemos llamado de valorización de la norma, el juez debe determinar la norma aplicable al caso específico. A veces, deberá escoger entre varias normas posibles, todas formalmente válidas en el orden jurídico positivo. Establecida la norma, el proceso de valorización lo lleva a determinar el alcance jurídico de la misma.

En esta etapa puede llegar a la conclusión que determinada norma es la que corresponde y que su texto refleja exactamente su alcance jurídico frente a las circunstancias específicas del conflicto que debe resolver. En tal situación tiene cabida total el precepto del inc. 1º del art. 19 y el intérprete aplicará la norma de acuerdo a su tenor literal.

Pero puede suceder, y lo hemos visto en varias sentencias citadas, que el tenor literal de la norma no corres-

ponda al alcance jurídico que el juez le ha asignado en su proceso de valorización. En tal caso, deberá separarse del tenor literal y establecer el alcance jurídico que estima correcto de acuerdo a los otros elementos de interpretación y que más adelante analizaremos.

Existe también la situación, acaso la más conflictiva, en que una norma aparece literalmente como el precepto aplicable, pero que por circunstancias del caso específico, llevaría a una solución absurda o injusta.

Esto es posible porque, como ya lo hemos dicho, la ley es sólo el trasunto de experiencias adquiridas, de soluciones aceptables para casos que el legislador conoció o pudo intuir, pero es imposible que cubra todos los casos eventuales y contemple todas sus variantes específicas. La ley es siempre una solución del caso promedio que el legislador conoció o pudo prever.

Puede así suceder que el caso actual, aunque formalmente aparezca comprendido en la norma, no esté jurídicamente cubierto por ella.

No se trata de un supuesto imaginario. Ya veremos cómo frente a la antigua ley de la renta, los tribunales estimaron que ciertos beneficios (aumento de capital) no estaban comprendidos en un precepto que gravaba todos los beneficios.

Ante tal situación el intérprete, el juez, tiene la obligación de desechar la norma formalmente aplicable. El resultado absurdo o injusto a que conduciría un criterio contrario, hace obligatorio que rechace la aplicación de la norma —formalmente válida— porque su sentido no es claro ante el caso específico. Deberá entonces recurrir a los medios que la ley le señala para determinar que es otra la norma aplicable o hacer uso de los medios suplementarios que ella le franquea para la solución del litigio, si no encuentra la norma adecuada.

76. El reconocimiento por parte de los organismos de interpretación de que es el sentido de la ley y no su tenor literal el fundamento de la interpretación jurídica, es imperioso.

Todos los problemas que se suscitaron pocos años atrás por la aplicación de lo que se llamó los "resquicios legales" no habrían podido producirse.

La idea de resquicio legal indica un precepto, o a veces un inciso, que aislado, contradice el sentido general de la ley o del orden jurídico. Si ello sucede, significa que su literalidad está en contra del verdadero sentido de la ley. Si es el sentido de la ley lo que debe considerarse, no tienen validez en cuanto contraríen ese sentido, ya que deben interpretarse y aplicarse en conformidad a él.

Sólo un apego totalmente injustificado, en nuestro derecho, al tenor literal de la ley, por parte de los órganos de interpretación y especialmente de los organismos controladores, permitió que pudiera sostenerse la existencia de "resquicios legales" y vulnerar a través de ellos el ordenamiento jurídico.

Olvidaron que el sentido de la ley debe extraerse a través de un análisis integral que, como lo dijo la Corte de Santiago en 1964, no puede buscarse aislando las disposiciones o los incisos o separando una frase de las otras (R.D.J. t. 61, s. 2°, p. 24).

La Corte Suprema ha dejado en claro la necesidad de este análisis al decir que: "Para interpretar una norma jurídica no puede procederse a considerar sólo un fragmento de ella, aislándole del resto de que forma parte integrante, y mirarlo como una regla separada e independiente, pues así se llega a cambiar su significado. El conocimiento del verdadero sentido de una norma, su interpretación y aplicación cabal, exigen indispensablemente examinarla en su total contenido y amplitud (Fallos del mes, año VIII, N° 88, p. 11)".

77. Para establecer el tenor literal de la ley el Código da algunas normas sobre la forma de establecer el significado de las palabras en sus artículos 20 y 21.

El primero dispone que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según su uso general, salvo las definidas expresamente por el legislador, a las cuales se dará su significado legal.

Este precepto fue tomado del art. 14 del Código Civil de la Luisiana que establece que "los términos de una ley deben entenderse generalmente en su significado más conocido y más utilizado, sin conceder tanta importancia a los refinamientos de las reglas gramaticales como a su acepción general y vulgar" *. Pero el concepto viene desde antiguo; ya el jurisconsulto Servio Sulpicio Rufo expresaba: "Las palabras deben entenderse en el sentido del uso común y no según las preferencias personales". (Dig. 33 - 10 - 7 (2)).

Se trata de resolver aquí el problema de semántica que se presenta a menudo al determinar el sentido literal de una disposición. Hay palabras cuyo significado es impreciso o múltiple; otras, cuyo contenido varía. El lenguaje es un elemento vivo que cambia a través del tiempo. Va perdiendo palabras que caen en desuso; se va enriqueciendo con otras que nacen de la evolución del medio social o del progreso, de la necesidad de referirse a nuevas ideas, productos o técnicas. Por último, una misma palabra puede ir cambiando de significación o comprender nuevas acepciones.

Basta leer la primera página del Quijote para apreciar lo distante que está de nosotros el concepto de "sayo de velarte", "calzós de velludo" o "vellón de lo más fino". ¿Cómo podríamos encontrar en nuestro Código Penal, que se refiere detalladamente a las instalaciones telegráficas, los conceptos de radiocomunicación o de televisión, etc.? Constancia significaba antes tesón, firmeza, una virtud del alma; hoy significa también testimonio, prueba de la verdad de una cosa.

El significado natural y obvio nos enfrenta a dos problemas principales. El primero, saber si ese significado se refiere al que imperaba al dictarse la ley o al momento de su aplicación. El ejemplo más corriente es el concepto de loco o demente, que emplean tanto nuestro Código Civil como nuestro Código Penal. Debemos determinar si ese concepto de enajenación mental es el que imperaba al dictarse dichos Códigos o el que nos precisa la psiquia-

* Consultar Apéndice.

tría actual. (R.D.J. t. 58, s. 2º, p. 21; t. 62, s. 4º, p. 109). El otro problema es determinar dónde vamos a encontrar ese significado natural y obvio.

Durante mucho tiempo nuestros tribunales sostuvieron reiteradamente que el uso general de las palabras castellanas se encuentra establecido en el léxico o Diccionario de la Lengua Castellana (R.D.J. t. 37, s. 1º, p. 411). Son numerosísimas las sentencias que han dicho que las palabras no técnicas ni expresamente definidas por el legislador deben tomarse en su sentido natural y obvio, y es tal el que les da el Diccionario de la Lengua. (R.D.J. t. 22, s. 1º, p. 1.089; t. 23, s. 1º, p. 273; t. 27, s. 1º, p. 588; t. 30, s. 1º, p. 505; t. 35, s. 1º, p. 234; t. 40, s. 1º, p. 169; p. 281, p. 357; t. 49, s. 1º, p. 218).

Es evidente que este criterio no es exacto ni satisfactorio. Los cambios del lenguaje los adapta el Diccionario tardíamente y existen en muchas partes acepciones locales, ya sea por países o regiones. Manzana es el fruto del manzano; o bien, un conjunto aislado de casas. El Diccionario admite que en Chile y Argentina, es una cuadra cuadrada, esté o no edificada, circunscrita por sus cuatro costados; en el lenguaje corriente chileno es en realidad un terreno circunscrito por calles, edificado o no, sin necesidad de que sea cuadrado, ni siquiera un paralelogramo y cualquiera que sea la longitud de sus lados.

En el último tiempo nuestra jurisprudencia ha reaccionado sabiamente. En una sentencia del año 1963 la Corte examina el significado de la palabra "malhechor" y expresa: "Que el significado que el vocablo tiene ante el común de la gente es el correspondiente a "criminal", al que comete un hecho punible, al que delinque. El Diccionario de la Real Academia Española dice que "malhechor" es el que comete un delito, y especialmente aquel que lo ejecuta por hábito. Ahora cabe preguntar ¿en qué sentido tomó el legislador el vocablo? Evidentemente le dio el primer significado, por las razones que pasan a expresarse: a) Por el sentido que comúnmente se le da entre nosotros al vocablo . . ." (R.D.J. t. 60, s. 4º, p. 214). En otra sentencia de 1969, analizando la expresión "colecti-

vz" dice que el argumento extraído por el recurso de la definición que contiene el Diccionario de la Real Academia Española no es suficiente, "que no es obligatorio someterse al registro de voces que es el Diccionario", sino que está permitido "aun en lo puramente lingüístico, recurrir al significado que en las circunstancias sociales en que se dictó la ley tienen las palabras", "porque el sentido natural de una palabra o frase es el que se le atribuye en el medio que la emplea" (R.D.J. t. 66, s. 1º, p. 29). Ante el mismo problema una sentencia posterior resuelve con igual criterio, sosteniendo que aun cuando la letra de la ley sea clara no lo es su sentido, es decir, su alcance (R.D.J. t. 67, s. 1º, p. 405).

Creemos que esta última jurisprudencia es la correcta: el fijar el significado de las palabras no es para el juez una simple operación mecánica de buscar la acepción correspondiente en el Diccionario de la Lengua, sino que debe establecerlo de acuerdo a su uso y al contexto y sentido de la disposición.

La parte final del art. 20 del Código Civil se refiere a las palabras que la ley ha definido expresamente para ciertas materias y a las cuales debe dárseles su significado legal. Esta es una idea original no contemplada en el Código de la Luisiana.

De acuerdo con esta disposición se ha fallado que las palabras que define una ley que versa sobre una materia determinada, se circunscriben a ésta y no pueden extenderse a otra ajena (R.D.J. t. 5º, s. 1º, p. 472; t. 62, s. 1º, p. 251).

No creemos que esta doctrina pueda formularse en forma tan extrema. Es curioso que ambas sentencias citadas se refieren a definiciones del Código Sanitario que no pueden hacerse valer en problemas de tributación. Pero el propio antiguo Código Sanitario de 1931 vigente hasta 1935, en su art. 172 contenía una definición de demencia. No vemos por qué esa definición no habría podido emplearse —aun "versando el Código Sanitario exclusivamente sobre la salubridad pública"— para fijar el

alcance y significado del mismo término usado en otros cuerpos legales como el Código Civil o el Código Penal.

Es necesario considerar, por otra parte, que no siempre la definición legal es correcta. Así el art. 44 del Código Civil define el dolo como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Esta no es la única posibilidad; puede consistir también en un acto doloso cuya finalidad no sea inferir daño a un tercero, sino producir para el autor una ganancia o beneficio material o personal.

Asimismo, no siempre la ley emplea con propiedad y adecuadamente los términos por ella definidos. El propio Código Civil define en el art. 670 la tradición como "un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo". Ahora bien, el comodato es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa, entrega que no tiene ninguna de las características señaladas ya que el comodante no se desprende del dominio ni lo adquiere el comodatario. Sin embargo, el inciso final del art. 2.174 dispone: "Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa".

Otras veces el término definido por la ley tiene también un sentido vulgar y la ley lo puede usar con este último significado. Así se ha fallado respecto a la palabra "transacción" (R.D.J. t. 37, s. 1º, p. 531).

De lo anterior resulta que no puede aplicarse en forma absoluta el precepto que ordena que a los términos definidos por la ley se les dé siempre su significado legal.

Finalmente el art. 21 se refiere a las palabras técnicas de toda ciencia o arte, estableciendo que "se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

Esta disposición está tomada del art. 15 del Código Civil de la Luisiana *. Hay un cambio en las expresiones,

* Consultar Apéndice.

porque dicho artículo 15 habla de "artes, oficios o profesiones". Estimamos más acertada la redacción de Bello. Pero hay un agregado importante al artículo original, que no contiene la salvedad de cuando aparezca que se han tomado en un sentido diverso.

Una nota de Andrés Bello al art. 18 a) del proyecto de 1853, actual art. 21, aclara su pensamiento al respecto: "He introducido limitaciones que me parecen necesarias. La palabra, sea técnica o no, puede emplearse impropriadamente en una ley, sobre todo por falta de conocimientos especiales de sus autores. ¿Sería racional tomar la palabra en diferente sentido que el legislador?"

Corresponderá al intérprete determinar si la palabra se ha utilizado en su sentido técnico o vulgar, y, en el primer caso, determinar cuál es ese significado técnico.

Para terminar el análisis del método gramatical es preciso destacar que las dificultades pueden no ser siempre de orden semántico, sino referirse a problemas de sintaxis.

Basta recordar aquí, por ejemplo, las opiniones encontradas a que ha dado lugar el establecer si la condición a que se refiere el art. 1554 del Código Civil, referente al contrato de promesa, debe ser necesariamente una condición determinada, o si puede ser indeterminada.

Igualmente, las discusiones a que dio lugar el alcance de la expresión "así mismo" que contenía el inciso final del art. 1061 del Código Civil, antes de ser modificado por la ley 10.271.

La necesidad de un análisis de la sintaxis de la ley lo ha señalado la jurisprudencia al resolver que "el sentido de la ley no puede buscarse aislando una disposición de otras, ni un inciso de un mismo artículo de otros, ni —mucho menos— tratándose de una sola regla, separando una frase de las otras (R.D.J. t. 61, s. 2º, p. 24).

Por otra parte no siempre coinciden la corrección gramatical y la claridad del sentido de la norma. Como dice una sentencia: "las proposiciones pueden hallarse correcta o incorrectamente formuladas y ser más oscura una norma construida con todas las reglas de la gramática que

otra formada por oraciones mal construidas pero cuyo sentido es claro. El carácter normativo de las proposiciones no depende de su forma gramatical sino de la índole de los juicios que encierran y de su contenido objetivo" (R.D.J. t. 61, s. 2º, p. 24).

78. El inciso 2º del art. 19 del Código Civil establece: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Este inciso fue tomado por Andrés Bello del art. 18 del Código de la Luisiana que dispone: "El medio más universal y eficaz para descubrir el verdadero sentido de una ley, cuando sus expresiones son dudosas, es considerar la razón y el espíritu de esta ley o la causa que determinó a la Legislatura a dictarla".*

Esta disposición, a diferencia de las otras en esta materia del Código de la Luisiana, es original; no tiene antecedentes en los proyectos que precedieron al Código de Napoleón.

Aunque el legislador de la Luisiana abandona el falso criterio de la voluntad del legislador su fórmula lleva una alternativa indeterminada. En efecto, para buscar el sentido de la ley puede considerarse su razón o espíritu, es decir, realizar una interpretación teleológica buscando la finalidad de la ley, o sea, la *ratio iuris*. Al mismo tiempo permite que se busque la causa que determinó su dictación. Son dos conceptos muy distintos establecer la finalidad de la ley que investigar la causa o motivo de ella o sea, la *ocasio legis*.

La claridad de pensamiento de Andrés Bello hace desaparecer en la redacción de nuestro Código esta dualidad, ya que se refiere exclusivamente a la razón o espíritu de la ley.

La intención de la ley es la de determinación de su voluntad en orden a un fin.

Como explica Emilio Betti, frente a la correlación que

* Consultar Apéndice.

la norma establece entre un caso concreto y determinado tratamiento jurídico, el intérprete debe preguntarse no sólo "cómo" sino también "por qué" debe funcionar esa correlación. En otros términos, junto al momento lógico debe tenerse presente el momento teleológico de la norma jurídica; conjuntamente con el contenido lógico de la fórmula legislativa se debe indagar la *ratio iuris*, que determina su valor normativo".

Debemos dejar en claro que esta finalidad es la finalidad objetiva de la ley; "su" intención o espíritu, como expresamente lo dice el inc. 2º del art. 19. Más adelante volveremos sobre este punto.

79. El inciso 2º del art. 19, que analizamos, emplea el término "expresión". Algunos autores y sentencias han considerado que está usado en el sentido de "término" o "palabra".

No lo consideramos así. El artículo del Código de la Luisiana del que fue tomado el precepto, usa la frase en plural "sus expresiones", indicando claramente que se refiere al contenido conceptual de la disposición. Este es evidentemente el alcance que también tiene en el inc. 2º del artículo 19. En primer término, resultaría absurdo que para un problema de semántica hubiera que recurrir a los dos métodos alternativos que contempla la disposición para fijar la intención o espíritu de la ley. Esta intención o espíritu determina el sentido global de una disposición, lo que los autores llaman el discurso. Los medios referidos son inadecuados y, en todo caso, no se justificarían, para el solo objeto de fijar el significado de una palabra aislada.

Desde otro punto de vista, este alcance restringido significaría que el método histórico, a diferencia del lógico y sistemático, sólo podría emplearse para fijar el significado de un término y no el sentido de la disposición.

Por lo demás, cuando se trata de fijar cómo deben entenderse las palabras de la ley, el Código lo hace con latitud en los dos artículos siguientes, 20 y 21, que ya hemos analizado.

En ellos, por otra parte, el Código para referirse a las

palabras emplea precisamente ese término "palabras" y no el término "expresiones".

Por estas consideraciones no dudamos que el término "expresión" que utiliza el inciso 2º del art. 19 se refiere al contenido conceptual, al sentido de la disposición.

80. El precepto que analizamos autoriza, frente a un sentido oscuro de la ley, a recurrir a su intención o espíritu.

Ya vimos que la intención es la determinación de su voluntad con relación a un fin.

Como decía Rudolph von Ihering, el derecho no es un criterio absoluto de verdad, sino que es un criterio relativo de finalidad, no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico¹⁰⁰.

La jurisprudencia de intereses amplió esta noción de finalidad de la ley, pues estimó que Ihering no había sacado todas las consecuencias implícitas en ella, ya que el fin último de toda legislación consiste en regular de modo apropiado las relaciones interhumanas¹⁰¹. Esta aplicación teleológica conduce a una valoración comparativa de los intereses en juego. Para esta valoración el juez, sin ser por eso un autómatas, está obligado a obedecer el derecho positivo y a aplicar el criterio valorativo establecido por la legislación vigente.

81. Esta intención o espíritu, esta finalidad de la ley es, dentro de la norma que analizamos, un concepto absolutamente objetivo. Lo que debe buscarse es la finalidad manifestada claramente en la propia ley.

No tiene cabida aquí —como lo volveremos a analizar— el subjetivismo que resultaría de buscar una supuesta voluntad del legislador; no tiene cabida tampoco el subjetivismo del intérprete, al que toca sólo reconstruir el sentido de la ley, tarea en que no deben tener influencia preferencias personales de carácter contingente o arbitrario.

Esta objetividad está reiteradamente manifestada en todo el art. 19.

En ambos incisos se habla de "su" espíritu, "su" inten-

ción o espíritu, es decir, los objetivamente contenidos en la ley.

Este concepto es aún mucho más evidente si consideramos la frase que Andrés Bello agregó a la disposición y que no existía en el Código de la Luisiana: "claramente manifestados en ella misma". Es difícil imaginar una redacción más definitiva al respecto. Es pues, dentro de la propia ley, donde el intérprete debe buscar la intención o espíritu de la misma con el objeto de fijar su claro sentido.

Andrés Bello introdujo aquí un concepto nuevo y personal, la lógica de cuya aplicación es precisa, pero que, por su total originalidad, crea algunas dudas.

El método o criterio interpretativo que el Código señala aquí no es indudablemente el elemento gramatical, ya que éste está considerado en el inc. 1º, y el que analizamos está claramente diferenciado dentro de la disposición. No es tampoco el elemento histórico que el inc. 2º propone como alternativo. La intención o espíritu de la ley se busca en ella misma, para ver si está claramente manifestada; en defecto de ello, y para el mismo objeto, se puede recurrir a su historia fidedigna. Nos encontramos entonces frente a un método lógico, que está considerado además en el inc. 1º del art. 22.

Se podría sostener que Bello ha establecido aquí un método nuevo y original de interpretación que queda fuera de los reconocidos históricamente.

No nos parece así. Estimamos que al establecer en este precepto el legislador la búsqueda *intra legem* del sentido de la ley, lo hace para enfatizar el carácter objetivo de la interpretación y, en cuanto método, establece ya aquí el elemento lógico para realizarla. Se trata de encontrar el sentido de la ley buscándolo en ella misma. Una guía será determinar las relaciones lógicas que deben unir sus distintas partes. En otros términos, el inc. 1º del art. 22 señala un criterio para aplicar la norma del inc. 2º del art. 19.

Esta parece ser la opinión de Alessandri y Somarriva,

que dicen: "El inc. 1º del art. 22 concuerda especialmente con el inc. 2º del art. 19"¹⁰².

La disposición del inc. 1º del art. 22 es entonces complementaria de la del inc. 2º del art. 19 y su correlación sirve para dejar aún más claro que lo que persigue este último precepto es fijar el sentido de la ley, ya que el artículo 22 reitera el término y la idea de "sentido" al decir que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes.

Una materia en la cual nuestros tribunales buscaron el sentido de la ley en ella misma no obstante la amplitud de sus términos gramaticales, la encontramos en la interpretación del artículo 13 de la antigua Ley de la Renta Nº 8419. Dicho artículo decía: "Todas las rentas, beneficios o utilidades, cualquiera que sea su origen, naturaleza o denominación y cuya imposición no esté expresamente establecida en otras disposiciones de esta ley, serán gravadas con arreglo a la tasa y demás disposiciones de esta categoría (3ª)".

Sin embargo de la amplitud gramatical de esta disposición, en una jurisprudencia reiterada los tribunales resolvieron que el artículo citado no se refería a las entradas que tuvieran el carácter de capital o aumento de capital; que la ley gravaba las "rentas" y que estos son beneficios que se adquieren sin consumir la fuente productora o sin desmedro de ella; que la disposición no cubría las indemnizaciones, porque indemnizar significa resarcir de un daño o menoscabo material o moral.

Así la jurisprudencia, buscando el sentido de la ley intrínsecamente en ella, elaboró toda una teoría de diferenciación (que la ley de la renta no efectuaba) entre renta y aumento de capital, entre renta e indemnización (R.D.J. t. 55, s. 1º, p. 159; p. 225; s. 2º, p. 64; t. 57, s. 1º, p. 90; p. 230; p. 386; t. 58, s. 1º, p. 468; t. 59, s. 1º, p. 41; p. 382; t. 67, s. 1º, p. 168).

Es interesante recalcar que la ley gravaba aparentemente todos los "beneficios" (distintos de renta) y, no obstante este claro tenor literal, la jurisprudencia estimó que el

sentido de la ley era otro y que no abarcaba el indudable beneficio que representa el aumento de capital.

Esta materia refleja un caso muy claro en que nuestra jurisprudencia apreció en toda su amplitud el carácter normativo y creador de la interpretación judicial. Es curioso que ninguna de las sentencias se refiera a una supuesta voluntad del legislador; tampoco aplican en forma alguna el método histórico, sino que buscan el sentido de la ley "claramente manifestado en ella misma", como lo estatuye el inc. 2º del art. 19, sentido que estiman no está claro en el texto de la ley no obstante la amplitud y precisión gramatical de los términos usados en la disposición.

3. El elemento histórico

82. Para determinar el sentido de la ley el intérprete puede también buscar su intención o espíritu en la historia fidedigna de su establecimiento. Esto es lo que se denomina el método histórico.

Numerosas sentencias han estimado que constituyen elementos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley: la discusión habida en el Congreso al tiempo de tratarse el proyecto; los informes de las comisiones respectivas; las actas de las sesiones de los cuerpos legisladores y de dichas comisiones informantes (R.D.J. t. 30, s. 1º, p. 83; t. 36, s. 1º, p. 165; t. 32, s. 1º, p. 415; t. 34, s. 1º, p. 1; p. 249; t. 38, s. 1º, p. 447); el mensaje con que se acompañaron los proyectos (R.D.J. t. 32, s. 1º, p. 75; t. 38, s. 1º, p. 447); la opinión del autor de una ley emitida antes o al tiempo de su dictación en forma extraoficial y de la cual hay testimonio (R.D.J. t. 36, s. 1º, p. 261); la fuente de la ley y la opinión de tratadistas considerada por el legislador (R.D.J. t. 26, s. 1º, p. 517; p. 644; t. 29, s. 1º, p. 27; t. 30, s. 1º, p. 1).

En toda esta jurisprudencia hay una absoluta confusión respecto a lo que debe indagarse a través de la historia fidedigna del establecimiento de la ley y aparece muchas veces la determinación de una supuesta voluntad del legislador.

PRINCIPIOS

DE

DERECHO DE JENTES

Por A. B.

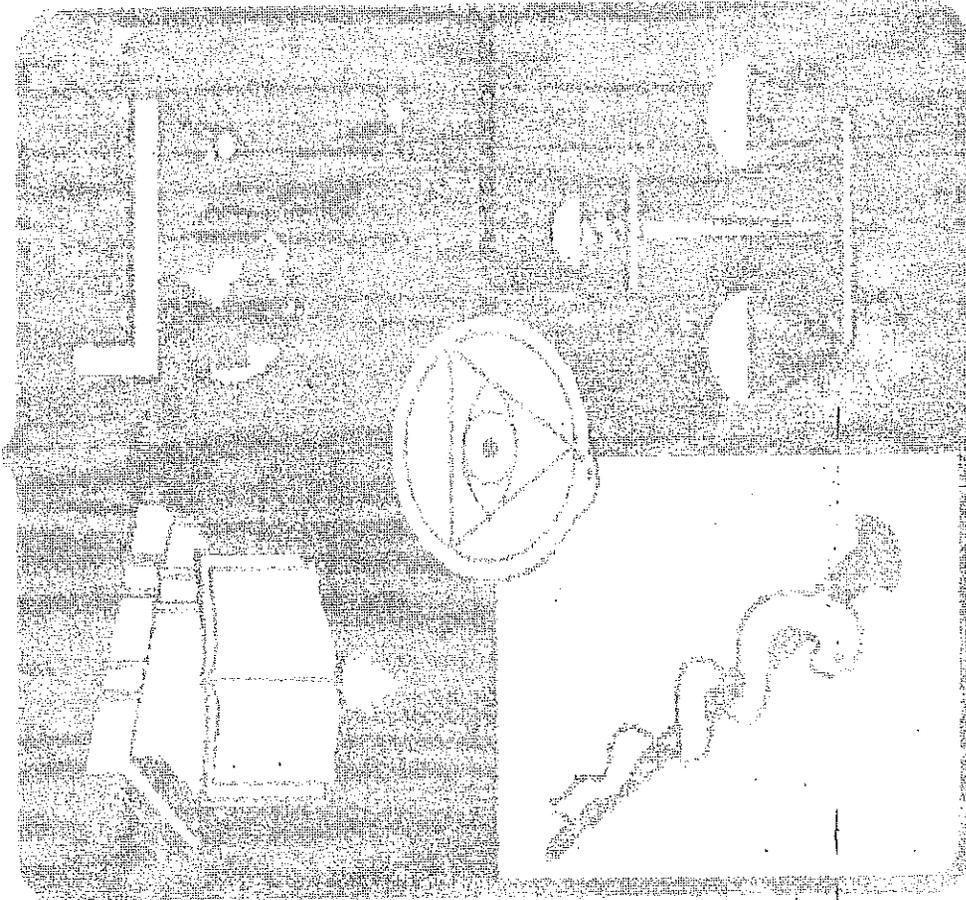


Gravado por Establecimiento

SANTIAGO DE CHILE:

AÑO DE 1832.

IMPRENTA DE LA OPINION.



020000

CAPÍTULO X.

Interpretacion de los tratados, leyes y otros documentos. (a)

1. Necesidad de las reglas de interpretacion. 2. Axiomas generales. 3. Reglas particulares. 4. Reglas relativas a la inclinacion entre lo favorable y lo odioso. 5. Reglas relativas a los casos de contradiccion o incompatibilidad.

Es necesario fijar reglas para la interpretacion de los tratados, testamentos, leyes y demas a los que se sirven para fundar derechos entre los diferentes Estados; principalmente por la inevitable ambigüedad y que en muchos casos la imperfeccion del lenguaje, 2.º por la generalidad de las expresiones, que es necesario saber aplicar a los casos particulares que se presentan; 3.º por la perpetua fluctuacion de las cosas humanas, que produce nuevas ocurrencias difíciles de reducir a los términos de la lei o tratado sino es por inducciones sacadas del espíritu del legislador o de los contratantes; 4.º por las contradicciones e incompatibilidades aparentes o reales que en lo escrito se nos ofrecen, y que es necesario examinar cuidadosamente para conciliarlas, o a lo menos para elegir entre los diferentes partidos; y 5.º por la estudiada oscuridad de que se sirven muchas veces los contratantes de mala fé para labrarse espaciosos derechos, o prepararse estajos con que eludir sus obligaciones.

Las máximas generales en materia de interpretacion son estas: 1.ª que no se debe interpretar lo que no tiene necesidad de

(a) *La hermenéutica, o arte de interpretar, es propiamente una parte de la lógica. Ha parecido conveniente dar aquí una ligera idea de ella, siguiendo el ejemplo de Vattel y otros publicistas, y para llenar el vacío que presentan en este punto los tratados de lógica que hoy día tienen mas boga en las escuelas. Hemos seguido exclusivamente a Vattel, t. II, cap. XVII.*

interpretacion: 2.ª que si él, que pudo y debió explicarse clara y plenamente, no lo ha hecho, es suya la culpa, y no puede permitirsele que introduzca despues las restricciones que no espresó en tiempo; *obscura pactio iis nocere debet in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*: 3.ª que ni el uno ni el otro de los interesados tiene la facultad de interpretar el tratado a su arbitrio; 4.ª que en toda ocasion en que cualquiera de los contratantes ha podido y debido manifestar su intencion, todo lo que ha declarado suficientemente se mira como verdadero contra él; 5.ª que cuando los tratados se hacen proponiendo una de las partes y aceptando la otra, como sucede en las capitulaciones de plazas, debe estarso principalmente a las palabras del promisor, ya las haya dictado el mismo, ya adopte las expresiones del que estipula o se refiera a ellas; y 6.ª que la interpretacion de todo documento debe ajustarse a reglas ciertas, propias a determinar el sentido en que su autor o autores lo estendiéron, y obligatorias a todo soberano y a todo hombre, en cuanto deducidas de la recta razon y prescritas por la lei natural.

Pasando a las reglas particulares que se deducen de estos axiomas, me limito a dar un catálogo desnudo de ellas, remitiéndome, por lo tocante a sus ilustraciones, a Vattel, l. II, cap. XVII.

1. En todo pasaje oscuro el objeto que debemos proponer es averiguar el pensamiento de la persona que lo dictó; de que resulta que debemos tomar las expresiones unas veces en su sentido jeneral y otras en el particular, segun los casos.

2. No debemos apartarnos del uso comun de la lengua, si no tenemos fortisimas razones para hacerlo así. Si se espresa que las palabras se han de tomar precisamente en su mas propia y natural significacion, habrá doble motivo para no separarnos del uso comun; entendiendo por tal el del tiempo y pais en que se dictó la lei o tratado, y comprobándolo, no con vanas etimologías sino con ejemplos y autoridades contemporáneas.

3. Cuando se ve claramente cuál es el sentido que conviene a la intencion del legislador o de los contratantes, no es licito dar a sus expresiones otro distinto.

4. Los términos técnicos deben tomarse en el sentido propio que les dan los profesores de la ciencia o arte respectiva; menos cuando consta que el autor no estaba suficientemente versado en ella.

5. Si los términos se refieren a cosas que admiten diferentes formas o grados, deberemos entenderlos en la acepción que mejor cuadre al razonamiento en que se introducen y a la materia de que se trata.

6. Si alguna expresión susceptible de significados diversos ocurre más de una vez en un mismo escrito, no es necesario que le demos en todas partes un sentido invariable, sino el que corresponde según el asunto; (*pro substrata materia*, como dicen los maestros del arte.)

7. Es preciso desechar toda interpretación que hubiese de conducir a un absurdo.

8. Debemos por consiguiente desechar toda interpretación de que resultase que la ley o la convención sería del todo ilusoria.

9. Las expresiones equívocas u oscuras deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos que su autor ha empleado en otras partes del mismo escrito, u en otra ocasión semejante.

De que se sigue (10) que es necesario considerar todo el discurso o razonamiento para penetrar el sentido de cada expresión, y darle no tanto el significado que en jeneral le pudiera convenir, cuanto el que le corresponda por el contexto: *In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare et respondere.*

11. Debe ser tal la interpretación, que entre todas las cláusulas del razonamiento haya la mayor consonancia; salvo que aparezca que en las últimas se ha querido modificar las primeras. Otro tanto se aplica a los diferentes tratados que se refieren a un mismo asunto.

12. Sabida la razón que ha determinado la voluntad del que habla, han de interpretarse sus palabras de manera que se conformen con ella. Mas es preciso saberla de cierto, y no atribuirle intenciones o miras dudosas para violentar el sentido. Mucho menos será lícito suponer motivos secretos, contrarios a los que él mismo ha declarado.

13. Si ha habido mas de una razón impulsiva, y es claro que el legislador o los contratantes no han querido la ley o el contrato sino en virtud de todas ellas reunidas, de manera que sin esta reunión no hubiera tenido lugar la disposición de la ley o contrato, la interpretación debe ser *copulativa*; y si por el contrario es manifiesto que la voluntad ha sido determinada por cada una de ellas separadamente, la interpretación debe ser *disjuntiva*. Supongamos que se hubiesen ofrecido ventajas particulares a los *extranjeros artesanos y católicos* que viniesen a establecerse en un país. Si no hai en él necesidad de pobladores, sino meramente de artesanos, y no se tolera otra religión que la católica, es manifiesto que el promisor exige ambas condiciones para que se verifiquen las promesas. Si por el contrario el país está escaso de población y sobretodo de artesanos, y se favorece en él la religión católica, pero no se excluyen las otras, hai motivo de creer que solo se exige una de las dos condiciones.

14. Conocida la *razón suficiente* de una disposición (esto es, la razón ó conjunto de razones que la han dictado), se estienda de la disposición a todos los casos a que es aplicable la razón, aunque no estén comprendidos en el valor de las palabras; y por el contrario si ocurre un caso a que no es aplicable la razón suficiente, debemos exceptuarlo de la disposición, aunque atendiendo a lo literal parezca comprenderse en ella. En el primer caso la interpretación se llama *extensiva*, y en el segundo *restrictiva*. Requiere para una y otra conocer con toda certidumbre la razón suficiente.

15. No debe estarse al rigor de los términos cuando éstos en su sentido literal envolverían alguna cosa contraria a la equidad natural, o impondrían condiciones demasiado duras, que no es presumible hayan entrado en la mente del que habla.

16. En todos los casos en que la natural latitud del significado pugna con las circunstancias que el autor ha tenido a la vista, es necesaria la interpretación restrictiva.

17. Si es manifiesto que la consideración del estado en que se hallaban las cosas dió motivo a la disposición o promesa, de manera que faltando aquel no se hubiera pensado en esta, el ar-

lor de la disposición o promesa depende de la permanencia de las cosas en el mismo estado. Así los aliados que hubiesen prometido auxilios a un estado poco temible por sus fuerzas, tendrían justo motivo para rehusarlos, y aun para oponerse a sus miras, desde el momento que viesen que éstos de laboriosos y modestos, amenazaba a la libertad de sus vecinos.

18. En los casos imprevistos debemos estar a la intención mas bien que a las palabras, interpretando lo escrito, como lo interpretaría su autor, si estuviese presente.

19. Cuando el temor de un suceso contingente es el motivo de la lei o del convenio, solo pueden exceptuarse los casos en que el suceso es manifiestamente imposible.

20. En caso de duda, si se trata de cosas favorables, es mas seguro ampliar la significacion; y si se trata de cosas odiosas, es mas seguro restringirla.

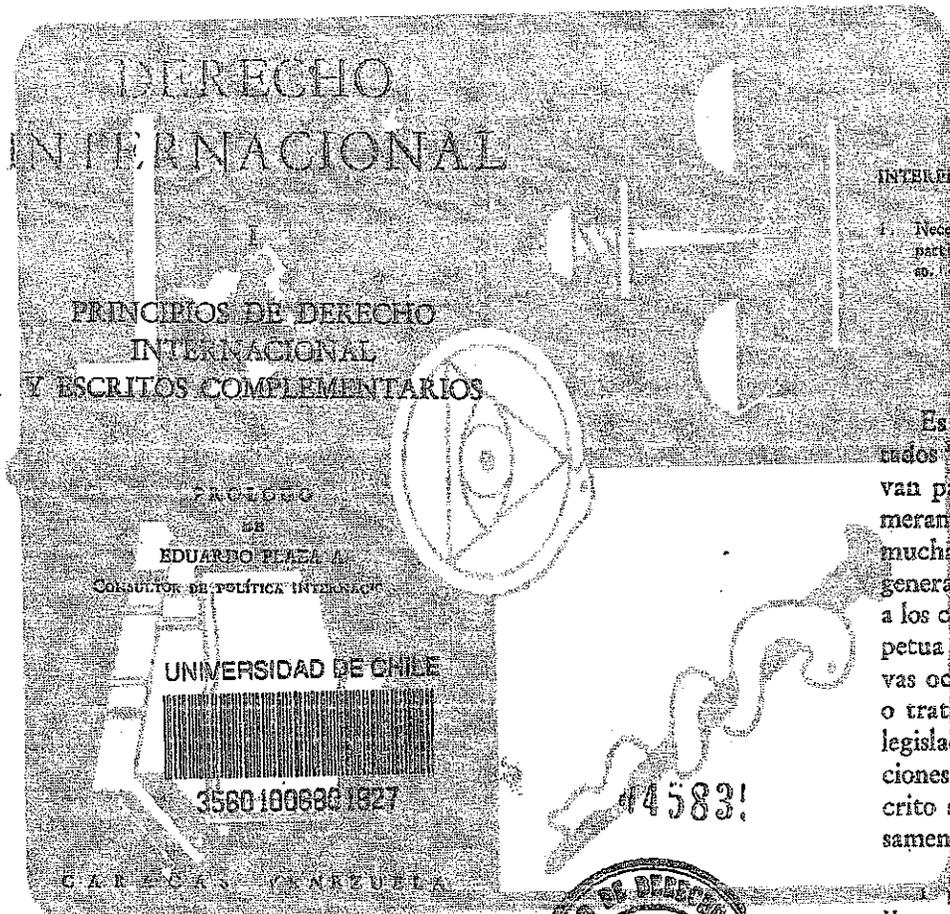
Para distinguir lo favorable de lo odioso, atenderemos a las reglas siguientes: 1.ª Todo lo que sin causar un gravamen notable a persona alguna, cede en beneficio jeneral de la especie humana, es favorable; y lo contrario es odioso: 2.ª Todo lo que tiende a la utilidad comun, y a la igualdad de las partes es favorable, y lo contrario es odioso: 3.ª Todo lo que va a mudar el estado presente haciendo consistir la ganancia de los unos en la pérdida de los otros, es odioso; *inconsolata vitantis melior, quam commoda patentis est causa*: 4.ª Todo lo que contiene una promesa es odioso: 5.ª Todo lo que propone a inutilizar un pacto y hacerlo ilusorio, es odioso: 6.ª En las cosas que participan de lo favorable y de lo odioso, debe compararse el bien con el mal, y mirarse como favorable aquello en que prepondera el bien, y como odioso lo contrario.

Si hai oposicion entre dos o mas leyes o pactos, he aquí las reglas jenerales que pueden guiarnos: 1.ª Si el permiso es incompatible con el precepto, prevalece el precepto: 2.ª Si el permiso es incompatible con la prohibicion, prevalece la prohibicion:

3.ª La lei o cláusula que manda cede a la lei o cláusula que prohibe: 4.ª Lo mas reciente prevalece: 5.ª Lo particular prevalece sobre lo jeneral: 6.ª Lo que exige una ejecución inmediata prevalece sobre lo que puede diferirse a otro tiempo: 7.ª En el conflicto de dos deberes, se prefiere el que mas importa al jenero humano: 8.ª En el conflicto de dos tratados, el uno jurado y el otro no, *ceteris paribus*, el segundo debe ceder al primero: 9.ª De dos cláusulas incompatibles, la que impone una pena, o la que impone mayor pena, debe ser preferida a la otra: y 10.ª Si dos cosas prometidas a una misma persona llegan a ser incompatibles, debemos prestar la que ella elija.

B4460x
1954
v. 10
c. 3

ANDRES BELLO



CAPITULO X

INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS, LEYES Y OTROS DOCUMENTOS

1. Necesidad de las reglas de interpretación. — 2. Axiomas generales. — 3. Reglas particulares. — 4. Reglas relativas a la distinción entre lo favorable y lo odioso. — 5. Reglas relativas a los casos de contradicción o incompatibilidad.

Es necesario fijar reglas para la interpretación de los tratados, testamentos, leyes y demás actos escritos, que sirvan para fundar derechos entre los diferentes estados; primeramente, por la inevitable ambigüedad a que da margen muchas veces la imperfección del lenguaje; segundo, por la generalidad de las expresiones que es necesario saber aplicar a los casos particulares que se presentan; tercero, por la perpetua fluctuación de las cosas humanas, que produce nuevas ocurrencias difíciles de reducir a los términos de la ley o tratado, si no es por inducciones sacadas del espíritu del legislador o de los contratantes; cuarto, por las contradicciones e incompatibilidades aparentes o reales que en lo escrito se nos ofrecen, y que es necesario examinar cuidadosamente para conciliarlas, o a lo menos para elegir entre los

La hermenéutica, o arte de interpretar, es propiamente una parte de la lógica. Ha parecido conveniente dar aquí una ligera idea de la hermenéutica legal, imitando el ejemplo de Vattel y otros publicistas, y para llenar el vacío que presentan en este punto los tratados de lógica que hoy día tienen más boga en las escuelas. Hemos seguido a Vattel, libro II, capítulo 17. Se ha consultado también a Phillimore, tomo II, capítulos 8 y 9. (Nota de Bello).

ORSEQUIO DE LA DIRECCION
DE CULTURA Y BELLAS ARTES
DEL MINISTERIO DE EDUCA-
CION NACIONAL



16. En todos los casos en que la natural latitud del significado pugna con las circunstancias que el autor ha tenido a la vista, y que no ha querido o podido variar es necesaria la interpretación restrictiva.

17. Si es manifiesto que la consideración del estado en que se hallaban las cosas dio motivo a la disposición o promesa, de manera que, faltando aquél no se hubiera pensado en ésta, el valor de la disposición o promesa depende de la permanencia de las cosas en el mismo estado. Así los aliados que hubiesen prometido auxilios a una potencia poco temible por sus fuerzas tendrían justo motivo para rehusarlos, y aun para oponerse a sus miras, desde el momento que viesen que, lejos de haberlos menester, amenazaba a la libertad de sus vecinos.

18. En los casos imprevistos, debemos estar a la intención más bien que a las palabras, interpretando lo escrito, como es verosímil que lo interpretaría su autor, si estuviese presente.

19. Cuando el temor de un suceso contingente es el motivo de la ley del convenio, sólo pueden exceptuarse los casos en que el suceso es manifiestamente imposible.

20. En caso de duda, si se trata de cosas favorables, es más seguro ampliar la significación; y si se trata de cosas odiosas, es más seguro restringirla.

4

Para distinguir lo favorable de lo odioso, atenderemos a las reglas siguientes: 1º, todo lo que sin causar un gravamen notable a persona alguna cede en beneficio general de la especie humana, es favorable, y lo contrario es odioso; 2º, todo lo que tiende a la utilidad común y a la igualdad de las

¹ Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habemus occasionem ad negandum; ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem: ley 47 (i. e. 46), D. De actionibus et obligationibus. (NOTA DE BELLO).

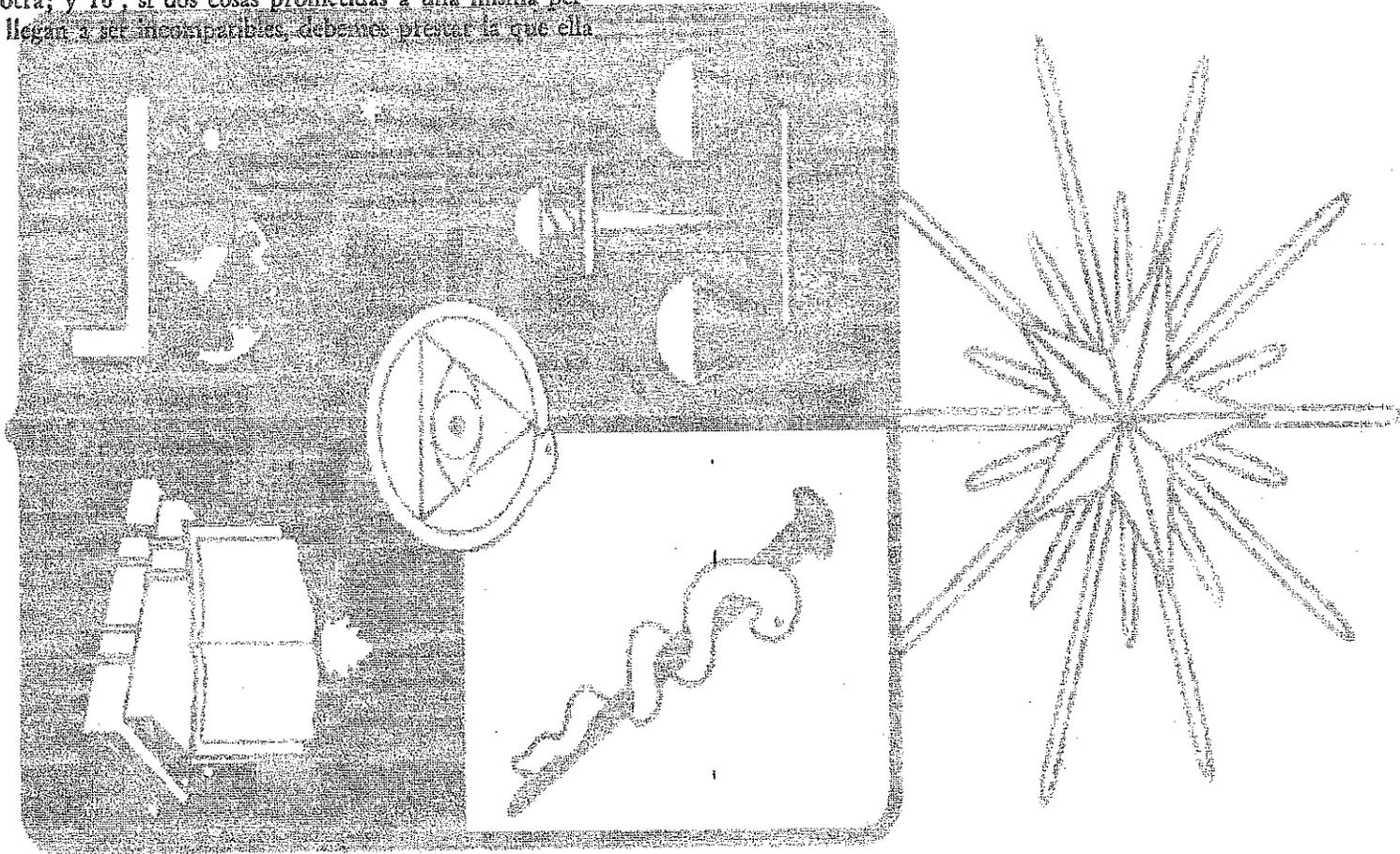
partes, es favorable, y lo contrario es odioso; 3º, todo lo que va a mudar el estado presente haciendo consistir la ganancia de los unos en la pérdida de los otros, es odioso; *incommoda vitantis melior, quam commoda petentis est causa*; 4º, todo lo que contiene una pena, es odioso; 5º, todo lo que propende a inutilizar un pacto y hacerle ilusorio, es odioso; 6º, en las cosas que participan de lo favorable y de lo odioso, debe compararse el bien con el mal, y mirarse como favorable aquello en que prepondera el bien, y como odioso lo contrario ¹.

5

Si hay oposición entre dos o más leyes o pactos, he aquí las reglas generales que pueden guiarnos: 1º, si el permiso llega a ser incompatible con el precepto, prevalece el precepto; 2º, si el permiso llega a ser incompatible con la prohibición, prevalece la prohibición; 3º, si la ley o cláusula que manda llega a ser incompatible con la ley o cláusula prohibitiva, prevalece esta última; 4º, en general, lo más reciente prevalece; 5º, en el conflicto de dos disposiciones, se debe preferir, *caeteris paribus*, la menos general, esto es, la que concierne más especialmente al caso de que se trata; 6º, lo que exige una ejecución inmediata, prevalece sobre lo que puede diferirse a otro tiempo; 7º, en el conflicto de dos deberes, se prefiere el que más importa al género hu-

¹ De las tres especies de interpretaciones establecidas por los juristas, es a saber, la declarativa, la extensiva, y la restrictiva, las dos últimas, particularmente, en cuanto fundadas en la discusión entre lo favorable y lo odioso, han ofrecido graves dificultades. Según Barbeyrac, una misma cosa puede parecer odiosa para una de las partes y favorable para la otra, bajo diferentes puntos de vista; que, por consiguiente, estas cualidades no son susceptibles de una definición precisa, y que muchas veces las encontramos reunidas y amalgamadas en un mismo sujeto. Phillimore añade que el catálogo de cosas favorables a que Vattel aplica la interpretación extensiva, y de cosas odiosas a que conviene, según él, la interpretación restrictiva, son de un carácter muy vago y disputable. Vattel establece que lo que propende a mudar el estado presente de cosas debe mirarse como odioso; pero, ¿no es manifiesto, dice Story, que esta proposición es en muchos casos fundamentalmente errónea? Si un pueblo se levanta contra el despotismo, ¿podrá decirse que este cambio de gobierno es odioso y lo que a él se refiere ha de sujetarse a la interpretación restrictiva? (NOTA DE BELLO).

mano; 8º, en el conflicto de dos tratados, el uno jurado y el otro no, *caeteris paribus*, el segundo debe ceder al primero; 9º, de dos cláusulas incompatibles, la que impone una pena, o la que impone mayor pena, debe ser preferida a la otra; y 10º, si dos cosas prometidas a una misma persona llegan a ser incompatibles, debemos prestar la que ella elija.



diferentes sentidos; y quinto, por la estudiada oscuridad de que se sirven muchas veces los contratantes de mala fe para labrarse especiosos derechos, o prepararse efugios con que eludir sus obligaciones.

2

Las máximas generales en materia de interpretación son éstas: 1º, que no se debe interpretar lo que no tiene necesidad de interpretación; 2º, que no debe hacerse novedad en la inteligencia de las palabras a que siempre se ha dado un sentido determinado¹; 3º, que si el que pudo y debió explicarse clara y plenamente, no lo ha hecho, es suya la culpa, y no puede permitírsele que introduzca después las aclaraciones que no expresó en tiempo²; 4º, que ni el uno ni el otro de los interesados tiene la facultad de interpretar el tratado a su arbitrio; 5º, que en toda ocasión en que cualquiera de los contratantes ha podido y debido manifestar su intención, todo lo que ha declarado suficientemente se mira como verdadero contra él; 6º, que, cuando los tratados se hacen proponiendo una de las partes y aceptando la otra, como sucede en las capitulaciones de plazas, debe estarse principalmente a las palabras de la parte que propone aceptadas por la otra parte³; y 7º, que la interpretación de todo documento debe ajustarse a reglas ciertas, propias a determinar el sentido en que su autor ó autores lo extendieron, y obligatorias a todo soberano y a todo hombre, en cuanto deducidas de la recta razón y prescritas por la ley natural.

¹ Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt: ley 23, D. De Legibus. (NOTA DE BELLO).

² Vereribus placet sectionem obicere vel ambiguum venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius consiliteri: ley 49 (i. e. 40), D. De pactis. (NOTA DE BELLO).

³ Fero secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere, nec rursus promissor ferendus est, si ejus intererit de certis potius vasis forte, aut hominibus actum esse: ley 99, D. De verborum obligationibus. (NOTA DE BELLO).

3

Pasando a las reglas particulares que se deducen de estos axiomas, me limito generalmente a dar un catálogo desnudo de ellas, remitiéndome, por lo tocante a sus ilustraciones, a Vattel y Phillimore.

1. En todo pasaje oscuro, el objeto que debemos proponernos es averiguar el pensamiento de la persona que lo dictó; de que resulta que debemos tomar las expresiones unas veces en un sentido particular y otras en el general, según los casos¹.

2. No podemos apartarnos del uso común de la lengua, si no tenemos fortísimas razones para hacerlo así. Si se expresa que las palabras se han de tomar precisamente en su más propia y natural significación, habrá doble motivo para no separarnos del uso común; entendiéndose por tal el del tiempo y país en que se dictó la ley o tratado, y comprobándolo, no con vanas etimologías, sino con ejemplos y autoridades contemporáneas.

3. Cuando se ve claramente cuál es el sentido que conviene a la intención del legislador o de los contratantes, no es lícito dar a sus expresiones otro distinto.

4. Los términos técnicos deben tomarse en el sentido propio que les dan los profesores de la ciencia o arte respectiva; menos cuando consta que el autor no estaba suficientemente versado en ella.

5. Si los términos se refieren a cosas que admiten diferentes formas o grados, deberemos entenderlos en la acepción que mejor cuadre al razonamiento en que se introducen y a la materia de que se trata.

6. De que se sigue que es necesario considerar todo el discurso o razonamiento para penetrar el sentido de cada expresión, y darle, no tanto el significado que en general

¹ In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit: ley 219, D. De verborum significatione. (NOTA DE BELLO).

podiera convenirle, cuanto el que le corresponde por el contexto¹.

7. Si alguna expresión susceptible de significados diversos ocurre más de una vez en un mismo escrito, no es necesario que le demos en todas partes un sentido invariable, sino el que corresponda según el asunto (*pro substrata materia*, como dicen los maestros del arte).

8. Es preciso desechar toda interpretación que hubiese de conducir a un absurdo.

9. Debemos, por consiguiente, desechar toda interpretación de que resultase que la ley o la convención sería del todo ilusoria².

10. Las expresiones equívocas u oscuras deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos que con relación a la materia de que se trata ha empleado el autor en otras partes del mismo escrito, o en otra ocasión semejante.

11. Debe ser tal la interpretación, que entre todas las cláusulas del razonamiento haya la mayor consonancia: salvo que aparezca que en las últimas se ha querido modificar las primeras. Otro tanto se aplica a los diferentes tratados que se refieren a un mismo asunto.

12. Sabida la razón que ha determinado la voluntad del que habla, han de interpretarse sus palabras de manera que se conformen con ella. Mas es preciso saberla de cierto, y no atribuirle intenciones o miras dudosas para violentar el sentido. Mucho menos será lícito suponer motivos secretos, contrarios a los que él mismo ha declarado.

13. Si ha habido más de una razón impulsiva, y es claro que el legislador o los contratantes no han querido la ley o el contrato sino en virtud de todas ellas reunidas, de manera que sin esta reunión no hubiera tenido lugar la disposición de la ley o contrato, la interpretación debe ser *copu-*

¹ Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel responderi: ley 24, D. De legibus. (NOTA DE BELLO).

² Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiat, quae rei gerendae aptior est: ley 67 (l. e. 68), D. De diversis regulis juris (NOTA DE BELLO).

lativa; y si por el contrario es manifiesto que la voluntad ha sido determinada por cada una de ellas separadamente, la interpretación debe ser *disyuntiva*. Supongamos que se hubiesen ofrecido ventajas particulares a los *extranjeros*, *artesanos* y *católicos* que viniesen a establecerse en un país. Si no hay en él necesidad de pobladores, sino meramente de artesanos, y no se tolera otra religión que la católica, es manifiesto que el promisor exige ambas condiciones para que se verifiquen las promesas. Si por el contrario el país está escaso de población, y sobre todo de artesanos, y es dominante en él la religión católica, pero no se excluyen las otras, hay motivo de creer que solo se exige una de las dos condiciones¹.

14. Conocida la *razón suficiente* de una disposición (esto es, la razón o conjunto de razones que la han dictado), se extiende la disposición a todos los casos a que es aplicable la razón, aunque no estén comprendidos en el valor de las palabras; y por el contrario, si ocurre un caso a que no es aplicable la razón suficiente, debemos exceptuarlo de la disposición, aunque atendiendo a lo literal parezca comprenderse en ella. En el primer caso, la interpretación se llama *extensiva*; y en el segundo, *restrictiva*. Requiérese para una y otra conocer con toda certidumbre la razón suficiente.

15. No debe estarse al rigor de los términos cuando éstos en su sentido literal envolverían alguna cosa contraria a la equidad natural, o impondrían condiciones demasiado duras, que no es presumible hayan entrado en la mente del que habla².

¹ No debemos separarnos sin muy graves motivos del sentido natural de la frase. *Extranjeros*, *artesanos* y *católicos* ofrece naturalmente un sentido copulativo; de otro modo, la expresión propia y obvia hubiera sido *extranjeros*, *artesanos* o *católicos*. Si se concediese cierto privilegio a las *mercaderías británicas* y *conducidas en buques británicos* se supondría la coexistencia de las dos condiciones; si sólo se tratase de una de ellas, se diría: *las mercaderías británicas* y *las conducidas en buques británicos*, o bien, *las mercaderías británicas* o *conducidas en buques británicos*. (NOTA DE BELLO).

² Esta es una regla que debe sólo aplicarse a casos extremos; de otro modo, abriría puertas a cavilaciones y pretextos para eludir lo pactado. (NOTA DE BELLO).

Discusión sobre el Efecto Retroactivo de la Ley con Ocasión de la Reforma del Reglamento de Elecciones, 1842

Andrés Bello

Nos inclinamos a creer que muchas cuestiones no se suscitarían o llegarían con más facilidad a una solución satisfactoria, si por una i otra parte se siguiesen unas mismas reglas de interpretación legal. Pero mientras unos adhieren estrictamente al texto, i tachan de licenciosa la inteligencia de sus antagonistas, otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse por la mente del legislador i de asistir a sus consejos. Por este medio, según conciben, se toma por guía, no las palabras de la ley, sino su intención, su idea. Pero lo que sucede las más veces es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia. I de aquí tantas y tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más claros. Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restringirla, sino cuando de ella resultan evidentes absurdos o contradicciones; i que todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad, i destruye el ímpetu de la ley.

(...)

Lo que se llama interpretación literal, es una cosa llana, obvia; tan demostrable como el teorema geométrico o la fórmula algebraica que deduce de sus premisas el matemático. Así como éste, por una serie de conversiones, sujetas a reglas precisas, transforma la ecuación que le sirve de fundamento, en la proposición

que intenta probar, el juez o el jurisconsulto, por una serie de conversiones no ménos regulares y determinadas, transforma los términos de la ley en los términos de la interpretación literal.

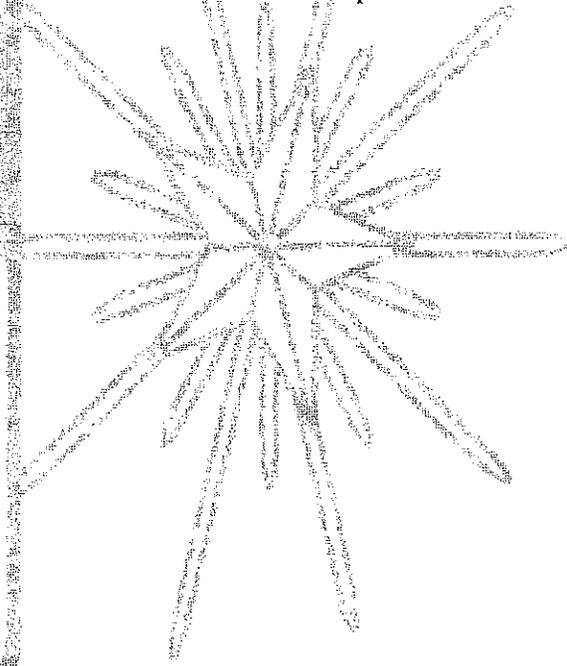
(...)

Hemos dicho que la interpretación literal de la ley es la que se deduce de la ley misma por medio de conversiones regulares i precisas. La conversión legítima de una proposición, de una frase cualquiera e otra, consiste precisamente en que a un término de la primera se sustituye otro término de una significación absolutamente idéntica; o que se invierten los términos según ciertas reglas evidentes que se fijan en las matemáticas i en la dialéctica; o en que la segunda se deduce lógicamente de la primera. No hay más conversiones legítimas i aun la tercera no es tanto una interpretación literal, como una consecuencia rigurosa de ella.

prohibición a la hipoteca, porque la hipoteca equivale a una enajenación condicional.

En las leyes penales, se adopta siempre la interpretación restrictiva: si falta la razón de la ley no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en el texto de la disposición.

Dónde la ley no distingue, dice una máxima vulgar, no debe distinguir el hombre. Entendida como suena, se hallaría muchas veces en conflicto con la que permite restringir el sentido literal de la ley, cuando así lo requiera la intención del legislador, suficientemente conocida. Su legítima aplicación es a los casos en que, para limitar la extensión de la ley, no hai alguna razón poderosa deducida de los motivos manifiestos que han obrado en el ánimo del legislador."



Nota Póstuma sobre Interpretación de la Ley (Publicada por Miguel Luis Amunátegui en su introducción a la edición del Proyecto Inédito de Código Civil)

Andrés Bello

Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto i no atribuirle intenciones imaginarias para hacer violencia al sentido. La interpretación podrá ser en estos casos unas veces extensiva i otras restrictiva.

Si, por ejemplo, la ley ordenase que no puedan enajenarse los bienes raíces del pupilo sin autorización de la justicia, debería extenderse esta

que es claro en una ley puede servir de base para explicar aquello que es dudoso en otra.

Art. 18. El medio más universal y más eficaz para descubrir el verdadero sentido de una ley, cuando sus expresiones son dudosas, es considerar la razón y el espíritu de esa ley o la causa que ha determinado a la legislatura a disponerla.

Art. 19. En los casos en que la ley declara nulos ciertos actos para prevenir un fraude o por alguna otra razón de bien público, no puede eludirse sus disposiciones con el fundamento de que se haya dado prueba de que esos actos no son fraudulentos, y que no son contrarios al bien público.

Art. 20. La distinción de las leyes en leyes odiosas y leyes favorables, con el propósito de restringir o de extender sus disposiciones, no puede ser hecha por quienes están encargados de interpretarlas.

CÓDIGO CIVIL DE LA LOUISIANA DE 1825*

TÍTULO PRELIMINAR DE LAS DEFINICIONES GENERALES DEL DERECHO Y DE LA PROMULGACION DE LAS LEYES

Capítulo 4 De la aplicación y la interpretación de las leyes

Art. 13. Cuando una ley es clara y se encuentra libre de toda ambigüedad, no ha de eludirse la letra bajo el pretexto de penetrar su espíritu.

Art. 14. Los términos de una ley deben ser generalmente entendidos en su significado más conocido y más usado, sin atender tanto a los refinamientos de las reglas de la gramática como a su acepción general y vulgar.

Art. 15. Los términos del arte o las expresiones y frases técnicas deben ser interpretados conforme al significado y la acepción que les son atribuidas por las personas versadas en alguno de esas artes, materias o profesiones.

Art. 16. Cuando las expresiones de una ley son dudosas, se puede buscar su significado examinando y comparando los términos o frases ambiguas con las otras partes de la ley, con el fin de determinar su verdadero sentido.

Art. 17. Las leyes *in pari materia*, o sobre la misma materia, deben ser interpretadas conforme a la relación que ellas tienen la una con la otra; aquello

* Según el texto francés consignado en: *Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana, Prepared by The Louisiana State Law Institute at the direction of The Editorial Committee. Volume 3, Part I. Baton Rouge, Louisiana, 1940. Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez.*

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL
PRESENTADO POR LA COMISION
DESIGNADA POR EL GOBIERNO EL 24
DE TERMIDOR DEL AÑO VIII
(PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE
1800)

LIBRO PRIMERO
DEL DERECHO Y DE LAS LEYES

Título V

De la aplicación y de la interpretación de las leyes

Art. I.º El ministerio del juez consiste en aplicar las leyes con discernimiento y fidelidad.

II. Muchas veces es necesario interpretar las leyes.

Hay dos clases de interpretación, aquella por vía de doctrina, y aquella por vía de autoridad. La interpretación por vía de doctrina consiste en discernir el verdadero sentido de una ley en su aplicación a un caso particular. La interpretación por vía de autoridad consiste en resolver las dudas en forma de disposición general y de mandato.

III. El poder de pronunciar en forma de disposición general está prohibido a los jueces.

IV. La aplicación de cada ley debe ser hecha al orden de las cosas sobre las cuales ella estatuye. Los objetos que son de un orden diferente no pueden ser decididos por las mismas leyes.

V. Cuando una ley es clara, no ha de eludirse su letra bajo pretexto de penetrar su espíritu; y en la aplicación de una ley oscura, se debe preferir el sentido más natural y aquel que es menos defectuoso en la ejecución.

VI. Para fijar el verdadero sentido de una parte de la ley, debe combinarse y reunirse todas las disposiciones.

VII. La presunción del juez no debe ponerse en el lugar de la presunción de la ley, no está permitido distinguir donde la ley no distingue; y las excepciones que no se encuentran en la ley no deben ser suplidas.

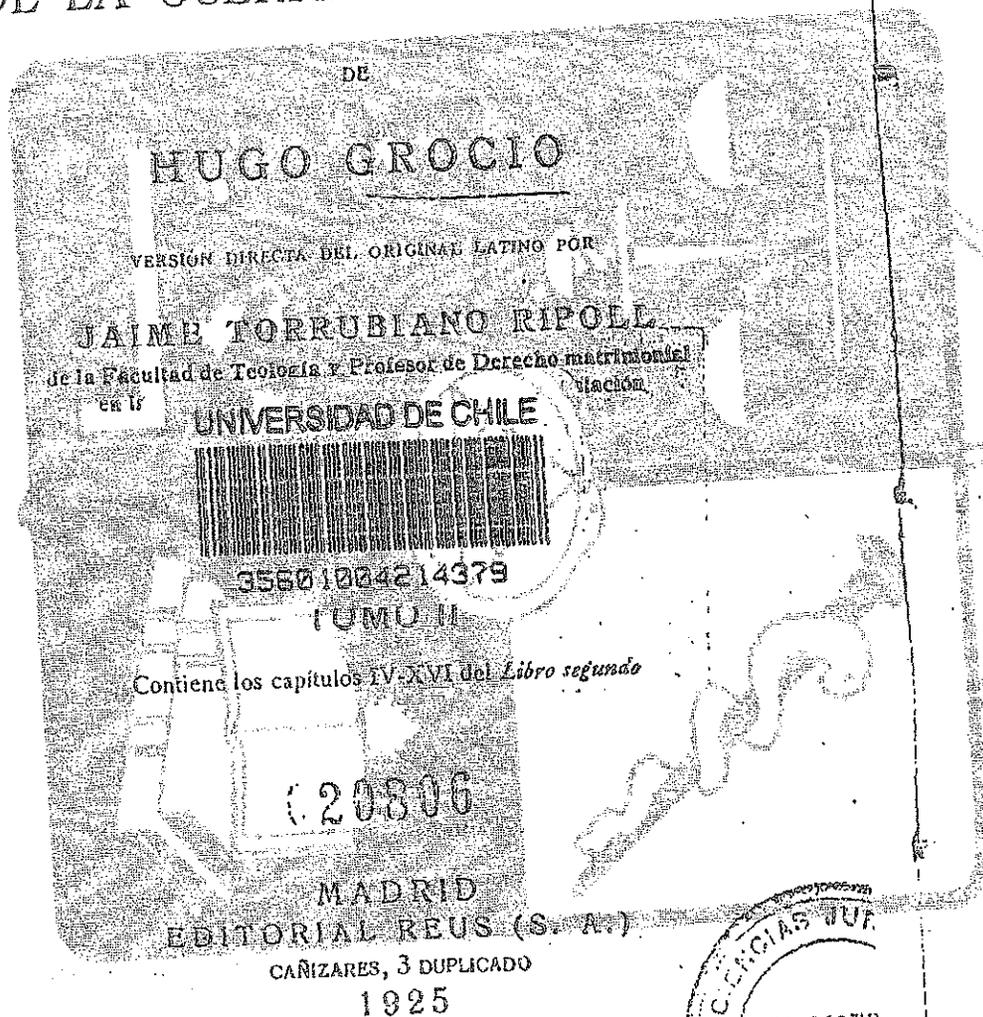
VIII. No se debe razonar de un caso a otro, sino cuando hay un mismo motivo de decidir.

IX. En los casos en que la ley declara nulos ciertos actos por temor a un fraude sus disposiciones no pueden ser eludidas con el fundamento de que se haya dado prueba de que esos actos no son fraudulentos.

X. La distinción de leyes odiosas y de leyes favorables, hecha con el objeto de extender o de restringir sus disposiciones, es abusiva.

DEL DERECHO
DE LA GUERRA Y DE LA PAZ

G.873d
1925
V-2
C.1



CAPITULO XVI

DE LA INTERPRETACIÓN

- I. Cómo obligan las promesas al exterior.—II. Las palabras, si faltan otros indicios, han de entenderse según la propiedad popular.—III. Las palabras de un arte por el arte.—IV. Han de usarse las conjeturas por la ambigüedad de las palabras, por la idea repugnante, o porque ellas espontáneamente se introducen.—V. Como por la materia.—VI. Por el efecto.—VII. Por los adjuntos; el origen o también el lugar.—VIII. A lo cual pertenece la conjetura por la razón que ha movido, cuándo y cómo tenga ésta lugar.—IX. Distinción de los significados en laxos y estrictos.—X. Distinción de las promesas en favorables, odiosas, mixtas y medias.—XI. Realízase acerca de los actos de los pueblos o de los reyes la diferencia de los contratos de buena fe o de riguroso derecho.—XII. Según las distinciones dichas de las significaciones y de las promesas se determinan las reglas acerca de las interpretaciones.—XIII. Si se comprenden con el nombre de socios a los venideros, y cómo: donde se trata de la alianza de los Romanos con Asdrúbal y de contrivencias parecidas.—XIV. Cómo ha de interpretarse que un pueblo no haga la guerra sin el mandato de otro.—XV. Sobre aquellas palabras *ha de ser libre Cartago*.—XVI. Qué pactos han de tenerse por personales, y cuáles por reales; explícase con distinciones.—XVII. La alianza hecha con el rey extiéndese al rey expulsado del reino.—XVIII. No al invasor del reino.—XIX. A quién se debe la promesa hecha al que primero la hiciere, cuando la han hecho muchos a la vez.—XX. La conjetura que va más allá: o amplía, y cuándo suceda esto.—XXI. Donde se trata también del

251726



000 000057

mandato que ha de cumplirse por medio de otro.—XXII. O retringe: y esto o por defecto inicial de la voluntad, el cual se colige por el absurdo.—XXIII. Por cesación de la razón única.—XXIV. Por defecto de la materia.—XXV. (Observación acerca de las conjeturas próximamente dichas).—XXVI. O por la repugnancia con la voluntad de un caso imprevisto, el cual se toma de lo ilícito.—XXVII. Por la carga demasiado grave, teniendo en cuenta el acto.—XXVIII. Por otros indicios, como cuando se confrontan entre sí las partes del escrito.—XXIX. Qué reglas han de guardarse en ese caso.—XXX. No se requiere la escritura en la duda respecto de la validez del contrato.—XXXI. No ha de tomarse del Derecho romano la interpretación del contrato de los reyes.—XXXII. Si ha de atenderse más a las palabras que expresan la condición del aceptante que a las que expresan la del oferente; se explica con distinción.

I. Si únicamente miramos al mismo que prometió, está obligado a dar espontáneamente aquello a que quiso obligarse. En la promesa, dice Cicerón, hay que fijarse en lo que pensaste, no en lo que dijiste. Pero como los actos internos de suyo no son visibles, y hay que establecer algo determinado, a fin de que no sea nula la obligación, si cada uno pudiera librarse suponiéndose él el sentido que quisiese, según el dictamen de la razón natural, al que se le prometió algo le asiste el derecho de obligar al promovedor a lo que dicta la interpretación recta; porque de otra forma no tendría fin el asunto, lo cual se toma en las cosas morales por lo imposible. Acaso en este sentido habla Isócrates, al tratar de los convenios en la prescripción contra Cali-

maco, lo cual corrigió con razón Pedro Fáber, varón de vastísima erudición, de esta ley común usamos constantemente los hombres entre nosotros, y no solamente los Griegos, sino también los bárbaros, como dijo el mismo poco antes. A esto se refiere aquello de la fórmula antigua de las alianzas que trae Livio: *Ciertamente que en este caso se han interpretado justísimamente, sin engaño malo*. La medida de la buena interpretación es la deducción del pensamiento por los indicios más probables. Estos indicios son de dos clases, palabras y otras conjeturas, las cuales, o se consideran por separado o por junto.

II. Si no hay ninguna conjetura que indique otra cosa, las palabras han de entenderse según su propiedad, no gramatical, que proviene del origen, sino popular, que se toma del uso, en cuyo poder está el arbitrio, el derecho y la norma de hablar. Usaron, pues de una salida necia de la perfidia los Locrenses, cuando habiendo prometido cumplir lo pactado mientras estuviesen en esta tierra y llevando las cabezas sobre los hombros, sacudieron la tierra adherida a los calzados y arrojaron las cabezas de ajos colgadas de los hombros, como si de aquella manera pudiesen quedar libres del juramento; la cual historia se halla en Polibio, y algunos ejemplos de perfidia semejante en Polieno, que no es necesario copiar, porque no tienen duda. Con estos fraudes

dijo bien Cicerón, que se ata, no se libra el perjuro.

III. Mas en las palabras de las ciencias, que el pueblo apenas comprende, hay que atenerse a la determinación de los sabios en cada ciencia, como qué sea majestad, qué parricidio; las cuales aplican los maestros de la retórica según su definición. Porque con verdad dijo Cicerón, el primero de los Académicos: *Las palabras de los Dialécticos ningunas son populares, usan las suyas y propias; y esto es ciertamente común a casi todas las artes.* Así, pues, si en los convenios se tratase del ejército, determinaríamos que el ejército es aquella multitud de soldados que abiertamente se atreve a invadir los territorios enemigos, porque frecuentemente oponen los historiadores lo que se hace a escondidas o a la manera de los salteadores, y lo que se hace con un ejército justo. Por lo cual, se ha de estimar como fuerzas de los enemigos el número de hombres que forman su ejército. Cicerón llama ejército a seis legiones y los bagajes. Polibio dice que el ejército Romano generalmente lo constituían diez y seis mil Romanos y veinte mil aliados; pero también un número menor puede llenar la medida de ese nombre. Pues dice Ulpiano que dirige un ejército el que está al frente hasta de una sola legión con los bagajes; esto es, según expone Vegecio, diez mil de a pie y

diez mil de a caballo, y Livio pone la forma de un ejército completo en ocho mil. De una manera igual habrá de apreciarse la armada. Así la fortaleza es el lugar que pueda rechazar al ejército enemigo por cierto tiempo.

IV. 1. Es necesario acudir a conjeturas cuando las palabras o el conjunto de ellas son *πολυσημα*; esto es, tienen muchos significados. A este lugar llaman los Retóricos *εξ' αμφιβολιασ*; los Dialécticos con más sutileza, si en una sola palabra puede haber muchos sentidos, *ομωνυμιαν*; si en la reunión, *αμφιβολιασ*. Son asimismo necesarias las conjeturas siempre que en los pactos hay *εναντιοδρασια*, cierta especie de repugnancia. Porque entonces hanse de buscar las conjeturas que concilien, si puede hacerse, unas partes con otras, porque, si hay verdadera oposición, lo que últimamente agradó a los contratantes derogará las anteriores, porque nadie pudo querer cosas contrarias al mismo tiempo, y ésa es la condición de los hechos que dependen de la voluntad, que por un nuevo acto de ella puede apartarse de allí, ya por una sola parte, como en la ley y el testamento, ya por junto, como en los contratos y pactos. A este lugar llaman los Retóricos *εξ' αγγινομιασ*. Y ciertamente en estos casos la obscuridad manifiesta de las palabras obliga a recurrir a las conjeturas.

2. A veces las mismas conjeturas son tan ma-

nifiestas, que espontáneamente se ofrecen aún contra el significado más usado de las palabras. A este lugar llaman los Retóricos Griegos *περὶ πρῶτον Διευκλιᾶς*; los Latinos, por el escrito y el sentido de lo escrito. Mas los lugares de los cuales se sacan las conjeturas de la voluntad, son los principales por la materia, por el efecto y por los adjuntos.

V. Por la materia, como la palabra *diez*, si se han pactado treguas de treinta días, no debe entenderse de los días naturales, sino civiles, porque eso es conforme a la materia. Así la palabra *dar* se toma por transigir, según la cualidad del asunto. Así la palabra *armas*, que ya significa los instrumentos de la guerra, ya los soldados armados, se habrá de interpretar de esta o de la otra manera, según la materia. Así, los hombres que se prometió devolver, han de devolverse vivos, y no muertos; al contrario de lo que se imaginaron los de Platea. Y los que fueron intimados a dejar las armas, cumplieron con dejar la espada, y no los broches, como pretendía Pericles; y la salida de la ciudad ha de entenderse libre, de manera que también el camino esté asegurado, al contrario de lo que hizo Alejandro. Y la mitad de las naves de una división debe entenderse de las enteras, no de las partidas; al contrario de lo que hicieron los

Romanos a Antioco. Júzguse lo mismo de casos semejantes.

VI. Por el efecto: acerca del cual lo principal es si la palabra tomada según el uso más común produjese un efecto contrario a la razón. Porque en una palabra ambigua, más bien se ha de seguir la interpretación que carece de culpa. Así, pues, no ha de admitirse la escapatoria de Brasidas, quien, habiendo prometido que renunciaría al campo de Beocia, negaba que fuese aquel que ocupaba con el ejército, como si se hubiese de entender aquella palabra de la posesión de guerra y no de los límites antiguos, en cuyo sentido había sido nulo el pacto.

VII. Los adjuntos son o por el origen o también por el lugar. Adjuntos por el origen son los que proceden de la misma voluntad, aunque dichos en otro lugar y con otra ocasión de donde nace la conjetura; porque en la duda créese que la voluntad es consecuente consigo. Así, en Homero, lo que se había convenido entre Paris y Menelao, que Helena sería para el vencedor, por los consigüentes se habrá de explicar de manera que por vencer se entienda únicamente el que matase al otro. Plutarco da la razón: *Los jueces se acomodan a lo que es menos ambiguo, dejando lo que es más obscuro.*

VIII. Entre aquellas cosas que son adjuntas también por el lugar, tiene el principal va-

lor el motivo de la ley, el cual confunden muchos con la intención, siendo así que es uno de los indicios por los cuales la alcanzamos. Y entre las conjeturas es ésta la de más valor si consta cierto que la voluntad se movió por alguna razón como por causa única, pues frecuentemente las razones son muchas; a veces también, aparte de la razón, la voluntad se determina a sí misma en virtud de su libertad, lo cual basta para producir obligación. De esta manera la donación hecha con ocasión de las nupcias, no tendrá valor si no se realizan.

IX. Por lo demás ha de saberse, que muchas palabras tienen varios significados, uno más estrecho, otro más amplio, lo cual proviene de muchas causas: o porque se da el nombre del género a una de las especies, como en las palabras de *cognación* y de *adopción*, y también en los nombres masculinos, que suelen también usarse por los comunes cuando faltan estos, o porque la acepción de la ciencia se extiende a más que la popular, como la muerte en el Derecho civil se extiende a la deportación, cuando en el pueblo significa otra cosa.

X. Hase de notar a la vez, que de las cosas que se prometen unas son favorables, otras odiosas, otras mixtas, y otras intermedias. Son favorables, las que llevan consigo la igualdad, y las que miran al provecho común, el cual cuan-

to es mayor y se extiende a más, tanto es mayor el aplauso de lo prometido, como es mayor la de la que se refiere a la paz que a la guerra, y de la guerra emprendida por su defensa que por otras causas. Son odiosas las que cargan a una parte solamente, o más que a la otra, y las que cambian algo de lo anterior. Y si hay algo mixto, como cambiando ciertamente lo anterior, pero por causa de la paz, eso se juzgará ora favorable, ora odioso por la magnitud del provecho o de la mudanza; pero de tal manera que, en igualdad de lo demás, se profiera el favor.

XI. La diferencia de los actos de buena fe y de los de estricto derecho, en cuanto proviene del Derecho Romano, no pertenece al derecho de gentes. Sin embargo, en algún sentido puede acomodarse aquí, como por ejemplo, si en algunas comarcas ciertos actos tienen una forma común, mientras no se cambie, se juzga que la tiene; mas en otros actos, que son de suyo indeterminados cual la donación y la libre promesa, hay que atenerse más bien a las palabras.

XII. Sentadas estas cosas han de guardarse estas reglas. En las no odiosas han de tomarse las palabras según lo da la propiedad del uso popular, y si son muchas, aquella que es más amplia, como es que el masculino se tome por el género común, y la expresión indeterminada por la universal. Así estas palabras, *de donde*

uno ha sido arrojado, también alcanzarán a restablecer a aquel que por la fuerza es estorbado de tomar lo suyo; porque la palabra, tomada con más amplitud, tiene ese significado, como discute bien Cicerón en favor de A. Comia.

2. En las favorables, si el que habla entiende el derecho, o se aconseja con los versados en el derecho, las palabras han de tomarse con más amplitud, de modo que también comprendan el significado de la ciencia o el que dio la ley. Mas no se ha de recurrir a los significados claramente impropios, a no ser que de otra suerte se siguiese algo absurdo, o la inutilidad del pacto. Por el contrario, habrán de tomarse las palabras aún en el sentido más restringido que indica la propiedad, si fuese necesario para evitar la maldad o el absurdo; mas si no hay necesidad, sino manifiesta equidad o provecho en la restricción, habrá de mantenerse dentro de los estrechísimos límites de la propiedad, a no ser que las circunstancias aconsejen otra cosa.

3. Pero en las odiosas, hasta se admite el lenguaje algún tanto figurado, con el cual se evite la carga. Así, pues, en la donación y en la remisión del derecho suelen restringirse las palabras, por más generales que sean, a lo que verosímelmente se pensó. Y en este género de cosas alguna vez se juzgará legitimamente ocupado lo que puede haber esperanza de conservarlo. Así, los auxilios

prometidos por una sola parte, se entenderán que se deben a expensas del que los pida.

XIII. 1. Es célebre la cuestión, si con el nombre de aliados se comprenden solamente los que lo eran en tiempo de la alianza, o también los venideros, como en la alianza hecha entre el pueblo Romano y el Cartaginés después de la guerra sobre Sicilia: *Los aliados de ambos pueblos estén seguros por ambas partes.* De ahí deducían los Romanos que, aunque el pacto celebrado con Asdrúbal de no pasar del río Ebro, nada les aprovechaba porque los Cartagineses no lo habían ratificado, con todo, si estos aprobaban el hecho de Annibal de atacar a los Saguntinos, a los cuales habían tomado por aliados los Romanos después del pacto dicho, les podían declarar a los mismos la guerra como por haberlo violado. Livio expone así las razones: *Bastante se había advertido a los Saguntinos, que se habían exceptuado los aliados de entrambos; pues ni se había hecho amistad a aquellos que lo eran entonces ni a los que después se juntasen; y como era licito tomar nuevos aliados, ¿quién juzgaría justo o recibir a alguno a su amistad sin méritos ningunos o no defender a los tomados bajo su protección, únicamente para que los aliados de los Cartagineses no fueran solicitados a la desertión o recibidos los desertores de su propia voluntad?* Lo cual se ve haberse tomado de Polibio casi a la letra. ¿Qué

diremos? No hay duda que se puede aceptar, salvando el arte del bien hablar, la expresión de *los aliados*, ya en el significado estricto de los que lo eran al tiempo de la alianza, ya en el más amplio que se extiende también a los venideros. Cuál, pues, de las dos interpretaciones ha de preferirse habrá de juzgarse por las reglas antes expuestas, según las cuales decimos que no se comprende a los futuros porque se trata de romper la alianza, que es materia odiosa y de quitar la libertad a los Cartagineses para obligar con las armas a los que creyesen que les habían injuriado; la cual libertad es natural, ni se presume haber sido renunciada ligeramente.

2. Luego, ¿no fue lícito a los Romanos unirse en alianza con los Saguntinos o defenderlos una vez unidos? Antes al contrario, les fue lícito, no en virtud de la alianza, sino por derecho natural, al cual no se había renunciado con la alianza, de suerte que los Saguntinos se hallaban respecto de entrambos en tal situación, como si nada se hubiese convenido sobre los aliados, en cuyo caso, ni los Cartagineses obrarían contra la alianza haciendo armas que creían justas contra los Saguntinos, ni los Romanos si los defendían. Exactamente como se había concertado en tiempo de Pirro entre los Cartagineses y los Romanos, que si el uno de sus pueblos hiciera alianza con Pirro la hiciera de manera que quedara a salvo el derecho de

prestar ayuda a aquel a quien Pirro atacase con la guerra. No digo que pudiese ser la guerra justa por entrambas parte; pero niego que se refiriera a la violación de la alianza, así como distingue Polibio en la cuestión sobre el auxilio enviado a los Mamertinos por los Romanos, si fué justo, y si era lícito por la alianza.

3. Y esto mismo es lo que dicen los de Corfú, en Tucídides, a los Atenenses, que les era lícito mandarles auxilios y que no obstaba tener los Atenenses alianza con los Lacedemonios, ya que por esta alianza era lícito incorporarse a nuevos aliados. Y este parecer siguieron luego los Atenenses, mandando a los suyos que no peicasen contra los Corintios sino cuando se disputasen a ir en son de guerra a Corfú o a algún territorio de la jurisdicción de los Corsirenses, y ello, para no romper la alianza. No se opone a la alianza, que los unos defendiesen a quienes los otros hubiesen injuriado, conservando en lo demás la paz. Justino, tratando de esta época: *Las treguas que habían concertado en nombre propio las rompían en representación de los aliados, como si fuesen menos perjuros auxiliando a los aliados que peleando en guerra abierta.* Así también en el discurso sobre el Halón, que se lee entre los de Demóstenes, se ve advertido en cierta paz de los Atenenses con Filipo, que las ciudades griegas no comprendidas en ella fuesen libres; si alguno las

atacaba era lícito defenderlas a los comprendidos en la paz. Y esto es ciertamente un ejemplo de la alianza igual.

XIV. Pondremos otro de la desigual: si se concertase que uno de los aliados no pudiese hacer la guerra sin el mandato del otro; lo cual fué establecido en la alianza de los Romanos y los Cartagineses después de la segunda guerra Púnica, según recordamos arriba, así como se estableció en la lianza Macedónica con los Romanos antes del rey Perseo. Puesto que la expresión de hacer la guerra puede aplicarse ya a toda guerra, ya a la que se hace y no a la que se rechaza, en la duda tomaremos en este caso la significación más estrecha para no coartar demasiado la libertad.

XV. Del mismo estilo es aquello que prometieron los Romanos, que Cartago sería libre; lo cual, si bien por la naturaleza del acto no podía entenderse de una libertad absoluta (porque antes habían perdido el derecho de hacer la guerra y algunas otras cosas), sin embargo, les dejaban alguna libertad, y por lo menos tanta, que no se viesen precisados a trasladar de asiento la ciudad a un reino extranjero. En vano, pues, insistían los Romanos en la palabra Cartago, diciendo que la multitud de los ciudadanos no significaba la ciudad (lo cual, aunque impropio, puede concederse por el atributo, que se aplica

más a los ciudadanos que a la ciudad). Porque, como dice Apiano, era manifiesta la ambigüedad en la palabra *dejar libre*.

XVI. 1. A esto se refiere también aquella cuestión frecuente sobre los pactos personales y reales. Y efectivamente, si se ha tratado con un pueblo libre, no hay duda que lo prometido a él es por su naturaleza real, porque el sujeto es una cosa permanente. Y aun cuando la condición de ciudad se cambie en reino, permanecerá la alianza, porque permanece el mismo cuerpo, aunque mudada la cabeza, y, como dijimos antes, el poder que se ejerce por el rey no deja de ser poder del pueblo. Habrá de exceptuarse, si apareciese que la causa era propia de aquel estado, como si las ciudades libres hacen alianza con el fin de conservar su libertad.

2. Mas, si se ha concertado con el rey, no se juzgará la alianza desde luego personal, pues como dijeron bien Pedio y Ulpiano, las más de las veces se interpone la persona en el pacto, no para que éste sea personal, sino para hacer ver con quién se ha hecho. Y si se añadió a la alianza que sea perpetua o hecha en bien del reino o con el mismo y sus sucesores o para tiempo determinado, ya se verá bastante que es real. Tal parece que fué la de los Romanos con Filipo, rey de Macedonia, la cual, negando su hijo Perseo que le alcanzase a

él, surgió la guerra con este pretexto. Pero proporcionarán una conjetura no improbable, ya otras palabras ya a veces la misma materia.

3. Y si fuesen iguales las conjeturas para entrambas cosas, restará que las favorables se tengan por reales y las odiosas por personales. Las alianzas hechas con el fin de la paz o del comercio son favorables. Las que por causa de la guerra, no todas son odiosas, como opinan algunos, sino que *ἐπιμαχίαι*, esto es, alianzas para defenderse, se acercan más a las favorables, y *κοινωνίαι* más a las odiosas. A lo cual se junta, que en la alianza para cualquier guerra se presume la consideración tenida a la prudencia y humanidad de aquel con quien se hace, de suerte que no parezca emprender la guerra, no ya sólo no injustamente, sino ni siquiera temerariamente.

4. Y no añuzco aquí lo que suele decirse, que las alianzas terminan con la muerte, porque se refiere a las privadas, y es de derecho civil. Si se apartaron de la alianza justa o injustamente los Fidenates, Patinos, Etruscos y Latinos una vez muertos Rómulo, Tulo, Anco Prisco y Servio, no podemos apreciarlo nosotros exactamente, puesto que no han quedado las palabras de ellas. De lo cual no desemeja aquella controversia de Justiniano, si las ciudades que fueron tributarias de los Medos cambiaron de condición en mudándose el imperio. Porque ha de mirarse si en el convenio

escogieron la fidelidad de los Medos. Pero en manera alguna ha de admitirse la razón de Bodino, que las alianzas no pasan a los sucesores de los reyes, porque la obligación del juramento no sale de la persona. Puesto que puede obligar solamente a la persona la obligación del juramento, y la misma promesa al heredero.

5. Porque tampoco es verdad lo que supone que las alianzas descansan como en su sostenimiento en el juramento, cuando las más de las veces la promesa tiene en sí bastante eficacia, a la cual se añade el juramento para mayor firmeza. Siendo Cónsul P. Valerio, había jurado el pueblo Romano que se reunirían por el mandato del Cónsul. Muerto él le sucedió L. Quinto Cincinato. Y algunos tribunos discurrían que no estaba obligado el pueblo por religión. Siguese el juicio de Livio: *Aun no había alcanzado a Dios esta despreocupación que ahora se apodera del mundo, ni hacía cada uno el juramento y las leyes acomodados por la interpretación en su favor, sino más bien ajustaban a ellos sus costumbres.*

XVII. En verdad, la alianza hecha con el rey permanece, aunque el mismo o el sucesor sean arrojados del reino por sus vasallos. Porque dura en él el derecho al reino, aunque haya perdido la posesión; a lo cual se refiere aquello de Lucano sobre el Senado Romano: *Nunca ja-*

más perdió sus derechos el gremio con mudar de lugar.

XVIII. Al contrario, si el usurpador de un reino extraño, queriéndolo el verdadero rey, o el opresor de un pueblo libre antes de que haya suficiente consentimiento del pueblo, es atacado con la guerra, nada se hará con eso contra la alianza, porque éstos tienen la posesión, pero no el derecho. Y esto es lo que T. Quincio decía a Nabid: *No tenemos contigo ninguna amistad ni alianza, sino que fué hecha con Pélope, rey justo y legítimo de los Laccedemonios.* Y estas condiciones en las alianzas del rey, del sucesor y semejantes significan propiamente derecho, y la causa de los invasores es odiosa.

XIX. Había tratado antiguamente Crisipo esta cuestión: si el premio prometido al que primero llegase a la meta se deba a entrambos cuando dos llegan a la vez, o a ninguno. Y en verdad, la palabra *primero* es ambigua, pues o significa al que precede a todos o aquel a quien nadie antecede. Pero como los premios de las virtudes son favorables, es más razonable que tengan derecho al premio los que llegan juntos, aunque Escipión, César y Juliano dieron con más largueza grandes premios a los que escalaron los muros a la par. Y sean dichas estas cosas sobre la interpretación que toca a la significación propia o impropia de las palabras.

XX. 1. Hay además otra clase de interpretación por conjeturas fuera de la significación de las palabras, es decir, de las que contienen la promesa, y ésta doble, o extensiva, o restrictiva. Pero la interpretación extensiva se hace con más dificultad y más fácilmente la restrictiva. Pues así como en todas las cosas para que no se siga el efecto basta que falte una de las causas y para que se produzca es necesario que concurren todas, así también en la obligación no se ha de admitir ligeramente la conjetura extensiva de la obligación, y con mucha mayor dificultad en este caso que en el de que hablábamos antes, en el cual admiten las palabras una significación más amplia, aunque menos común. Porque en este caso buscamos fuera de las palabras de la promesa la conjetura, que debe ser muy cierta para que produzca obligación, y no basta una razón semejante, sino que debe ser la misma, y ni esto es siempre suficiente para decir con motivo que ha de hacerse la extensión, porque, según decíamos poco hace, la razón mueve muchas veces de suerte que la voluntad es, sin embargo, causa de suyo suficiente aun sin aquel motivo.

2. Para que, pues, la tal extensión se haga rectamente, es necesario que conste el motivo bajo el cual cae el caso que queremos comprender, y que es la causa única y eficaz que movió al prometedor, y que esa es la misma

razón considerada por él en su generalidad, porque, de otro modo, la promesa hubiera sido injusta e inútil. Este punto también suele ser tratado por los Retóricos. Y lo que enseñan los Jurisconsultos acerca de lo que se hace con fraude.

3. Sirva de ejemplo el pacto de que no se cercare un lugar con murallas, hecho en el tiempo en que no había otra manera de defensa. No podrá ese lugar cercarse ni siquiera con terraplén, si consta ciertamente que la causa única de promibir las murallas fué que no se defendiese ese lugar. Comunmente suele traerse el ejemplo de la condición si ha muerto el póstumo, puesta por el que esperaba absolutamente al póstumo, para que la aplicación de la disposición se extienda al caso de no haber nacido el póstumo, porque consta que la voluntad del que habla se movió por la idea de que no se extinguiese la descendencia, lo cual puede hallarse lo mismo, no solamente en los Jurisconsultos, sino también en Cicerón y en Valerio Máximo.

4. Cicerón aduce esta causa en el discurso por Cecina: *¿Qué, se había provisto a esta lo bastante con las palabras? De ninguna manera. ¿Qué es, pues, lo que valió? La voluntad, la cual, si pudiese conocerse callando nosotros, no usaríamos en absoluto de palabras; mas, porque no se puede, se introdujeron las palabras, no para que estorba-*

sen la voluntad, sino para que lo declarasen. Luego, en el mismo discurso dice que existe el mismo derecho donde se ve la misma causa de equidad, esto es, de la razón que únicamente había movido. Así la expresión *de donde tú me arrojases por la fuerza con hombres obligados o armados* tiene aplicación contra toda fuerza que se refiere a la cabeza y a la vida. *Porque esa, dice, se ejerce por lo común por hombres forzados y armados, la cual, si se ejerció con otro fin, pero con idéntico peligro, quisieron que cayese bajo la misma ley.* Hállase este ejemplo en la declamación de Quintiliano el padre: *Matanza parece indicar sangre y hierro; si algún hombre hubiese sido muerto de otra manera volveremos a aquella ley. Si cayere en manos de ladrones, si fuese arrojado al agua, si precipitado en alguna inmensa profundidad, será vengado por la misma ley que el que fué herido a hierro.* Parecida es la argumentación de Iseo en el discurso sobre la herencia de Pirro, cuando de que estaba prohibido por la ley Atica hacer testamento contra la voluntad de la hija, deduce que no era permitida la adopción contra su voluntad.

XXI. Y según esto ha de resolverse aquella cuestión célebre, que también se halla en Celio, acerca del mandato, si puede cumplirse, no por lo mismo, sino por otra cosa igualmente útil o más útil que lo prescrito por el mandatario. Por-

que eso es únicamente así lícito si consta que lo que estaba prescrito no lo fué en su misma especie, sino en términos más generales, que pueden obtenerse también de otra manera; como respondió Escévola, que quien había recibido orden de salir por flador podía mandar al acreedor que entregase el dinero a un tercero. Mas si eso no consta lo bastante, hay que atenerse a lo que se lee en Celio en su lugar: que se termina el deber del mandatario si uno responde a lo que le han mandado hacer, no por servicio debido, sino por dictamen pedido.

XXII. La interpretación restrictiva, fuera de la significación de las palabras que contienen la promesa, o se tome de un defecto de origen de la voluntad, o de la oposición de un caso resultante con la voluntad. El defecto de origen de la voluntad entiéndese por el absurdo que de otra manera se seguiría evidentemente, por cesar la razón única que movió entera y eficazmente a la voluntad, y por defecto de la materia. Lo primero se funda en que nadie se ha de pensar que quiere los absurdos.

XXIII. Lo segundo, en que lo que contiene la promesa cuando se añade esa razón, o consta de ella, no se considera nudamente, sino en cuanto se expresa bajo aquella razón.

XXIV. Tercero, en que la materia de que se

trata siempre está presente al ánimo del que habla, aunque las palabras sean más amplias.

XXV. 1. Pero de la razón háase de notar, que bajo ella se comprenden muchas veces ciertas cosas, no según su existencia, sino según la potencia moralmente considerada, la cual, donde ha lugar, no se ha de restringir.

Así, si se previno que el Ejército o la Armada no se lleve a algún lugar, no podrán ser llevados allí, aun con ánimo de no dañar. Porque en el pacto se atendió no un daño cierto, sino a cualquier peligro.

2. Suele también disputarse esto, si las promesas tienen en sí la condición tácita de si las cosas permanecen en el lugar en que están. Lo cual se ha de negar, a no ser que manifestísimamente aparezca que el presente estado de las cosas está incluido en aquella única razón que dijimos. Así, frecuentemente leemos en las historias que los legados, abandonada la legación, se volvieron a sus casas después de emprender el camino, porque entendieron que habían cambiado de tal manera las cosas, que cesaba toda la materia o causa de la legación.

XXVI. 1. La repugnancia del caso emergente con la voluntad es doble; pues la voluntad, o se colige por la razón natural, o por otra señal de la misma voluntad.

Para juzgar la voluntad por la razón natural,

312

Aristóteles, que trató directamente esta parte, puso como virtud propia en el entendimiento *ἡσυχία*, o *σωφροσύνη*, es decir, la *equiprudencia*, y en la voluntad, *ἐπιείκεια*, es decir, la *equidad*, la cual define sabiamente diciendo que es la corrección de aquello en que la ley falla por su universalidad; lo cual debe referirse también a su modo a los testamentos y a los pactos. Pues, porque un caso ni todos pueden preverlo ni expresarlo, por eso es menester cierta libertad para eximir aquellos casos que habría eximido, si estuviera presente, el que habló; mas no temerariamente, puesto que esto sería hacerse dueño de acto ajeno, sino por sufficientísimos indicios.

2. Es indicio certísimo, si en algún caso fuese ilícito seguir las palabras, por oponerse a los preceptos naturales o divinos; pues, como las tales no son capaces de obligación, han de eximirse necesariamente. *Algunas cosas*, dice Quintiliano, *el padre, aunque estén comprendidas en alguna significación de la ley, no obstante, son exceptuadas por la naturaleza.* Así, quien prometió devolver una espada que se tenía en depósito, no la devolverá al ladrón, para que no ponga en peligro al mismo o a otros inocentes. Así, tampoco se devolverá la cosa depositada al que la depositó, si el dueño la reclama. *Declaro*, dice Trifonio, *que ésta es la justicia, que de tal manera da a cada uno lo suyo, que no se distraiga*

de la reclamación más justa de otra persona. La razón es porque, como en otro lugar anotamos, es tal la fuerza del dominio, que una vez se ha introducido, es totalmente injusto no devolver la cosa al dueño conocido.

XXVII. 1. Será un segundo indicio, si seguir las palabras no es de suyo y totalmente ilícito, sino demasiado grave e intolerable al que estime con equidad la cosa; ya considerada absolutamente la condición de la naturaleza humana; ya comparando la persona y la cosa de que se trata con el mismo fin del acto. Así, quien prestó una cosa para un determinado número de días, podrá reclamarla dentro de aquellos días, si él la necesita mucho, porque la naturaleza de aquel acto tan benéfico es tal, que no se ha de creer que alguno quiso obligarse con grande daño suyo. Así, el que prometió auxilio al aliado, se excusará mientras él peligró en casa, en cuanto necesita de las tropas. Y la concesión de inmunidad de gabelas y tributos se entenderá de los cotidianos y anuales, no de aquellos que exige la suma necesidad y de los cuales no puede carecer la república.

2. Por lo cual se ve claro que habló demasiado latamente Cicerón cuando dijo, que no se han de cumplir las promesas que son inútiles a aquellos a quienes hubieres prometido. Pues, si la cosa ha de ser útil a aquel a quien se prometió,

no debe juzgarlo el promisor, sino tal vez en el caso de favor del que hablamos arriba; y para que lo prometido no obligue al promisor no es suficiente cualquier daño contra el promisor, sino que es menester que sea tal, que se deba creer exceptuado según la naturaleza del acto. Así, quien prometió sus servicios por algunos días al vecino, no estará obligado, si le detiene enfermedad grave del padre o del hijo. Y esto dice recatemente Cicerón en el libro primero de los Deberes: *Si te constituyeres abogado en favor de alguno para cosa que presentase situación veniente, y entre tanto comencase a enfermar gravemente el hijo, no sea contra tu deber no hacer lo que hubieres dicho.*

3. En el mismo sentido se ha de tomar, y no se ha de extender más, lo que leemos en Séneca: *Entonces me consideraré infiel, entonces me acusaré de inconstancia, si al quedar las cosas lo mismo que estaban al prometer yo, no cumpliere la promesa; de otra suerte, lo que se muda deja entera mi libertad y casará mi compromiso. Prometí mi patrocinio; después apareció que por aquella causa se seguía perjuicio a mi padre. Prometí ir en peregrinación en compañía, pero se anuncia que el camino está infestado de salteadores. Tuve que acudir a una diligencia de foro, pero me retiene el hijo enfermo o la mujer de parto. Todo debe permanecer lo mismo que cuan-*

do prometí para estar obligado por la palabra de la promesa. Entiéndelo todo según la naturaleza del acto de que se trata, como ya expusimos poco ha.

XXVIII. Dijimos que otras pueden ser también las señales de la voluntad que muestren el caso que se ha de eximir. Entre aquellas señales nada es más valedero que las palabras puestas en otro lugar, no donde pugnan directamente, que es la *antinomia* de la que arriba hicimos mención, sino cuando concuerdan entre sí como por un mismo inesperado suceso de las cosas.

XXIX. I. En esta controversia, cuando por ventura hay colisión sobre cuál parte del escrito debe prevalecer, puso Cicerón algunas reglas tomadas de los antiguos autores, las cuales, así como no se pueden despreciar, así me parece que no están colocadas en su orden. Nosotros las exponremos de esta manera. Que lo que permite ceda a lo que manda, porque quien permite algo parece que no lo permite sino con la condición de que nada se oponga más que aquello de que allí se trata; y así, como dice el Escritor a Herenio, más vale la imposición que la permisión. Que lo que se ha de hacer en tiempo determinado se prefiera a lo que se pueda hacer en cualquier tiempo; de donde se sigue que muchas veces el pacto prohibitivo vengza al mandato, porque el pacto prohibitivo obliga en todo tiempo,

no así el mandato; a no ser que o el tiempo sea expreso o el mandato contenga prohibición tácita. Entre aquellos pactos que son iguales en las sobredichas cualidades, que se prefiera lo que es más peculiar y se aproxime más al asunto, pues lo especial suele ser más eficaz que lo general; y en las prohibiciones, que la que tiene pena adjunta se prefiera a la que carece de pena y la que amenaza con mayor pena a la que amenaza con menor. Y que supere lo que tiene causas más honestas o más útiles. Finalmente, que vauza lo que se dijo en último lugar.

2. De lo dicho arriba se ha de repetir aquí, que es tal la fuerza de los pactos jurados, que deben entenderse según la propiedad más recibida y rechazan energicamente todas las restricciones tácitas y no absolutamente necesarias por la naturaleza de la cosa. Por lo cual, si por casualidad un pacto jurado pugna con otro no jurado, hase de preferir el que lleva la nota religiosa del juramento.

XXX. Suele también preguntarse si en la duda debe considerarse perfecto el contrato antes que se haga y entregue la escritura. Pues esto alegaba Murena contra lo que se había pactado entre Sila y Mitridates.

A mí me parece claro que si otra cosa no se convino, hase de creer que se pone la escritura como monumento del contrato, no como parte

de su substancia. De lo contrario, suele ello expresarse, como en los juicios con Nabid: *Desde el día en que las descritas condiciones hubiesen sido puestas por escrito a Nabid.*

XXXI. Pero no admitiré lo que plugo a algunos, que los contratos de reyes y pueblos se deben interpretar, en cuanto pueda ser, por el Derecho Romano; a no ser que aparezca entre qué pueblos ha sido recibido como derecho de gentes aquel derecho civil en aquellas cosas que son de derecho de gentes.

XXXII. Y de lo que plantea Plutarco en los Simposiacos, si debe más bien atenderse la condición del oferente que las palabras del accipiente, parece que, si el accipiente es aquí el que promete, sus palabras dan forma al negocio, si son absolutas y de suyo perfectas. Pues si las palabras del oferente miran a través de la afirmación, entonces parecerán repetidas ellas mismas en la promesa, según la naturaleza de las voces relativas. Mas, ante de que sea aceptada la condición, es cierto que ni está obligado el que ofreció, pues todavía no se ha engendrado derecho alguno, como se ve por lo que arriba dijimos acerca de la promesa. Y este ofrecimiento de condición es menos que la promesa.

FIN DEL TOMO II

Acerca de la Interpretación*

Samuel Pufendorf

§ 1. Consta que nadie, a quien se le ha ordenado algo mediante un mandato, está obligado a más que lo que quiere el que lo ordena, y también que nadie que se ha obligado libremente a algo está obligado a más que lo que el mismo quiso. Pero puesto que un hombre solo puede juzgar la voluntad de otro hombre según las acciones y los signos que él comprende con sus sentidos, ante la justicia humana todo hombre es considerado obligado a aquello que antoja la correcta interpretación de los signos. Por ello, con ocasión de la exposición de reglas para una buena interpretación

* Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez.

El presente texto comienza en sus líneas principales una versión en español del Capítulo 17 de la obra de Samuel Pufendorf: *De Officio Hominis et Civis juxta Legem Naturalem* (Londini, Anno MDCLXXIII), según su traducción alemana por Klaus Luig (*Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, Insel Verlag, Frankfurt a.M., 1994). (© *De los Deberes del Hombre y del Ciudadano según la Ley Natural*).

En sus líneas secundarias aparece una versión abreviada de los pasajes respectivos del Capítulo XII del Libro V de la obra anterior y más extensa del propio autor, *De Jure Naturae et Gentium* (1672), según su traducción francesa por Jean Barbeyrac (*Le Droit de la Nature et de Genz*, Basle, MDCCXXXII, en reproducción fotostática impresa por iniciativa del Centro de filosofía política y jurídica de la Universidad de Caen, 1989). En los pasajes aparecen notas con literales que contienen las referencias literarias de Pufendorf.

Finalmente, en las líneas de menor tamaño se añade como notas algunas de las observaciones de Jean Barbeyrac, indicándose con un asterisco su lugar en el texto, y señalándose su numeración original.

lo mejor para la comprensión correcta de las leyes, como asimismo de los contratos y de los deberes de ellos derivados que han de cumplirse, es atender en primer lugar a las palabras como los signos más usados.

§ I. Después del estudio de las convenciones corresponde examinar la manera en que se las debe interpretar. Puesto que los contratantes emplean signos para hacer conocer su intención, y puesto que esos signos pueden en ocasiones ser explicados de diverso modo, debe disponerse de ciertas reglas para descubrir la intención verdadera. Estas reglas en parte son también aplicables a la interpretación de las leyes civiles. Por eso se trata aquí también esta materia, aunque aún no se haya examinado el gobierno civil. En todo este examen se sigue de cerca a Grocio (2).

§ II. En las obligaciones que los hombres contraen voluntariamente, nadie está obligado sino a lo que se ha querido comprometer. Así es como debe entenderse a Cicerón, cuando sostiene que en materia de promesas no se debe atender tanto a las palabras como a la intención del que las pronuncia (*). Pero la naturaleza humana es tal, que los movimientos interiores del ánimo no son conocidos por los demás sino por los indicios y actos exteriores. Puesto que es necesario determinar de una manera distinta y precisa aquello a lo que se está obligado, asegurando así los efectos de las promesas, la razón dispone que cuando se ha contratado, se está obligado a efectuar todo aquello que se sigue de una interpretación recta y natural de los signos de que uno se ha servido. De aquí que la regla general de una buena interpretación sea la de juzgar la intención de una persona por los signos y los indicios más verosímiles que se presentan. Estos signos consisten en palabras o en conjeturas, y se los considera separada o conjuntamente (**).

(*) Obs. (1) al § II: *Semper autem in fide, quid senseris., non quid dixeris, cogitandum*. De Offic., Lib. I, Cap. XIII. [N. del T.: El pasaje respectivo en las traducciones al español consultadas es como sigue: (1) "...cuando de lealtad se trata, precisa atender no a la letra, sino al espíritu de la palabra" (Cicerón, *Tratado de los deberes*, trad. de José Santa Cruz Tejeiro, Editora Nacional, Madrid, 1975, pág. 55); (2) "pues cuando se trata de promesas y fidelidad se ha de estar a la intención y

(a) Libro II, Cap. XVI (la referencia es a *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*; N. del T.).

sentido de las palabras y no a las palabras literales" (Idem, trad. de Manuel de Valbuena, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990)].

(**) Obs. (3) al § II: Es decir, de tal modo que las conjeturas se obtienen de las solas palabras, o de alguna otra cosa que no ha sido precisada.

§ 2. Para las palabras de uso general vale la siguiente regla: Las palabras deben comprenderse en principio en su propio significado generalmente conocido. Este no le es atribuido tanto por sus peculiaridades o mediante la conformidad a las leyes de la gramática o conforme su concordancia con las leyes de los orígenes del lenguaje, sino según el uso en el pueblo, en cuya mano se encuentra la medida para el uso del lenguaje.

§ III. En relación con las palabras se debe establecer como máxima que en tanto no haya base suficiente para una conjetura que obligue a entenderlas en un sentido particular, debe dárseles aquel sentido que les es propio, no según la analogía o la etimología gramatical, sino según el uso común del pueblo, quien es el maestro absoluto de las lenguas.

§ 3. El vocabulario de las ciencias y artes debe explicarse conforme a las definiciones de los expertos en cada ramo. Pero si las expresiones técnicas son explicadas de modo diverso por distintos usuarios, entonces contribuye a prevenir las disputas explicar con palabras de uso general lo que se dice con la respectiva expresión.

§ IV. Los términos del arte, que son apenas conocidos del pueblo, deben ser explicados según la definición (*) que den los maestros, o aquellos que entiendan el arte o la ciencia de que se trata. (...) Pero si un término es definido de modo diverso por los maestros del arte, para prevenir las disputas se debe expresar en términos comunes el sentido que se le ha dado en el asunto de que se trata.

(*) Obs. (2) al § IV: A menos que aquel que habla no entienda el arte ni los términos; en tal caso debe juzgarse por la secuencia del discurso y por otras circunstancias semejantes qué sentido pueda tener según el espíritu.

§ 4. Con el fin de averiguar el verdadero sentido debe sin embargo trabajarse con conjeturas en los casos en que palabras simples o compuestas son ambiguas, o en que partes de una aseveración se encuentran aparentemente en contradicción pero pueden ser concordadas mediante el uso de la recta interpretación. Allí donde se dé una contradicción inequívoca y manifiesta, las palabras pronunciadas con posterioridad prevalecen sobre las anteriores.

§ V. En los casos en que un término, una frase o un párrafo sean susceptibles de varios sentidos, se ha de recurrir a conjeturas para descubrir el verdadero (*).

(*) Obs. (1) al § V: Los retóricos, como lo remarca nuestro autor siguiendo a Grocio, refieren todo esto al lugar común de la anfibología. Pero los dialécticos distinguen entre la anfibología, que es, según ellos, la ambigüedad de las frases o de los discursos; y la homonimia, que se dice de los casos en que el equívoco es de un solo término.

§ VI. También por medio de conjeturas es como debe tratar de conciliarse las contradicciones aparentes. Digo las contradicciones aparentes: pues si la contradicción es manifiesta (**), las últimas convenciones derogan a las primeras. Es de la naturaleza de los actos puramente arbitrarios que se los pueda revocar enteramente por un nuevo acto de la misma voluntad. Y en estos casos el cambio de voluntad es necesario, o bien de una sola parte, como en la abrogación de las leyes civiles, en la revocación de un testamento y otras cosas similares, o bien de ambas conjuntamente, como en materia de convenciones que no pueden ser anuladas sino por común consentimiento de las partes.

(**) Obs. (1) al § VI: *Ubi dua contraria leges sunt, semper antiqua obrogat nova.* Tit. Liv. Lib. IX, Cap. XXXIV. Digest., Lib. I, Tit. IV. De *constitutionibus Principum*; Leg. IV. Véase asimismo el Derecho Canónico, en las Decretales, Lib. I, Tit. III, De *Rescriptis*, Cap. III.

§ 5. Los fundamentos para las conclusiones, basadas en conjeturas, acerca de la voluntad y el correcto sentido de una declaración oscura o ambigua están dados por el objeto, el fin y el contexto. En relación con el objeto vale la siguiente regla: Las

palabras deben entenderse normalmente de modo tal que se encuentren en concordancia con el objeto que les subyace. Pues siempre se conjetura que aquel que pronuncia una declaración tiene ante su vista el objeto sobre el cual habla. A él debe pues adecuarse siempre el sentido de las palabras.

§ VII. Según Grocio, hay tres puntos principales, de los que se obtienen las conjeturas acerca de la voluntad o la intención de aquel que habla, en los casos en que los términos de los que se ha servido son oscuros o equívocos. 1. La naturaleza misma del asunto del cual se trata. 2. Los efectos o las consecuencias que resultan de un cierto sentido. 3. Y en fin la conexión o la conformidad de los términos con los otros empleados, o en la secuencia del discurso, o en parecidas circunstancias. En relación con el primer punto, es una máxima común (*) de los Jurisconsultos, que los términos deben ser explicados conforme a la naturaleza del objeto de que se trata. En efecto, hay lugar para presumir que aquel que habla tiene siempre ante su vista el asunto en cuestión, al cual se refiere todo lo que dice.

(*) Obs. (1) al § VII: Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit, Digest. Lib. XLV, Tit. I De verborum obligationibus, Leg. LXXX. Véase también Lib. L, Tit. XVII, De diversis Reg. Jur. Leg. LXVII.

§ 6. En relación con el fin y las consecuencias vale la siguiente regla: Para el caso en que las palabras en su significado simple y sencillo no tengan efecto o bien tengan solo un efecto absurdo, hay que apartarse del sentido corriente tanto como sea necesario para la evitación de la inefectividad.

§ VIII. Los efectos y las consecuencias que resultan de un cierto sentido sirven asimismo para descubrir el verdadero. Pues cuando los términos, tomados absolutamente y a la letra, dejan un acto nulo y sin efecto, o conducen a alguna cosa absurda, hay que desviarse un poco de la significación originaria (*), en tanto que ello sea necesario para evitar esos inconvenientes.

(*) Obs. (1) al § VIII: Esto es lo que dicen los Jurisconsultos romanos acerca de las leyes: In ambigua voce Legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret; praesertim quum etiam voluntas Legis ex hoc colligi possit. Digest. Lib. I Tit. III. De Legibus, & Senatusconsultus & c. Leg. XIX.

§ 7. Conjeturas muy importantes pueden ser tomadas del contexto, pues normalmente se espera que cualquiera se encuentre en concordancia consigo mismo. Hay un contexto tanto en el mismo sentido espacial como simplemente según el origen. Para el primero es la regla: Cuando en un lugar de la declaración el sentido se ha expresado claramente, entonces debe interpretarse las aseveraciones menos claras con ayuda de las claras. Emparentada con esta es una segunda regla: En toda interpretación de una declaración debe observarse cuidadosamente aquello que precede y lo que sigue; pues debe esperarse que aquello que se introduce se le adecúe y le corresponda. Para el contexto según el origen vale la siguiente regla: Una declaración incomprensible de un hombre debe interpretarse con ayuda de sus aseveraciones claras, aún cuando él la haya efectuado en otro tiempo y en otro lugar, salvo que conste que ha cambiado su opinión.

§ IX. Un tercer punto que brinda grandes luces para la inteligencia de los términos oscuros es la comparación que se hace con otros términos, con los que ellos tienen relación, ya sea que se encuentren en la secuencia (*) misma del discurso, o en algún otro (**) acto, o si se trata de un asunto de naturaleza semejante.

(*) Obs. (1) al § IX: Es una máxima juiciosa del derecho romano, que cualquier parte de una ley debe ser interpretada según el tenor de toda la ley entera. *Inevitabile est, nisi tota Lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere.* Digest. Lib. I Tit. III. De Legibus & c. Leg. XXIV. Véase asimismo, en relación con las convenciones, Lib. XLV. Tit. I. De verborum obligat. Leg. CXXXIV. §. 1.

(**) Obs. (2) al § IX: Los mismos jurisconsultos remarcan también que se debe explicar las leyes unas por otras, las antiguas por las nuevas, & las nuevas por el contrario por las antiguas, a menos que las últimas no hayan manifestamente derogado alguna cosa de las precedentes. *Non est novum, ut priores Leges ad posteriores trabantur... Sed contra posteriores Leges ad priores pertinent; nisi*

contraria sint; idque multis argumentis probatur. Digest. Lib. I. Tit. III. *De Legibus*, Leg. XXV. & XXVII.

§ 8. Para la averiguación del verdadero sentido de las leyes es extremadamente útil poner primero atención al fin de la ley, esto es, a la ocasión y a las circunstancias en relación con las cuales el legislador fue llevado a la dictación de la ley. Esto vale en especial para el caso en que consta que ese fue la única razón para la ley. En relación a esto vale la regla: Se debe seguir la interpretación que concuerda con el fin de la ley, y rechazarse la que se desvía de él. Por lo tanto, allí donde cesa la única razón suficiente de la ley, cesa también la misma ley. Pero allí donde hay varias razones para una ley, no se da igualmente el cese de la entera ley junto con el cese de una razón, en tanto las restantes razones sean suficientes para la conservación de su efecto. Usualmente es suficiente la voluntad del legislador, aunque permanezca oculto el fin de la ley.

§ X. Otra cosa que es aquí de gran peso es aquello que se denomina la razón de la ley, o los motivos o propósitos que han llevado al legislador a hacer tal regulación. (*). Pues según la máxima común, en el momento en que cesa la razón de la ley, cae la ley misma. Las conjeturas que se infieren de aquí son extremadamente fuertes en los casos en que se encuentra asegurado que ella sea la única cosa que ha determinado la voluntad del legislador o de los contratantes, pues este principio tiene lugar tanto en materia de convenciones como en materia de leyes. Pero en aquellos casos en que concurren varias razones no se sigue que si una deja de subsistir las otras también cesen, o que tengan menos virtud para mantener la ley en toda su fuerza. En algunos casos la voluntad de un superior, por un puro efecto de su libertad, toma un partido enteramente distinto, que una razón general no parece exigir; y a pesar de ello esa voluntad tiene virtud de razón para aquellos que dependen de ella. De suerte que tratándose de aquel que se determina de esta manera, a pesar de pecar en contra de la leyes de la prudencia, su voluntad claramente

manifestada basta para imponer la obligación de conformarse a ella.

(*) Obs. 1 al § X: Nuestro autor formula aquí, siguiendo a Grocio, una observación, que no tiene aplicación en nuestra lengua; algunos incluso confunden la *razón de la ley* con aquello que los latinos denominaban *mens legis*. Pues *mens legis* no es otra cosa que el verdadero sentido de la ley; & *ratio legis* es uno de los medios o de los indicios que sirven a descubrir ese verdadero sentido. Véase, en lo demás, lo que se dice más abajo, § XIX, Nota 5, acerca de los casos en que la ley debe ser restringida, a causa de que la razón que ha determinado eficazmente al legislador o a los contratantes no tiene aplicación.

§ 9. También se debe observar que muchas palabras tienen más de un significado, uno más amplio y otro más reducido. También ha de valorarse una cosa positivamente, otra negativamente, y aún otra tiene algo de ambas. Provechoso es lo que conduce a que la situación de ambas partes sea igual, lo que sirve al bien común, lo que contribuye a la conservación, lo que fomenta la paz, etc. Perjudicial es lo que grava a una sola parte, o en todo caso a una más que a la otra, lo que cuenta como pena, lo que suprime lo acontecido y trastorna todo lo existente, lo que impulsa a la guerra. Están mezclados el provecho y el perjuicio cuando por ejemplo algo existente es alterado, pero para la paz. Para este caso es la regla: Lo que es provechoso debe ser interpretado extensivamente, lo que trae perjuicio debe ser interpretado restrictivamente.

§ XI. Se debe observar además que existe una gran cantidad de términos, a los cuales son atribuidos diversos significados, algunos más extensos, pero los otros menos.

§ XII. Otra observación, es que las promesas y convenciones, tal como los privilegios, regulan o bien algunas cosas favorables, o bien algunas cosas odiosas, o bien algunas cosas que tienen de las dos anteriores. Las favorables son aquellas que comprenden la igualdad, es decir, que hacen igual la condición de dos partes, y procuran igualmente sus intereses, como también aquellas que tienden a la utilidad pública. De suerte que mientras mayor sea su ventaja, más favorable es una promesa. Aquello que sirve a mantener las sociedades, y en general a

hacer eficaces toda clase de actos, pasa también por favorable. Del mismo modo, las cosas que contribuyen a la paz son más favorables que las que tienden a la guerra, y las guerras defensivas aventajan a las guerras ofensivas. La causa de aquello que intenta evitar un mal o una incomodidad es más favorable, según el juicio de Quintiliano, que aquello que busca procurar una ventaja. Por el contrario, se debe por odioso aquello que impone cualquier carga solamente a una de las partes, o que resulta más oneroso a una que a la otra, aquello que comprende alguna pena, aquello que hace nulo y sin efecto un acto, lo que trae consigo un algún cambio a las cosas ya establecidas y acordadas, en fin, aquello que es capaz de causar o de conservar las divisiones, las disputas, los desórdenes y las querellas. Hay de odioso y de favorable en las cosas, por ejemplo, que traen consigo un cambio a un acto, pero por el bien de la paz. Estas son estimadas favorables u odiosas según si la ventaja que producen es grande, o si el cambio es considerable; sin embargo, el todo lo demás permanece igual, prevalece lo favorable. (*)

(*) Obs. 2 al § XII. Esta distinción de cosas favorables u odiosas es tan incierta como inútil. Las definiciones que el noble y nuestro autor dan de lo odioso y de lo favorable carecen de fundamento. Pues las promesas y las convenciones, así como los privilegios, en tanto relativos a cosas permitidas e inocentes, como se ha de suponer aquí, son todas indiferentes de su naturaleza, y no se los puede extender ni restringir sino en tanto lo requiera la intención de su autor. En sus mismas definiciones hay cosas que no concuerdan. Pues se dice, por ejemplo, que aquello que tiende a la utilidad pública es favorable, y que lo que contiene una pena es odioso, en circunstancias que la inflicción de pena tiende a la utilidad pública. No es que no haya cosas favorables u odiosas; sino que lo que ellas tienen de favorable o de odioso no proviene de la naturaleza misma de la cosa, sino depende únicamente de la intención del legislador, o de los contratantes, o del testador. (...) Digo además que esta distinción es inútil. En efecto, en los ejemplos señalados por nuestro autor, la interpretación que él da puede hacerse independientemente de aquello que él encuentra favorable u odioso, o se incluye contraria a la regla. (...) Véase lo que diré en las notas siguientes. El autor del cual tomo las opiniones es Tomasius, *Jurisprudentia Divina*, Lib. II Cap. XII. § 159 y sig., y el Apéndice que sigue a ese capítulo.

§ XIII. Hechas las distinciones anteriores, Grocio establece las siguientes máximas: 1. En materia de cosas (*) que no son odiosas, se debe dar a los términos toda la extensión de que son susceptibles según su uso; y si un término tiene varios significados, es justo asignarle el que corresponde al significado más general. Así, el género masculino se debe

tomar por el género común, como, por ejemplo, si dos vecinos han convenido que será permitido en las tierras de uno y otro la caza de toda clase de bestias, salvo el ciervo; la razón advierte que (**) bajo esta palabra se comprende también las ciervas. Del mismo modo, en materia de esas clases de cosas, los términos indefinidos son reputados universales (***). Por ejemplo, si según un tratado de paz se dispone que se liberará a los prisioneros de una y otra parte, debe entenderse que se trata de todos los prisioneros en general, y de ninguno en particular.

2. En materia de cosas favorables, si el que habla entiende la jurisprudencia, o es guiado por los consejos de algún juriconsulto, se debe dar a sus términos toda la extensión que tienen no sólo según el lenguaje ordinario, sino además en el estilo del Derecho, o conforme a alguna ley en particular.

3. No obstante, no se debe recurrir a un sentido enteramente impropio, a menos que no se pueda prescindir de ello sin que resulte alguna cosa absurda o sin que la convención o la ley devengan en nulas o sin efecto alguno (****). Pues la naturaleza de estos actos exige que se exprese claramente el pensamiento, y se presume por lo ordinario que todos lo han hecho así.

4. Por el contrario, se debe restringir la comprensión del significado propio y natural de los términos, en lo casos en que sea necesario para evitar algún absurdo o alguna injusticia.

5. Aún si no hay esa necesidad, deberá tomarse los términos en su sentido más estricto, si resulta una (*****) utilidad manifiesta de su restricción; a menos que hayan circunstancias que no lo permitan.

6. En materia de cosas odiosas, se puede admitir un poco la figura, para evitar las (*****) consecuencias gravosas del sentido propio y literal.

(*) Obs. 1 al § XIII: Es decir, según Tomasius, supra, § 173, en materia de cosas mixtas, que tienen de favorable y de odioso. Se debe añadir, *de modo que no obstante lo favorable domine*.

(**) Obs. 2 al § XIII: Esto es cierto; pero no lo es porque se trate de una cosa favorable, sino en virtud del significado ordinario de la palabra *ciervo*.

(***) Obs. 3 al § XIII: Tampoco esto es porque se trate de una cosa favorable, sino porque en el lenguaje ordinario esas expresiones indefinidas con equivalentes a las expresiones universales, a menos que exista alguna razón que obligue a restringirlas, que aquí no se encuentra: pues, ¿por qué se prevería en un tratado de

paz el reservarse alguno de los prisioneros hechos durante la guerra? Según los principios de Grocio, como lo observa Tomasius, *supra*, § 170, aquel que tiene un número mayor de prisioneros, visto que se intercambia solamente hombre por hombre, dirá que de otro modo la cosa sería odiosa para él, ya que tendría que liberar más que el otro. Este, por su parte, pretenderá que se trata de una cosa favorable, en cuanto tiende a la paz, por lo que se debe dar a los términos toda la extensión de que son susceptibles. He aquí un conflicto de razones contra razones, de suerte que nada puede decidirse conforme a la distinción entre lo favorable y lo odioso. Más aún, ella conduciría en algunos casos a una interpretación manifiestamente contraria al sentido de quien habla, como lo muestra Tomasius por este ejemplo. Supongamos, dice él, que se ha prohibido bajo rigurosas penas transportar trigo fuera de París, y que alguno transporta harina. En este caso, según las reglas de Grocio aquél que transporta la harina en ningún caso podría ser sancionado; pues, además de haber disminuido la libertad que antes se tenía, las prohibiciones van acompañadas de una pena, y por ello se trata de una cosa enteramente odiosa.

(****) Obs. § al § XIII. Esta regla, y la siguiente, no son particulares a las cosas favorables, como es fácil de advertir. Ellas se aplican a toda clase de actos efectuados con conocimiento y deliberación.

(*****) Obs. 9 al § XIII. Grocio dice una equidad o una utilidad manifiesta, la primera palabra ha sido aparentemente omitida por inadvertencia del autor o por error del impresor. Pero es de la regla misma que si alguna razón de equidad exige que se restuya en tanto se pueda el significado de un término, ello es en virtud de esa misma razón, y no porque se trate de una cosa favorable. La utilidad no tiene aquí influencia alguna, salvo que parezca que el legislador o los contratantes han querido procurarla.

(*****) Obs. 10 al § XIII. En el entendido que en este caso procede creer que aquel que habla no se ha querido sujetar o no ha querido sujetar a otros a esas consecuencias gravosas. Pues, si lo ha pretendido, ¿por qué ir contra su propósito?

§ 10. Existen también conjeturas que no se basan en el uso de las palabras y que conducen a que la interpretación deba extenderse en un caso y restringirse en otro. Sin embargo es más fácil encontrar razones a favor de una interpretación restrictiva que razones para una interpretación extensiva. Por lo tanto, una ley puede extenderse a un caso no mencionado expresamente sólo cuando consta que el fin de la ley que abarca este caso fue el único motivo del legislador y que la ley debe tener efecto general, de modo que deban estar abarcados todos los casos similares. Con todo, la ley debe ser también extendida a las iniciativas que con mala fe inventan los hombres hábiles con el fin de eludir la ley.

§ XVII. Aparte de las conjeturas de las que hemos tratado hasta aquí, hay otras que no se obtienen del sentido mismo de los términos de las promesas o de la convención, o del tenor de la ley, las cuales no obstante deben atribuirse a la cosa cuando se trata de una interpretación extensiva así como restrictiva. Sobre esto debe observarse, en primer lugar, que la extensión no tiene lugar tan fácilmente ni tan usualmente como la restricción. Pues, tal como en todos los casos deben concurrir todas las causas necesarias para que se produzca un efecto, mientras que basta la falta de una de ellas para impedir que exista, así mismo, en materia de actos que imponen alguna obligación, para que sea admisible una interpretación extensiva, se requiere que todas las razones que la apoyan concurren conjuntamente, mientras que si una sola razón falta la interpretación puede ser restringida. Hemos dicho que en materia de cosas favorables se puede a veces dar a los términos un sentido un poco más extendido, ampliando el uso ordinario. Pero aquí la interpretación es mucho más delicada y susceptible de error. (...) En los casos en que tienen lugar las conjeturas de las que aquí tratamos, ellas tienden a persuadir de que aquel que habla ha tenido en el espíritu alguna cosa que de modo alguno entra bajo el sentido de sus términos; por esta razón, esas conjeturas deben ser fuertes y seguras. No es suficiente, por ejemplo, para que haya lugar a extender una ley, que en un cierto caso concorra una razón semejante a aquella en la cual se basó la ley; se requiere aún que la razón sea precisamente la misma. Y ni siquiera es así en todos los casos, pues la voluntad se determina a veces a su discreción, sin otra razón. (...) Así pues, para que la extensión de la ley esté bien fundada se requiere determinar con certeza que la razón que conviene al caso del que se trata es la (*) sola razón que ha determinado al legislador a establecer tal regulación, y que la ha considerado en toda su extensión, de modo que si hubiera pensado en el caso o lo hubiera previsto, lo habría comprendido formalmente en la ley, la cual de otro modo se haría injusta o bien inútil. Se debe informar aquí lo que los retóricos decían a este respecto de su *lugar común de (a) las consecuencias*, que consisten, según Quintiliano, en *inferir una cosa que no está escrita de otra que está escrita*, es decir, en que se aplica una ley a un caso del cual ella no

hace mención alguna (**), porque en esos casos hay una razón totalmente semejante a aquella sobre la cual se han basado las cosas que la ley ordena formalmente.

(*) Obs. (1) al § XVII: No es siempre necesario que la razón de la ley sea única, para autorizar su extensión. Pues usualmente es más de una cosa lo que da lugar a una ley, y respecto de una sola y misma cosa es posible proponerse varios fines, ya sea igualmente, o de modo tal que uno es el principal y los otros son subordinados. En estos casos, si el que habla se ha propuesto igualmente las varias razones que ha tenido a la vista, es necesario reunir las todas con ocasión de la extensión, de modo tal que el caso semejante, al que la ley puede ser extendida en virtud de una de esas razones, concuerde con todas las demás. Pero en los casos en que una es la principal, no es necesario que el caso convenga también a las otras subordinadas. Esto es lo que observa Tomasio, *Inst. Jurisprud. Div. Lib. II. Cap. XII. § 90 y sig.*

(**) Obs. (2) al § XVII. Véase las leyes citadas arriba, § X, Nota 8. [= Obs. 8 al § X: En efecto (...) no todos los casos pueden ser expresados en las leyes, y éstas deben ser aplicadas a aquellos perfectamente semejantes, y en los que la misma razón tiene manifiestamente lugar. *Non possunt omnes articuli singillatim aut Legibus, aut Senatusconsultis comprehendi, sed quum in aliqua causa sententia eorum manifestata est, is, qui jurisdictioni praesert, ad similia procedere, atque ita ius dicere debet... Quotie lege aliquid unum vel alterum introducuntur est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.* Digest. Lib. I. Tit. III. De Legibus, Leg. XII. & XIII. Véase también Leg. XXVII.]

§ XVIII. La extensión de la que hablo es además de gran uso, no sólo para reprimir los (*) fraudes, por los cuales las personas maliciosamente sutiles intentan eludir la ley, sino también para disipar toda suerte de abusos (a).

(*) Obs. 1 al § XVIII: *Contra Legem facit, qui id facit, quod Lex prohibet: in fraudem vero, qui, salvis verbis, legis, sententiam... fraudem eam legi sui, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit, et quod distat... id est, dictum a sententia, hoc distat frans ab eo, quod contra legem sit.* Digest. Lib. I. Tit. III. De Legibus & c. Leg. XXIX. XXX.

§ 11. Que palabras usadas en sentido general deben ser restringidas, eso se desprende de un error original en la voluntad o

de una contradicción de un caso surgido posteriormente con la voluntad. Que alguien desde un principio no ha querido algo, se deduce recién a partir de la falta de sentido del resultado que de allí se produciría y de que ningún hombre razonable lo habría deseado así. De aquí que las palabras generales deben ser entendidas restrictivamente, para que no se desprendan de ellas consecuencias sin sentido. En segundo lugar, se llega a también a esta conclusión cuando falta completamente una razón para la formación de una determinada voluntad. En tercer término debe inferirse asimismo un error de la voluntad cuando el objeto en el que manifiestamente siempre ha pensado el que habla, no existe. A ello deben adecuarse también los signos generales.

§ XIX. Lo anterior es respecto de la extensión de las promesas o de las leyes, mas allá de lo que está comprendido en los términos mismos. Pero se los restringe también a veces a una parte de lo que portan los términos tomados en toda su comprensión; y esta restricción se hace sobre conjeturas fundadas o bien en la presunción de un defecto originario de la voluntad, (*) o sobre la incompatibilidad de un caso surgido posteriormente con la voluntad del legislador o de los contratantes. Es decir, a veces se debe añadir alguna excepción o alguna limitación a los términos generales, ya sea porque, en relación con los términos tal como están escritos o fueron pronunciados, el que habló no pretendió extenderlos a ciertos casos, o porque un caso surgido después no concuerda con aquello previsto y comprendido.

El defecto originario del consentimiento o de la voluntad se infiere: 1. De los absurdos manifiestos que se seguirían, si no se añadiera alguna restricción a los términos generales: pues jamás se debe presumir que una persona de buen sentido quiere cosas absurdas.

2. Otra conjetura que hace presumir que el legislador o los contratantes de ningún modo han consentido originariamente, es cuando la sola razón (**) que los ha determinado plena y eficazmente no conviene a un determinado caso, que sin embargo está comprendido en los términos. Pues, cuando las cosas prescritas por la ley o estipuladas en un acuerdo están basadas en alguna razón, la cual se encuentra formalmente expresada o al menos es cierta de otro modo, no se las

(a) Digest. Lib. IX, Tit. IV. Ad exhibendum, Leg. XIX. Lib. XXV. Tit. I. De condit. Et dem. Leg. XXVI. y Lib. XLVIII. Tit. V. Ad. Leg. Jul. Leg. XXXIII. § 1.

considera absolutamente o en sí mismas, sino por referencia a la relación que ellas tienen con esa razón.

3. Finalmente, el defecto originario de la voluntad se concluye del defecto de la materia, o de aquello que la naturaleza misma de la cosa no permite extenderla más lejos de los términos generales. Pues se debe presumir siempre que la materia de que se trata ha estado siempre delante de los ojos de quien habla.

(*) Obs. 2 al § XIX.: Tomasius, *Instit. Jurispr. Div.* Lib. II. Cap. XII. § 104, 105, no encuentra precisa ni justa esta división. Pues, dice él, toda interpretación debe hacerse conforme a lo que la persona que ha explicado las palabras quiso y entendió bajo los términos que ella habló o escribió, y no más allá o más acá de aquí que jamás puede ser legítimamente fundado en la incompatibilidad de un caso sobreviniente con la voluntad del legislador o de los contratantes, por oposición a un defecto originario de la voluntad. Además, los términos son restringidos usualmente a causa de que hay lugar para presumir que el legislador o los contratantes han dicho más de lo que tenían en el espíritu y no pensaban entonces en el caso de que se trata. De aquí que la restricción supone siempre un caso surgido posteriormente, que no se encuentra conforme a la voluntad de aquel cuya voluntad se examina. En consecuencia, no se advierte bien como el defecto originario de voluntad puede ser opuesto a la incompatibilidad de un caso sobreviniente con la voluntad del legislador o de los contratantes.

(**) Obs. 5 al § XIX.: Según Tomasius, *Instit. Jurispr. Div.* Lib. II. Cap. XII. § 144, y ss. aquí también debe distinguirse si hay una o varias razones, y si, supuesto que hay varias razones, aquel que habla las ha considerado en un mismo pie, o no. Si las diversas razones tienen una misma fuerza en su espíritu, en los casos en que falte una se debe restringir los términos a aquellos en que ha sido concebida la ley o la convención. Pero si hay una razón principal, en tanto ella subsista no importa que falten una o más razones secundarias; la restricción no tiene lugar solamente por eso, sino, por el contrario, en el momento en que aquella razón principal cesa, pierden su fuerza todas las demás. Por otra parte, además de la excepción que el autor, siguiendo a Grocio, hace en el párrafo siguiente, y de la que ha hecho arriba, al final del primer apartado en el párrafo 10, hay otra excepción que debe hacerse en este segundo punto del cual se ignora la necesidad de restringir los términos. Consiste en que no es suficiente que la razón de la ley dese en ciertos casos que no ocurren sino muy raramente, sino que deben ser de naturaleza tal que ocurran usualmente. Por ejemplo, la razón de por qué un niño, que aún no ha llegado a la edad de la pubertad, no puede testar válidamente, es que no se encuentra en estado de disponer de sus bienes con conocimiento y deliberación. Incluso si se da el caso de un niño en quien el juicio no ha requerido la llegada de la pubertad, como si es una especie de prodigio, el testamento no dejará de ser nulo conforme a la ley general. Véase, Tomasius, *loc. cit. supra*, Lib. III, Cap. IX., § 3.

§ XX. Pero debe observarse, con (a) Grocio que cuando se habla de la sola razón que plena y eficazmente ha determinado la voluntad, se entiende a menudo por ella ciertas cosas consideradas no por referencia a su existencia actual, sino a su posibilidad moral; en estos casos, nunca se debe hacer una restricción.

§ 12. El que un caso que ha ocurrido con posterioridad se encuentre en contradicción con la voluntad de aquél que ha adoptado la orden, eso se desprende de la razonable naturaleza de la cosa o de una declaración de la voluntad. Lo primero se da cuando se actuaría inequitativamente, si no se excluyera ciertos casos determinados de la ley concebida en general. Pues no todos los casos pueden ser previstos y expresados en su ilimitada particularidad. Por lo tanto, cuando palabras redactadas con generalidad en la ley resultan aplicables a casos muy particulares, deben ser excluidos aquellos casos que el mismo legislador habría excluido, si los hubiera considerado en sus pensamientos. Pero a esta equidad sólo se puede acudir cuando existen signos evidentes. El signo más evidente es cuando amenaza una vulneración manifiesta de los mandatos del derecho natural, si se sigue estrictamente la letra de la ley positiva. El caso próximo de esta clase se da cuando, si bien no está derechamente prohibido por el derecho natural seguir las palabras de la ley, en todo caso ello parecería demasiado duro e intolerable, ya sea en general para todos los hombres, o para personas individuales, a quien considerase la situación humanamente. Lo mismo vale cuando el fin no parece tener tanto valor, como para tener que pagar por él un precio tan alto.

§ XXI. En lo que respecta a la incompatibilidad de un caso surgido posteriormente con la voluntad del legislador o de los contratantes, ella se conjetura por razones obtenidas o bien de los principios de la iluminación natural, o bien de algún indicio particular de la voluntad-

Aristóteles (a) coloca ya en el entendimiento ya en la voluntad una virtud o un hábito en particular, cuyo oficio es hacer conocer la intención por las luces de la razón natural (b). La que está en el entendimiento la llama buen sentido o juicio recto, y aquella que está en la voluntad, (c) equidad o amor de equidad. El mismo filósofo define muy bien la equidad (*) como una justa explicación por la cual se endereza aquello que se encuentra defectuoso en la ley, a causa de los términos generales con que es concebida. En decir, que la recta interpretación consiste aquí en hacer ver, por los principios del buen sentido natural, que un cierto caso particular no se encuentra comprendido por una ley general, porque de otro modo se seguiría algún absurdo. Grocio (f) ha observado que la equidad no tendría jamás lugar en materia de leyes naturales, porque la naturaleza jamás habla de una manera más general que lo que la ley demanda. Pero, a pesar de que las leyes naturales no sean ellas mismas susceptibles de una interpretación según la equidad, ellas pueden necesitarla en tanto que son expresadas por los hombres de una manera muy general. (...) El uso de la equidad se refiere propiamente a las leyes, en tanto que escritas, pero se la puede extender también proporcionalmente a los testamentos y a las convenciones. Como no se puede, sobre todo en materia de leyes, prever todos los casos (g) ni especificarlos todos, a causa de su infinita variedad, se debe dejar a aquellos que son encargados de aplicar las leyes la libertad de agregar alguna excepción en los casos acompañados de ciertas circunstancias particulares, que los habría exceptuado el legislador mismo, si los hubiera previsto. (...) No se debe, por lo tanto, acudir a ella sin buenas razones; actuar de otro modo sería erigirse en árbitro soberano de los actos de otro, de cuyas decisiones nada se puede cambiar o ajustar; por lo demás, los legisladores velan porque se decida exactamente sobre la letra de la ley, incluso (**) de aquella que comprende alguna cosa de

El indicio más cierto de que se actúa aquí conforme a la voluntad del legislador es cuando, de seguirse exactamente la letra de la ley, se cometería alguna cosa ilícita, es decir, contraria a las leyes naturales o divinas. Pues, puesto que una persona no puede ser obligada a nada semejante, se presume también que no existe hombre de buen sentido que lo prescriba. Y existen, como lo dice (h) Grocio, circunstancias de tal modo fuertes y extraordinarias, que querer observar en esos casos una ley es violar las leyes más importantes.

En lo demás, la palabra equidad se toma en otro sentido, como cuando se dice, por ejemplo, que una causa ha sido juzgada conforme a las (i) reglas de equidad. Esto significa, o bien que los jueces han añadido alguna moderación al rigor del derecho, para favorecer al defensor, o que no disponían de ley civil para la causa que resolvieron, o que han consultado únicamente las máximas del buen sentido y de la ley natural, o, en fin, que sin observar la decisión rigurosa de las leyes, se ha estado al juicio de un árbitro. Se dice también de un particular, que el actúa con equidad, cuando el cede voluntariamente alguna cosa de su derecho.

(*) Obs. 3 al § XXI: Véase además *Magn. Moral.* Lib. II. Cap. I. II., y el pequeño tratado de Grocio, titulado *De Aequitate*, que se encuentra al final de las últimas ediciones de *De Jure Belli ad Pacis*.

(**) Obs. 3 al § XXI: *Quod quidem perquam durum est: sed ita Lex scripta est.* Digest. Lib. XL. Tit. IX. *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt* &c. Leg. XII. § 1. Véase también *Lex Visigothor.* Lib. II. Tit. I. Cap. XII. Los Jurisconsultos dicen asimismo, que no se puede saber siempre las razones que han hecho establecer una ley, y que no se debe buscarlas siempre.

§ XXII. Otro indicio, que obliga a restringir una ley o una promesa general es cuando explicándose los términos rigurosamente, no resulta de ello en verdad una cosa absolutamente ilícita en sí misma, sino que, juzgada humanamente, parece demasiado dura o demasiado onerosa, ya sea en consideración de la constitución ordinaria de la naturaleza humana en general, ya sea que se compare la persona y la cosa de

(a) *Ethic. Nicomach.* Lib. V. Cap. X.

(b) Véase por ejemplo Digest. Lib. XLVII. Tit. II. *De Furtis*, Leg. I. XI. § 5.

(c) *Επιεικεια*.

(f) *Ad Campanella Politica*.

(g) Véase aquí, supra, § 17, en el final; Digest. Lib. I. Tit. III. *De Legibus* & cc. Leg. III y sig.

(h) *Ad Esther.* Cap. IV, vers. 16.

(i) *Ex aequo et bono*.

que se trata con el propósito mismo del acto, es decir, de la ley o de la promesa. En efecto, hay cosas insoportables a todos los hombres, y hay otras insoportables a ciertas personas solamente.

§ 13. Finalmente debe también hacerse una excepción frente a una formulación general, cuando las palabras empleadas en otros lugares de la ley o el contrato de que se trata, si bien no se encuentran directamente en contradicción, por determinadas circunstancias temporales no pueden ser sin embargo seguidas de la misma manera, en el mismo lugar y tiempo. En estos casos se debe observar ciertas reglas para que se pueda establecer cuál ley tiene preferencia en un caso en el que no puede estarse a ambas.

1. La ley que sólo permite, retrocede respecto de la que prohíbe.
2. Lo que debe hacerse en un tiempo determinado prevalece frente a lo que puede acaecer en cualquier tiempo.
3. Un mandato positivo cede ante la prohibición, esto es, si el mandato positivo no puede ser cumplido sin vulneración de una prohibición, entonces su cumplimiento debe posponerse en ese momento.
4. En contratos, leyes y cosas parecidas, prevalece lo particular sobre lo general.
5. De dos prestaciones, que no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, tiene preferencia la que obedece a motivos moralmente más elevados y más útiles.
6. Un contrato que no ha sido revestido de juramento retrocede frente a uno revestido de él, cuando ambos no pueden ser cumplidos conjuntamente.
7. Frente a la obligación completamente ejecutable cede la incompleta.
8. Sin otras circunstancias, el mandato de hacer el bien retrocede frente al deber de agradecimiento.

§ XXIII. Existen todavía otros signos en virtud de los cuales, para seguir la voluntad del legislador o de los contratantes, se debe exceptuar de una ley o de una promesa general ciertos casos particulares, como cuando se encuentra en otro pasaje términos no directamente opuestos a aquellos de la convención o de la ley de que se trata (pues eso sería una antinomia), sino en los cuales se sigue una especie de conflicto por un accidente particular e imprevisto; o cuando tocante a una misma cosa existen dos convenciones o dos leyes diferentes, que no son

contradictorias o incompatibles hasta anularse, y que pueden comodamente y deben asimismo ser cumplidas en distintos tiempos, pero no podrían ser satisfechas a la vez, si su tiempo de ejecución correspondiera al mismo momento. Para saber cuál de las dos leyes o convenciones debe prevalecer por estas conjeturas, es necesario establecer ciertas máximas. He aquí las que Grocio ha propuesto:

1. Aquello que está meramente permitido debe ceder a lo que está positivamente ordenado (*). En efecto, un mero permiso deja la libertad de actuar o de no actuar, en tanto que una orden positiva impone la necesidad de hacer aquello que ordena.

2. Aquello que sólo puede hacerse en ciertos términos prevalece sobre (**) lo que puede hacerse en todos los términos.

3. Una ley que prohíbe tiene preferencia sobre una ley que ordena (***). Es decir, si no se puede obedecer una ley afirmativa sin violar una ley negativa, debe dispensarse de satisfacer la primera, o de restringirse su cumplimiento a los casos en que ella no se encuentra en concurrencia con la otra. La razón se encuentra en que las leyes negativas imponen una obligación perpetua e invariable, en tanto que las leyes afirmativas presuponen una ocasión favorable, que falta en los casos en que no se puede cumplir sin violar otra ley; de suerte que, en tanto las cosas se encuentren dispuestas de ese modo, la observación de estas clases de leyes es considerada como moralmente imposible.

4. De dos convenciones o de dos leyes en lo demás igualmente obligatorias, se debe asignar (****) preferencia a aquella que es la menos general, y que se aproxima más al caso de que se trata. En efecto, las leyes particulares restringen las generales en algunas cosas especiales y determinadas.

5. Cuando se produce un conflicto entre dos deberes, uno de los cuales se basa en razones que incluyen un mayor grado de humanidad o de utilidad que aquellas de las cuales depende el otro, es justo que prevalezca el primero. En efecto, toda obligación comprende esta explicación tácita, que es dispensada cuando una obligación más considerable no puede cumplirse.

6. Si no se puede ejecutar al mismo tiempo dos convenciones, de las cuales una ha sido hecha con juramento y la otra sin juramento, ésta debe ceder a la primera, a menos que la convención hecha sin juramento

se haya anexado a la primera, en forma de excepción o de limitación. En efecto, el juramento del cual una convención es acompañada excluye todas las excepciones o restricciones tácitas, que no se siguen necesariamente de la naturaleza de las cosas.

A estas reglas de Grocio se puede añadir aún las (****) siguientes. 7. Una obligación que no es perfectamente recíproca cede a una obligación perfectamente recíproca.

8. Las leyes de reconocimiento, siendo iguales las restantes cosas, prevalecen sobre las leyes de beneficencia y de liberalidad.

9. En materia de leyes hechas por distintas potencias, de las cuales una está subordinada a la otra, la ley de la potencia inferior cede a la ley de la potencia superior.

10. Una ley prevalece regularmente sobre otra, en tanto aquella tiene por objeto una cosa más noble, más útil o más necesaria.

11. Aquellos con los que se tiene vínculos y relaciones más estrechas deben ser preferidos a otros, siendo iguales las restantes cosas, cuando no se pueda cumplir con el derecho de todos al mismo tiempo.

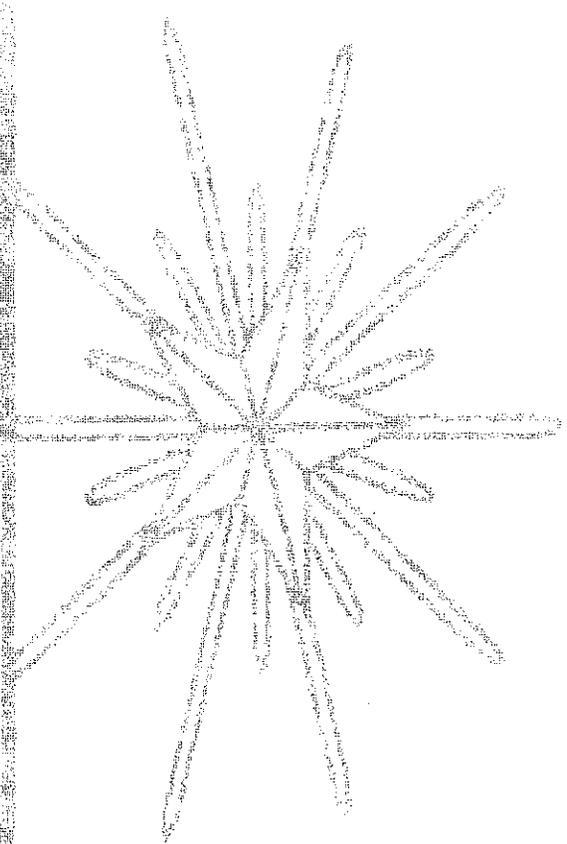
(*) Obs. (1) al § XXIII: Es decir, ordenada o prohibida. *Plus enim valet sanctio permissione.* Auctor. ad Herenn. Lib. II. Cap. X. Véase Quintiliano, *Declam.* CCCLXXIV. *Nam id quod imperatur, necessarium illud, quod permittitur, voluntarium est.* Cicer. *De Inventione*, Lib. II. Cap. XLIX.

(**) Obs. (2) al § XXIII: *De inde, ex lege utrum statim fieri necesse sit, utrum habeat aliquam moram et sustentationem, nam id, quod statim faciendum sit perfici prius oportet.* Cicer. *De Invent.* Lib. II. Cap. XLIX.

(***) Obs. (3) al § XXIII: *Deinde utra lex tubeat, utra vete, nam saepe ea, quae vetat, quasi exceptione quadam corrigere videtur illam, qua tubet.* Ibid. Es necesario distinguir todavía aquí si la ley que prohíbe o que ordena son generales o particulares.

(****) Obs. (4) al § XXIII: *Deinde utra lex de genere omni, utra de parte quadam, utra communiter in plures, utra in aliquam certam rem scripta videatur, nam qua in partem aliquam et qua in certam quamdam rem scripta est, porpius ad causam accedere videtur, et ad iudicium magis pertinere.* Ibid.

(*****) Obs. (8) al § XXIII: Me admiro de que nuestro autor no haya caído en cuenta de que todas las reglas que siguen se encuentran comprendidas en la quinta regla, de la cual ellas no son más que consecuencias. Esto es tan cierto, que él mismo ha omitido las tres últimas en el resumen *De los Deberes del Hombre y del Ciudadano*, Cap. XVII. § 13.



Int. lib
V. 344 de
1824

DERECHO DE GENTES^{v. 2},

Ó PRINCIPIOS

DE LA LEY NATURAL,

APLICADOS Á LA CONDUCTA, Y Á LOS NEGOCIOS DE LAS
NACIONES Y DE LOS SOBERANOS,

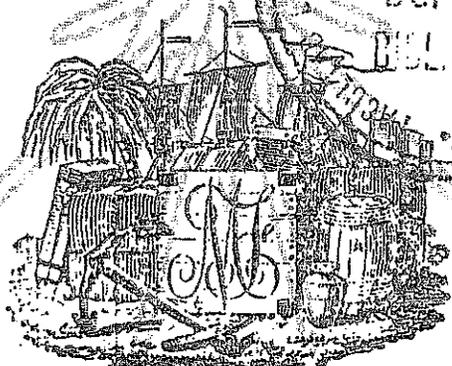
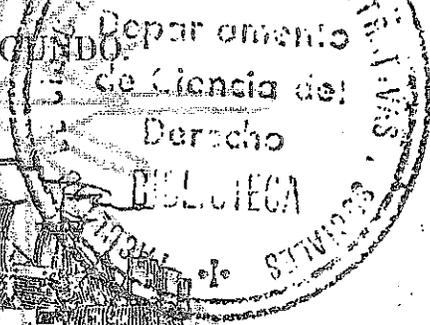
POR E. DE VATTEL.

TRADUCIDOS EN CASTELLANO

POR LUCAS MIGUEL OTARENA.

Edición hecha bajo la dirección de José René Masson.

TOMO SEGUNDO.



02414

PARIS,

CASA DE MASSON Y HIJO,

CALLE DE ERFURTH, N° 3.

Nihil est enim illi principi Deo, qui omnem hanc mundum regit, quod quidem in terris fit, accepius, quam consilia ceterisque hominum jure socii, quae civitates appellatur.

CICERO. *Sonn. Scipion.*

M. Martini

PARIS, EN LA IMPRENTA DE PABLO RENOUARD,

CALLE DE L'HIRONDELLE, N° 22.

0005600270

§. CCLXI. Ya hemos observado que no se puede quitar la vida legítimamente al que está en rehenes por la perfidia del que le ha entregado; porque la costumbre de las naciones y el uso mas constante no pueden justificar una crueldad bárbara contraria á la ley natural. Aun en el tiempo en que estaba demasiado autorizada esta horrorosa costumbre, el gran Scipion declaró abiertamente que no recacaría su venganza sobre los inocentes rehenes, sino sobre los mismos perfidos, porque solo salia castigar á las enemigos armados (1); el Emperador Juliano hizo la misma declaración (2). Todo lo que puede producir una costumbre semejante, es la impunidad entre las naciones que la practican. La que la observa no puede quejarse de que otra haga lo mismo, pero todas ellas pueden declarar que miran aquella costumbre como una barbarie injuriosa á la naturaleza humana.

(1) Tit. Liv. lib. 28, cap. 51.

(2) Grotio á Grocio, lib. 5, cap. 11, §. 18, nota 2.

CAPÍTULO XVII.

DE LA INTERPRETACION DE LOS TRATADOS.

§. CCLXII. Si las ideas de los hombres fuesen siempre distintas y perfectamente determinadas; si no tuviesen para enunciarlas mas que términos propios y expresiones igualmente claras, precisas y susceptibles de un sentido único, no habria jamas dificultad ninguna en descubrir su voluntad en las palabras con que han querido expresarla, y bastaria solo entender la lengua, pero el arte de la interpretacion no por eso seria un arte inútil. En las concesiones, convenios y tratados, y en todos los contratos, lo mismo que en las leyes, es imposible preveer y señalar todos los casos particulares: se determina, se ordena, ó conviene en ciertas cosas enunciándolas en su generalidad; y aun cuando todas las expresiones de una acta fueran perfectamente claras, puras y precisas, la recta interpretacion consistiria entonces en hacer, en todos los casos particulares que se presentasen, una justa aplicacion de lo que se ha resuelto de una manera general. Aun esto no basta, porque las circunstancias varian y producen nuevas especies de casos, que no pueden reducirse á los términos del tratado ó de la ley, sino por algunas inducciones sacadas

de los designios generales de los contratantes, ó del legislador. Se presentan contradicciones é incompatibilidades reales ó aparentes entre diversas disposiciones, y entonces se trata de conciliarlas y de señalar el partido que se debe adoptar. Pero es peor, si se considera que el fraude procura aprovecharse aun de la imperfeccion del lenguaje, y que los hombres derraman de intento la obscuridad y ambigüedad en sus tratados; para conservar un pretexto de eludirles cuando llegue la ocasion. Por consiguiente, es preciso establecer algunas reglas fundadas en la razon y autorizadas por la ley natural, capaces de aclarar lo que está obscuro, de determinar lo que es incierto, y de frustrar la esperanza de un contratante de mala fé. Principiaremos por las que se dirigen especialmente á este último fin, que son máximas de justicia y de equidad, destinadas á reprimir el fraude y á precaver el efecto de sus artificios.

§. cclxiii. La primera máxima general sobre la interpretacion, es que *no se permite interpretar lo que no necesita interpretacion*. Cuando un acto está concebido en términos claros y precisos; cuando está claro su sentido y no induce á ningún absurdo, no hay razon para negarse al sentido que presenta naturalmente. Querer buscar en otra parte conjeturas para limitarle ó extenderle, es querer eludirle; y si se admite una vez este método peligroso, no habrá acto nin-

guno que no se inutilice. Aunque brille la claridad en todas las disposiciones de un acto, y esté concebido en los términos mas precisos y claros, todo será inútil si se permite buscar razones extrañas para sostener que no se puede entender en el sentido que presenta naturalmente (1).

§. cclxiv. Los enredadores que disputan el sentido de una disposicion clara y precisa, acostumbran á buscar sus vanos refugios en la intencion y en los designios que prestan al autor de ella. Seria comunmente peligroso entrar con ellos en la discusion de aquellos designios, supuesto que no indica el acto mismo. He aquí una regla muy á propósito para rebatirlos, y que abrevia los enredos: *si el que podía y debia explicarse clara y plenamente no lo ha hecho, tanto peor para él, porque no puede admitirse que ponga después restricciones que no ha expresado*. Esta es la máxima del derecho romano: *Pactionem obscuram iis nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere* (2). La equidad

(1) *Standum omnino est iis quæ verbis expressis, quorum manifestus est significatus, indicatæ fuerunt, nisi omnem à negotiis humanis certitudinem removere volueris.* Wolf. *Jus nat.* part. 7, not. 822.

(2) *Digest. lib. 2, tit. 14, de Pactis, leg. 39.* Véase tambien lib. 18, tit. 1. *De contrahendâ emptione, leg. 21.* *Ludæo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quàm emptori, quia potuit re integrâ apertius dicere.*

de esta regla salta á los ojos, y no es menos evidente su necesidad. No habria ningun convenio seguro, ni ninguna concesion firme y sólida, si se inutilizasen con algunas limitaciones subsiguientes que debian expresarse en el acta, si estaban en la voluntad de los contratantes.

§. CCLXY. La tercera máxima general, ó tercer principio sobre la interpretacion, es el siguiente: *ninguno de los interesados ó contratantes tiene derecho para interpretar á su voluntad el acto ó el tratado; porque, si alguno es árbitro de dar á mi promesa el sentido que le agrada, tambien lo sera para obligarme á lo que quiera contra mi intencion, y aun á mas de mis verdaderos empeños; y si yo tengo recíprocamente libertad de explicar á mi gusto mis promesas, puedo hacerlas vanas é ilusorias, dándolas un sentido muy diferente de aquel que han presentado al otro, y en el cual las debió tomar al aceptarlas.*

§. CCLXVI. *En todas las ocasiones en que una persona ha podido y debido manifestar su intencion, se toma contra ella por verdadero lo que ha declarado suficientemente.* Este es un principio incontestable que aplicamos á los tratados, porque, si no son vanos pasatiempos, deben los contratantes hablar en ellos con verdad y segun sus intenciones. Si la intencion suficientemente declarada no se tomase de derecho, por la verdadera intencion del que habla y se obliga,

seria muy inútil contratar y celebrar contratos.

§. CLXXVII. Pero se pregunta en este caso ¿de cuál de los contratantes son las expresiones mas decisivas para el verdadero sentido del contrato; y si es necesario fijarse en las del prometiende, mas bien que en las del que estipula? Proviendo la fuerza y la obligacion de cualquier contrato de una promesa perfecta, y no pudiendo el que la promete haberse empeñado á mas de su voluntad suficientemente declarada, es indudable que para conocer el verdadero sentido de un contrato, es preciso atender principalmente á las palabras del que promete; porque por ellas se obliga voluntariamente, y se toma por verdadero contra él lo que ha declarado suficientemente. Lo que parece que ha dado lugar á esta cuestion, es el modo con que se celebran algunas veces los convenios: porque el uno ofrece las condiciones y el otro las acepta; es decir, que el primero propone aquello á que quiere que se obligue el otro para con él; y el segundo declara aquello á que se obliga en efecto. Si las palabras del que acepta la condicion se refieren á las del que la ofrece, es cierto que debemos arreglarnos á las expresiones de este; pero es porque se supone que el prometiende no hace mas que repetir las para formar su promesa. Las capitulaciones de las plazas sitiadas pueden servirnos de ejemplo en este caso. El si-

tiado propone las condiciones con que ha de rendir la plaza, y el sitiador las acepta; pero las expresiones del primero no obligan en nada al segundo sino las adopta. El que acepta la condicion, es el verdadero promitente; y en sus palabras es en donde debe buscarse el verdadero sentido del acto, ya sea que las escoja y las forme por sí mismo, ó que las adopte de la otra parte, refiriéndose á ellas en su promesa. Pero es preciso acordarse siempre de lo que acabamos de decir; que se toma por verdadero contra él, todo lo que ha declarado suficientemente. Me explicaré todavía con mas claridad.

§. CCLXVIII. Se trata en la interpretacion de un tratado ó de cualquier acto, de saber en que se han convenido los contratantes, y determinar precisamente en la ocasion lo que se ha prometido y aceptado: es decir, no solamente lo que una de las partes ha tenido intencion de prometer, sino tambien lo que la otra ha debido creer racionalmente y de buena fé que se le prometia; lo que se le ha declarado suficientemente, y sobre lo qual ha debido arreglar su aceptacion. *La interpretacion de cualquier acto y de cualquier tratado debe hacerse, por consiguiente, segun reglas ciertas, propias para determinar su sentido, como han debido entenderle naturalmente los interesados, cuando el acto se ha extendido y aceptado.* Esta es la quinta regla ó principio.

Como estas reglas estan fundadas en la recta razon y, por consiguiente, aprobadas y prescritas por la ley natural, cualquier hombre y cualquier soberano está obligado á admitirlas y observarlas. Si no se reconocen algunas reglas que determinen el sentido en que deben tomarse las expresiones, no serán ya los tratados mas que un pasatiempo, no se podrá convenir en ninguna cosa con seguridad, y será casi ridiculo fiarse en el efecto de las convenciones.

§. CCLXIX. Pero no reconociendo los soberanos ningun juez comun, ni superior, que les obligue á recibir una interpretacion fundada en justas reglas, la fé de los tratados forma en este caso toda la seguridad de los contratantes. Esta fé se ofende tanto con la denegacion de admitir una interpretacion evidentemente recta, como con una infraccion clara; porque procede de la misma injusticia é infidelidad, y aunque se encubra con las sutilezas del fraude, no por eso es menos aborrecible.

§. CCLXX. Pasaremos ahora al por menor de las reglas que han de dirigir la interpretacion para que sea justa y recta. Primero, puesto que la interpretacion legitima de un acto se dirige unicamente á descubrir el pensamiento del autor, ó autores de él, luego que se halla alguna obscuridad, es preciso examinar cual ha sido verosimilmente la idea de los que le han extendido, é interpretarle en su consecuencia. Esta es la regla

general de toda interpretacion, y sirve particularmente para fijar el sentido de ciertas expresiones, cuya significacion no se ha determinado suficientemente. En virtud de esta regla deben tomarse estas expresiones en el sentido mas extenso, cuando es verosimil que el que habla ha tenido presente todo lo que ellas designan en este sentido extenso; y al contrario se debe reducir la significacion, si parece que el autor ha limitado su idea a lo que se comprende en el sentido mas reducido. Supongamos que un marido ha legado a su muger *toda su dinero*. En este caso se trata de saber, si esta expresion senala unicamente el dinero contante, o si se entiende tambien el impuesto a ganancias, ó el que se le debe por recibos ú otros títulos. Si la muger es pobre, si era amada de su marido, si se halla poco dinero contante, y si el valor de los demas bienes es muy superior al del dinero, ya contante ó en papel, es muy verosimil que el marido ha querido legar del mismo modo el dinero que le deben, que el que conservaba en su poder. Al contrario, si la muger es rica, si se hallan cantidades grandes en dinero contante, y si el valor de lo que le deben es mucho mayor que el de los demas bienes, parece que el marido no ha querido legar á su muger mas que el dinero contante.

En consecuencia de la misma regla, se debe tambien dar á una disposicion toda la extension

que comprende la propiedad de los términos, si parece que el autor ha tenido presente todo lo que se comprende en aquella propiedad; pero es preciso limitar la significacion, cuando es verosimil que el que ha hecho la disposicion, no ha entendido al extenderla todo lo que puede comprender la propiedad de los términos. Por ejemplo, un padre que tiene un hijo único, lega á la hija de un amigo toda su *pedreria*, entre la cual hay una espada guarnecida de diamantes que le ha regalado un monarca. Ciertamente no hay apariencia ninguna de que el testador haya querido que aquella prenda tan hermosa pasase á una familia extranjera. Por consiguiente, debe exceptuarse esta espada con la pedreria que la guarece, y limitar la significacion de los términos á la pedreria comun. Pero, si el testador no tiene hijos ni herederos de su apellido, é instituye á un extraño por heredero, no hay ninguna razon para limitar la significacion de los términos, y deben tomarse en toda su propiedad, porque es verosimil que el testador los haya empleado del mismo modo.

CCLXXI. Los contratantes estan obligados á expresarse de suerte que se puedan entender recíprocamente, y esto es manifesto por la naturaleza misma del acto. Los que contratan tienen la misma voluntad, se conforman en querer lo mismo, y no podrian hacerlo si no

se entendiesen perfectamente; porque su contrato no sería entonces mas que un pasatiempo ó una asechanza. Por consiguiente, deben hablar de modo que se entiendan, emplear las palabras en el sentido que les atribuye el uso, ó en su sentido propio, y aplicar á los términos de que se sirven, y á todas sus expresiones, la significacion recibida. No tienen permiso para separarse de intento y sin advertirlo, del uso y de la propiedad de los términos; y se presume que se han confirmado á ellos, mientras no haya razones eficaces para presumir lo contrario; porque la presuncion es generalmente que se han hecho las cosas como han debido hacerse. De todas estas verdades incontestables resulta la regla siguiente: *en la interpretacion de los tratados, pactos y promesas, no se deben separar del uso comun de la lengua, siempre que no haya para ello razones muy poderosas.* A falta de certeza se debe seguir la probabilidad en los negocios humanos. Es ordinariamente muy probable que se haya hablado segun el uso, y esto produce siempre una presuncion muy eficaz que no se puede vencer, sino con otra presuncion contraria mas eficaz todavía. Camden (1) refiere un tratado en que se dice expresamente, que el tratado ha de entenderse precisamente segun la fuerza y propiedad de los

(1) *Historia de Isabel*, parte 2.

términos. Conforme á esta cláusula no se puede, bajo ningun pretexto, separarse del sentido propio que el uso atribuye á los términos, porque en ella es formal la voluntad de los contratantes, y está declarada del modo mas preciso.

§. cclxxii. El uso de que hablamos es el de la época en que se ha concluido y extendido el tratado ó el acto general; pero las lenguas varían sin cesar, y se mudan con el tiempo la significacion y fuerza de los términos. Por consiguiente, cuando ha de interpretarse un acto antiguo, es preciso conocer el uso comun del tiempo en que se escribió, y se descubre este uso en los actos de la misma fecha, y en los escritores contemporáneos comparándolos unos con otros cuidadosamente. Este es el único origen adonde se puede acudir con seguridad; porque siendo tan arbitrario, como todos saben, el uso de las lenguas vulgares, las investigaciones etimológicas y gramaticales, solo formarían una teoria yana, tan inútil como falta de pruebas.

§. cclxxiii. Las palabras estan destinadas unicamente á expresar los pensamientos, y por esto mismo, la verdadera significacion de una expresion en el uso comun, es la idea que se acostumbra aplicar á esta expresion. Por consiguiente, sería un ardid grosero atenerse á las palabras, tomadas en un sentido particu-

lar, para eludir el verdadero sentido de toda la expresion. Mahomet, emperador de los Turcos, habiendo prometido á un hombre, en la toma de Negro Ponto, perdonar su cabeza, le mandó dividir en dos por medio del cuerpo. Tamerlan, despues de haber tomado por capitulacion la ciudad de Sebaste, con la promesa de no derramar sangre, mandó enterrar vivos á todos los soldados de la guarnicion (1). Estos son estugios groseros que agravan el delito de un perfido, segun observa Ciceron (2). *Perdonar la cabeza á uno, no derramar sangre*, son expresiones que en el uso comun, y sobre todo en semejantes ocasiones, expresan claramente lo mismo que *salvar la vida*.

§. cclxxiv. Todas estas sutilezas miserables se destruyen con esta regla incontestable: *cuando se ve claramente qual es el sentido que conviene á la intencion de los contratantes, no es permitido torcer sus palabras á un sentido contrario*. La intencion suficientemente conocida suministra la verdadera materia del convenio; lo que está prometido y aceptado, pedido y con-

(1) Vase á Hallendorff, *De jure naturali et gentium*, lib. 5. cap. 18. §. 5. Lacroix en la *Historia de Timurbee*, lib. 5. cap. 15, habla de esta crueldad de Timurbee, ó Tamerlan, con cuatro mil caballeros armenios; pero nada dice de la perfidia que otros le atribuyen.

(2) *Fraus enim adstringit, non dissolvit perjurium*. D. Offic. lib. 5, cap. 5o.

cedido. Violar el tratado, es oponerse á la intencion que él manifiesta suficientemente, mas bien que á los términos en que está concebido, porque estos nada son sin la intencion que debe dictarlos.

§. cclxxv. En un siglo ilustrado no hay necesidad de decir que no pueden admitirse en los tratados las reservas mentales. Esta es una cosa demasiado clara, puesto que, por la naturaleza misma del tratado, deben las partes enunciarse de manera que se puedan entender reciprocamente (§. cclxxii). Pocas personas hay en el dia que no se avergonzasen de apoyarse á una reserva mental; porque semejante sutileza se dirige solamente á adormecer á uno, con la vaná apariéncia de una obligacion, que es por consiguiente una verdadera picardia.

§. cclxxvi. Los términos técnicos ó propios de las artes y ciencias, *deben ordinariamente interpretarse segun la definicion que den de ellos los maestros del arte*, ó las personas versadas en el conocimiento del arte ó ciencia á que pertenecen. Digo *ordinariamente*, porque esta regla no es tan absoluta que no se pueda, y aun se deba apartar de ella cuando hay razones poderosas para hacerlo: por ejemplo, cuando se ha probado que el que habla en un tratado, ó en cualquiera otro acto, no entendia el arte ó ciencia de donde tomó el

término, que no conocia la fuerza de la palabra, como término tecnico, que la ha usado en un sentido vulgar, etc.

§. cclxxvii. Sin embargo, si los términos del arte ú otros se refieren á cosas que admiten diferentes grados, no se deben atender escrupulosamente á las definiciones, sino mas bien tomar estos términos en un sentido conveniente al discurso de que forman parte; porque regularmente se define una cosa en su estado mas perfecto; y sin embargo es cierto que no se entiende en este mismo estado siempre que se habla de ella. Ahora bien, la interpretacion solo debe encaminarse á descubrir la voluntad de los contratantes (§. cclxxviii); y por consiguiente á atribuir á cada término el sentido que verosimilmente ha tenido en su mente el que habla. Asi, cuando en un tratado convienen en someterse á la decision de dos ó tres jurisconsultos hábiles, seria ridiculo procurar eludir el compromiso, con el pretexto de que no se hallará ningún jurisconsulto enteramente consumado, ó apartar los términos hasta el punto de deshechar á todos los que no igualen á Cujacio y á Graciano. El que haya estipulado un socorro de diez mil hombres de buenas tropas, ¿tendrá motivo para exigir unos soldados tales que el menor de ellos pudiese compararse á los veteranos de Julio Cesar? ¿Y si un príncipe habia prometido á su aliado un buen general,

no podria enviar sino á un Marlborough ó á un Turenna?

§. cclxxviii. Hay muchas expresiones figuradas que se han familiarizado tanto en el uso comun de las lenguas, que en muchas ocasiones se emplean por los términos propios, de suerte que se las debè tomar en su sentido figurado, sin atender á su significacion originaria, propia y directa; y el objeto del discurso indica suficientemente el sentido que debe darseles. *Urdir una trama, llevar un país á sangre y fuego*, son expresiones de esta clase; y casi no hay ocasion ninguna en que no fuese un absurdo tomarlas en su sentido directo y literal.

§. cclxxix. Tal vez no hay lengua ninguna en que no haya tambien algunas palabras que signifiquen dos ó muchas cosas diferentes, y algunas frases susceptibles de mas de un sentido, de lo cual nace la ambigüedad en el discurso. Los contratantes deben evitarlo cuidadosamente, porque, si lo emplean de intento para eludir despues sus promesas, es una verdadera perfidia, puesto que la fé de los tratados obliga á las partes contratantes á explicar su intencion con claridad (§. cclxxvi). Pero si la ambigüedad se ha introducido en un acto, la interpretacion debe hacer que desaparezca la incertidumbre que produce.

§. cclxxx. He aquí la regla que debe dirigir la interpretacion en estos casos, lo mismo que en

el anterior: se debe dar siempre á las expresiones el sentido mas conveniente al objeto ó á la materia de que tratan; porque en un tratado se procura descubrir, por una recta interpretacion, el pensamiento de los que hablan ó contratan. Ahora bien, se debe presumir que el que emplea una palabra susceptible de muchas significaciones la ha tomada en aquella que conviene al objeto. A proporcion que se ocupa de la materia de que trata, se le presentan los terminos propios para expresar su pensamiento; y por consiguiente la palabra equívoca no la pedida ocurrirle, sino en el sentido que es propio para expresar el pensamiento del que la usa, es decir, en el sentido que conviene al objeto. Sería inútil oponer que algunas veces se recurre á las expresiones equívocas con el designio de dar á entender otra cosa diferente de la que se tiene verdaderamente en el pensamiento, y que entonces el sentido que conviene al objeto, no es el que corresponde á la intencion del hombre que habla. Ya hemos observado que siempre que un hombre puede y debe manifestar su intencion, se toma por verdadero contra él lo que ha declarado suficientemente (§. cclxvi). Y como debe reinar la buena fé en los convenios, se interpretan siempre en la suposicion de que ella ha intervenido efectivamente. Ilustraremos esta regla con algunos ejemplos. La palabra *dia* se en-

tiende del *dia natural*, ó el tiempo que el sol nos alumbra, y del *dia civil*, ó el espacio de veinte y cuatro horas. Cuando se usa en un convenio para designar un espacio de tiempo, el objeto mismo indica suficientemente que se habla del *dia civil*, ó de un término de veinte y cuatro horas. Por consiguiente, fué un ardid miserable, ó mas bien una perfidia insigne de Cleomenes, haber ajustado una tregua de algunos *dias* con los de Argos, y hallándolos dormidos la tercera noche por la fé del tratado, matar una porcion de ellos y hacer prisioneros á los demas, alegando que las noches no estaban comprendidas en la tregua (1). La palabra *hierro* puede entenderse ó del metal mismo, ó de ciertos instrumentos hechos con él. Refiriéndose en un convenio que *los enemigos depondrian el hierro*, esta última palabra designa evidentemente *las armas*; así Pericles en el ejemplo que hemos referido mas arriba (§. ccxxxiii), dió á estas palabras una interpretacion fraudulenta; puesto que era contraria á lo que indicaba manifiestamente la naturaleza del objeto. Q. Fabio Labeo, de quien hemos hablado en el mismo párrafo, no fué interprete mas honrado en su tratado con Antioco, porque estipulando un soberano que se le volverá la mitad de su flota ó sus navíos,

(1) Véase á Puffendorff, lib. 5, cap. 12, §. 8.

entiende indudablemente que le han de volver navíos de que puede hacer uso, y no la mitad de cada uno aserrado por el medio. Así pues, á Pericles y á Fabio les condena la regla establecida arriba (§. cclxxiv), que prohíbe forzar el sentido de las palabras contra la intención manifiesta de los contratantes.

§. cclxxvi. Si alguna de las expresiones que tienen muchas significaciones diferentes, se encuentra mas de una vez en el mismo acto, no se puede imponer la ley de tomarla en todas partes en la misma significacion; porque, según la regla precedente, debe tomarse esta expresion en cada artículo conforme lo exija la materia. *Pro abstracta materia*, como dicen los maestros del arte. Por ejemplo, la palabra *die* tiene dos significaciones, como hemos visto (§. cclxxx). Si se estipula en un convenio que ha de haber una tregua de cincuenta dias, con la condicion de que los comisarios de ambas partes trabajen juntos, durante ocho dias consecutivos, en arreglar las diferencias, los cincuenta dias de la tregua son dias civiles de veinte y cuatro horas; pero sería absurdo entender lo mismo en el segundo artículo, y pretender que trabajasen los comisarios durante ocho dias y ocho noches sin interrupcion.

§. cclxxxii. Toda interpretacion que conduce al absurdo debe desecharse; ó en otros términos, no puede darse á ningun acto un sentido del

cual resulta algun absurdo; sino que es necesario interpretarle de manera que se evite la absurdidad. Como no se presume que ninguna persona quiera lo que es absurdo, no se puede suponer que el que habla haya pretendido que sus palabras se entiendan de manera que resulte una absurdidad. Tampoco es permitido presumir que haya querido burlarse en un acto serio, porque no se presume lo vergonzoso é ilícito. Se llama *absurdo* no solamente lo que es imposible *fisicamente*, sino tambien lo que lo es *moralmte*: es decir, lo que se opone de tal modo á la razon, que no puede atribuirse á un hombre que está en su cabal juicio. Aquellos juicios fantásticos que no se atrevian á defenderse, cuando el enemigo los acometia en *sábado*, daban una interpretacion absurda al cuarto mandamiento de la ley. ¿Por qué no se abstendian así mismo de andar, de vestirse y de comer? pues estas son *obras*, si se quieren tomar los términos en rigor. Se dice que un hombre en Inglaterra se casó con tres mugeres, para evitar el caso de la ley que prohíbe tener dos; pero este sin duda es un cuento popular para ridiculizar la extremada circunspeccion de los Ingleses, que no permiten apartarse de la letra en la aplicacion de la ley. Aquel pueblo sabio y libre ha conocido por la experiencia de las demas naciones, que las leyes no son una barrera firme, una salvaguardia segura, luego

que se ha permitido una vez al poder ejecutivo interpretarlas á su gusto; pero sin duda no pretende que se tome en ninguna ocasion la letra de la ley en un sentido manifiestamente absurdo.

La regla que acabamos de establecer es de absoluta necesidad y se debe seguir, aun cuando no haya obscuridad ni ambigüedad en el discurso ó en el texto de una ley, ó de un tratado considerado en si mismo, porque es preciso observar que la incertidumbre del sentido que se ha de dar á una ley ó á un tratado, no nace únicamente de la oscuridad ó de algun otro defecto de la expresion, sino tambien de los límites del talento humano, que no puede preveer todos los casos y circunstancias, ni abrazar todas las consecuencias de lo que se ha estatuido ó prometido, y finalmente de la imposibilidad de entrar en este inmenso pormenor. Las leyes ó los tratados no se pueden expresar sino de una manera general, y la interpretacion debe aplicarlas á los casos particulares, con arreglo á la intencion del legislador ó de los contratantes; y por esta razon, en ningun caso se puede presumir que hayan querido establecer el absurdo. Por consiguiente, cuando conducen á él sus expresiones tomadas en su sentido propio y ordinario, deben apartarse de este lo que sea necesario precisamente para evitar la absurdidad. Figurémonos que un capitán ha recibido orden de avanzar con su

tropa en línea recta á cierto apostadero, y que encuentra un precipicio en el camino, en cuyo caso no se le ha mandado ciertamente que se precipite, y por consiguiente debe apartarse de la línea recta todo lo que sea necesario, y nada mas, para evitar el precipicio.

Es mas fácil la aplicacion de la regla cuando las expresiones de la ley ó del tratado son susceptibles de dos sentidos diferentes, porque entonces se toma sin dificultad aquel de que no resulta ningun absurdo. Del mismo modo, si la expresion es tal que se la pueda dar un sentido figurado, se debe hacer sin duda cuando es necesario para evitar el absurdo.

§. CCLXXXIII. Como no se presume que personas sensatas no hayan querido hacer nada al tratar entre si, ó al celebrar cualquier otro acto importante, *no puede por consiguiente admitirse la interpretacion que le haga nulo y sin efecto.* Esta regla debe mirarse como un artículo de la anterior, porque es una especie de absurdidad que los términos mismos de un acto le reduzcan á no decir nada. *Es preciso interpretarle de manera que pueda tener su efecto y no quede vano é ilusorio;* y para esto se procede como hemos dicho en el párrafo anterior. En ambos casos, asi como en cualquiera interpretacion, se trata de dar á las palabras el sentido que se juzga mas conforme á la intencion de los que hablan. Si se presentan muchas interpretacio-

nes diferentes propias, para evitar la nulidad del acto ó del absurdo, debe preferirse aquella que parezca mas conveniente á la intencion del que le ha dictado; y para conocerla servirán las circunstancias particulares, auxiliadas de otras reglas de interpretacion. Refiere Tucídides (1) que los Atenienses, despues de haber prometido que saldrian de las tierras de los Beocios, intentaron permanecer en el pais, con el pretexto de que las tierras que ocupaba actualmente su ejército no pertenecian á los Beocios, sutileza ridícula, puesto que dando este sentido al tratado se reducía á nada, ó mas bien á un pasatiempo pueril. Por las tierras de los Beocios se debía entender patentemente todo lo que se comprendía en sus antiguos limites, sin exceptuar aquello de que se habia apoderado el enemigo durante la guerra.

§. cclxxiv. Si el que se ha enunciado de una manera oscura ó equívoca, ha hablado con mas claridad en otra parte sobre la misma materia, él es el mejor intérprete de sí mismo. *Deben interpretarse sus expresiones oscuras ó equívocas, de modo que se concilien con los términos claros y sin ambigüedad que ha empleado en otra parte, ya sea en el mismo acto, ó en cualquiera otra ocasion semejante.* En efecto, mientras no haya pruebas de que un hombre

(1) Lib. 4, cap. 98.

ha mudado de voluntad ó de modo de pensar, se presume que ha pensado lo mismo en ocasiones semejantes; de suerte que, si en alguna parte ha manifestado su intencion con claridad, con motivo de una causa determinada, se debe dar el mismo sentido á lo que ha dicho en otra parte con oscuridad sobre la misma materia. Por ejemplo, supongamos que dos aliados se han prometido recíprocamente, en caso de necesidad, un socorro de diez mil hombres de infantería, mantenidos á expensas del que los envia, y que por un tratado posterior convienen en que el socorro sea de quince mil, sin hablar de su manutencion: la oscuridad ó incertidumbre que queda en este artículo del nuevo tratado, se disipa por la estipulacion clara y formal del primero. No manifestando los aliados que han mudado de voluntad en cuanto á la manutencion de las tropas auxiliares, no se debe presumir; y estos quince mil hombres serán mantenidos como los diez mil ofrecidos en el primer tratado. Lo mismo se verifica, y con mayor razon, cuando se trata de dos artículos de un mismo tratado; por ejemplo, cuando un príncipe promete diez mil hombres mantenidos y pagados para defender los estados de su aliado, y en otro artículo solamente cuatro mil hombres en el caso de que baga una guerra ofensiva.

§. cclxxxv. Frecuentemente, por abreviar

explican imperfectamente y con alguna oscuridad, lo que suponen suficientemente aclarado por las cosas que han precedido, ó por las que se proponen aclarar despues; y ademas, tienen las expresiones una fuerza y algunas veces tambien una significacion enteramente distinta, segun la ocasion, ó segun su enlace y conexion con otras palabras. Por consiguiente, el enlace y la serie del discurso es tambien un principio de interpretacion. *Es preciso considerar el discurso entero para percibir bien su sentido, y dar á cada expresion, no tanto la significacion que pudiera recibir en si misma, sino la que debe tener por el contexto y la mente del discurso.* Esta es la máxima del derecho romano: *Inevile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* (1).

§. CCLXXXVI. El enlace y las conexiones de las cosas mismas sirven tambien para descubrir y establecer el verdadero sentido de un tratado ó de cualquiera otro acto. *La interpretación debe hacerse de modo, que todas las partes estén acordes entre sí, y que lo que sigue se concilie con lo que precede, á menos que no aparezca manifiestamente que por las últimas cláusulas se ha querido variar en alguna cosa las anteriores.* Porque se supone que los autores de un acto, han pensado de un modo uniforme y sostenido;

(1) *Digest. lib. 1, tit. 5. De legibus, leg. 24.*

que no han querido cosas que cuadren mal entre sí, ni contradicciones, sino mas bien que han pretendido explicar las unas con las otras; en una palabra, que un mismo espíritu reina en una misma obra, ó en un mismo tratado. Haremos esto mas perceptible con un ejemplo. Se estipula en un tratado de alianza, que hallándose acometido uno de los contratantes, le suministrará cada uno de los otros un socorro de diez mil infantes, pagados y mantenidos; y en otro artículo, se dice que el aliado acometido tendrá libertad para exigir el socorro en caballería mas bien que en infantería. En este caso se vé, que en el primer artículo han determinado los aliados la cantidad del socorro y su valor, que es de diez mil infantes; y en el último artículo dejan la naturaleza del socorro á eleccion del que le necesite, sin que parezca que quieren mudar nada de su valor ó su cantidad. Por consiguiente, si el aliado acometido pide caballería, se le dará segun la proporcion conocida el equivalente de diez mil hombres de á pie. Pero si pareciese que el objeto del último artículo habia sido ampliar en ciertos casos el socorro prometido, si se hubiera dicho, por ejemplo, que hallándose atacado uno de los aliados por un enemigo mucho mas poderoso que él, y fuerte en caballería, se suministrará el socorro en esta arma y no en infantería; parece que entonces, y para este caso,

deberia ser el socorro de diez mil caballos.

Asi como dos artículos de un mismo tratado pueden ser relativos uno á otro, asi pueden serlo tambien dos tratados diferentes; en cuyo caso se explican igualmente el uno por el otro. Puede prometerse á uno, con el designio de otra cosa, entregarle diez mil sacos de trigo, y convenir despues en que en lugar de esta especie se le entregaran de avena, cuya cantidad no está expresada; pero se determina comparando el segundo convenio con el primero. Si no hay cosa que indique, que por el segundo ajuste se ha pretendido disminuir el valor de lo que debia entregarse, es preciso entender una cantidad de avena proporcionada al importe de diez mil sacos de trigo; y si apareciese claramente por las circunstancias, ó por los motivos del segundo convenio, que la intencion ha sido reducir el valor de lo que se habia ofrecido en el primero, los diez mil sacos de trigo se convertirán en diez mil sacos de avena.

§. CCLXXXVII. La *razon de la ley ó del tratado*; es decir el motivo que ha inclinado á hacerlos, ó la idea que en ellos se han propuesto, es uno de los medios mas seguros de establecer su verdadero sentido; y es preciso poner en esto mucha atencion, siempre que se trate de explicar un punto oscuro, equívoco ó indeterminado de una ley ó de un tratado, ó de aplicarlos á un caso particular. *Luego que se conoce con cer-*

teza la razon única que ha determinado la voluntad del que habla, se deben interpretar y aplicar sus palabras de un modo conveniente á esta razon única; porque de lo contrario se le haria hablar y obrar contra su intencion, y de una manera opuesta á sus designios. En virtud de esta regla, si un príncipe al conceder su luja en matrimonio promete socorros á su yerno futuro en todas sus guerras, nada le debe si no se verifica el matrimonio.

Pero es necesario estar bien seguro de que se conoce la verdadera y única razon de la ley, de la promesa, ó del tratado; porque en este punto no se permite entregarse á conjeturas vagas ó inciertas, ni suponer razones y designios en donde no se conocen bien. Si el acto de que se trata es oscuro en sí mismo; y si para conocer su sentido no queda otro medio que investigar los designios del autor, ó la razon del acto, entonces se puede recurrir á las conjeturas, y á falta de certeza admitir por verdadero lo que es mas probable. Pero es un abuso peligroso buscar sin necesidad razones y designios inciertos para torcer, limitar, ó extender el sentido de un acto bastante claro en sí mismo, y que no presenta nada de absurdo; y es pecar contra la máxima incontestable de que no se permite interpretar lo que no necesita interpretacion (§. CCLXIII). Mucho menos será permitido, cuando el autor de un acto ha

expresado él mismo las razones y motivos, atribuirle alguna razon secreta para fundar una interpretacion contraria al sentido natural de los términos. Aun cuando en efecto hubiera tenido el designio que se le atribuye, si le ha ocultado y ha expresado otros, la interpretacion no puede fundarse sino en estos, y no en aquel que no ha expresado el autor; porque se tiene por verdadero contra él, lo que ha declarado suficientemente (§. COLXVI).

§. COLXXXVIII. Se debe tener tanta mas circunspeccion en esta especie de interpretacion, por quanto concurren frecuentemente muchos motivos á determinar la voluntad del que habla en una ley ó en una promesa. Puede que la voluntad no se haya determinado sino por la reunion de todos estos motivos, ó que cada uno tomado separadamente haya bastado para determinarla. En el primer caso, si se está bien seguro de que el legislador ó los contratantes no han querido la ley ó el contrato, sino en consideracion á muchos motivos ó á muchas razones juntas, la interpretacion y la aplicacion se deben hacer de un modo conveniente á todas estas razones reunidas, y no puede desatenderse ninguna. Pero en el segundo caso, cuando es evidente que cada una de las razones que han concurrido á determinar la voluntad, era suficiente para producir este efecto, de suerte que el autor del acto de que se trata ha querido, por cada una

de estas razones tomadas separadamente, lo mismo que por todas juntas, sus palabras se deben interpretar y aplicar de modo que puedan convenir á cada una de estas razones tomada en particular. Supongamos que un príncipe ha prometido ciertos beneficios á todos los protestantes y artesanos extrangeros que vayan á establecerse en sus estados; si á este príncipe no le faltan súbditos, sino únicamente artesanos; y si por otra parte parece que no quiere otros súbditos que protestantes, se debe interpretar su promesa de manera que solo toque á los extrangeros que reúnan estas dos calidades de protestante y artesano. Pero si es evidente que este príncipe procura poblar su pais, y que aun prefiriendo los súbditos protestantes á otros, tiene en particular tanta necesidad de artesanos, que los recibirá de buena gana de cualquier religion que sean, es necesario tomar sus palabras en un sentido disyuntivo, de suerte que bastará ser protestante ó artesano para gozar de los beneficios prometidos.

§. COLXXXIX. Para evitar las detenciones y dificultades de la expresion, llamaremos *razon suficiente* de un acto de la voluntad, lo que le ha producido ó ha determinado la voluntad en la ocasion de que se trata; ya sea que la voluntad se haya determinado por una sola razon ó por muchas tomadas juntas. Se descubrirá pues algunas veces que esta *razon suficiente* consiste

en la reunion de muchas razones diversas; de suerte que, en donde una de estas falta, no existe *razon suficiente*, y en el caso en que decimos que muchos motivos, ó muchas razones, han concurrido á determinar la voluntad, pero de suerte que cada una en particular haya sido capaz de producir sola el mismo efecto, entonces habrá muchas *razones suficientes* de un solo y mismo acto de la voluntad. Esto se vé todos los dias, porque un príncipe, por ejemplo, declara la guerra por tres ó cuatro injurias recibidas, de las cuales cada una seria suficiente para producir la declaracion de guerra.

§. cccx. La consideracion de la razon de una ley ó de una promesa, no solo sirve para explicar los terminos oscuros ó equívocos del acto, sino tambien para extender ó limitar sus disposiciones, independientemente de los terminos, y conformandose á la intencion y designios del legislador ó de los contratantes, mas bien que á sus palabras; porque, segun observa Ciceron (1), el lenguaje inventado para manifestar la voluntad, no debe impedir el efecto de ella. *Cuando la razon suficiente y única de una disposicion, ya sea de una ley ó de una pro-*

(1) *Quid? verbis satis hoc cautum erat? Minime. Quae res igitur valuit? Voluntas: quae si, tacitis nobis, intelligi posset, verbis omnino non uteremur. Quia non potest, verba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem. Cicero. Orat. pro Caelina.*

mesa, es muy cierta y conocida, se extiende esta disposicion á los casos en que es aplicable la misma razon, aunque no esten comprendidos en la significacion de los terminos. Esto es lo que se llama *interpretacion extensiva*. Se dice comunmente que es necesario atenerse al espíritu mas bien que á la letra; y de este modo extienden con razon los mahometanos la prohibicion del vino, hecha en *Alcoran*, á todos los licores que embriagan, porque esta calidad peligrosa es la única razon que pudo inclinar al legislador á vedar el uso del vino. Por esta razon tambien, si en un tiempo en que no habia otras fortificaciones que las paredes, se hubieran convenido en no cerrar con ellas un determinado sitio, no seria permitido defenderle con fosos y murallas; porque el único designio del tratado era claramente impedir que se convirtiese aquel sitio en una plaza fuerte.

Pero es preciso emplear en este caso las mismas precauciones de que hemos hablado mas arriba (§. cccxxxvii), y mayores todavia, puesto que se trata de una aplicacion á la cual no autorizan de ningun modo los terminos del acto. Es necesario estar muy seguro de que se conoce la única y verdadera razon de la ley ó de la promesa, y que el autor la ha tomado en la misma extension que debe tener para comprender el caso á que se quiere extender aquella ley ó promesa. Por lo demas

no me olvido ahora de lo que he dicho anteriormente (§. cclxviii), que el verdadero sentido de una promesa no es únicamente aquel que el prometiente ha tenido en su mente, sino el que se ha declarado suficientemente, ó el que han debido entender racionalmente ambos contratantes. La verdadera razon de una promesa es, asimismo, aquella que el contrato, la naturaleza de las cosas y otras circunstancias manifiestan suficientemente; porque sería inútil y ridículo alegar algun designio distinto que se hubiera tenido secretamente en el ánimo.

§. ccxcii. La regla que acabamos de leer sirve tambien para destruir los pretextos y las ruines evasiones de los que procuran eludir las leyes y los tratados. La buena fé se aliene á la intencion, y el fraude insiste en los términos cuando puede distrazarse con ellos. La isla del Faro de Alexandria era como las demas tributaria de los Rodios, y habiendo estos enviado á cobrar el impuesto, la reina de Egipto los entretuvo algun tiempo en su corte, haciendo entre tanto que se juntase apresuradamente el Faro al continente por medio de un terraplen, y despues se burló de los Rodios diciéndoles, que era muy ridiculo que quisiesen cobrar en la tierra firme un impuesto que solo podian exigir de las islas (1). Una ley prohibia á los

(1) Puffendorf, lib. 5, cap. 15, §. 17. Cita á Anni. Marcell. lib. 29, cap. 16.

Corintios suministrar navíos á los Atenenses, y se los vendieron á cinco dracmas cada uno (1). Tiberio, á quien el uso no permitia mandar dar garrote á una doncella, se valió de un expediente digno de él, ordenando al verdugo que desflorasé primero á la hija del Sejan, y la diese garrote despues (2). Violar el espíritu de la ley, fingiendo respetar su letra, es un fraude tan criminal como una violacion abierta; ni es menos contrario á la intencion del legislador, y únicamente manifiesta una malicia mas artificiosa y reflexionada.

§. ccxciii. La *interpretación restrictiva*, opuesta á la *interpretación extensiva*, se funda en el mismo principio. Asi como se extiende una disposicion á los casos que, sin estar comprendidos en la significacion de los términos, lo estan en la intencion de esta disposicion y sugetos á la razon que la ha producido; del mismo modo, una ley ó una promesa se limita contra la significacion literal de los términos, arreglandose á la razon de la ley ó promesa; es decir, que *si se presenta un caso en que no se pueda aplicar absolutamente la razon bien conocida de una ley ó de una promesa, debe exceptuarse aquel caso aunque, considerando solamente la significacion de los términos, parezca*

(1) Puffend. ibid. Herodoto, Pirato.

(2) Tacit. Annal. lib. 5, cap. 9.

que está sometido á la disposicion de la ley ó de la promesa. Es imposible querer preveer ni expresar todo, basta enunciar ciertas cosas de manera que se entienda el designio, aun acerca de aquellas de que no se habla; y, como dice Séneca el retórico (1), hay excepciones tan claras que no se necesita expresarlas. La ley condena á la muerte á cualquiera que golpee á su padre, ¿y se castigará por eso al que le haya sacudido ó golpeado, para sacarle de un adormecimiento letárgico? ¿se condenará á muerte á un niño, ó á un hombre delirante que haya alzado la mano al autor de sus días? La razon de la ley falta enteramente en el primer caso, y no es aplicable á los otros dos. Se debe volver el depósito, pero ¿se le volveré al ladrón que me lo ha confiado, al mismo tiempo que el verdadero propietario se da á conocer y me pide sus bienes? Un hombre me ha entregado en depósito su espada; ¿se la volveré cuando en un acceso de furor me la pide para matar á un inocente?

§. CCXXVI. Se usa de la interpretacion restrictiva para no caer en un absurdo (véase el §. CCXXXII). Un hombre lega su casa á una persona, y á otra su jardín, al cual no se puede entrar sino por la casa. Seria un absurdo que hubiese legado un jardín en el cual no se pu-

(1) Tib. 4, controv. 27.

diera entrar; y por consiguiente, es preciso limitar la donacion pura y simple de la casa, y entender que esta solo se ha dado con la reserva de dejar paso para el jardín. Esta misma interpretacion se verifica cuando se presenta un caso en que la ley ó el tratado, tomado en el rigor de los términos, conduce á alguna cosa ilícita; y entonces es preciso exceptuar este caso, porque nadie puede ordenar ni prometer lo que es ilícito. Por esta razon, aunque se haya prometido á un aliado auxiliarle en todas sus guerras, no se le debe dar ningun socorro cuando emprende una que es injusta claramente.

§. CCXXVII. Si sobreviene un caso en que seria demasiado cruel y perjudicial á alguna persona el tomar una ley ó una promesa en el rigor de los términos, se usa tambien de la interpretacion restrictiva, y se exceptua el caso conforme á la intencion del legislador ó del que ha hecho la promesa; porque el legislador no quiere mas que lo justo y equitativo; y en los contratos nadie puede obligarse á favor de otro, de modo que se perjudique esencialmente á sí mismo. Por consiguiente, se supone con razon que ni el legislador ni los contratantes han querido extender sus disposiciones á casos de esta naturaleza, y que los exceptuarían ellos mismos si estuvieran presentes. Un príncipe no está ya obligado á enviar socorros á sus aliados, desde el momento en que él mismo se vé acometido,

ó necesita todas sus fuerzas para su defensa propia. También puede sin ninguna perfidia abandonar una alianza, cuando los sucesos desgraciados de la guerra le manifiestan que está próximo á su ruina, si no trata inmediatamente con el enemigo. De este modo, á fines del siglo xvii, se vió Victor Amadeo, duque de Saboya, en la necesidad de separarse de sus aliados y recibir la ley de la Francia, por no perder sus estados. El Rey su hijo hubiera tenido razones muy poderosas, en 1743, para justificar una paz particular; pero le sostuvo su valor y sus justos desiguos sobre sus verdaderos intereses, le hicieron perder la generosa resolución de luchar contra un apuro que, fuera de esto, le dispensaba de persistir en sus empeños.

§. ccxv. Hemos dicho antes (§. cclxxx), que es necesaria tomar las expresiones en el sentido que conviene al objeto, ó á la materia. La interpretación restrictiva se dirige también por esta regla. *Si el objeto, ó la materia de que se trata, no permite que los términos de una disposición se tomen en toda su extensión, es necesario limitar su sentido según lo exige el objeto.* Supongamos que en un país la costumbre hace los feudos hereditarios solamente en la línea agnática propiamente dicha, ó en la línea masculina; si un acto de enfeudación en este país contiene que el feudo sea dado á uno para sí y sus descendientes varones, el sentido de estas

últimas palabras debe limitarse á los varones descendientes de varones; porque el objeto no permite que se extienda también á los varones nacidos de hijas, aunque sean del número de los descendientes varones del primer adquirente.

§. ccxvi. Se ha propuesto y agitado esta cuestión: ¿si cuando las promesas contienen en sí mismas esta condición tácita de que las cosas permanecen en el estado en que están, la mudanza acaecida en el estado de ellas puede producir una excepción en la promesa y aun anularla? El principio sacado de la razón de una promesa debe resolver la cuestión. *Si es cierto y manifiesto que la consideración del estado presente de las cosas ha influido en la razón que ha producido la promesa, y que ésta se ha hecho en consideración ó en consecuencia de este estado de las cosas, depende de la conservación de ellas en el mismo estado.* Esto es evidente, puesto que la promesa no se ha hecho sino en aquella suposición. Por consiguiente, cuando el estado de las cosas, esencial á la promesa, y sin el cual no se hubiera hecho ciertamente, llega á mudarse, la promesa se aniquila con su fundamento; y en los casos particulares, en que las cosas dejan por algún tiempo de permanecer en el estado que ha producido la promesa ó ha contribuido á producir, debe hacerse en ellos una excepción. Un príncipe electivo que, viéndose sin hijos, promete á un aliado hacer

de manera que se le designe por sucesor suyo, si despues le nace un hijo, ¿quien dudará que este acaecimiento ha destruido su promesa? El que viéndose en paz ha prometido socorros á un aliado, no está obligado á dárselos cuando necesita todas sus fuerzas para defender sus propios estados. Los aliados de un príncipe poco formidable, que le hubieran prometido una ayuda fiel y constante, para su engrandecimiento, ó para que consiga un estado vecino por eleccion ó por matrimonio, tendrian mucho fundamento para negarle cualquiera auxilio y socorro, y aun para coligarse contra él, en el momento en que lo vieran llegar al punto de amenazar la libertad de la Europa entera. Si el gran Gustavo no hubiera muerto en Latzen, el cardenal de Richelieu que habia formado la alianza de su soberano con aquel príncipe, que le habia traído á Alemania y le habia ayudado con dinero, tal vez se hubiera visto obligado á oponerse á aquel conquistador que se habia hecho formidable, á poner límite á sus progresos asombrosos, y á defender á sus enemigos abatidos. Los estados generales de las Provincias Unidas se condujeron segun estos principios, en 1668, y formaron la triple alianza con España, que antes era su mortal enemiga, contra Luis XIV su antiguo aliado; porque era preciso oponer diques á una potencia que intentaba invadirlo todo.

Pero es preciso ser muy reservados en el uso de la presente regla, porque seria abusar de ella vergonzosamente autorizarse con cualquiera mudanza acaecida en el estado de las cosas, para libortarse de una promesa; en cuyo caso no se podria fiar en ninguna. La es esencial únicamente el estado de las cosas por cuya razon se ha hecho; y la mudanza sola de este estado puede impedir ó suspender legítimamente su efecto. Este es el sentido que se debe dar á esta máxima de los juriconsultos, *conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus*.

Lo que decimos de las promesas debe entenderse tambien de las leyes; porque la que se refiere á un cierto estado de las cosas no puede verificarse sino en este mismo estado; y lo mismo debe racionarse con respecto á una comision. Asi Tito, enviado por su padre á cumplimentar al emperador, se volvió atras cuando supó la muerte de Galba.

§. cccxvii. *En los casos imprevistos, es decir, cuando el estado de las cosas se halla tal que el autor de una disposicion no ha podido preveer ni pensar, es necesario seguir más bien su intencion que sus palabras, é interpretar el acto como lo haria él mismo si estuviera presente, ó conforme á lo que hubiera hecho si hubiese previsto las cosas que se conocen al presente.* Usan mucho esta regla los jueces y todos aquellos, cuyo destino en la sociedad es efectuar las disposiciones de los

ciudadanos. Un padre da por su testamento un tutor á sus hijos que se hallan en la niñez; despues que muere descubre el magistrado que el tutor nombrado es un disipador, sin bienes ni conducta; le despide y nombra á otro conforme á las leyes romanas (1), ateniéndose á la intencion del testador y no á sus palabras; porque es muy racional pensar, y debe suponerse así, que aquel padre no quiso nunca dar á sus hijos un tutor que los arruinase, y que hubiera nombrado á otro, si hubiera conocido los vicios de aquel.

§. cxcviii. *Cuando las cosas que entran en la razon de una ley ó de un convenio, se consideran no como actualmente existentes, sino únicamente como posibles, ó en otros términos, cuando el temor de un acaecimiento es la razon de una ley ó de una promesa, solo pueden exceptuarse de ella los únicos casos en que se demuestre que el acaecimiento es verdaderamente imposible.* Basta solo la posibilidad del acaecimiento para impedir toda excepcion. Por ejemplo, si un tratado contiene que no se conducirá ejército ó flota á cierto parage, no será permitido hacerlo con el pretexto de que se ejecuta sin ningun desigñio de dañar; porque el fin de una cláusula de esta naturaleza, no es únicamente precaver un mal efectivo, sino alejar tambien cualquier peligro,

(1) *Digest.* lib. 26, tit. 5. *De confirm. Tutor.* leg. 10.

y evitar hasta el menor motivo de inquietud. Lo mismo sucede con la ley que prohíbe andar de noche por las calles con una antorcha ó vela encendida. Seria inútil que el que viola la ley dijese que no ha sucedido ningun daño, que ha llevado la luz con tanta precaucion que no habia nada que temer, porque basta que sea posible la desgracia de causar un incendio, para que se deba obedecer la ley, y se ha violado produciendo un temor que el legislador queria evitar.

§. cxcix. Al principio de este capítulo hemos observado que no siempre están determinadas con exactitud las ideas y el language de los hombres. No hay ninguna lengua que no presente expresiones, palabras ó frases enteras susceptibles de un sentido mas ó menos extenso. Hay palabras que convienen igualmente al género y á la especie; la *de falta* comprende el *dolo* y *falta* propiamente dicha; muchos animales no tienen mas que un nombre comun á los dos géneros, como *perdiz*, *alondra*, *gorrion*, etc.; cuando se habla de *caballos* únicamente con respecto al servicio que hacen á los hombres, se comprenden tambien en este nombre las *yeguas*. Una palabra en el language artistico tiene algunas veces mas, y otras veces menos extension que en el uso vulgar: la *muerte*, en términos de jurisprudencia, significa no solamente la muerte natural sino tambien la civil: *verbum* en una gramática latina no significa mas

que *verbo*, y en el uso ordinario significa este término una voz ó una palabra. Muchas veces la misma frase designa también mas cosas en una ocasión, y menos en otra, según la naturaleza del objeto ó de la materia; *enviar socorro*, se entiende algunas veces un socorro de tropas, cuyos gastos paga el que le recibe. Por consiguiente, es necesario establecer algunas reglas para la interpretación de estas expresiones indeterminadas, para señalar los casos en que deben tomarse en el sentido mas extenso, y aquellas en que es necesario reducir las al sentido mas limitado. Muchas de las reglas que dejamos expuestas pueden servir para este fin.

ccc. Pero á este lugar pertenece particularmente la famosa distincion de las cosas *favorables* y de las *odiosas*, que algunos han desechado (1), sin duda por no entenderlas bien. En efecto, las definiciones que se han dado de lo *favorable* y de lo *odioso*, no satisfacen plenamente ni pueden aplicarse con facilidad. Después de haber considerado con madurez lo que han escrito los hombres mas hábiles sobre esta materia, me parece que toda la cuestion y la justa idea de esta distincion famosa se reduce á lo siguiente. Cuando las disposiciones de una ley ó de un convenio son puras, claras, precisas y de una aplicacion segura, y sin dificultad,

(1) Véanse las notas de Barbeyrac á Grocio y á Puffendorf.

no necesitan ninguna interpretacion ni comentario (§. cclxiii), porque el punto preciso que se debe seguir es la voluntad del legislador ó de los contratantes. Pero si sus expresiones son indeterminadas, vagas, y susceptibles de un sentido mas ó menos extenso; si este punto preciso de su intencion, en el caso particular de que tratamos, no se puede descubrir ni fijar por las demas reglas de interpretacion, es necesario presumirle según las leyes de la razon y de la equidad; y para esto se debe atender á la naturaleza de las cosas que se disputan. Hay algunas cuya equidad permite mas bien la extension que la restriccion; es decir, que con respecto á estas cosas, no estando indicado el punto preciso de la voluntad en las expresiones de la ley ó del contrato, es mas seguro para guardar la equidad, colocar este punto y suponerle en el sentido mas extenso, que en el mas limitado de los términos; y extender la significacion de estos, en lugar de limitarla, porque estas cosas son las que se llaman *favorables*. Las *odiosas*, al contrario, son aquellas cuya restriccion se dirige con mas seguridad á la equidad que su extension. Figurémonos la voluntad ó la intencion del legislador, ó de los contratos, como un punto fijo. Si éste está claramente conocido, es necesario fijarse en él precisamente; y si es incierto, procurar á lo menos acercarse. En las cosas *favorables* es mejor tras-

pasar este punto que acercarse á él, y en las cosas odiosas es mejor no llegar á él que traspasarle.

§. cccI. Ahora no será difícil señalar en general cuales son las cosas favorables, y cuales las odiosas. Primeramente, *todo lo que se dirige á la utilidad comun en los convenios, y á establecer la igualdad entre los contratantes, es favorable.* La voz de la equidad y la regla general de los contratantes, es que las condiciones sean iguales entre las partes; porque sin razones evidentes no se presume que uno de los contratantes haya querido con perjuicio suyo favorecer al otro, y lo que es de utilidad comun no hay riesgo en extenderlo. Por consiguiente, si se juzga que los contratantes no han enunziado su voluntad con bastante claridad, y con toda la precision que se requiere, es ciertamente mas conforme á la equidad, buscar aquella voluntad en el sentido que mas favorezca la utilidad comun y la igualdad, que suponerla en el sentido contrario. Por las mismas razones, *es odioso todo lo que no se dirige á la ventaja comun, todo lo que aspira á quitar la igualdad de un contrato, y todo lo que carga unicamente sobre una de las partes, ó lo que la carga mas que á la otra.* En un tratado de amistad, de union y de alianza íntima, es favorable todo lo que, sin ser oneroso á ninguna de las partes, se dirige al bien comun de la confederacion y á estre-

char sus vínculos. En los tratados desiguales, y principalmente en las alianzas desiguales, son odiosas todas las cláusulas de desigualdad, y especialmente las que agravan al aliado inferior. Sobre este principio, que debe extender en caso de duda todo lo que se dirige á la igualdad, y limitar lo que la destruye, está fundada esta regla tan conocida: la causa del que procura evitar una pérdida es mas favorable que la del que pretende adquirir una ganancia. *Incommoda vitantis melior quam commoda petentis est causa* (1).

§. cccII. *Todas las cosas que, sin cargar demasiado á ninguno en particular, son útiles y provechosas á la sociedad humana, deben contarse en el número de las cosas favorables;* porque una nacion se halla ya obligada naturalmente á las cosas de esta naturaleza; de suerte que, si han contraído en esta materia algunas obligaciones particulares, nada se arriesga en darlas el sentido mas extenso que puedan recibir. ¿Temeremos ofender á la equidad siguiendo la ley natural, y dando toda su extension á las obligaciones que se dirigen al bien de la humanidad? Además las cosas útiles á la sociedad humana se dirigen por esto mismo al comun beneficio de los contratantes, y son por consiguiente favorables (§. preced). Al contrario, ten-

(1) Quint. Instit. Orat. lib. 7, cap. 4.

gamos por odioso todo lo que por su naturaleza es mas dañoso que útil al género humano. Las cosas que contribuyen al bien de la paz son favorables, y las que conducen á la guerra son odiosas.

§. cccv. *Todo lo que contiene una pena es odioso* (1). Con respecto á las leyes conviene

(1) Es imposible decir una expresion mas obvia que esta contra las penas de uero, y esto es muy cierto en el dictamen de todo el mundo. ¿No prueba esto que pecan aquellas penas en su principio y en su objeto? Este principio es la venganza, de donde se ha forjado la pretendida ley del Talion, y el unico objeto es horrorizar y servir de ejemplo; objeto tan insultante como es vicioso el principio. Estas penas no se ocupan del gran fin de la justicia que es la reparacion, ni de la emienda del criminal. Los salvages americanos se comen á los prisioneros de guerra, que mueren formando con sus carniceros y proposticándoles que seran comidos á su vez. Sin embargo, su justicia vindicativa está sometida á la que exige la reparacion; porque entre ellos, el prisionero adoptado en una familia para suplir la perdida de un esposo, de un hijo ó de otro miembro necesario á ella, se salva y conserva por esto mismo, y pocas veces deja de cumplir con fidelidad los deberes de su nuevo estado. Si se reparase, como he hecho en mis notas precedentes, y particularmente en la del párrafo CLXX, de la noción de las verdaderas penas lo que les es contrario ó extraño, nada de lo que contuviera una pena seria odioso. Desde luego se excluiria de ella absolutamente esta idea falsa de que es preciso hacer un mal porque se ha hecho un mal. Entonces quedaria lo que debe preceder á la pena, la reparacion que se ha de procurar á las partes perjudicadas, las precauciones que se han de tomar para impedir que el criminal dañe otra vez, y finalmente las penas propriamente dichas: esto es, los castigos propios para humillar y corregir su voluntad. Entonces no dependeria sino de la sabiduria de los legisladores y del poder ejecutivo, que jamas hubiera nada de odioso, ni en las penas, ni en lo que las precediese: al contrario todo seria favorable, como que solo

todos, que en caso de duda debe determinarse el juez por el partido mas suave, y que es mejor sin contradiccion dejar luir á un culpable que castigar á un inocente. Si en los tratados las cláusulas penales cargan sobre una de las partes, son por consiguiente odiosas (§. cccv.).

ccciv. *Lo que se dirige á que un acto sea nulo y sin efecto, ya en su totalidad ó en parte, y por consiguiente, todo lo que causa alguna mudanza en las cosas acordadas es odioso*; porque los hombres tratan entre sí para su utilidad comun, y el que ha adquirido algun beneficio por un contrato legítimo, no puede perderle si no lo abandona. Por consiguiente, cuando uno consiente en nuevas cláusulas, que parece que le derogán, no puede perder su derecho, si no le cede con mucha claridad; y por lo mismo se deben tomar estas nuevas cláusulas en el sentido mas limitado de que sean susceptibles, cuyo caso es el de las cosas odiosas (§. ccc). Si lo que puede hacer un acto nulo y sin efecto está contenido en el acto mismo, es evidente que se le debe tomar en el sentido mas limitado, y mas propio para dejarle subsistir. Ya hemos visto que es necesario desechár toda interpretacion que se enca-

se dirige á la utilidad comun de la igualdad. (§. 501 de este libro.) D.

mina á hacer el acto nulo y sin efecto (§. cclxxxiii).

§. ccv. También se deben poner en el número de las cosas odiosas las que se dirigen á mudar el estado presente de las cosas; porque el propietario no puede perder de su derecho, sino precisamente aquello que cede él; y en caso de duda la presunción está á favor del poseedor. No se opone tanto á la equidad el no volver al propietario aquello de que ha perdido la posesion por su negligencia, como el despojar al justo poseedor de lo que le pertenece legitimamente, y por consiguiente, la interpretacion debe exponerse mas bien al primer inconveniente que al segundo. Podemos tambien citar ahora en muchos casos la regla de que hemos hecho mencion en el párrafo ccvi, que la causa del que procura evitar una perdida es mas favorable que la del que desea adquirir una ganancia.

§. ccvii. Finalmente hay cosas que contraen á un mismo tiempo lo favorable y lo odioso, segun el lado por donde se miran. Lo que derogó los tratados, ó muda el estado de las cosas, es odioso; pero si contribuye al bien de la paz, es favorable por esta parte. Las penas participan siempre de lo odioso, y sin embargo pueden referirse á lo favorable, en las ocasiones en que son particularmente necesarias á la salud

de la sociedad. Cuando se trata de interpretar cosas de esta naturaleza, se ha de considerar si lo que tienen de favorable es muy superior á lo que ofrecen de odioso; si el bien que proporcionan, dándolas toda la extension que permiten los términos, es muy superior á lo que tienen de cruel y odioso, en este caso se las cuenta en el número de las cosas favorables. Por esta razon, un cambio poco considerable en el estado de las cosas ó en los convenios, no se hace aprecio de él cuando proporciona el precioso bien de la paz. Asi mismo, puede darse á las leyes penales el sentido mas extenso en las circunstancias criticas en que este rigor es preciso para la salud del estado (1). Ciceron hizo sentenciar

(1) En un estado corrompido, despedazado por facciones furiosas, acostumbrado á verlas destruirse mutuamente; en una palabra, en Roma en tiempo de Ciceron, se menospreciaban las leyes; porque el mas fuerte las violaba, ó hacia que sirviesen á sus fines segun le convenia. Ya no tenian fuerza por sí mismas en la máquina desconcertada de aquel gobierno. El partido patricio y el plebeyo no concurrían á formar ya un estado, porque cada uno queria serlo solo; queria tener solo el derecho de castigar, ó mas bien de exterminar, el uno á los rebeldes, y el otro á los tiranos: se trataba de hacer perecer ó perecer. Por consiguiente, seria mejor decir que el senado y Ciceron, escuchando la razon tan poderosa de la defensa necesaria de sí mismo, no hicieron mas que anticiparse á los que estaban dispuestos á matarlos cruelmente si se mudaba la suerte; lo cual podía suceder de un instante á otro, como lo probaba la experiencia muy reciente de las convulsiones de la república, bajo Mario y Sifa. Poco

á muerte á los complices de Catilina por un decreto del senado, no permitiéndole la salud de la república esperar á que los condenase el pueblo. Pero fuera de esta desproporcion y en igualdad de circunstancias, el favor está por el partido que no presenta nada de odioso; quiero decir, que se debe abstener de las cosas odiosas, siempre que el bien que se halla en ellas no sobrepuje tanto á lo que tienen de odioso que lo haga desaparecer en algun modo. Por poco que se equilibren lo odioso y lo favorable en una de estas cosas mixtas, se coloca en la clase de las cosas odiosas; y esto por una con-

tiempo despues fue perseguido Ciceron por haber, no digamos extirpado, sino violado la ley que prohibia atentar á la vida de un ciudadano, sin que le hubiese condenado todo el pueblo. Puede ser tambien necesaria la muerte de un ciudadano en un caso, y es cuando privado de su libertad tiene toda una familia y un poder que pueden perturbar la tranquilidad de la nacion; ó cuando su existencia puede producir una revolucion en la forma del gobierno establecido. Este caso no puede verificarse sino cuando una nacion pierde ó recobra su libertad, ó en los tiempos de anarquia, cuando los desordenes mismos ocupan el lugar de las leyes. Pero durante el reinado tranquilo de la legislacion, y bajo de una forma de gobierno aprobada por los votos reunidos de la nacion, en un estado defendido contra los enemigos exteriores y sostenido interiormente por la fuerza y por la opinion, que es mas eficaz que la fuerza misma; en donde toda la autoridad está en manos del soberano; en donde las riquezas no pueden comprar mas que placeres y no autoridad, no puede haber necesidad de quitar la vida á un ciudadano. » *Tratado de delitos y penas*, §. 16 de la traduccion francesa. D.

secuencia del principio en que hemos fundado la distincion de lo favorable y de lo odioso (§. ccc); porque en la duda se debe preferir el partido en que haya menos exposicion de ofender la equidad. Con razon se negará en un caso dudoso suministrar socorros, aunque es cosa favorable, cuando se trata de darlos contra un aliado, porque esto seria odioso.

§. cccvii. Expondremos ahora las reglas de interpretacion que dimanan de los principios que acabamos de establecer.

Primera, *Cuando se trata de cosas favorables se debe dar á los términos toda la extension de que son susceptibles segun el uso comun; y si un término tiene muchas sinificaciones se debe preferir la mas extensa*; porque la equidad debe ser la regla de todos los hombres, en donde quiera que el derecho perfecto no está exactamente determinado ni se conoce su distincion. Cuando el legislador ó los contratantes no han manifestado su voluntad en términos precisos y perfectamente determinados, se presume que han querido lo mas equitativo. Luego en materias de cosas favorables la significacion de los términos mas extensa conviene mejor á la equidad, que su significacion mas limitada. Asi Ciceron defendiendo á Cecina sostiene con razon que la sententia interlocutoria que manda *volver á poner en posesion al que ha sido despojado de su patrimonio*; debe entenderse tambien con aquel á

quien se ha impedido por fuerza posesionarse de él (1); y el Digesto lo decide de este modo (2). Es verdad que esta decision se funda tambien en la regla tomada de la igualdad de razon (§. cexo); porque es igual en punto al efecto quitar á uno su herencia ó impedirle por fuerza que se poseione de ella, y en ambos casos hay la misma razon para posesionarle.

Segunda, en materia de cosas favorables deben tomarse los términos del arte en toda la extension que tienen, no solamente segun el uso ordinario, sino tambien como términos técnicos, si el que habla entiende el arte á que pertenecen, ó si se conduce por los consejos de gentes que le saben.

Tercera, pero por la única razon de que una cosa es favorable, no se deben tomar los términos en una significacion impropia, y no es permitido hacerlo sino para evitar el absurdo, la injusticia ó la nulidad del acto; como se acostumbra en cualquier materia (§§ ceni y cclxxxiii); porque se deben tomar los términos de un acto en su sentido propio conforme al uso, siempre que no haya razones muy poderosas para separarse de él (§. cclxxi).

Cuarta, aunque una cosa parezca favorable mirandola por una parte determinada, si la propiedad de los términos en su extension conduce á

(1) Orat. pro Cecina, cap. 25.

(2) Digest. lib. 45, tit. 86. De vi, et vi armata, leg. 1. 3.

algun absurdo ó injusticia, es preciso limitar su significacion, segun las reglas que hemos dado anteriormente (§§. cxcxiii y cxcxiv); porque aqui la cosa se convierte en mixta en el caso particular, y aun en la clase de aquellas que se deben considerar como cosas odiosas.

Quinta, por la misma razon, si no se sigue ciertamente ni absurdo ni injusticia de la propiedad de los términos, sino que una equidad manifiesta ó una grande utilidad comun pide la restriccion de ellos, debemos atenernos al sentido mas riguroso que permita la significacion propia, aun en materia que parezca favorable en sí misma. Aqui tambien la materia es mixta y se debe tener por odiosa en el caso particular. Por lo demas, es preciso tener siempre presente que en todas estas reglas solo se trata de los casos dudosos, puesto que no debe interpretarse lo que es claro y preciso (§. cclxiii). Si alguno se ha obligado clara y formalmente á una cosa que es para él onerosa, es porque ha querido, y no puede despues de hecho reclamar la equidad.

§. cccviii. Puesto que las cosas odiosas son aquellas cuya restriccion dirige con mas seguridad á la equidad que su extension, y puesto que se debe adoptar el partido mas conveniente á la equidad, cuando la voluntad del legislador ó de los contratantes no se ha determinado con exactitud, ni conocido con pre-

cision la voluntad del legislador ó de los contratantes, en materia de cosas odiosas es preciso tomar los términos en su sentido mas limitado, y aun se puede admitir hasta cierto punto el sentido figurado para evitar las consecuencias onerosas del sentido propio y literal, ó lo que contiene de odioso; porque se favorece la equidad y se separa lo odioso en cuanto es posible, sin oponerse directamente al tenor del acto y sin violentar sus términos. Ahora bien, el sentido limitado ni aun el figurado violentan los términos. Si se dice en un tratado que uno de los aliados suministrará un socorro de cierto número de tropas á sus propias expensas, y que el otro dará el mismo número de auxiliares, pero á expensas de aquel á quien los envía, hay alguna cosa de odioso en la obligacion del primero, puesto que está mas cargado que el otro; pero siendo claros y precisos los términos, no hay lugar para ninguna interpretacion restrictiva. Porque si en este tratado se hubiera estipulado que uno de los aliados suministrara un socorro de diez mil hombres, y el otro únicamente de cinco mil, sin hablar de los gastos, se debia entender que el socorro se mantendria á expensas del que le recibiese; cuya interpretacion era precisa para no extender demasiado la desigualdad entre los contratantes. Por eso la cesion de un derecho ó de una provincia, hecha al vencedor para obte-

ner la paz, se interpreta tambien en el sentido mas reducido. Si es verdad que los límites de la *Acadia* han sido siempre inciertos, y que los Franceses han sido dueños legítimos de ella, tendrán fundamento para pretender que no se la cedieron á los Ingleses por el tratado de Utrecht, sino conforme á sus límites mas reducidos.

En particular, en materia de penas, cuando son odiosas en realidad, no solamente deben reducirse los términos de la ley ó del contrato á su significacion mas limitada, y adoptar tambien el sentido figurado segun el caso lo exige ó lo permite; sino que además es necesario admitir las excusas racionales, que es una especie de interpretacion restrictiva dirigida á liberrar de la pena.

Es preciso observar lo mismo con respecto á lo que puede hacer un acto nulo y sin efecto. Asi cuando convienen en que el tratado se deshará, si uno de los contratantes falta alguna cosa á su observancia, seria tan poco racional como contrario al fin de los tratados, ampliar el efecto de esta cláusula á las faltas mas leves y á los casos en que aquel que la ha cometido puede alegar excusas bien fundadas.

§. cccix. Grocio propone esta cuestion: ¿Si, en un tratado en que se ha hablado de aliados, debe entenderse únicamente de los que lo eran en aquel tiempo, ó bien de todos los aliados

presentes ó venideros (1)? Y cita por ejemplo este artículo del tratado concluido entre los Romanos y los Cartagineses despues de la guerra de Sicilia, *que ninguno de los dos pueblos haria daño alguno á los aliados del otro*. Para entender bien esta parte del tratado es preciso acordarse del bárbaro derecho de gentes de los pueblos antiguos, que creían tener derecho para acometer y tratar como á enemigos á todos aquellos á que no estaban unidos por ninguna alianza. Por consiguiente, el artículo significa que por una y otra parte se trataría como amigos á los aliados de su aliado, y que se abstendrían de molestarlos ni invadirlos: y en este concepto es tan favorable bajo de todos aspectos, y tan conforme á la humanidad y á los sentimientos que deben unir á dos aliados, que debe extenderse sin dificultad á todos los aliados presentes y venideros. No puede decirse que esta cláusula tenga nada de odiosa, porque sujete la libertad de un estado soberano, ú origine el rompimiento de una alianza; pues obligándose á no tratar á los aliados de otra potencia, no se quitan de la libertad de declararles la guerra si dan justo motivo para ello; y cuando una cláusula es justa y racional, no se vuelve odiosa por la única razon de que puede ocasionar el rompimiento de la alianza, porque en este su-

(1) Lib. II, cap. 16, §. 15.

puesto no habria ninguna que no fuese odiosa. Esta razon que hemos indicado en el párrafo anterior y en el ccciv, no se verifica sino en los casos dudosos; y en el presente, por ejemplo, debia impedir que se decidiese con demasiada facilidad, que los Cartagineses habian atacado sin motivo á un aliado de los Romanos. Por consiguiente, los Cartagineses sin perjuicio del tratado podian atacar á Sagunto si tenían causa legítima para ello, ó, en virtud del derecho de gentes voluntario, solamente un motivo aparente ó especioso (prelim. §. XXI). Pero hubieran podido atacar del mismo modo al aliado mas antiguo de los Romanos, y estos sin violar la paz podian tambien limitarse á socorrer á Sagunto. En el día se comprenden en el tratado los aliados de una y otra parte: pero esto no quiere decir que uno de los contratantes no pueda declarar la guerra á los aliados del otro, si le dan motivo para ello, sino únicamente que si se suscita entre ellos alguna querrela, se reserva el poder socorrer al aliado mas antiguo, y en este sentido no estan comprendidos en el tratado los aliados futuros.

Otro ejemplo, refiere Grocio, sacado tambien del tratado hecho entre Roma y Cartago. Cuando esta ciudad reducida al último extremo por Scipion Emiliano, se vió obligada á capitular prometieron los Romanos *que Cartago permaneceria libre, ó en posesion de gobernarse con sus*

propias leyes (1). Estos vencedores inhumanos pretendieron despues, que aquella libertad prometida correspondia á los habitantes y no á la ciudad; exigieron que Cartago se demolicese y se estableciesen sus desgraciados habitantes en un sitio mas retirado del mar. No se puede leer la relacion de este tratamiento pérfido, sin sentir que el grande y amable Scipion se viese obligado á ser el instrumento. Sin detenernos en la sutileza de los Romanos sobre lo que debia entenderse por *Cartago*, no hay duda que la libertad prometida á los Cartagiueses, aunque muy limitada por el estado mismo de las cosas, debia comprender á lo menos la permanencia en su ciudad. Verse obligados á abandonarla para establecerse en otra parte, perder sus casas, el puerto y los beneficios de su situacion, era una sujecion incompatible con el menor grado de libertad, y con pérdidas tan considerables, que no podian obligarse á sufrirlas sino por términos muy expresos y formales.

§. cccx. Las promesas liberales, los beneficios y recompensas pertenecen por sí mismas al número de las cosas favorables, y admiten una interpretacion extensa, siempre que no sean onerosas al bienhechor, que no le carguen demasiado, ó que otras circunstancias no mani-

(1) App. De bello punico.

ficsten claramente que deben tomarse en un sentido limitado; porque la bondad, la benevolencia, la beneficencia y la generosidad, son virtudes liberales, y porque no obran mezquinamente ni conocen otros límites que los que dimanar de la razon. Pero si el beneficio carga demasiado al que le concede, en este punto participa de lo odioso; en caso de duda entonces no permite la equidad que se presume que se ha concedido ó prometido segun toda la extension de los términos; y por consiguiente, se deben limitar á la significacion mas reducida que pueden recibir las palabras, y reducir de este modo el beneficio á los términos de la razon. Lo mismo se verifica cuando otras circunstancias indican claramente la significacion mas limitada como mas equitativa.

Segun estos principios, los beneficios del soberano ordinariamente se toman en toda la extension de los términos (1). No se presume que se halle sobrecargado con ellos, porque es un respeto debido á S. M. creer que se ha inclinado por razones poderosas. Son pues enteramente favorables en sí mismos, y para limitarlos es preciso probar que son onerosos al príncipe ó perjudiciales al estado. Por lo de-

(1) Esta es la decision del derecho romano: *Favoleno dice: Beneficium imperatoris quàm plenissimè interpretari debemus; y de esta razon, quod à divini ejus indulgentiæ profisciscatur. Digest. lib. 1, tit. 4. De constit. princ. leg. 3.*

mas, debe aplicarse á los actos de pura liberalidad la regla general establecida anteriormente (§. cclxx); y si no son precisos y estan bien determinados, deben entenderse de aquello que ha tenido el autor en su intencion verosimilmente.

§. cccxi. Concluiremos la materia de la interpretacion con lo perteneciente a la colision y competencia de las leyes ó de los tratados. No hablamos ahora de la colision de un tratado con la ley natural, porque esta es superior sin duda, como hemos probado en otra parte (§§. clx, clxi, clxx y cccxii). Hay colision ó competencia entre dos leyes, dos promesas ó dos tratados, cuando se presenta un caso en que es imposible satisfacer al mismo tiempo á las dos, aunque por otra parte no sean contradictorias estas leyes ó tratados, y se puedan cumplir perfectamente una y otra en términos diferentes. Se consideran como contrarias en un caso particular, y se trata de señalar cual merece la preferencia, ó aquella en que debe hacerse la excepcion en este caso. Para no equivocarse, y hacer la excepcion conforme á la justicia y á la razon, se deben observar las reglas siguientes.

§. cccxii. Primera, *en todas los casos en que lo que únicamente se permite es incompatible con lo que está prescrito, se debe preferir esto último.* Porque el simple permiso no impone ninguna obliga-

cion de hacer ó no hacer; lo que es permitido se deja á nuestra voluntad, y podemos hacerlo ó no hacerlo. Pero no tenemos la misma libertad con respecto á lo que se nos prescribe, porque estamos obligados á hacerlo: lo primero no puede, por consiguiente, oponer obstáculo; y al contrario, lo que era permitido en general, no lo es en un caso particular en que no se puede aprovechar del permiso sin faltar á un deber.

§. cccxiii. Segunda, *del mismo modo la ley ó el tratado que permite, debe ceder á la ley ó tratado que prohíbe.* Porque es necesario obedecer la prohibicion; y lo que era permitido en si ó en general, es impracticable cuando no puede hacerse sin quebrantar una prohibicion, en cuyo caso ya no tiene lugar el permiso.

§. cccxiv. Tercera, *en igualdad de circunstancias la ley ó tratado que ordena, cede á la ley ó tratado que prohíbe.* Digo en igualdad de circunstancias, porque pueden hallarse otras muchas razones que obliguén á hacer la excepcion contra la ley prohibitiva, ó el tratado que prohíbe. Las reglas son generales, porque cada una se refiere á una idea tomada abstractivamente, y señala lo que sigue de esta idea sin perjuicio de las demas reglas. En este supuesto, es fácil de comprender en general que si no se puede obedecer á una ley afirmativa sin violar una ley negativa, es preciso abstenerse de satisfacer la primera; porque la prohibicion

es absoluta por sí, en lugar de que todo precepto ó mandamiento es condicional por su naturaleza, pues supone la facultad ó la ocasion favorable de hacer lo que prescribe. Ahora bien, cuando no puede hacerse sin violar una prohibicion, la ocasion falta, y esta competencia de las leyes produce una imposibilidad moral de obrar: porque lo que está prescripto en general, no lo está ya, en el caso de que no se pueda hacer sin cometer una accion prohibida (1). Por este fundamento convienen generalmente en que no es permitido emplear medios ilícitos para un fin laudable, como robar, por ejemplo, para dar limosnas. Pero ya se advierte que ahora tratamos de una prohibicion absoluta, ó de los casos en que la prohibicion general es verdaderamente aplicable, y equivalente entonces á una prohibicion absoluta; porque hay muchas de ellas á las cuales exceptuan las circunstancias. Nos explicaremos con mas claridad valiendonos de un ejemplo. Está muy expresamente prohibido, por razones que yo no alcanzo, pasar por cierto parage con cualquier pretexto que sea. Me ordenan que lleve un mensaje, enenetro cerra-

(1) La ley que prohibe causa en el caso una excepcion en la que ordena: *deinde utri les jubet, utra vetet. Nam saepe ea, quae vetat, quasi exceptione quadam corrigere videtur illam quae jubet.* Cicero. *De inventione*, lib. 2, n. 145.

dos todos los demas pasos: me vuelvo atras, mas bien que aprovecharme de aquel que está prohibido tan absolutamente. Pero si este paso lo está en general, y únicamente para evitar algun perjuicio á los frutos de la tierra, es fácil de juzgar que las órdenes de que soy portador deben producir una excepcion.

Por lo que mira á los tratados no hay obligacion de cumplir lo que un tratado prescribe, sino en cuanto se pueda; y como no se puede hacer lo que otro tratado prohíbe, en caso de colision se hace excepcion al tratado que prescribe, y queda en su fuerza el que prohíbe; pero ha de ser en igualdad de circunstancias, porque ahora veremos, por ejemplo, que un tratado no puede derogar otro mas antiguo hecho con otro estado, ni impedir su efecto directa ó indirectamente.

§. cccxv. Cuarta, la fecha de las leyes ó de los tratados suministra nuevas razones para establecer la excepcion en los casos de competencia. Si ésta se halla entre dos leyes afirmativas ó dos tratados de la misma especie, y concluidos entre las mismas personas ó los mismos estados, el último debe preferirse al mas antiguo. Porque es claro, que emanando del mismo poder estas dos leyes ó tratados, la última ha podido derogar la primera; pero por otra parte es preciso suponer siempre las cosas iguales. Si hay colision entre dos tratados celebrados con

dos estados diferentes, el mas antiguo es el válido. Porque no podian obligarse á cosa que fuese contraria á él en el tratado posterior; y si este se halla en un caso incompatible con el mas antiguo, se supone imposible su ejecucion; porque el prometiende no tiene facultad para obrar contra sus obligaciones.

§. cccxvi. Quinta, de dos leyes ó convenios, en igualdad de circunstancias, se debe preferir la que es mas general y se aproxima mas al negocio de que se trata. Porque lo que es especial sufre menos excepciones que lo general, está mandado con mas precision, y parece que se ha querido con mas vehemencia. Usaremos de este ejemplo de Puffendorff (1): una ley prohibe presentarse en público con armas en los dias de fiesta, y otra ley ordena salir con armas para ocupar su puesto cuando se oiga tocar á rebato. Tocar pues en un dia de fiesta, y en este caso se debe obedecer la última ley que forma una excepcion de la primera.

§. cccxvii. Sexta, lo que no sufre dilacion se debe preferir á lo que puede hacerse en otro tiempo. Porque es el medio de conciliarlo todo y de satisfacer á ambas obligaciones; en lugar de que si se prefiriera la que puede cumplirse en otro tiempo, nos pondriamos sin necesidad en el caso de faltar á la primera.

§. cccxviii. Séptima, cuando dos deberes se

(1) Derecho natural y de gentes, lib. 5, cap. 12, §. 25.

hallan en competencia, merece que se prefiera el mas considerable ó el que comprende un grado mayor de honestidad y utilidad. Esta regla no necesita pruebas, pero corresponde á los deberes que estan igualmente en nuestro poder, y, por decirlo asi, en nuestra eleccion: es preciso tener cuidado de no aplicarla erradamente á dos deberes que no esten en verdadera competencia, sino que el uno no dé lugar al otro; porque la obligacion que liga al primero, quita la libertad de cumplir el segundo. Por ejemplo, es mas laudable defender la nacion contra un agresor injusto, que ayudar á otra en una guerra ofensiva; pero si esta es aliada mas antigua, no tenemos libertad para negarla el socorro por darsele á la otra, pues estamos obligados á ello. Hablando con exactitud no hay competencia entre estos dos deberes que no dependen de nuestra eleccion, porque la obligacion mas antigua hace impracticable el segundo deber en la actualidad. Sin embargo, si se tratase de preservar á un nuevo aliado de su ruina cierta, y el antiguo no se hallase en el mismo extremo, seria el caso de la regla precedente.

Por lo que hace á las leyes en particular, se deben preferir sin duda las mas importantes y necesarias. Este es el caso de la gran regla en su competencia, la que merece mas atencion, y la que ha colocado tambien Ciceron al frente

de todas las reglas que da sobre la materia (1). Es oponerse al objeto general del legislador, y al gran fin de las leyes abandonar una de mucha importancia, con el pretexto de observar otra menos interesante y necesaria. Se peca en efecto, porque un bien menor, si excluye otro mas grande, autoriza la naturaleza del mal.

§. cccxix. Octava, si no podemos desempeñar al mismo tiempo dos cosas prometidas á la misma persona, á esta la pertenece escoger la que debemos cumplir; porque puede dispensarnos de la otra en este caso, y entonces ya no hay competencia; pero si no podemos informarnos de su voluntad, debemos presumir que quiere la mas importante y la debemos preferir. Y en caso de duda debemos ejecutar aquella á que estamos mas fuertemente obligados, siendo de presumir que ha querido obligarnos con mas fuerza á lo que le interesa mas.

§. cccxx. Novena, puesto que la obligacion mas fuerte es superior á la mas débil, si sucede que un tratado confirmado con juramento se halla en competencia con otro tratado no jurado en igualdad de circunstancias, el primero es pre-

(1) *Primum igitur leges oportet contendere, considerando utra lex ad majores, hoc est, ad utiliores, ad honestiores, ac magis necessarias res pertineat. Ex quo conficitur, ut si leges duæ, aut si plures, aut quotquot erunt, conservari non possunt, quia discrepent inter se, ea maxime conservanda putetur, quæ ad maximas res pertinere videatur. Cicero. Ubi supra.*

ferible, porque el juramento añade nueva fuerza á la obligacion; pero, como no muda nada la naturaleza de los tratados (§§. cccxxv y sig.), no puede dar, por ejemplo, la ventaja á un nuevo aliado sobre otro mas antiguo que no esté jurado.

§. cccxxi. Décima, por la misma razon y tambien en igualdad de circunstancias, lo que se ha impuesto bajo una pena, es superior á lo que no se le ha impuesto; y lo que tiene una pena mayor, á lo que la tiene menor. Porque la sancion y la convencion penal aumentan la obligacion; pues prueban que se ha querido la cosa con mas eficacia (1), y esto á proporcion que la pena es mas ó menos rigorosa.

§. cccxxii. Todas las reglas contenidas en este capítulo deben combinarse entre sí, y hacerse la interpretacion de manera que se acomode á todas, segun son aplicables al caso. Cuando estas reglas parece que se perjudican, se equilibran y se limitan reciprocamente segun su fuerza é importancia, y segun pertenecen con mas particularidad al caso de que se trata.

(1) Esta es tambien la razon que da Cicero: *nam maxime conservanda est ea (lex), quæ diligentissima, et sancta est (vel potius), quæ diligentissime sancta est. Cicero. Ubi supra.*

Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra

Sir William Blackstone

Introducción

§2 Sobre la Naturaleza de las Leyes en General

(...)

El método más justo y racional para interpretar la voluntad del legislador es mediante la exploración de sus intenciones al tiempo que la ley fue hecha, a través de los signos más naturales y probables. Y estos signos son, o bien las palabras, o el contexto, o la sustancia, o los efectos y consecuencia, o el espíritu y razón de la ley. Echemos una breve mirada a cada uno de ellos.

1. Las palabras deben ser generalmente entendidas en su significado usual y más conocido, no mirando tanto a la corrección gramatical, sino a su uso general y popular. Se juzgó así que la ley mencionada por Puffendorf¹², que prohibía a un seglar poner sus manos sobre un sacerdote, se extendía a aquel que hubiera herido a un sacerdote con un arma. Ahora bien, los términos propios de un arte o técnica deben tomarse según la acepción de los instruidos en cada

ciencia, comercio o ciencia. De esta manera en la ley de sucesión, en que la corona de Inglaterra se limita "a la princesa Sofía, y a los herederos de su cuerpo que sean protestantes," se hace necesario invocar la asistencia de abogados para determinar la idea precisa de las palabras "herederos de su cuerpo;" que en sentido jurídico comprende sólo algunos de sus descendientes lineales. Finalmente, cuando las palabras son claramente contradictorias en dos leyes, la última ley toma el lugar de la más antigua; *leges posteriores priores contrarias abrogant* es una máxima de derecho universal, como lo es de nuestra propia constitución. Y en consecuencia fue establecida en una ley de las Doce Tablas en Roma, *quod populus postremum jussit, id jus ratum esto*.

2. Si aun resulta que las palabras sean dudosas, podemos establecer su significado por el contexto; pudiendo ser de utilidad comparar una palabra o una frase cuando éstas sean ambiguas, equívocas o intrincadas. De esta manera el próemio o preámbulo usualmente se invoca para asistir en la interpretación de una ley del parlamento. De la misma naturaleza y utilidad es la comparación de una ley con otras leyes hechas por el mismo legislador que tengan alguna afinidad con la materia, o que expresamente se refieran al mismo punto. Luego, cuando la ley de Inglaterra declara que el homicidio es un crimen sin beneficio de clerecía, debemos recurrir a la misma ley de Inglaterra para aprender que es el beneficio de clerecía, y, cuando el derecho común (*common law*) censura los contratos simoníacos, la consideración de lo que el derecho canónico haya juzgado sea la simonía es de gran utilidad.

3. En relación con la materia, siempre debe entenderse que las palabras se dirigen a la misma, pues se supone que aquella está siempre en la mira del legislador y todas sus expresiones se dirigen a ese fin. Así, cuando una ley de nuestro Eduardo III prohíbe a toda persona eclesiástica comprar provisiones en Roma, pareciera prohibir la compra de grano y otras vituallas; pero cuando se considera que la ley fue hecha para reprimir las usurpaciones de la tarifa papal, y que las nominaciones por el papa a los beneficios vacantes se llamaban provisiones, veremos que la intención era que la restricción abarcara sólo a esas provisiones.

4. En cuanto a los efectos y consecuencia, la regla es que cuando las palabras entendidas literalmente no tengan significado alguno, o el que tengan sea muy absurdo, debemos apartarnos un poco de su sentido recibido. Así, después de un largo debate se determinó que la ley boloñesa mencionada por Puffendorf¹³, que disponía que "quienquiera derrame sangre en las calles será castigado con la mayor severidad" no se aplicaba al cirujano que abría la vena de una persona que caía en calle con un ataque.

¹ *Commentaries on the Laws of England...* Traducido al castellano por el profesor Rodrigo P. Correa G. para uso exclusivo en el curso *Introducción al Derecho* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

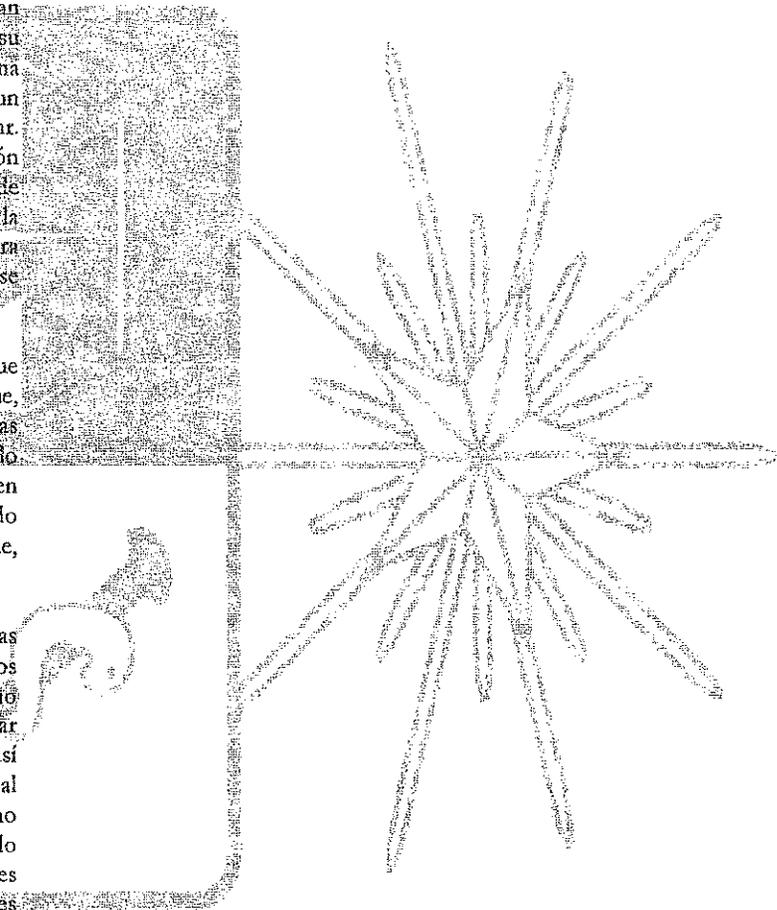
¹² Inst. 1. 2. 6.

¹³ 1. 5. C. 12. §8.

5. Pero, finalmente, la manera más universal y eficaz de descubrir el verdadero sentido de una ley, cuando sus palabras son dudosas, es considerando su razón o espíritu; o la causa que movió al legislador a dictarla. Pues cuando esta razón cesa, también debe cesar con ella la propia ley. Una instancia de esto se da en un caso propuesto por Cicerón, o quienquiera sea el autor del tratado retórico inscrito a Herennius¹⁴. Había una ley conforme a la cual quienes abandonaban el barco en una tormenta pierden su propiedad sobre el mismo; y la nave y su carga debe pertenecer enteramente a quienes permanecen en él. En una tempestad peligrosa todos los marineros abandonaron el barco, salvo solo un pasajero enfermo, quien en razón de su enfermedad no podía salir y escapar. El azar llevó el barco a puerto seguro. El hombre enfermo mantuvo posesión y demandó el beneficio de la ley. Ahora bien, todos los doctos están de acuerdo que el hombre enfermo no cae bajo la razón de la ley, puesto que la razón para dictarla fue dar un estímulo a quienes podían jugarse la vida para salvar el barco; pero éste era un motivo que no podía reclamar quien no se mantuvo el barco con esa razón, ni en nada contribuyó a su preservación.

De este método para interpretar las leyes a través de su razón, surge lo que llamamos equidad, que es definida por Grocio como "la corrección de lo que, en la ley (en razón de su universalidad) es deficiente." Porque como en las leyes no pueden preverse o expresarse todos los casos, es necesario que cuando los decretos generales de la ley sean aplicados a casos particulares, resida en alguna parte un poder para exceptuar aquellas circunstancias que (de haber sido previstos) el propio legislador habría exceptuado. Y estos son los casos que, como Grocio lo expresa, "*lex non exacte definit, sed arbitrio boni viri permittit.*"

Siendo así que la equidad depende esencialmente de las circunstancias particulares de cada caso individual, no es posible establecer reglas y preceptos fijos de equidad sin destruir su verdadera esencia, y reduciéndola a derecho positivo. Y, por otra parte, no debe permitirse que la libertad de considerar todos los casos bajo la luz de la equidad llegue demasiado lejos, puesto que así destruiríamos toda ley y dejaríamos la decisión de todo asunto enteramente al arbitrio del juez. Y la ley sin equidad, aunque dura y desagradable, es mucho más deseable para el bien público que la equidad sin ley: la cual haría de todo juez un legislador e introduciría la más infinita confusión, puesto que entonces habría tantas reglas de acción diferentes establecidas en nuestros tribunales como diferencias de capacidad y sentimiento hay en la mente humana.



¹⁴ 1. 1. c. 11.

Las Leyes Civiles según su Orden Natural

Jean Domat

LIBRO PRELIMINAR

DONDE SE TRATA DE LAS REGLAS DEL DERECHO EN GENERAL, DE LAS PERSONAS Y DE LAS COSAS

[4]

Sección II

Del uso y de la interpretación de las reglas

Aquí se denomina uso de las reglas la manera de aplicarlas a las cuestiones que deben ser juzgadas. Y la aplicación de las reglas exige muchas veces que se las interprete.

Hay dos clases de casos en los que es necesario interpretar las leyes. Uno es cuando se encuentra en una ley alguna oscuridad, alguna ambigüedad o cualquier otro defecto de expresión; en este caso se la debe interpretar para descubrir cuál es su verdadero sentido. Esta especie de interpretación se limita a la expresión, para hacer comprender que es lo que dice la ley. Y el otro caso es cuando sucede que el sentido de una ley, que parece del todo evidente en los términos, conduciría a falsas consecuencias, y a decisiones que serían injustas, si ella fuera indistintamente aplicada a todo lo que aparezca comprendido en la expresión. Pues en este caso la evidencia de la injusticia que se seguiría de ese

sentido aparente obliga a descubrir una especie de interpretación, no de qué dice la ley, sino de qué dispone ella; y a juzgar por su intención, cuál es la extensión, cuales son los límites que debe tener su sentido. [5] Y esta manera de interpretación depende siempre de la corrección** que alguna otra regla aporta a la ley que estaría en peligro de ser mal aplicada, si no se la explicara. Pues esta corrección da a la ley su uso y su verdad. No hay mejor forma de entender esto que por ejemplos. Y para hacerlos más útiles a aquellos que tienen menos luces y experiencia, se debe dar uno en el que persona alguna pueda dejar de reconocer que no se debe tomar siempre la ley en el sentido de la letra, y además otro en el que no sea tan fácil hacer este discernimiento.

Una de las reglas más claras y seguras es que un depositario debe devolver el depósito a aquél que se lo ha confiado, cuando éste quiera retirarlo; pero si el dueño del dinero depositado ha perdido la razón cuando lo demanda, ninguno ignora que sería una injusticia dárselo. Pues quién no ve que otra regla impide entregar a un insensato una cosa que puede perecer en sus manos, o a la que podrá darle un mal uso, y que devolversele es inferirle un perjuicio. Así, es por esta segunda regla que se interpreta y se limita el sentido de la otra.

Otra de las reglas más ciertas es que el heredero sucede en los derechos del difunto, pero esta regla sería mal aplicada en el heredero de un socio, que pretendiera suceder en esta calidad, pues ella no se transmite a los herederos; esto se funda en otra regla, que dispone que los socios se escogen recíprocamente; y por esta regla sería injusto que el heredero de un socio fuera socio, si ello no ha sido aceptado por los otros y si ellos no lo acepta. De este modo esta segunda regla obliga a interpretar el sentido de la otra, y a limitarlo. Y por este segundo ejemplo, que no es tan fácil como el primero, se puede descubrir el principio que constituye esta interpretación, y que asigna a cada una de estas reglas su justo efecto, en tanto limita el sentido de la primera.

Se puede ver por estos ejemplos, y se verá lo mismo en todos los demás, que en los casos en que es necesario interpretar el sentido de una ley, esa interpretación que asigna a la ley su justo efecto se funda siempre en otra regla que dispone otra cosa que aquella que pareciera estar regulada por ese sentido mal entendido.

De esta observación se sigue que para entender bien una regla no basta con concebir el sentido aparente de los términos y contemplarla aisladamente, sino que es necesario considerar también si otras reglas no la limitan de algún modo. Pues es seguro que toda regla tiene su justicia tal que no

** La expresión utilizada por Domat es "temperamento" (*temperament*). En el texto se usa la expresión "corrección" porque éste es el término tradicionalmente utilizado para referirse a la interpretación conforme a la equidad, en el sentido de *epiqueya*, que subyace también a la concepción de Domat. En todo caso, debe tenerse presente que se trata de una corrección que "atempera" la posible extensión de la ley, en el sentido que la modera. Esta relación entre "temperamento" y "moderación", es decir, el carácter restrictivo del efecto de la interpretación conforme a la equidad, es manifiesta en el Art. XII de esta Sección.

* *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel, Le Droit Public, et Legum Delectus*. Nouvelle Edition. Tome I. A Paris, Chez Pierre Gandonin, Libraire; Quay des Augustins, à la Belle-Image. 1723. (Traducción de Antonio Bascañán Rodríguez. Se indica entre paréntesis el número de página del texto original).

sea contraria a la justicia de alguna otra regla, cada una la tiene en su extensión. Y es sólo la relación de todas en conjunto la que hace su justicia, y limita su uso. Más aún, es la equidad natural, al ser el espíritu universal de la justicia, la que hace todas las reglas y asigna a cada una su uso propio. De donde se debe concluir que es el conocimiento de esta equidad y la consideración general de este espíritu de las leyes, el primer fundamento del uso y de la interpretación particular de todas las reglas.

Este principio de la interpretación según la equidad no se refiere solamente a las leyes naturales sino que se extiende también a las leyes arbitrarias, porque éstas tienen todos sus fundamentos en las leyes naturales, como se ha observado en el Capítulo XI del Tratado de las Leyes^{***}. Pero en cuanto a la interpretación de las leyes arbitrarias debe añadirse a este principio de equidad otro principio que le es propio, y que es la intención del legislador, que determina en aquello que ellas regulan el uso y la interpretación de la equidad. Pues en estas clases de leyes los temperamentos de la equidad son restringidos a aquellos que pueden ser concordados con la intención del legislador y no se extienden a todo aquello que habría podido parecer equitativo antes que la ley arbitraria hubiera sido establecida. (...)

(...)

Para la buena aplicación de ese primer fundamento de la interpretación que es la equidad, no basta con sentir en cada regla aquello que a la luz de la razón encuentra de equitativo en su expresión y en la extensión que ella pareciera tener, sino que se debe agregar a ese sentimiento una consideración general de la equidad universal, para discernir en los casos que han de ser resueltos, si otras reglas no exigen una justicia diferente, con el fin de

^{***} Sobre el *Tratado de las Leyes* vid. la primera nota al texto siguiente de esta selección. El Capítulo XI de este Tratado contiene la distinción entre leyes inmutables y leyes arbitrarias, formulada por Domat en un sentido que en lo esencial corresponde a la distinción escolástica entre derecho natural y derecho positivo. En la tradición iusnaturalista escolástica, el derecho positivo no es simplemente el derecho positivado, sino el derecho que determina lo justo en asuntos que son de suyo indiferentes para el derecho natural (al respecto, vid. Antonio Escunán Rodríguez, *Observaciones sobre la distinción entre derecho natural y derecho positivo en Tomás de Aquino*, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1996, págs. 1-11). En la concepción de Domat, las leyes arbitrarias son las leyes estatutales, modificables o abrogables por un acto de voluntad de la autoridad legítima, con tal que su establecimiento, cambio o abolición pueda tener lugar "sin violar el espíritu de las primeras leyes (las inmutables), y sin herir los principios del orden de la sociedad" (Art. II, *op. cit.*, pág. XV). Tal como en la tradición escolástica, Domat considera que las leyes arbitrarias son necesarias por dos órdenes de razones: porque es necesario brindar certeza en cuestiones prácticas inciertas, y porque el hombre inventa instituciones socialmente útiles, cuya existencia es enteramente convencional.

^{****} En el texto de Domat, al final de cada artículo, esto es, de cada párrafo enumerado con un numeral romano, se indica la fuente de las reglas o criterios de interpretación en ellos expuestos. Dichas fuentes no han sido incluidas en esta traducción. En su enorme mayoría, ellas consisten en citas del *Corpus Iuris Civilis*.

no desviar algunas reglas fuera de su uso, y de aplicar a los hechos y a las circunstancias las reglas que les convienen. Y si se trata de leyes naturales, debe concibiárselas según la extensión y los límites de su verdad; o si se trata de leyes arbitrarias, debe fijarse esta equidad según la intención del Legislador.

Debe ponerse cuidado en no confundir estas clases de interpretación de las leyes de que hemos hablado con aquellas que están reservadas al Príncipe, sobre las que se hablará en el Artículo XII de esta Sección. Y será fácil de comprender la diferencia entre estas dos clases de interpretación, conforme a las reglas que serán explicadas en esta Sección.

[6]

I.

Todas las reglas, ya sea naturales o arbitrarias, tienen su uso del que da a cada una la justicia universal, de las que es el espíritu. Así, la aplicación debe ser hecha mediante el discernimiento de aquello que exige este espíritu, que en las leyes naturales es la equidad, y en las leyes arbitrarias es la intención del Legislador. Es este discernimiento en lo que consiste principalmente la ciencia del Derecho^{****}.

II.

Si al ser aplicada una regla natural a un caso que ella parece comprender se sigue una decisión contraria a la equidad, debe concluirse que la regla ha sido mal aplicada, y que es por alguna otra regla que el caso debe ser juzgado. (...)

III.

Si al ser aplicada una ley arbitraria a un caso que ella parece comprender, se llega a una consecuencia contraria a la intención del Legislador, la regla no debe en modo alguno ser extendida a ese caso. (...)

IV.

No se debe tomar como injusticias contrarias a la equidad o a la intención del Legislador las decisiones que parezcan tener aquella dureza que se llama rigor del derecho, en los casos en que es evidente que dicho rigor es esencial a la ley donde la acompaña, y que no se puede aportar corrección a dicha ley sin aniquilarla. (...)

V.

^{****} El texto de Domat contiene ejemplos concretos para las distintas reglas y criterios de interpretación, tomados de la tradición del derecho natural, del *Corpus Iuris Civilis* o del derecho estatutario francés. La mayor parte de los ejemplos no ha sido incluidos en esta traducción. En el lugar del texto que ocupa un ejemplo aparece aquí el signo "(...)".

Si la dureza o el rigor del Derecho no es una consecuencia esencial de la ley, de la cual sea inseparable, sino que la ley puede tener su efecto por una interpretación que modere ese rigor, y por aquella corrección que exige la equidad, que es el espíritu de la ley, se debe entonces preferir la equidad a ese rigor que pareciera exigir la letra, y sobre todo el espíritu y la intención de la ley que la manera estricta y dura de interpretarla. (...)

[7]

VI.

Se sigue de las reglas precedentes que no se puede fijar por regla general que el rigor del derecho deba ser siempre seguido contra las moderaciones de la equidad, ni tampoco que él deba ceder siempre. Este rigor deviene en injusticia en los casos en que la ley permite que se la interprete conforme a la equidad, y es por el contrario una regla justa en los casos en que tal interpretación vulneraría la ley. De este modo, la expresión "rigor del derecho" se toma ya sea en el sentido de una dureza injusta y odiosa, y que no es el espíritu de la ley, o bien en el sentido de una regla inflexible pero que tiene su justicia. Jamás se debe confundir el uso de estas dos ideas, sino que se debe discernir y aplicar, ya sea la justa severidad o la corrección de la equidad, conforme a las reglas precedentes y a las que siguen.

VII.

Nunca es libre o indiferente la elección entre el rigor del Derecho o la equidad, de modo que se pueda en el mismo caso aplicar el uno o la otra indistintamente y sin injusticia. Por el contrario, en cada caso se lo debe determinar, o bien conforme al uno o bien a la otra, según las circunstancias y aquello que exige el espíritu de la ley. Así se debe juzgar conforme al rigor del Derecho, si la ley no permite corrección alguna, o bien conforme a la corrección de la equidad, si la ley la permite.

VIII.

Si bien el rigor del Derecho parece distinguirse de la equidad, y esta pareciera incluso oponersele, es siempre cierto que en los casos en que este rigor debe ser seguido otra consideración de la equidad le otorga su justicia. Y así como nunca se llega a que aquello que es equitativo vulnere la justicia, así tampoco se llega a que aquello que es justo vulnere la equidad. (...)

IX.

Las oscuridades, las ambigüedades y los otros defectos de expresión de los que pueden estar dotado el sentido de una ley, así como todas las otras dificultades de entender y aplicar bien las leyes, deben ser resueltos según el sentido más natural, que más se relacione con la materia, que sea el que se encuentre más conforme a la intención del Legislador, y que la equidad más favorezca. Este se descubre mediante las diversas consideraciones de la

naturaleza de la ley, de su motivo, de su relación con otras leyes, de las excepciones que la pueden restringir, así como por otras reflexiones que pueden contribuir a descubrir el espíritu y el sentido.

X.

Para comprender bien el sentido de una ley, se debe sopesar todos los términos, y el preámbulo cuando lo haya, con el fin de juzgar sus disposiciones por sus motivos y por toda la secuencia de aquello que la ley ordena; y no se debe limitar su sentido en aquello que pudiera parecer diferente a su intención, ni tampoco en una parte separada de la ley, o en el defecto de una expresión. Por el contrario, se debe preferir en vez de ese sentido extraño de una expresión defectuosa, aquel sentido que parezca evidente por el espíritu de la ley completa. De este modo, es más bien vulnerar que usar las reglas y el espíritu de las leyes, el servirse de una parte aislada de una ley, ya sea para juzgar o para aconsejar, y darle un sentido alejado de aquel que le otorga su relación con la totalidad de la ley.

XI.

Si en cualquier ley se encuentra una omisión de una cosa que es esencial a la ley, o que es una consecuencia necesaria de su disposición, y que tiende a dar a la ley su efecto completo, según su motivo, en tal caso se puede suplir aquello que falta a la expresión, y extender la disposición de la ley a aquello que se encuentra comprendido en su intención, a pesar de los términos.

XII.

Si los términos de una ley expresan completamente el sentido y la intención, se debe estar a ellos. Si el verdadero sentido de la ley no puede ser comprendido por las interpretaciones que pueden hacerse conforme a las reglas que se ha explicado, o bien si ese sentido es claro, pero surgen de él inconvenientes para la utilidad pública, entonces se debe recurrir al Príncipe, para conocer su intención acerca de aquello que puede ser sujeto a interpretación, declaración o moderación. Esto es, para hacer comprender la ley, o para aportarle corrección.

[8]

XIII.

Si la disposición de una ley es bien conocida, aunque el motivo sea desconocido, y si parece surgir algún inconveniente que no se puede evitar mediante una interpretación razonable, se debe presumir que la ley tiene de todos modos su utilidad y su equidad, por alguna consideración de bien público, que debe hacer preferir su sentido y su autoridad a razonamientos que podrían serle contrarios. Pues de otro modo muchas leyes muy útiles y bien establecidas serían trastocadas por otras consideraciones de la equidad o por la sutileza de los razonamientos.

XIV.

Las leyes que favorecen aquello que es de utilidad pública, la humanidad, la religión, la libertad de las convenciones y de los testamentos, que por otros motivos semejantes sean favorables, y aquellas en las que las disposiciones son a favor de algunas personas, deben ser interpretadas con la extensión que pueda dárles el favor de esos motivos unido a la equidad; y no deben ser interpretadas duramente, ni ser aplicadas de una manera que se vuelvan en perjuicio de las personas que sus disposiciones querían favorecer.

XV.

Las leyes que restringen la libertad natural, como aquellas que prohíben aquello que de suyo no es ilícito, o que derogán de otro modo el derecho común, las leyes que establecen las penas de los crímenes y los delitos, o las penas en materia civil, aquellas que prescriben ciertas formalidades, las reglas en las que las disposiciones parecen tener cierta dureza, aquellas que permiten el desheredamiento, y las otras semejantes, se interpretan de modo que no se aplique más allá de sus disposiciones, y que no tengan consecuencias para los casos a los que ellas no se aplican. Y por el contrario, se les debe asignar las correcciones de equidad y humanidad que ellas pueden permitir.

XVI.

Si alguna ley o alguna costumbre ha sido establecida por consideraciones particulares en contra de otras reglas, o del derecho común, no debe obtenerse de ella alguna consecuencia fuera de los casos que esa disposición determina expresamente. (...)

XVII.

Los favores y dones de los Príncipes se interpretan favorablemente; y tienen toda la extensión razonable que pueda otorgar a los Príncipes la presunción de la liberalidad natural, previniendo que no se los extienda de una manera que sea perjudicial a otras personas.

XVIII.

Si las leyes en las que se encuentra alguna duda u otra dificultad tienen alguna relación con otras leyes que pueden aclarar su sentido, debe preferirse a toda otra interpretación aquella a la que dan ocasión las otras leyes. De este modo, en los casos en que nuevas leyes se relacionan con leyes antiguas, o con costumbres antiguas, o las antiguas con las nuevas, ellas se interpretan las unas conforme a las otras, según su intención común, en aquello que las últimas no hayan derogado.

XIX.

Si las dificultades que pueden darse en la interpretación de una ley, o de una costumbre, se encuentran explicadas por un uso antiguo que haya fijado

el sentido, y que se encuentra confirmado por una secuencia perpetua de sentencias uniformes, se debe estar al sentido declarado [9] por el uso, que es el mejor intérprete de las leyes.

XX.

Si algunas Provincias o algunos lugares carecen de reglas ciertas para las dificultades en materias que están reguladas por usos, y estas dificultades no están reguladas por el derecho natural o por las leyes escritas, sino que dependen de las costumbres y usos, se deben regular por los principios que se siguen de las costumbres de esos mismos lugares. Y si ellas no regulan la dificultad, se debe seguir aquella que se encuentre regulada por las costumbres vecinas, y sobre todo por aquellas de las Villas principales.

XXI.

Todas las leyes se extienden a todo aquello que sea esencial a su intención. (...) Así, puesto que los jueces están establecidos para hacer justicia, su autoridad se extiende a todo aquello que resulta necesario para el ejercicio de sus funciones, como lo es el derecho de reprimir mediante penas aquellos que resisten a las órdenes de la justicia; lo mismo sucede en todas las otras consecuencias de su ministerio.

XXII.

En las leyes que permiten, se sigue la consecuencia de lo más a lo menos. Así, aquel que tiene el derecho de donar sus bienes, tiene con mayor razón el derecho de venderlos. (...)

XXIII.

En las leyes que prohíben, se sigue la consecuencia de lo menos a lo más. Así, los prodigos interdictos de la administración de sus bienes, no pueden con mayor razón enajenarlos. (...)

XXIV.

Esta extensión de la ley de menos a más, y de más a menos, se encuentra limitada a cosas que son del mismo género que aquellas sobre las que la ley dispone, o que son tales que su motivo debe ser extendido, como en los ejemplos de los artículos precedentes. Pero no debe seguirse la consecuencia de lo más a lo menos, ni de lo menos a lo más, cuando se trata de cosas de diferente género, o que son tales que el espíritu de la ley de modo alguno se aplica. (...)

XXV.

Si alguna ley hace cesar la prosecución de algún abuso, perdonándolo para el pasado, lo prohíbe para el provenir.

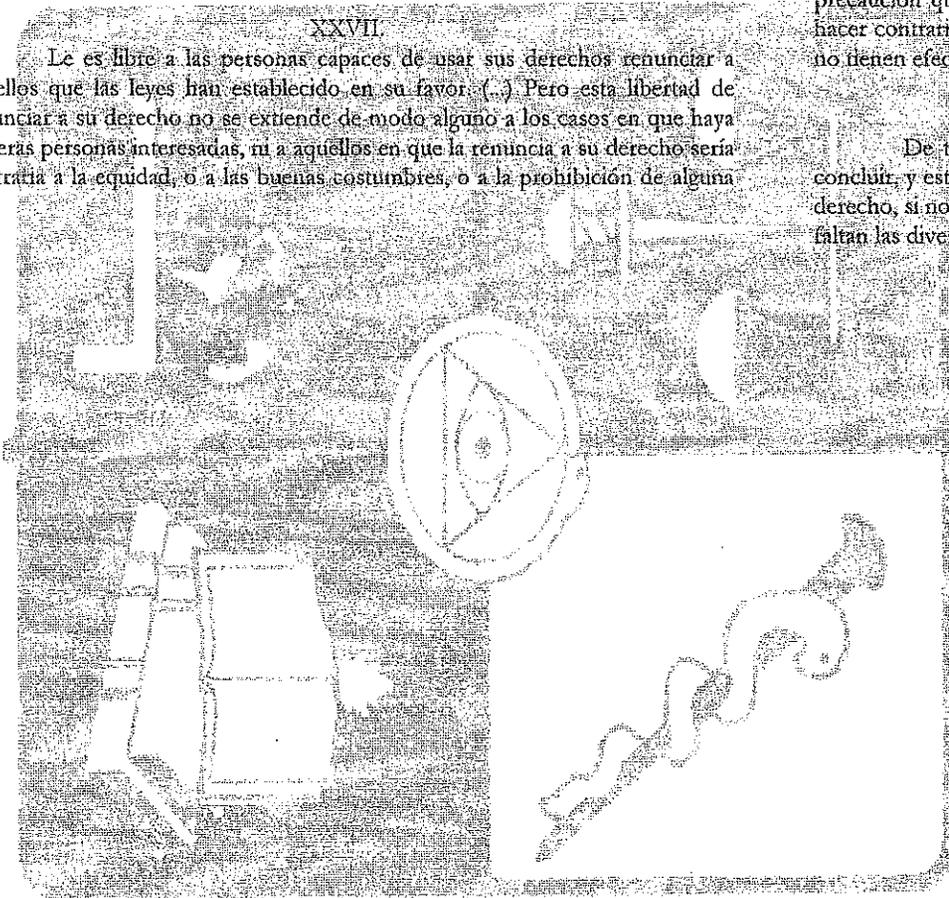
XXVI.

En los casos en que un derecho corresponde a una persona por disposición de una ley, ella ha adquirido ese derecho por efecto de la ley, ya sea que dicha persona ignore esa ley, o que ignore el hecho del que depende el derecho que la ley le otorga. (...)

[10]

XXVII.

Le es libre a las personas capaces de usar sus derechos renunciar a aquellos que las leyes han establecido en su favor. (...) Pero esta libertad de renunciar a su derecho no se extiende de modo alguno a los casos en que haya terceras personas interesadas, ni a aquellos en que la renuncia a su derecho sería contraria a la equidad, o a las buenas costumbres, o a la prohibición de alguna ley.

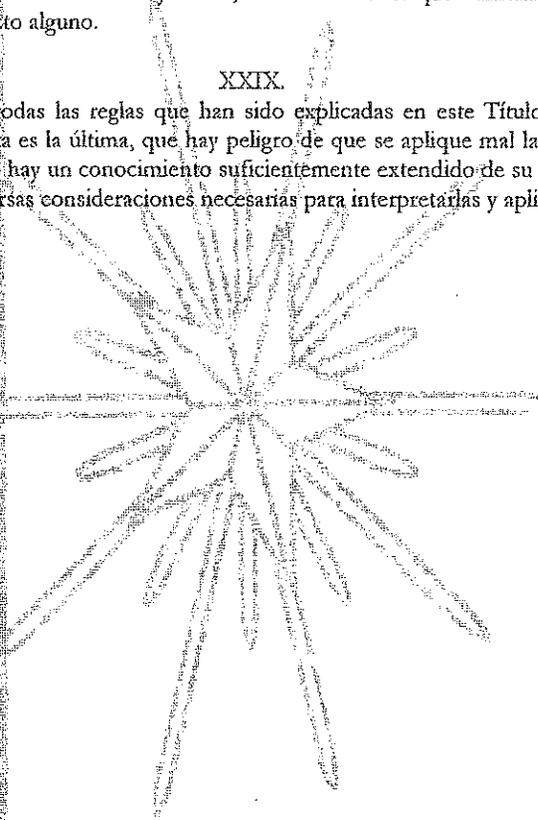


XXVIII.

Las leyes producen su efecto independientemente de la voluntad de los particulares. Y ninguno puede impedir por convenciones, ni por disposiciones por causa de muerte, ni de otro modo, que las leyes regulen aquello que le concierne. Así, un testador no puede impedir por alguna precaución que las leyes tengan su efecto contra las disposiciones que pueda hacer contrarias a las de las leyes. Así, las convenciones que vulneran las reglas no tienen efecto alguno.

XXIX.

De todas las reglas que han sido explicadas en este Título se puede concluir, y esta es la última, que hay peligro de que se aplique mal las reglas de derecho, si no hay un conocimiento suficientemente extendido de su detalle y si faltan las diversas consideraciones necesarias para interpretarlas y aplicarlas.



Tratado de las Leyes*

Jean Domat

[XXII]]

Capítulo XII

Reflexiones sobre algunas observaciones del Capítulo precedente, para el fundamento de diversas reglas acerca del uso y de la interpretación de las leyes

[XXIV]

VII Se ha visto que es por el espíritu y la intención de las leyes como debe comprendérselas y darles aplicación; que para juzgar bien el sentido de una ley, se debe considerar cual es su motivo, cuales son los inconvenientes que ella puede producir y la utilidad que de ella puede nacer, su relación con leyes antiguas, y los cambios que ella trae consigo, como asimismo hacer las otras reflexiones para poder entender su sentido. De aquí se sigue, en primer lugar, que para reconocer por todas estas consideraciones la intención y el espíritu de la ley, debe examinarse aquello que ellas exponen, lo que ordenan, y juzgar siempre el sentido de la ley y de su espíritu por toda la secuencia, por el entero tenor de todas sus partes, sin mutilarla.

VIII Se sigue asimismo de esa observación del espíritu de la ley y de su motivo, que si se llega a que cualquiera términos, o cualquiera expresiones de una ley parecieran tener un sentido diferente de aquel que se encuentra por otra parte evidentemente expresado por el tenor de la ley entera, debe estarse a este verdadero sentido, y rechazar el otro, que parece conforme a los términos, pero que se encuentra en contradicción con la intención.

* *Traité des Loix*, en: *Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel*, Tome I: Paris, 1723. (Traducción de A.B.R. Se indica entre paréntesis el número de página del texto original). El *Tratado de las Leyes* es un texto breve de teoría general del derecho, que comprende catorce capítulos y que cumple la función de introducción general a la *Las Leyes Civiles en su Orden Natural*. Los distintos párrafos del Capítulo XII del *Tratado* se remiten a los artículos respectivos de la Sección II del Libro Preliminar de *Las Leyes*. En lo que concierne a los intereses de esta selección, las concordancias efectuadas por Domat son las siguientes

Tratado (Cap. XII)	Leyes Civiles (I.P.-Sec.II)
VII	XX
VIII	III, XII.
IX	XI
X	XIV
XI	XV
XII	IV, V, VI, VIII y VIII
XXII	XXIX

IX. Se sigue también de la misma observación, que en los casos que las expresiones son defectuosas, es necesario suplirlas para llenar el sentido según su espíritu.

X. Es también una consecuencia de la misma observación sobre el espíritu de la ley, que hay leyes que se deben interpretar de tal manera que se les dé toda la extensión que pueden tener, sin vulnerar la justicia y la equidad, y que por el contrario hay algunas que se deben restringir a un sentido más limitado. Así, las leyes que conciernen en general aquello que es de la libertad natural, aquellas que permiten toda clase de convenciones, y todas aquellas que favorecen la equidad, se interpretan con toda la extensión que se les puede dar, sin vulnerar las demás leyes ni las buenas costumbres. Es por esto que se llama favorables las causas que las leyes favorecen de esta manera.

XI. Pero las leyes que derogán esa libertad, aquellas que prohíben lo que no es de por sí ilícito, aquellas que derogán el derecho común, aquellas que son las excepciones, que acuerdan dispensas, y las demás semejantes, deben ser restringidas a los casos que ellas regulan, y a aquello que se encuentra expresamente comprendido en sus disposiciones.

XII. Se puede relacionar con estas diferentes interpretaciones que dan cierta extensión a las leyes, o que las restringen, las reglas que conciernen a las correcciones de la equidad, que pueden usarse en ciertas ocasiones, y el rigor del derecho que se debe seguir en otras.

Pero éste no es el lugar de dar ejemplos de estas diversas interpretaciones, no de explicar la diferencia entre la equidad y el rigor del derecho, y lo que concierne al uso de la una y del otro. Ese detalle será explicado en su lugar. Se debe solamente observar sobre las causas llamadas usualmente favorables, como son aquellas de las viudas, de los huérfanos, de las iglesias, de los hospitales, de las dotes, de los testamentos, y otras semejantes, que ese favor debe ser siempre extendido de modo que no se afecte el interés de terceras personas, y que no se extienda de modo alguno el favor de esas clases de causas más allá de los límites de la justicia y la equidad.

[XXV]]

XXIII. Se puede añadir como una última observación, que es una consecuencia de todas las anteriores, que todas las diferentes consideraciones sobre el uso y necesarias para la aplicación de las leyes exigen el conocimiento de sus principios y de sus detalles: esto es lo que reafirma la luz del buen sentido con el estudio y la experiencia. Pues sin esas cualidades hay peligro de hacer falsas aplicaciones de las leyes, ya sea desviándolas a otras materias que aquellas con las que ellas se relacionan, o no discerniendo los límites que le asignan las excepciones, o dando demasiada extensión a la equidad en contra del rigor del Derecho, o a este rigor en contra de la equidad, o por la falta de otras consideraciones que deben regular el uso de las leyes.

SISTEMA DEL DERECHO ROMANO ACTUAL.

POR
M. F. C. DE SAVIGNY

TRADUCIDO DEL ALEMÁN POR
M. GH. GUENOUX,
DOCTOR EN DERECHO.

vertido al castellano por

JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY,

Profesores de Derecho Romano en la Facultad Libre de Barcelona.

y precedido de un prólogo de

DON MANUEL DURÁN Y BAS,

CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

TOMO I.

MADRID.

F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES

Puerta del Sol, núm. 18.

1878.

CAPÍTULO IV.

INTERPRETACION DE LAS LEYES.

§ XXXII. — *Definición de la interpretación. — Interpretación legislativa. — Interpretación doctrinal.*

Hasta aquí he considerado el contenido de las fuentes como reglas del derecho y bajo un punto de vista exterior; mas para que éstas pasen á formar parte de la vida real, nos falta todavía algo por hacer: es preciso que nos las asimilemos de una manera determinada. Esta asimilacion puede recibir muchas y diversas aplicaciones: así, el juriconsulto se sirve de ella para recomponer la ciencia bajo nuevas formas; el magistrado, para dictar sus decisiones; el ciudadano, para regular con certidumbre sus relaciones sociales. No tengo el propósito de examinar los caracteres particulares de estas diversas aplicaciones; me basta dejar sentado que todas tienen por base un elemento comun, la asimilacion de las fuentes, y este elemento comun es el que voy á estudiar en el presente capítulo.

Lo que vamos á hacer es un acto intelectual, acto por demás simple, pero que es, sin embargo, un trabajo científico, principio y fundamento de la ciencia del derecho. He hablado ya de la ciencia como de un elemento que concurre á la formacion del derecho; pues bien, ahora voy á considerarla bajo una fase opuesta, esto es, como percibiendo al derecho colo-

cado fuera de ella, que no es producido por ella, y ofreciéndolo á la conciencia humana con caracteres precisos.

Posible, y aun necesaria, es esta percepcion, cualquiera que sea la naturaleza de las fuentes. Sin embargo, respecto al derecho consuetudinario y al científico, la operacion es muy sencilla; pues aunque, segun he dicho más arriba, existan errores de gran trascendencia sobre la naturaleza de estas dos formas del derecho, una vez reconocidos estos errores, no necesita el razonamiento de la cuestion una explicacion detallada; pero, cuando se trata de las leyes, se complica mucho la operacion, y hé aqui por qué he titulado este capítulo: «Interpretacion de las leyes.»

Esta operacion intelectual tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad; en otros términos: la ley, medida al criterio de nuestra inteligencia, debe aparecerse como verdadera. Esta operacion es indispensable para toda aplicacion de la ley á la vida real, y precisamente en este carácter de necesidad constante se funda su legitimidad. La interpretacion no está restringida, como creen muchos, al caso accidental de oscuridad de la ley (§ 50); solo que, en este último caso, tiene más importancia y mayores consecuencias. En efecto, la oscuridad es una imperfeccion de la ley, y para buscar el remedio es preciso estudiarla en su estado normal.

La necesidad de esta operacion intelectual permanece la misma, cualquiera que sea la oscuridad de la ley (a); así es que podemos establecer como principio que, por la naturaleza de sus funciones, está el juez siempre obligado á dar un sentido á la ley más oscura, y á decidir conforme á este sentido, de la misma manera que la mayor incertidumbre que puedan ofrecer los hechos de un proceso no lo dispensan nunca de pronunciar sentencia. Bajo este punto de vista no hay, por consiguiente, diferencia esencial entre los dos elementos de un juicio: el hecho y la regla de derecho. La disposicion del Código francés, que prohíbe al juez abstenerse bajo pretexto de silencio ó de oscuridad de la ley (b), está,

pues, fundada en la naturaleza misma de las funciones judiciales.

La libertad de la interpretacion resulta, sin embargo, negada, cuando el sentido de una ley llega á ser objeto de una nueva disposicion legal; pues, fijado este sentido por una ley posterior ó por una costumbre constante, deja de ser libre el intérprete, el cual debe aceptar y aplicar la ley tal como ha sido interpretada, aunque estuviera convencido de la falsedad de esta interpretacion. Llámamla los autores modernos interpretacion auténtica ó usual, segun que está fundada en la ley ó en la costumbre (a), á veces se comprenden ambas especies bajo el nombre de interpretacion legal, á la cual se opone la doctrinal, que es la que he presentado como un acto científico de la inteligencia.

Si se tiene en cuenta que, tanto una como otra, la legal y la doctrinal, tienen por fin común conocer el contenido de una ley, puede admitirse como exacta la distincion, en el sentido de que todo medio de llegar á este fin se llama interpretacion, y, por tanto, que la diferencia establecida por los autores responde á la diversidad de estos medios; pero si se considera la interpretacion en su esencia propia, es preciso volver á la idea de un acto libre de la inteligencia, el cual implica necesariamente la existencia de una ley. En efecto, toda ley, para recibir su aplicacion en la vida, necesita ser objeto de un proceso intelectual, pues no está en la marcha ordinaria de las cosas que cada ley vaya seguida de otra que la explique; y, por otra parte, aun para aplicar esta ley aclaratoria, sería tambien necesario recurrir á la accion libre de la inteligencia. Admitido este razonamiento, háy que convenir en que la llamada interpretacion legal no es una especie de interpretacion, sino más bien el contraste, la exclusion, la prohibicion de la inteligencia verdadera. Este concepto aparece más claro y se justifica enteramente, considerando que contiene la relacion evidente é incontestable de la regla á la excepcion. Así, pues, en adelante emplearé la pa-

(a) Más adelante se verá que esta oposicion está conforme con las prescripciones del derecho de Justiniano. (V. el § 48).
(b) Código civil, art. 4.

(a) Este derecho consuetudinario interpretativo participa al mismo tiempo de la naturaleza del derecho científico (§ 14, 20), pues rara vez acontece que la conviccion general de la nacion tenga por objeto una ley determinada.

000 300092

labra genérica «interpretación» para designar la interpretación doctrinal.

Los autores modernos han invertido la relación entre la regla y la excepción, pretendiendo que la interpretación es legislativa por su naturaleza, y que no puede pertenecer a una clase de funcionarios ni a los ciudadanos, sin una delegación de la autoridad soberana (a). Lígase estrechamente esta opinión con la de los autores modernos que consideran la interpretación, no como una verdadera y natural explicación, sino como una modificación de la ley. El examen de esta doctrina encontrará su lugar más adelante.

Es la interpretación un arte que se aprende por el estudio de los grandes modelos que la antigüedad y los tiempos modernos ofrecen en abundancia, al contrario de lo que sucede con la teoría de este arte, respecto a la cual, por circunstancias accidentales, nos encontramos sumamente pobres. No se enseña solamente el arte de la interpretación, como ninguna de las artes, por medio de reglas; pero, contemplando las obras de los grandes maestros, penetramos el secreto de su superioridad, ponemos en actividad las facultades que reclama la ciencia y aprendemos a dirigir por buen camino nuestros esfuerzos. Ahora bien, la teoría de la interpretación, como la de todas las artes, se limita a establecer los preceptos y a señalar los peligros que podemos encontrar en nuestro camino.

En este punto se presenta la importantísima cuestión de saber si las prescripciones del derecho romano sobre la interpretación son obligatorias en los países donde se ha adoptado este derecho. He resuelto negativamente una cuestión semejante a propósito de la formación del derecho (§ 27), pero la que ahora nos ocupa, como se referirá solamente a la manera de percibir las fuentes del derecho, podría, por más que se ligue estrechamente con la anterior, recibir una solución diferente. Mas por ahora no he de tratar de resolverla de una manera completa y definitiva; me limitaré a citar provisionalmente los principios del derecho romano, re-

(a) Zachariä, Hermeneutik des Rechts. (Hermenéutica del Derecho). Meissen, 1805, páginas 161, 165.

servándome examinar más tarde si constituyen para nosotros leyes obligatorias ó autoridades de peso.

El contenido de este capítulo se divide en dos partes: la interpretación de cada ley, tomada separadamente y en sí misma, y la interpretación de las fuentes consideradas en su conjunto. Abrazando en éste todas las materias del derecho, debemos encontrar en él un doble carácter de unidad y universalidad, lo cual nos impone una doble tarea, á saber, resolver todas las contradicciones y llenar todas las lagunas.

§ XXXIII. A. — Interpretación de las leyes aisladas. — Reglas fundamentales de interpretación.

Destinada la ley á fijar una relación de derecho, expresa siempre un pensamiento simple ó complejo que pone esta relación de derecho al abrigo del error ó de la arbitrariedad; mas para que tal resultado se consiga en la práctica, es necesario que su espíritu sea percibido enteramente y en toda su pureza por aquellos á quienes se refiere, los cuales deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia. Tal es el procedimiento de la interpretación que puede, por tanto, definirse de esta manera: la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley (a). Solo por este medio se llega al conocimiento cierto y completo de ella y se está en situación de cumplir el objeto que la misma se propone.

Se notará que, por lo dicho hasta ahora, la interpretación de la ley en nada difiere de la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje, como, por ejemplo, la de que se ocupa la filología; pero revelá un carácter particular y propio cuando la descomponemos en

(a) Empleo la palabra *pensamiento*, como la más propia para expresar la parte intelectual de la ley. Otros emplean la palabra *sentido*. Es preciso evitar el término *intencion*, porque tiene un doble significado, puesto que puede aplicarse tanto al fin inmediato de la ley, como al mediato á que indirectamente concurre. Los romanos se sirven indistintamente de las palabras *mens* y *sententia*.

sus partes constitutivas. Cuatro elementos se distinguen en ella, á saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

El elemento gramatical de la interpretacion tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposicion del pensamiento ó las relaciones lógicas que unen á sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de accion de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe explicar.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad (§ 5). El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la accion ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema (a).

El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley. Tengase presente que no son estas cuatro clases de interpretacion, entre las cuales pueda escogerse segun el gusto ó el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunion es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar. Por esta razon lo indispensable es no olvidar ninguno de ellos, pues en algunas circunstancias se puede, sin que disminuya la importancia de la interpretacion, omitir alguno, cuando su mencion es inútil ó pedantesca. El buen éxito de la interpretacion depende de dos condi-

(a) El elemento sistemático forma tambien una parte esencial é integrante de la interpretacion. Este elemento falta en los numerosos comentarios hechos sobre el derecho justiniáneo donde deberia esperarse encontrarlo. Son, en efecto, en su mayor parte, comentarios dogmáticos y algunas veces históricos en donde el autor, con ocasion del texto, se extiende sobre las materias que con él se relacionan.

ciones esenciales, en donde se resumen los caracteres de estos diversos elementos, y son, á saber: primero, debemos reproducir en nosotros mismos la operacion intelectual en virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley; segundo, debemos traer á consideracion los hechos históricos y el sistema entero del derecho para ponerlos en inmediata relacion con el texto que tratamos de interpretar. De esta manera podremos explicarnos por qué encontramos algunas veces en sábios y reputados autores errores de interpretacion que parecen increíbles, y en los que acaso no caería un estudiante distinguido, al cual se sometiera el mismo texto; fenómeno que podría hacernos sospechar de la rectitud de nuestros juicios, si no tuviéramos presente el alcance de las condiciones enumeradas. Estos errores se notan frecuentemente, sobre todo, en numerosas materias que constituyen una parte muy considerable é instructiva del Digesto.

El objeto de la interpretacion es sacar de cada ley la mayor instruccion posible, por lo cual debe ser á la vez individual y fecunda en resultados (a). El éxito de la interpretacion admite muchos grados en relacion directa del talento del intérprete y aun del talento del legislador, que, soberano en esta materia, ha podido expresar y condensar en su texto las ideas positivas. De este modo, la legislacion y la interpretacion ejercen entre sí influencias recíprocas, prosperan juntas y la superioridad de cada una es para la otra condicion y garantía de desarrollo.

§ XXXIV. — Motivo de la ley.

leer

Si la interpretacion tiene por objeto darnos la conciencia de la ley, todo lo que no pertenezca al contenido de ésta, cualquiera que sea por otra parte su afinidad con dicho contenido, queda, rigurosamente hablando, extraño al objeto de la interpretacion. En este punto se presenta en primera linea el motivo de la ley (*ratio legis*). Esta palabra tie-

(a) La palabra interpretacion (*explicatio*) es la más propia para expresar esta idea, pues por ella se entiende la exposicion completa de todo lo que el texto contiene. La palabra explicacion conviene mejor al exclamamiento de las dificultades accidentales que puede ofrecer el texto.

000 300093

ne dos sentidos diferentes, según que se aplica al pasado ó al porvenir: así, pues, designa: 1.º la regla superior de derecho, de la cual es la ley deducción y consecuencia; 2.º el efecto que la ley está llamada á producir, es decir, el fin, la intención de la ley. Sería gran error establecer oposición absoluta entre estos dos sentidos; debe, por el contrario, admitirse que son inseparables en el pensamiento del legislador. Ofrecen, sin embargo, la diferencia relativa de que uno u otro predominan notablemente en algunas leyes; predominio que hace relación á la distinción establecida más arriba (§ 16) entre el derecho normal y el anormal: en el primero (*jus commune*) predomina la influencia de las reglas anteriores, cuyo desenvolvimiento completa la ley, y su objeto es traducir el derecho en caracteres visibles y asegurar su ejecución; en el derecho anormal (*jus singulare*), la acción de la ley sobre el porvenir es el punto de vista predominante. Una ley acerca de la usura, por ejemplo, que viniera en socorro de los deudores pobres estaría únicamente influida por la máxima general de que el legislador debe interponer su protección tutelar cuando una clase de la sociedad ve su suerte comprometida en el dominio del derecho.

Puede ser más ó menos cierto el motivo de la ley, pero nunca es necesario que se encuentre expresado en ella, y aunque esto se verifique, permanece siempre distinto de su contenido, sin que pueda en ningún caso formar parte integrante suya. La ignorancia en que nos hallamos respecto al motivo de la ley en nada disminuye su autoridad; su fuerza obligatoria permanece la misma aunque supiéramos con certeza que la ley no ha tenido nunca motivo verdadero, caso del cual hablaré en seguida.

Tal incertidumbre sobre el motivo de la ley puede proceder de muchas causas. Algunas veces nos apercibimos de muchos motivos sin saberlos coordinar; otras, un motivo evidente, expresado en el texto mismo, parece extraño á la ley por consecuencia de la supresión de ideas intermediarias, que, expresadas, destruirían esta aparente contradicción (a).

(a) El senado consulto Macedoniano tenía por objeto prohibir, en interés de las familias, los préstamos usurarios contraídos por los hijos

Existen diversos grados de relación entre el motivo y el contenido de la ley. Unas veces presentan la relación puramente lógica del principio á la consecuencia, y, en este caso, son ambos idénticos (a); otras veces, por el contrario, ambos términos, motivo y contenido, aparecen muy separados (b) el uno del otro. Según estos diferentes casos los motivos reciben la denominación de *especiales* y *generales*. Por lo demás, estas ideas enteramente relativas, en vez de contraponerse, rigurosamente se unen por una gradación de matices imperceptibles.

El motivo de la ley puede ser con provecho y seguridad invocado, cuando se trata de saber cuál es la naturaleza de la regla contenida en la ley, si pertenece al derecho absoluto ó al derecho supletorio, al *jus commune* ó al *jus singulare* (§ 16). Mayor precaución y reserva debe usarse para aplicarlo á la interpretación de la ley, pues su empleo varía según su grado de certidumbre y según su afinidad con el contenido de la ley, como se ha dicho más arriba.

He indicado las numerosas diferencias que en los motivos de la ley existen respecto á la naturaleza de sus relaciones, á su afinidad con el contenido de la ley, á su certidumbre y á su aplicación. Ahora bien: no obstante estas diferencias ofrecen un carácter común, que consiste en que todos se re-

de familia bajo el poder paterno; más, para conseguir este fin, la prohibición debió ser muy extensa y recaer sobre muchos casos inocentes.

(a) La ley 13, § 1, de pign. act. (XIII, 7), determina el grado de la falta relativamente al contrato de prenda, y esta determinación no es más que la consecuencia del principio general establecido en la L. 5, § 2, commodati (XIII, 6). Otro tanto puede decirse de muchos contratos que en el mismo título se mencionan, por ej., el depósito. Puede también ocurrirse aplicar á la tutela la regla adoptada para el depósito, puesto que el tutor no saca ningún provecho de su administración; pero esta consecuencia puramente lógica cede ante otros motivos, y hé aquí un caso de aplicación de lo que se ha dicho más arriba sobre la combinación de diversos motivos: relativamente á la tutela, los principios que se trata de conciliar se combaten mutuamente.

(b) La regla general sobre la falta (L. 5, § 2. comm.) descansa sobre un principio de equidad, cuyos límites son muy delicados de fijar y cuyas aplicaciones son muy diversas.

fieren á la esencia misma de la ley, ó, en otros términos, en que con respecto al pensamiento del legislador, poseen una naturaleza objetiva, por cuya causa pueden ser por todos reconocidos; y si en ciertos casos nos parecen ocultos, son excepciones nada frecuentes. Por esta misma razón se distinguen claramente de los hechos que tienen una relación puramente subjetiva con el pensamiento del legislador, y entre los cuales pueden contarse los acontecimientos que han sido la ocasión de una ley, pero que hubieran podido dar lugar á medidas diferentes (a) las consideraciones de personas y de circunstancias que determinan al legislador á establecer una regla general y permanente (b), hechos cuyo conocimiento es para nosotros tan accidental como la ignorancia de los motivos de la ley.

Estos hechos subjetivos no deben tener influencia alguna sobre la interpretación de la ley, ni aun siquiera la influencia restringida atribuida á los motivos; solamente puede hacerse de ellos un uso negativo, esto es, probar por este medio la ausencia de un motivo verdadero y rechazar los motivos imaginarios que se intenten buscar (c).

§ XXXV. — Interpretación de las leyes defectuosas. — De las diferentes clases de defectos y de los medios de remediarlos.

Los principios fundamentales que acabo de exponer (§ 33) bastan para la interpretación de las leyes en su estado normal, aquellas cuya expresión encierra un pensamiento completo que autorizadamente consideramos como el contenido verdadero de la ley. Paso ahora á las leyes defectuosas, al examen de sus dificultades y á los medios de vencerlas.

(a) Por ej. el hecho que ha dado lugar al *S. Maced. L. I. pr. S. c. Maced. XVI. 6.*

(b) Así, la ley que permite casarse con la hija de un hermano, expedida bajo el emperador Claudio, no tenía otro objeto que autorizar al emperador para casarse con Agripina, hija de Germanico. *Suetonii Claud., C. 26. Taciti, Annal, XII, 5-7.*

(c) Ordinariamente no se establece la conveniente distinción entre la base de la ley y estos elementos subjetivos, y las expresiones vagas el *voto*, el *motivo*, la *intención* de la ley contribuyen á esta confusión. Este punto ha sido tratado con cierta exactitud por Uüfeland, *Geist des Römischen Rechts*, Th. I. Giesen, 1813, p. 13-19.

Los defectos de la ley pueden dividirse en dos clases principales: primera, expresión indeterminada, no conteniendo ningún pensamiento completo; segunda, expresión impropia, cuyo sentido está en contradicción con el verdadero pensamiento de la ley.

Estas dos especies de defectos no exigen el remedio de una manera igualmente imperiosa: la primera debe ser en todo caso corregida y no ofrece peligro alguno; la segunda es más delicada de tratar y pide mayores precauciones. Pero antes de entrar en los detalles de esta materia, es conveniente pasar revista á los medios que tenemos á nuestra disposición.

Consiste el primero en examinar el conjunto de la legislación; el segundo, en referir la ley á su motivo; el tercero, en apreciar el mérito del resultado obtenido por la interpretación.

A. — Examen de la legislación en su conjunto. Este medio puede ser aplicado de dos maneras á la interpretación de una ley defectuosa: puede interpretarse la parte defectuosa con la ayuda de otras partes de la misma ley, y este es el camino más seguro (a); se puede también interpretar la ley defectuosa con la ayuda de otras leyes (b).

La interpretación obtenida por este último medio será tanto más cierta cuanto más cercana sea la fecha de las leyes; así, pues, si emanan del mismo legislador, obtendrá el más alto grado de certidumbre. No obstante, podemos también servirnos de las leyes anteriores en la suposición legítima de que el legislador las ha tenido á la vista, y que deben haber servido para completar su pensamiento (c). Por último, sirven para este fin las leyes posteriores; pero este caso entra

(a) L. 24 de leg. (1, 3): «*incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere.*»

(b) Este método de interpretación que consiste en completar una ley por otra, no debe confundirse con la conciliación de las contradicciones que presentan las fuentes del derecho, consideradas como un todo. Trataré de este asunto § 42-45.

(c) L. 26, 27, de leg. (1, 3): «*Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur.*» — «*Idco quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt.*»

rara vez en el dominio de la interpretación pura, puesto que estas leyes suelen modificar la ley defectuosa ó dar una interpretación auténtica (§ 32), lo cual no es la interpretación propiamente dicha. Cuando se emplean las leyes posteriores como medios de interpretación pura, se supone que el espíritu de la antigua legislación se ha conservado en la nueva (a).

B.—Una ley defectuosa se interpreta también por sus motivos; pero este medio de interpretación ejerce un dominio más restringido que el anterior, porque su empleo depende de la certidumbre de estos motivos y de su influencia en el contenido de la ley (§ 34). Fallando cualquiera de estas condiciones, los motivos podrán servir de remedio a la primera clase de defecto (expresión indeterminada), rara vez á la segunda (expresión impropia).

C.—La apreciación del resultado obtenido es de todos los medios de interpretación el más aventurado, pues el intérprete corre riesgo de excederse de sus poderes y entrarse por el dominio de la legislación. Se deberá emplear y recurrir á ella para precisar el sentido de una expresión indeterminada, nunca para referir el texto al pensamiento de la ley.

Los medios de interpretación nos ofrecen las mismas gradaciones que los defectos de la ley: así, el primero es de una aplicación general, el segundo pide mucha más reserva, y el tercero debe circunscribirse en los más estrechos límites.

§ XXXVI.—*Interpretación de las leyes defectuosas. Continuación.* (Expresión indeterminada.)

La indeterminación que oscurece un pensamiento, puede referirse á una expresión incompleta ó á una expresión ambigua.

La expresión incompleta de una ley tiene precisamente el carácter de un discurso interrumpido que deja, por tanto,

(a) L. 23, de leg. (1, 3): «Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrarias sint.» Este texto habla solo del caso en que las leyes posteriores son contrarias; pero en el caso de la interpretación auténtica, el sentido de la ley anterior es adoptado por nosotros, ni como verdadero, sino por estar fijado en la ley posterior.

en suspenso su sentido; tal sería una ley que exigiera testigos en un punto cualquiera y no fijase su número (a).

La ambigüedad, que se presenta frecuentemente y tiene más graves consecuencias, puede consistir: 1.º en la expresión; 2.º en una construcción anfibológica.

Respecto á la primera, unas veces la expresión empleada para designar una individualidad se aplica á otras individualidades de la misma especie, lo cual sucede con menos frecuencia en las leyes que en los actos y los contratos (b); otras la expresión empleada para traducir una idea abstracta presenta dos significaciones diferentes (c), ó sólo presenta dos acepciones, una extensa y otra restringida (d).

Una construcción anfibológica puede también producir un sentido equívoco, del cual no están exentas (e) las leyes, aun-

(a) Así sucede en la Nov. 197, C. I.—Acontece lo mismo cuando se trata de una suma naturaleza ó cantidad es indeterminada. Semelantes casos, no en las leyes, sino en los testamentos, se citan en la L. 21, § 1, qui test. (XXVIII, 1).

(b) Ejemplos: L. 21, § 1, qui test. (XXVIII, 1). El esclavo Estico ha sido legado á Ticio y hay muchos individuos llamados Estico y Ticio.—L. 39, § 6, de legat. (XXX, un.): El fundo Corneliano ha sido legado por un testador que posee muchos de este nombre.

(c) Así las palabras *familia*, *puer*, *potestas* tienen significados muy diferentes. L. 195, 204, 215, de V. S. (L. 16).—Se encuentran notables ejemplos de estas dobles significaciones en la L. 5, C. fin. reg. (III, 39) y la L. 39, C. d. j. dot. (V, 12); en la primera *prescriptio* puede significar excepción, precepto, y según muchos autores usucapion; en la segunda estas palabras, si *tamen extant* pueden significar: si no han sido destruidos ó si no han sido enagenados (*extant apud maritum*).

(d) Las expresiones siguientes tienen dos significaciones, la una lata, la otra restringida: *cognatio*, *pignus*, *hypotheca*, *adoptio* (L. 1, § 1, de adopt. I, 7), *familia* (L. 195, de V. S., L. 16).—La convención *ne luminibus officiatur* puede aplicarse al estado actual de las cosas ó bien al estado actual y al futuro, L. 23, pr. de serv. P. u. (VIII, 2). La interpretación que esclarece un equívoco se llama *declarativa*, y *lata* ó *stricta*, según que extiende ó restringe el sentido de la palabra. Thibaut, Pandekten, § 48, 50, 53.

(e) La explicación de un texto difícil, L. 2, de div. temp. præser. (XLIV, 3) da origen á la cuestión de saber si estas últimas palabras; *mihí contra videtur*, se refieren al texto entero ó solamente á una de sus partes. Se encuentran ejemplos de estas construcciones equívocas en Mühlenthal, I, § 59, nota 1.

180000

que esta especie de ambigüedad se vea más frecuentemente en los contratos.

Todas estas ambigüedades, á pesar de su diversidad aparente, tienen de comun que nos impiden entender con seguridad el pensamiento completo de la ley.

La ambigüedad procede del legislador y puede venir de la oscuridad de sus ideas ó de su torpeza en el manejo de la lengua, ó de ambas cosas reunidas; pero cualquiera que sea su origen, el intérprete ha de poner remedio á ella, pues no podría sacarse regla alguna de una ley de tal manera defectuosa. Esta necesidad puede reconocerse y probarse por una argumentación lógica; pero la argumentación se limita á hacer constar la naturaleza de la duda, sin dar su solución, la cual ha de buscarse en los tres medios de interpretación ya enumerados (§ 35) y que son todos aplicables, reduciéndose la cuestión de su mérito á determinar el orden en el cual han de ser empleados.

Se deberá, pues, recurrir en primer lugar al examen de la legislación en su conjunto; y si esto basta para fijar el sentido de la ley habrán de abandonarse los restantes medios de interpretación, como ménos seguros y además superabundantes.

En segundo lugar deberá consultarse el motivo de la ley y, siendo posible, el que tenga más afinidad con el contenido de la misma (§ 35), pues sólo en su defecto se recurrirá, como medio subsidiario, al motivo general. Si, por ejemplo, el motivo de una ley es la *æquitas*, y tal es el carácter comun del derecho normal en los tiempos modernos, se deberá preferir la interpretación que la *æquitas* justifique (a).

(a) De esta manera es preciso entender la L. 6. C. de jud. (III, 1) del año 314: «Placuit, in omnibus rebus præcipuum esse justitiæ æquitasque (Scriptæ), quam stricti juris rationem» es decir, cuando una ley equívoca presente dos sentidos, uno conforme al rigor del derecho y el otro á la equidad, deberá preferirse este último (præcipuum esse rationem). Esta ley parece estar en oposicion con la L. I C. de leg. (I, 24), del año 316: «Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.» Se ha dicho que siendo la L. 8 anterior á la L. I, se halla abrogada por esta última; suposicion inverosímil, porque ambas leyes se dieron reinando Constantino,

En tercero y último lugar podrá determinarse el sentido de la ley por la apreciación de los resultados que producen las diversas interpretaciones. Así, deberá preferirse el que sea más racional (a), el que responda mejor á las necesidades de la práctica (b), por último el que sea más humano y ménos violento (c).

§ XXXVII.—Interpretación de las leyes defectuosas.—
Continuación (Expresion impropia).

La segunda clase de defecto se refiere á la impropiedad de los términos. Es impropia una expresión cuando dá un sentido claro y determinado, pero diferente del pensa-

y sólo con dos años de diferencia. Otros, para conciliar estas dos leyes añaden en la ley 8 la palabra *scriptæ* (equidad reconocida por la ley); pero esta redacción, aunque se encuentra en la antigua edición de Chevallon (Paris 1526, 8), está rechazada por el conjunto del texto. Doucau (I, 13), enseña que la ley 8 habla de una simple restriccion y la L. I de una derogacion completa del derecho estricto, distincion que los textos no justifican en modo alguno. La contradiccion desaparece si sólo se aplicase la ley I á la correccion de la letra por el espíritu (§ 37), lo cual no podría hacer en vista de la simple equidad; pero en mi sentir la ley I se aplica, no á la equidad, sino al desenvolvimiento del derecho (§ 47), y entonces la ley 8 no ofrece contradiccion alguna. La expresión *interpretationem* no presenta dificultad.

(a) L. 19 de leg. (I, 3): «In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio que vitio caret.»

(b) L. 67 de R. J. (L. 17): «Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur que rei gerendæ aptior est.» Encuétrase una aplicación de esta regla en la L. 3 de const. (I, 4): «Beneficium imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficitur, quam plenissime interpretari debemus.»

(c) L. 192, § 1, de R. J. (L. 17): «In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justum est quam tutius.» L. 56, 168, pr. cod.—L. 18 de leg. (I, 3): «Benignius leges interpretandæ sunt, quo voluntas earum conservetur.» Estas últimas palabras pueden significar: porque esta es la prescripcion general del legislador; pero yo creo que es mejor entenderlo de esta manera: en tanto que no se viole ninguna disposicion formal (*quo per quatenus*).—Hé aquí algunas aplicaciones de dicha regla: si la ley penal es dudosa debe elegirse la pena más dulce (L. 42, de poenis, XLVIII, 19). En la interpretación de los testamentos es preciso favorecer la institucion de heredero, nunca la

miento real de la ley. En vista de esta contradicción se pregunta cuál debe prevalecer: ahora bien, siendo la palabra el medio y el pensamiento el objeto, debe aquella subordinarse á éste, con el cual debe establecerse relación de conformidad, y, en su virtud, rectificarse la expresión (a). Esta regla, inatacable en teoría, puede, en su aplicación, ocasionar grandes controversias, pues toda la dificultad se reduce á probar el hecho en cuestión.

Esta segunda especie de defecto presenta ménos variedades que la primera, esto es, la referente á la expresión indeterminada (§ 36). La expresión dice unas veces ménos, otras más que el pensamiento; y estas son las dos únicas diferencias que resultan de sus relaciones lógicas. Trátase entonces de rectificar la expresión, en el primer caso por una interpretación *extensiva*; en el segundo caso por una interpretación *restrictiva* (b), y ambas tienen por objeto poner en armonía la forma con el pensamiento.

Los procedimientos con ayuda de los cuales se corrige una expresión impropia difieren mucho de los empleados para fijar una expresión indeterminada. Primeramente se supone que existe un pensamiento determinado bajo una expresión defectuosa; esta relación no admite como la indeterminación pruebas lógicas, sino solamente pruebas históricas, y es, por consiguiente, menor su certidumbre y susceptible de diversos grados. Otra circunstancia aumenta todavía la dificultad de la materia: la expresión es el signo más inmediato y más natural del pensamiento, y precisamente no lo negamos en el caso presente. La expresión indeterminada exige necesariamente el remedio de la interpretación

desheredación (L. 19 de lib. et posth., XXVIII).—Así, pues, esta regla tiene diferente sentido que la relativa á la equidad, y es un error identificarlas.

(a) L. 17, de leg. (I, 3). «Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.» L. 6, § 1, de V. S. (L. 16), L. 13, § 2, de excus. (XXVII, 1), L. 19 ad exhib. (X, 4).

(b) Los autores modernos adoptan una fraseología extraña á los Romanos; la llaman *interpretatio extensiva*, *restrictiva* y le oponen la *interpretatio declarativa* que no extiende ni restringe la ley y se aplica á otros casos enteramente distintos (§ 36, a).

pues sin ella no hay ley ni texto que aplicar: aquí, por el contrario, la letra de la ley nos da un sentido claro y susceptible de aplicación. Por último, cuando se trata de una expresión indeterminada la operación que señala el defecto no es la que lo corrige: aquí las dos operaciones se confunden. En efecto, juzgamos que es impropia la expresión comparándola con el pensamiento real de la ley; luego para conocer esta impropiedad es preciso que nos sea conocido el pensamiento, en cuyo caso hemos encontrado ya el remedio.

Voy ahora á pasar revista á los tres medios de interpretación definidos más arriba (§ 35) y á mostrar cómo pueden servir para corregir la expresión impropia de una ley defectuosa.

El examen de la legislación en su conjunto es también aquí el medio más seguro, y el senado consulto que tiene especialmente por objeto la *hereditatis petitio* nos proporciona un ejemplo de su aplicación. En efecto, según este senado consulto el poseedor de buena fe que ha vendido los bienes de la sucesión debe restituir el precio que ha recibido por ellos (*pretia quæ pervenissent*). La generalidad de tal expresión comprende el caso en que el precio de la venta se hubiese perdido, pues no por eso habría sido ménos recibido; pero á continuación se expresa que se exceptúa este caso, en vista de lo cual es preciso entender las palabras *pretia quæ pervenissent* en un sentido restrictivo: el precio recibido y conservado (a). Como otro ejemplo citaré las leyes criminales. Si en su disposición final pronuncia la ley una pena general contra un delito, después de haber establecido otra pena contra un caso particular del mismo delito, este caso particular se exceptúa de la ley general (b).

El segundo medio que consiste en referir el pensamiento y el motivo de la ley para corregir la expresión, es más importante, pero de aplicación más delicada. En este punto debe tenerse muy en cuenta la distinción entre motivos especiales y generales (§ 34).

El motivo especial es muy adecuado para el fin de la interpretación y nunca encuentra mejor aplicación que allí

(a) L. 20, § 6, L. 23, de her. pet. (V, 3).

(b) L. 41, de poenis (XLVIII, 19).

donde el sentido literal de la ley aparece en contradicción con él. Cuando, por ejemplo, una disposición establecida en favor de ciertas personas, produce, en una de sus aplicaciones, un verdadero perjuicio para las mismas, es preciso evitar esta contradicción y corregir la disposición general por una interpretación restrictiva (a). Por consiguiente, si un contrato fraudulento se convierte en provechoso para la parte engañada, el contrato es válido, aunque el edicto declare la nulidad de los contratos fraudulentos (b). Si un menor entabla un pleito sin la asistencia de su curador y lo gana, sus actos son válidos (c); de la misma suerte una transacción sobre alimentos no autorizada por el pretor debe ejecutarse cuando la condición del demandante aparece mejorada (d).

Independientemente de estas contradicciones entre la ley y su motivo la interpretación tiene además por objeto fijar los límites verdaderos de la ley, límites a que debe llegarse en su aplicación, pero nunca franquear. El caso se presenta más frecuentemente y es también más difícil, puesto que se debe justificar la rectificación del texto, indicando la causa probable de su impropiedad, la cual suele depender de que el legislador ha empleado una expresión concreta en defecto de la palabra abstracta correspondiente, ó para hacer resaltar mejor su idea. De otra manera subsistiría siempre la duda de saber si el pensamiento que resulta de nuestra interpretación es realmente el pensamiento del legislador ó el que hubiera debido tener, en cuyo último caso la interpretación corregiría, no la excepción, sino el pensamiento mismo, lo cual, como veremos más adelante (§ 50), está fuera de su dominio.

Algunos ejemplos hacen más evidentes dichos principios.

1.º El edicto declara infame á la viuda que contrae segundas nupcias durante el luto. Esta medida tiene por objeto únicamente evitar la confusión de partos; pero no hubiera podido expresar la idea de una manera directa y precisa sin entrar en una multitud de prescripciones abstractas, y

- (a) L. 25, de leg. (I, 3), L. 6 C. cod (I, 14).
- (b) L. 7 § 7, de pactis (II, 14), L. 30, C. de transact. (II, 4).
- (c) L. 2, C. qui legit, pers. (III, 6), L. 14, C. de proc. (II, 13).
- (d) L. 8, § 6, de transact. (II, 15).

resolver de plano una cuestión tan delicada como el tiempo posible de la gestación: ahora bien, todos estos inconvenientes quedaban zanjados por medio de una simple regla sobre la duración del luto, regla suficiente para la mayor parte de los casos. Algunas veces sucedía que se verificaba el parto poco después de la muerte del marido; y como entonces no había incertidumbre sobre la paternidad de los hijos futuros, se permitía el matrimonio en virtud de una interpretación restrictiva del edicto. Por el contrario, en los casos en que la viuda no llevaba el luto de su marido, para que se cumpliera el objeto que la regla se proponía, se prohibía el matrimonio por medio de una interpretación extensiva (a).

2.º La *actio ad exhibendum* corresponde á todo aquel que se halla interesado en la exhibición (*cujus interest*), y tal era probablemente la disposición textual del edicto. Su generalidad comprende, por tanto, á todos aquellos á quienes les fuera provechoso ver una cosa, pero como el pretor se proponía evidentemente desembarazar las reclamaciones judiciales de los obstáculos accidentales que hubiera acarreado la justificación de este interés, la interpretación restringe la regla al interés que reporta esta exhibición para una demanda judicial (b).

3.º La ley de las Doce Tabas exige un año para la usucapion de un *fundus*, dos años para la usucapion de las demás cosas: ¿en qué clase han de colocarse los edificios? Sin duda alguna que no estaban designados por la palabra *fundus* tomada en su sentido literal; pero como la usucapion se aplicaba á la generalidad de las cosas, y estas consideradas bajo el punto de vista de la usucapion, se dividen en dos grandes clases, es evidente que la ley había querido reunir en la misma disposición todos los inmuebles por la semejanza de su naturaleza, y había empleado la expresión concreta *fundus*, en defecto de una expresión abstracta que respondiera á la generalidad de su pensamiento; en su virtud se extendió la denominación de *fundus* á todos los inmue-

(a) L. 1, L. 11, § 1, 2, 3, de his qui not. (III, 2).

(b) L. 19, ad exhib. (X, 4).

82

000 200096

bles, y por consiguiente á los edificios, interpretacion que parece haber sido constante (a).

No obstante lo dicho, algunas veces suele el legislador hacer la advertencia de que no se consideren las disposiciones concretas de la ley como expresion de una regla abstracta, en cuyo caso, la interpretacion extensiva se encuentra prohibida formalmente (b).

El argumento llamado *argumentum a contrario* es tambien una especie de interpretacion extensiva. En efecto, pues de el legislador circunscribir su pensamiento en ciertos limites, de manera que suponga una regla contraria para los casos que se encuentran fuera de dicho limite; por ejemplo, cuando el pretor introducía una accion con la fórmula ordinaria, *intra annum iudicium dabo*, evidentemente que esta fórmula implica la regla contraria, *post annum non dabo*; conclusion que es en realidad una interpretacion extensiva (c). La ley Julia de vi autorizaba al pretor encargado de aplicar la ley, para delegar su jurisdiccion *si proficiscatur*; de donde se deduce que, por razon inversa, fuera de este caso la delegacion estaba prohibida (d). De la misma manera toda ley que establece una excepcion implica la existencia de una regla sin la cual la excepcion no tendria sentido; y confirma indirectamente el principio; así, cuando la ley Julia de adulteris declara incapaces de testificar en juicio á las mujeres condenadas, reconoce implicitamente esta capacidad á todas las demás (e).

Por otro lado, el motivo general de una ley como, por ejemplo, la *acquitias*, no podria servir de base á una interpre-

(a) Cleason, top., § 4.

(b) Por ej. L. 10, G. de revoc. don. (VIII, 56) et Nov. 115, G. 3 pr.

(c) L. 23, de leg. (I, 3): «Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat.» Doucau (I, 14) aplica este difícil texto á casos semejantes al presente. Así, *praeteritum* y *futurum* no se refieren á la fecha de la ley, pues esta solo dispone para el porvenir, sino á una época determinada fijada por la ley, por ej. el plazo de un año despues de la aparicion del derecho. Antes de terminar el año es admisible la reclamacion (in praeteritum indulget) y por consiguiente prohibida despues del año (in futurum vetat).

(d) L. I, pr, de off. ejus cui mand. (I, 21).

(e) L. 16, de testibus (XXII, 5).

tacion que señale, en los terminos de la ley, una impropiedad susceptible de rectificacion. El empleo de este medio presenta un carácter más bien legislativo que doctrinal, pues que en tal caso no es nuestro objeto el verdadero contenido de la ley, sino lo que ésta hubiera debido contener si el legislador hubiera tenido una idea clara de su principio y de su objeto. Es además muy problemática la justicia de esta suposicion, atendido el intervalo que separa la ley de sus motivos generales; y ha podido suceder que el legislador, aun abrazando la relacion de derecho en la fuerza de su conjunto, haya sido inducido, por una multitud de motivos intermedio, á rechazar la modificacion que tan razonable juzgamos nosotros (§ 34). En los jurisconsultos romanos se encuentran frecuentemente semejantes interpretaciones; pero no debemos tomarlas como modelos, porque, como veremos pronto, los romanos no distinguieron claramente la interpretacion de la formacion del derecho (a). Citaré como ejemplo la regla de que toda ley prohibitiva entraña la nulidad del acto prohibido (b); adoptar esta regla como regla de interpretacion seria ponerse en contradiccion con los principios precedentemente establecidos y dar, por motivos generales de utilidad y conveniencia, una extension exagerada á una simple prohibicion. Así, respecto de este punto, debemos adoptar como principio la interpretacion autentica de los textos, pero de ninguna manera un principio general de interpretacion.

Al admitir los motivos especiales como medio de rectificar el texto de la ley, y al excluir los motivos generales, no debe olvidarse que entre unos y otros no existe una línea de separacion bien marcada (§ 34); antes bien, por el contrario, la multitud de matices que los ponen en relacion hace dudar muchas veces de la legitimidad de la interpretacion y se corre el riesgo de modificar el derecho queriendo interpretarlo.

Lo que está completamente fuera de duda es que el tercer medio de interpretacion, á saber, la apreciacion de los resul-

(a) Encuentro ejemplos de ello en los textos siguientes: L. 46 pr., de her. pot. (V, 3), L. 2. 9 I, 3 ad Sc. Vel. (XVI, 1), L. 1 § 6, de edil. ed. (XXI, 1), L. 15, L. 6, § 2 de j. patr. (XXXVII, 14), L. 2 pr., § 1 de pr., § 1, de cuet. (XLVIII, 3).— cf. § 47 y 50, in f.

(b) L. 5, G. de leg. (I, 14).

tados obtenidos (§ 35), no puede nunca ser empleado para juzgar y rectificar la expresión impropia de la ley, pues, evidentemente, el hacerlo no sería poner en armonía la expresión y el pensamiento, sino corregir el pensamiento mismo, trabajo quizás utilísimo para el progreso del derecho; pero que no tendría de interpretación más que el nombre.

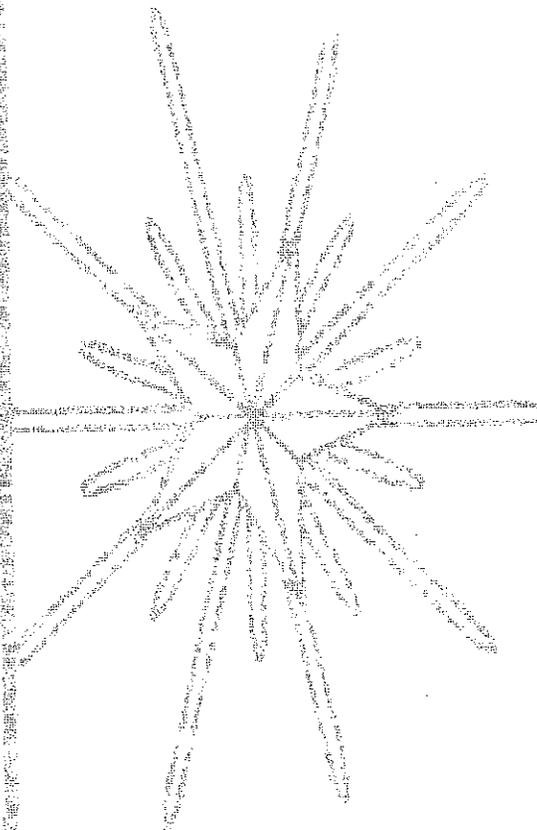
§ XXXVIII. — *Interpretación de las leyes de Justiniano.* —
(Crítica).

Trátase ahora de aplicar dichos principios generales de interpretación á la legislación justiniana que, presentando dificultades especiales, reclame el empleo de nuevas reglas. Supongo que el lector conocerá perfectamente la historia de esta legislación y solo hablaré de sus relaciones con el objeto propuesto (a).

El inmenso intervalo que separa al intérprete de la ley que va á interpretar constituye el rasgo distintivo de su posición y da al estudio del derecho romano su carácter dominante, el carácter científico. En su vista nos es preciso renunciar á esa ceridumbre inmediata que resulta de la vida común en el seno del pueblo en que el derecho se ha formado, y debemos procurar que la energía de nuestros esfuerzos supla, en cuanto sea posible, este vacío. Por la misma razón, no se trata únicamente de obtener como resultado de la interpretación una regla cierta de derecho, sino que nos es preciso estudiar también el espíritu original de las fuentes y apropiarnoslas de una manera tan completa que se conviertan para nosotros en un derecho vivo. Esta tarea ofrece grandes dificultades y disminuye además á nuestros ojos el gran mérito literario de las principales fuentes.

La base de toda interpretación es un texto que interpretar; la fijación de este texto se llama crítica. Precede, pues, necesariamente la crítica á la interpretación, advirtiéndose que se

(a) No entra en mi plan hablar aquí de las fuentes del derecho de Justiniano; de su origen, de sus diversas partes, de su lenguaje, de nuestros medios de interpretación, de los manuscritos y de las ediciones del texto.



00001 10001

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

COLECCIÓN DE TRATADOS

Comité:

Director: Dr. Alejandro Vergara Blanco.

Dr. Eduardo Aldunate Lizana

Dr. Javier Barrientos Grandon

Dr. Daniel Peñalillo Arévalo

Dr. Alejandro Romero Seguel

Dr. Pablo Ruiz-Tagle Vial

LAS REGLAS DEL
"CÓDIGO CIVIL" DE CHILE
SOBRE INTERPRETACIÓN
DE LAS LEYES

 LexisNexis®
Santiago de Chile, 2007

000000

000038

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	Pág.
Prólogo	1
Abreviaturas	3
§ 1. Panorama general de las fuentes sobre interpretación legal incidentes en las reglas acerca de esa materia contenidas en la codificación chilena	7
§ 2. Las normas sobre interpretación legal en el "Primer Proyecto de Código Civil" y en el "Proyecto de 1841-1845"	15
§ 3. Panorama general de las normas sobre interpretación legal en el "Proyecto de 1853", en el "Proyecto Inédito", en el "Proyecto de 1855" y en el "Código Civil"	19
§ 4. La interpretación del legislador	23
§ 5. Las leyes interpretativas	27
§ 6. Un relicto del "referimiento al legislador"	37
§ 7. La interpretación judicial	49
§ 8. La integración de la ley: la "analogía", los "principios generales de equidad natural" y los "principios generales de Derecho"	53
1. El artículo 4 del "Proyecto de 1853" y sus fuentes	53
2. La analogía	56
3. Los "principios generales de equidad natural"	58
4. Los "principios generales de Derecho"	62
5. El destino del artículo 4 del "Proyecto de 1853"	65

LAS REGLAS DEL "CÓDIGO CIVIL" DE CHILE SOBRE INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

© ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

2007 LexisNexis • Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile • Teléfono: 600 700 8000 • www.lexisnexis.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 154.236 • I.S.B.N. 956 - 238 - 673 - 2

1ª edición enero 2007

Tiraje: 200 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

000002

	Pág.
§ 9. La interpretación de la ley como operación sometida a reglas	67
§ 10. Los elementos de la ley: "tenor literal", "sentido" y "espíritu"	69
§ 11. "Cuando el sentido de la ley es claro"	77
§ 12. El "espíritu de la ley"	83
§ 13. La "intención de la ley"	93
§ 14. "Intención o espíritu claramente manifestados"	99
§ 15. La extensión de la ley. Su ampliación y su restricción	105
§ 16. "Cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal". "In claris non fit interpretatio" e interpretación declarativa	111
§ 17. De cuándo el "sentido de la ley" es claro	127
§ 18. El "tenor literal de la ley" o "palabras de la ley"	131
§ 19. Las "palabras técnicas" de la ley	139
§ 20. El recurso al "contexto de la ley" y a "otras leyes"	143
§ 21. "Leyes especiales"	149
§ 22. Leyes contrarias	157
§ 23. "Dura lex sed lex"	169
§ 24. "Lo favorable u odioso de una disposición"	177
§ 25. El artículo 24 del "Código Civil"	183
§ 26. El "espíritu general de la legislación" y la "equidad natural"	191
1. El "espíritu general de la legislación"	191
2. La "equidad natural"	192
3. La equidad	193
4. La "equidad ruda"	195
5. La "aequitas cerebrina" o "de capite suo" y "bursalis"	199
6. Bello y la equidad "de capite suo"	202
7. Testimonios de Delvincourt, Bigot-Prémeneu y Toullier sobre la equidad	203
8. La equidad y el Derecho romano	206
9. Adaptabilidad de las nociones tradicionales al Derecho moderno	207
§ 27. Epílogo: la doctrina de Savigny en el Código de Bello	209

Anexos

I. "Projet de la Commission du Gouvernement" présenté le 24 Thermidor, an VIII (Projet de Code Civil, an VIII [1800])	215
II. "Code Civil des Français" [1804]	217
III. "Digeste de la loi civile" [1808]	219
IV. "Code Civil de l'État de la Louisiane"	221
V. "Primer Proyecto de Código Civil"	223
VI. "Proyecto de Código Civil" de 1841-1842"	225
VII. "Anteproyecto manuscrito" de "Título preliminar"	227
VIII. "Proyecto de Código Civil" editado en 1853	231
IX. "Proyecto Inédito de Código Civil"	235
X. "Proyecto de Código Civil" editado en 1855 y "Código Civil de la República de Chile" promulgado en el mismo año	239
XI. Bello, Andrés, "Comentario" [a los primeros setenta y seis artículos del Código Civil]	241

Bibliografía	243
--------------------	-----

§ 1. PANORAMA GENERAL DE LAS FUENTES
SOBRE INTERPRETACIÓN LEGAL INCIDENTES EN LAS REGLAS ACERCA DE ESA
MATERIA CONTENIDAS EN LA CODIFICACIÓN CHILENA

1. Nos proponemos conducir un estudio sobre las fuentes de las diversas normas sobre hermenéutica legal contenidas en el *Título preliminar* del *Código Civil* de Chile.

a) Entre las fuentes directas predomina declarada y visiblemente el Código Civil de la Luisiana promulgado en 1808, bajo el nombre de *Digeste de la loi civile*, y revisado en 1825, cuando fue además redesignado como *Code Civil de l'État de la Louisianne*¹. Seguramente fue la versión de este último año la que Bello tuvo a la vista, en materia hermenéutica al menos², porque en la colación de códigos modernos titulada *Concordance*, de Saint-Joseph³, de 1840, traducida al castellano en 1843⁴, los artículos sobre interpretación del Código luisiano no aparecen reproducidos, comoquiera que carecen de correspondencia en el francés, que es el tomado como punto de referencia en esa obra, para la comparación de los diferentes cuerpos legales que considera.

b) A su vez, la fuente más recurrida por el Código de la Luisiana fue el "Projet de l'an VIII" (1800), vale decir, aquel texto preparado por una comisión designada en agosto de 1800 por el Primer Cónsul Bonaparte, precisamente para redactar un proyecto de Código Civil, y que integraron Jean-Étienne-Marie Portalis, Jacques Maleville, Félix-Julien-Jean Bigot-Préameneu y François-Denis Tronchet, cuyo

¹ Sobre este Código: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), pp. 132-139.

² Por lo demás, en materia de interpretación de las leyes, la versión de 1825 innovó escasamente con respecto a aquella de 1808.

³ SAINT-JOSEPH, Anthoine, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* (Paris, Charles Hingray, 1840). Hay una edición posterior de 1856.

⁴ *Concordancia entre el Código Civil francés y los códigos civiles extranjeros* (traducida del francés por D. F. Verlanga Huerta y D. J. Muñiz Miranda, Madrid, de la Imprenta de Yenes, 1843). Hay una segunda edición de 1847.

trabajo quedó concluido y publicado en el mismo año. Esta dependencia vale completamente para el capítulo 4º del *Titre préliminaire* del *Digeste de la loi civile*, rubricado: *De la application et de l'interprétation de la loi* con respecto al título 5º del *Livre préliminaire* del "Projet de l'an VIII", cuya rúbrica también era: *De la application et de l'interprétation de la loi*, por modo que ya con ella empezó la imitación⁵. La revisión practicada al *Digeste de la loi civile* de 1808 en 1825 no mudó la redacción de su articulado sobre materia hermenéutica, más que en algún detalle menor de un par de normas. Tan extraña dependencia del *Digeste* luisiano, no del *Code Civil* promulgado en 1804, sino de su proyecto de 1800, y sus causas, no nos tiene que preocupar aquí, y sólo debe interesarnos el hecho indiscutible de la influencia⁶, por lo demás fácilmente verificable merced al cotejo textual. Este hecho empieza a conducirnos hacia las fuentes indirectas de las normas chilenas sobre interpretación.

En la revisión de que el "Projet de l'an VIII" fue sucesivamente hecho objeto, su extenso *Livre préliminaire* original fue sustituido por un minúsculo *Titre préliminaire*. En él desaparecieron las reglas sobre interpretación, lo mismo que casi todo su contenido, salvo seis artículos, que hoy todavía permanecen, ninguno propiamente concerniente a nuestra materia.

c) Ahora bien, sabemos que la redacción del *Livre préliminaire* del "Projet de l'an VIII" fue asumida por Portalis, y que para cumplir su cometido se basó en un "*Livre des lois*" de Domat⁷, que no puede ser principalmente más que *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694), de Jean Domat (1625-1696). Tal dato nos transporta desde el "Projet de l'an VIII" precisamente a *Les lois civiles* de Domat, que se presenta, así, como otra de las fuentes indirectas del Código chileno en la materia que aquí interesa.

d) Claro es que Domat no fue, a su vez, original. Su doctrina sobre la interpretación legal está completamente enraizada en la dogmática medieval concerniente, aunque jamás lo declare o insinúe siquiera, y se limite a citar textos del *Corpus iuris civilis* en apoyo de sus afirmaciones. No es, por cierto, que haya sido falsa tal

citación, porque, después de todo, los creadores de esa doctrina fueron los juristas romanos. Pero en los libros de Derecho Romano conservados en el Digesto, las ideas de esos juristas no aparecen distribuidas u ordenadas en un sistema expositivo, como el que siglos después establecieron los *doctores* a fines de la Edad Media, nutridos, a su vez, del pensamiento de los glosadores y comentaristas de los siglos XI a XIV, a quienes se debe la acuñación y denominación de los conceptos que en las fuentes romanas aparecen usados y aplicados, mas por lo general no teorizados ni discutidos en abstracto. El hecho es que Domat calla su dependencia de los juristas medievales; pero no la puede ocultar, porque salta a cada instante, no sólo en la terminología, más también en la configuración misma de las nociones.

Así, pues, en último término, las fuentes más alejadas de las normas chilenas vienen a ser los escritos de aquellos hoy remotos juristas de Roma y de la Edad Media. Lo cual, por lo demás, no es ninguna novedad, porque lo propio ocurre en casi todo el Derecho Civil.

2. El presente estudio histórico de fuentes alcanza plenamente, por lo que a análisis textuales atañe, a la fuente directa, representada por el Código luisiano, y sólo como referencia e ilustración, al "Projet de l'an VIII". La influencia de Domat en éste, y de los juristas medievales en Domat y en la tradición en general, es sólo recurrida en la medida necesaria para el esclarecimiento de los conceptos involucrados en la fuente directa y en el Código chileno; y siempre sin detalles.

Me he sentido autorizado a esto último, no sólo porque el procedimiento contrario, de estudiar completamente las doctrinas medievales hubiera transformado la índole del presente trabajo, cuyo tema central y su interés están constituidos por las normas positivas sobre interpretación existentes en el Código Civil, mas también porque hace varios años publiqué un trabajo en que expuse con algún grado de desarrollo aquellas doctrinas⁸, y aunque ciertamente queda mucho que decir sobre ellas, la lectura de ese trabajo es suficiente para tomar noticia de la importancia fundacional que las mismas han tenido en la tradición sobre interpretación legal del Derecho europeo, en general, y castellano y americano en especial. Por lo demás, en el aludido trabajo cité la literatura entonces disponible, que en éste pongo al día cuando corresponda. A ella podrá recurrir, pues, el lector interesado en profundizar esa materia. Por lo que atañe a Domat, en otro lugar he publicado un artículo especialmente dedicado a su doctrina hermenéutica⁹, al

⁵ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Las normas sobre interpretación de las leyes contenidas en el "Projet de Code Civil" de l'an VIII (1800)", a la fecha en prensa en un libro que se prepara en Italia para conmemorar el quincuagésimo aniversario del establecimiento de su Corte di Casazione.

⁶ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit. (n. 1), pp. 136-137.

⁷ Esta noticia es ofrecida por MALEVILLE, Jacques, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat* (Paris, 1807), I, p. 4. Sobre ella: GUZMÁN BRITO, A., "Hist. interpret.", pp. 43-44. Maleville, como vimos, fue miembro de la comisión que redactó el "Projet de l'an VIII", y su *Analyse raisonnée* aquí citado, el primer comentario al *Code Civil* de 1804 en publicarse. Sobre las ideas de Portalis en tema de interpretación, véase ZELAYA, Pedro, "Portalis y el sentido del texto", en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 14 (1991), pp. 259-266.

⁸ GUZMÁN BRITO, A., "Hist. interpret." (véanse las "Abreviaturas").

⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes", en *Revista Chilena de Derecho* 31 (Santiago, 2004) 1, pp. 39 ss.

que me remito. En lo concerniente a la dogmática romana, reenvío a un libro mío pertinente¹⁰, en donde asimismo se hallará la literatura que concierne.

3. Con lo anterior no queda, empero, agotado el tema de las fuentes.

a) No bien el filón francés culminante en el Código luisiano haya sido la más prevaleciente fuente de las normas sobre interpretación del chileno, no fue el único. Bello recurrió principalmente a aquél, pero no necesariamente aprendió por vez primera en él lo que dejó dicho en el cuerpo legal que redactaba. En sus años londinenses, terminados en 1829 cuando se avencinó para siempre en Chile, Bello se ocupó intensamente del Derecho Internacional, desde luego como objeto teórico de estudio, mas también práctico, ya que durante varios períodos sirvió como secretario en algunas legaciones hispanoamericanas ante la Corona inglesa, lo que hubo de obligarle a atender asuntos de "Derecho de Gentes", como entonces aún se decía, y a redactar documentos pertinentes al ramo en interés de las embajadas que servía. Una vez instalado en Chile, como es bien sabido, su segundo empleo, desde 1830, fue el de oficial mayor (o sea, de subsecretario, en la terminología actual) del Ministerio de Relaciones Exteriores, Justicia y Culto¹¹, que ofició hasta jubilarse en 1855. Su dilatada experiencia en estas materias le permitió publicar tempranamente, en 1832, un libro titulado *Principios de Derecho de Gentes*¹², sucesivamente reeditado, revisado y ampliado como *Principios de Derecho Internacional*, en 1844 y 1864¹³.

Ahora bien, en ese libro aparece estudiado el tema de la interpretación de los tratados. Bello lo expone bajo la forma de "reglas"¹⁴. De hecho, ellas no distan demasiado de las reglas sobre interpretación de las leyes, como tendremos ocasión de verificarlo muchas veces en el curso de este trabajo. Por lo demás, el propio autor consideró que las reglas de interpretación que expone son comunes a trata-

dos y leyes (e incluso a los actos privados)¹⁵. Para componer su libro y, por ende, para hacer lo propio con el capítulo sobre las reglas de interpretación de los tratados, Bello se valió de los más acreditados textos de Derecho de Gentes o Internacional de la época. Entre ellos descuella el de Emer de Vattel (1714-1767), *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle* (1758), y en la materia que nos interesa aquí, tal libro ciertamente actuó como fuente casi exclusiva de Bello¹⁶. Vattel¹⁷ fue discípulo del filósofo y jurista alemán Christian Wolff (1679-1754), el más reputado pensador de la primera mitad del siglo XVIII en su patria, y con fama extendida en toda Europa. Entre 1740 y 1748, Wolf había publicado un *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* de ocho volúmenes, un *Jus gentium* de un volumen, en 1749, y un resumen de esos nueve tomos en uno, bajo el nombre de *Institutiones juris naturae et gentium*, en 1750. En el *Jus naturae* y en las *Institutiones* había sendos departamentos dedicados al tema de la interpretación de las leyes¹⁸; y fue a partir de ellos, sobre todo del primero, que Vattel configuró su exposición sobre la misma materia aplicada a los tratados. En algún punto, empero, recurrió a otras fuentes, como el *Jus naturae et gentium* (1672) de Samuel Pufendorf (1632-1694). En cada caso, el cotejo de textos lo demostrará.

b) Si todavía hubiere que seguir retrocediendo, ahora en busca de las fuentes de Wolf, probablemente llegaríamos a Samuel Pufendorf, la plantilla de cuya exposición¹⁹ sigue aquél en general; de Pufendorf el paso a Hugo Grotius (1583-1645) y a su *De jure belli ac pacis* (1625) es notorio en esta materia al menos²⁰.

¹⁵ *Ibid.*, cap. 10, párr. 1 (X, 1, p. 175): "Es necesario fijar reglas para la interpretación de los tratados, testamentos, leyes y demás actos escritos". Son las palabras iniciales del cap. 10°.

¹⁶ Vattel, E., *Droit de gens*, lib. II, cap. 17°: *De l'interprétation des traités* (II, pp. 249-300). BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10, párr. 1, nota 1 (X, 1, p. 175, n. 1), lo cita expresamente.

¹⁷ Sobre Vattel, véase ahora: JOUANNET, Emmanuelle, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du Droit International classique* (Paris, Pedone, 1998).

¹⁸ WOLF, Chr., *Jus naturae*, 6ª parte, cap. 3°: *De interpretatione* (pp. 318-413); WOLF, Chr., *Institutiones juris naturae et gentium*, 2ª parte, cap. 19°: *De interpretatione* (Halae Magdeburgicae, in Officina Rengeriana, 1750) [reimpresión en WOLF, Christian, *Gesammelte Werke* (Herausgegeben und Bearbeitet von L. École (y otros), II. Abteilung: *Latéinische Schriften*, Band 26; *Institutiones juris naturae et gentium* (Herausgegeben und Bearbeitet por Marcel Thomann, Hildesheim, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1969), pp. 500-513].

¹⁹ PUFENDORF, Samuel, *De jure naturae et gentium libri octo* (Francofurti et Lipsiae, ex officina Knochio-Eslingeriana, 1759, reimpresión Frankfurt am Main, Minerva, 1967), lib. V, cap. 12°: *De interpretatione* (I, pp. 809-842).

²⁰ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis libri tres*, lib. II, cap. 16°: *De interpretatione* [ed. De Kanter-van Hettinga, B. J. A., Lugduni Batavorum, Brill, 1939, reimp. Aalen, Scientia (1993), pp. 407-426].

¹⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el Derecho romano* (Santiago, Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, 2000).

¹¹ Su primer nombramiento fue como Oficial Mayor Auxiliar del Ministerio de Hacienda, por decreto de 13 de julio de 1829. El 15 de abril de 1830 fue transferido al Ministerio de Relaciones Exteriores como secretario o consultor. En 1834 empezó a ocupar el cargo de Oficial Mayor de ese ministerio, en el que permaneció hasta su jubilación en 1855.

¹² *Principios de Derecho de Gentes por A. B.* (Santiago, Imprenta de la Opinión, 1832). Reimpresión moderna, en BELLO, Andrés, *Obras completas, XI: Derecho internacional, 1: Principios de Derecho Internacional y escritos complementarios* (Caracas, La Casa de Bello, 1981).

¹³ En realidad, la obra fue editada al menos diecinueve veces durante el siglo XIX, en Chile y en el extranjero. Las citadas ediciones de 1844 y 1864 son las chilenas cuidadas por el propio Bello.

¹⁴ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10: *Interpretación de los tratados, leyes y otros documentos* (X, 1, pp. 175-182).

Y a través de la importante influencia del *De legibus ac Deo legislatore* (1612) de Francisco Suárez (1548-1617)²¹ sobre Grotius, ya nos encontramos nuevamente en el *ius commune*, porque de éste extrajo Suárez su información, sin perjuicio de las notables aportaciones propias que ofreció a la materia.

4. De esta manera, al filón francés y de derecho codificado, se añade en Bello este filón que podemos considerar germánico y de derecho natural, no bien ambos terminaran por entroncarse con el *ius commune*.

Con todo, es preciso insistir en algo que se desprende de lo que el propio Bello dejó establecido: en que su fuente directa, principal y declarada fue el Código luisiano, y no sus propios *Principios* de 1832 sucesivamente editados, aunque lo dicho en esta obra no lo hubiera aprendido en el Código luisiano, sino mucho antes de pensar siquiera en componer el nuevo cuerpo legal para Chile, durante su permanencia en Londres.

Ahora bien, cabe preguntarse entonces por qué Bello recurrió al Código luisiano. La respuesta es muy fácil. De todos los códigos con que Bello se encontró para apoyar su labor codificadora, ninguno, sino el luisiano, ofrecía un relativamente amplio tratado legal sobre la interpretación. Los restantes códigos, o bien nada decían al respecto, como el *Code Civil*, o bien contenían disposiciones breves y compactas sobre la materia, como el Código bávaro de 1856²², el prusiano de 1794²³, el austríaco de 1811²⁴, del cual dependía el Código sardo de 1838²⁵ en la materia, o el holandés, también de 1838²⁶. Pero el Código de la Luisiana, por haber tomado como modelo, no al *Code Civil* de 1804, mas a su proyecto de 1800, había recibido y exhibía un desarrollado tratado sobre interpretación legal de nueve artículos que, en general, satisfacían las necesidades de legislar sobre la materia, en la extensión que Bello seguramente pensó que debía dársele, sin caer

en los extremos de una excesiva ni de una exigua reglamentación. Este modelo hizo innecesaria otra posibilidad, a saber, la de darse el codificador a comprimir en normas su propia exposición sobre hermenéutica de los tratados (que ya era un resumen, bien que adaptado, de la doctrina de Vattel), y a convertirla en otra sobre interpretación de las leyes. Tal propia exposición, empero, pasaba a cumplir la función de controlar, por así decirlo, el contenido del Código luisiano, para confirmarlo o repudiarlo en los detalles, y para integrarlo cuando hiciera falta. Que tal función existió y fue efectiva, quedará demostrado a lo largo de este trabajo.

²¹ SUÁREZ, Francisco, *De legibus ac Deo legislatore*, lib. V: *De interpretatione, cessatione et mutatione legis humanae* (Conimbricæ, apud Didacum Gomez de Loureyro, 1612, reimpresión Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, IV).

²² CMBC., 1ª parte, cap. 1º, §§ 9-10.

²³ ALPS., *Einleitung*, § 49.

²⁴ ABGB., §§ 6 y 7.

²⁵ CCSar., artículos 14 y 15.

²⁶ En realidad, no en el Código mismo, sino en una ley de 15 de mayo de 1829 "que contiene disposiciones generales tocante a la legislación del Reino", art. 11. Esa ley ocupa el lugar de un título preliminar. No disponiendo de una edición original de este Código, he visto: ROMERO GERÓN, VICENTE - GARCÍA MORENO, Alejo, *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, VI: *Instituciones y códigos de Holanda* (Madrid, José Góngora y Álvarez impresor, 1890), pp. 221-426.

§ 2. LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN LEGAL
EN EL "PRIMER PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL"
Y EN EL "PROYECTO DE 1841-1845"

1. El *Título preliminar* del "Primer Proyecto", es decir, de aquel directamente redactado por Andrés Bello antes de 1840, y enseguida presentado paulatinamente y por partes a la Comisión de Codificación de las Leyes Civiles creada en ese año²⁷, contenía un artículo 9 del siguiente tenor: "*Los jueces pueden interpretar las leyes en cuanto aplicables al caso especial sometido a su conocimiento; y les es permitido fundar su interpretación en decisiones judiciales anteriores, pronunciadas por una Corte Superior o Suprema, y pasadas en autoridad de cosa juzgada; pero se les prohíbe dictar en sus fallos disposiciones generales*". Estrictamente no podemos considerar que esta norma concerniera a las reglas sobre interpretación; ella más bien estaba dirigida a regular el valor y la autoridad de cierta interpretación, cuyas reglas acaso sólo venían supuestas, pero en ningún caso declaradas.

El proyecto no señala fuentes para este artículo 9. Para él tampoco encontramos algún modelo en la legislación de la época. En realidad, la disposición parece haber sido creación autónoma de Bello.

2. La disposición presenta tres ideas bien definidas.

a) La primera cláusula ("*Los jueces-conocimiento*") contenía el principio medieval de la *interpretatio necessaria sed non generalis*²⁸, o judicial, aunque débilmente expresado. Su sentido es doble.

Por un lado, el de autorizar a los jueces para interpretar las leyes. Tal autorización, que para nosotros resulta algo incomprensible, no lo era demasiado en una época que todavía podía tener presente cierta tradición que reservaba la interpretación al soberano, y que se remontaba al principio justinianeo de sólo competere la interpretación de las leyes a aquel a quien está permitido estable-

²⁷ Se lo ve en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *El "Primer Proyecto de Código Civil de Chile"* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978), pp. 141 ss.

²⁸ Sobre este concepto, véase más adelante § 4, 3.

cerlas²⁹. Ese principio había regido en Indias, merced al derecho castellano de las *Partidas* (siglo XIII), el *Libro de las leyes* dado en Alcalá de Henares en 1348 ("Ordenamiento de Alcalá") y la "Ley I de Toro" (1505), recogida esta última en la *Novísima Recopilación* de 1805. También había sido declarado para las Indias por medio de una ley especial.

Se lee, en efecto, en las *Partidas*: "Dubdosas seyendo las leyes por yerro de escriptura, o por mal entendimiento del que las leyesses; porque debiessen de ser bien espaladinadas, e facer entender la verdad de ellas; esto non puede ser por otro fecho, sino por aquel que las fizo, o por otro que sea en su logar, que aya poder de las facer de nuevo, e guardar aquellas fechas"³⁰.

El "Ordenamiento de Alcalá", de otra parte, había preceptuado: "Et porque al Rey pertenesce, è hà poder de facer fueros, è leys, è de las interpretar, è declarar, è emendar, dò viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, ó en los libros de las *Partidas* sobredichas, ò en este nuestro libro, ò en alguna, ò en algunas leys de las que en el se contienen, fuere menester interpretación, ò declaración, ò emendar, ò annadir, ò tirar, ò mudar, que Nos que lo fagamos. Et si [...] alguna dubda fuere fallada en ellos, ò algunt fecho porque por ellos non se puede librar [sc. decidir], que Nos que seamos requeridos sobrello, porque fagamos interpretación, ò declaración, ò emienda, do entendieremos que cumple, è fagamos ley nueva, la que entendieremos que cumple sobrello, porque la justicia, ò el derecho sea guardado"³¹.

La "Ley I de Toro", a su turno, dispuso: "[...] é mandamos que quando quier que alguna dubda ocurriere en la interpretación y declaración de las dichas leyes de ordenamientos y premáticas, é fueros, ó de las *Partidas*, que en tal caso recurran a Nos é a los reyes que de Nos viniere, para la interpretación é declaración de ellas [...]" (= Nueva Rec. 2, 1, 3 = Nov. Rec. 3, 2, 3).

Una real cédula de 2 de marzo de 1710, en la cual resonaba la "Ley I de Toro", había dispuesto, en fin, para Indias: "Ordenamos y mandamos a nuestras Audiencias Reales se abstengan de declarar, ampliar o interpretar ley alguna, pues aun el explicar cualquier duda sobre ellas toca a nuestro Consejo de las Indias, y lo demás expresamente a mi Real Persona"³².

²⁹ Cod. Iust. 1, 14, 12, 3 (Iust., a. 429): "Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet" ("Si, pues, en el presente sólo está concedido establecer leyes al emperador, también interpretar las leyes debe ser digno sólo del imperio"); IUST. emp., c. Tanta 21 (a. 533): "(auctoritas Augusti) cui soli concessum est leges et condere et interpretari" ["(la autoridad del Augusto) sólo al cual está concedido, no solo establecer las leyes, sino también interpretarlas"].

³⁰ Part. I, 1, 14.

³¹ Ord. Alcalá, 28, 1.

³² Esta real cédula es citada por Josef DE AYALA, *Notas a la Recopilación de Indias* (Ed. Manzano, Madrid, 1946, II, p. 9).

Así que el artículo 9, de que aquí tratamos, en el fondo venía a derogar esta legislación castellano-indiana cuando disponía que "Los jueces pueden interpretar las leyes".

Por otro lado, sin embargo, esta autorización era para interpretarlas únicamente "en cuanto aplicables al caso especial sometido a su conocimiento". Con ello se intentaba evitar dar valor universalmente obligatorio a las interpretaciones judiciales, que sólo habrían de valer precisamente para ese caso, en consonancia, como quedó adelantado, con el principio medieval de la *interpretatio necessaria sed non generalis*, que Bello conocía a través de su expresión en los códigos modernos, como se verá en su momento³³.

b) La ausencia de aquel valor universal venía reforzada y complementada en la última cláusula ("pero se les prohíbe-generales"), que daba entrada a la regla establecida por el artículo 5 CCFr.: "Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes que leur sont soumises". Puesto que una cosa es el valor general que deba atribuirse o no atribuirse a las interpretaciones particulares contenidas en los fallos judiciales, y otra que esos fallos contengan disposiciones generales, a la decisión sobre el primer tema, en orden a no otorgar valor general a una interpretación particular, la norma agregó la prohibición de emanar disposiciones (interpretativas o no) generales en los fallos.

c) La cláusula intermedia ("y les es permitido-cosa juzgada") no implicaba ninguna contradicción con lo anteriormente establecido, acerca del valor particular de las interpretaciones judiciales, pues no se consagra ahí el principio del *stare decisis* o de la vinculatoriedad de los precedentes. Sólo se autoriza a los jueces, no se los obliga, a fundar sus propias interpretaciones en fallos firmes de una corte superior o suprema³⁴. En este reconocimiento expreso, aunque débil, de los fallos judiciales como fuentes de interpretaciones quizá debemos ver alguna influencia del *common law* sobre Bello, sufrida durante su veintena permanencia en Londres, que él entonces habría querido trasladar al país, bien que en una forma meramente facultativa.

³³ Más adelante § 4, 3.

³⁴ Merced a la 2ª Ley sobre fundamentación de las sentencias, de 1 de marzo de 1837 [en *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del Gobierno* 7 (agosto 30 de 1837) 7, pp. 89-101], "Duda octava" (p. 98), se permitió a los jueces fundar sus fallos en sentencias judiciales, pero sin citarlas a ellas mismas, sino a "los principios generales de derecho o razones que movieron antes a aquellos tribunales [sc. cuyas sentencias se citan] a fallar del modo que lo hicieron". Bello probablemente escribió el *Título preliminar* del "Primer Proyecto" después de 1837.

3. Examinemos ahora qué destino quedó reservado a este artículo 9 del "Primer Proyecto".

a) Él permaneció inalterado, como 11, en el *Título preliminar* del "Proyecto de 1841-1845", esto es, en aquél publicado en el periódico *El Araucano* entre el 7 de mayo de 1841 (en el cual precisamente apareció el *Título preliminar*), y el 19 de diciembre de 1845, y que fue el resultado de las discusiones de la Comisión de Codificación de las Leyes Civiles creada en 1840, a que Bello fue sucesivamente presentando las diferentes partes del proyecto parcial de Código (justamente el "Primer Proyecto"), que había elaborado personalmente en la década anterior³⁵.

b) En fin, como es sabido, el *Título preliminar* entero, y con él su artículo 11, desapareció en la segunda edición del "Proyecto de 1841-1845"; que se denomina "Proyecto de 1846-1847", por haberse editado entre esos años.

§ 3. PANORAMA GENERAL DE LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN LEGAL EN EL "PROYECTO DE 1853", EN EL "PROYECTO INÉDITO", EN EL "PROYECTO DE 1855" Y EN EL "CÓDIGO CIVIL"

Para la cabal comprensión de cuanto seguidamente irá expuesto, conviene tener en cuenta la correspondencia del articulado sobre interpretación en las sucesivas versiones del *Título preliminar*, desde aquélla contenida en el "Anteproyecto manuscrito" del de 1853, al que pronto nos referiremos, hasta la del Código mismo, como se ve en la siguiente tabla:

"Anteproyecto manuscrito"		"Proyecto de 1853"		"Proyecto Inédito"		"Proyecto de 1855" = CCCh.	
§ 1	4	§ 1	4		—		—
		§ 2	8	§ 1	3	§ 1	3
		§ 2	9	§ 3	9 inc. 2º	§ 3	9 inc. 2º
		§ 3	15a	§ 1	5	§ 1	5
		§ 3	16	§ 1	4	§ 1	4
§ 4	13	§ 4	17	§ 4	19	§ 4	19
§ 4	14 inc. 1º	§ 4	18	§ 4	20	§ 4	20
§ 4	14 inc. 2º	§ 4	18a	§ 4	21	§ 4	21
§ 4	15	§ 4	19	§ 4	22	§ 4	22
§ 4	16	§ 4	20	§ 3	11	§ 3	11
§ 4	17	§ 4	21	§ 4	23	§ 4	23
§ 4		§ 4	22	§ 3	13	§ 3	13
§ 4	18	§ 4	23	§ 4	24	§ 4	24

1. Un *Título preliminar* volvió a aparecer en el "Proyecto de 1853", integrado por seis párrafos. Su § 4 venía rubricado: *Interpretación de la ley*, con ocho artículos (desde el 17 al 23). A la materia, empero, también concernían el artículo 4 del § 1: *De la ley*; los artículos 8 y 9 del § 2: *Promulgación de la ley*; y el artículo 15a) del § 3: *Efectos de la ley*. La mayoría de los artículos contenían notas "que apuntan

³⁵ El proyecto de *Título preliminar* había sido presentado por Bello a la Comisión de Legislación del Congreso Nacional en su sesión de 16 de octubre de 1840, y resultó aprobado, con enmiendas, en la de 23 de octubre siguiente: véanse las actas en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), II: Fuentes, Doc. N° 112, Anexo Núm. 435-465, p. 181.

000-10

a la ligera las fuentes de que se han tomado o los motivos en que se fundan los artículos que pueden llamar principalmente la atención", como dejó dicho Bello en la *Advertencia* general al "Proyecto de 1853".

De los trabajos preparatorios del *Título preliminar* del "Proyecto de 1853" conservamos un "Anteproyecto manuscrito" entre los papeles de Bello actualmente depositados en el "Archivo Central Andrés Bello" de la Universidad de Chile. La escritura del texto pertenece a algún amanuense, pero presenta correcciones del puño y letra de Bello y añadidos en papeles anexos también escritos por él³⁶.

Ahora bien, en este anteproyecto aparece un § 4: *Interpretación de las leyes*, que cubre los artículos 13 a 18. Emplazado en el § 1: *De la ley*, está además el artículo 4 que también concierne a la materia. Pero faltan algunos artículos que después aparecerán en el "Proyecto de 1853", como son los que en éste llevan los números 8, 9, 15a y 22. Al igual que en su sucesor, el "Anteproyecto manuscrito" ya contiene notas.

2. El *Título preliminar* del "Proyecto de 1853" fue conservado en el llamado "Proyecto Inédito", y lo propio ocurrió, en consecuencia, con su § 4: *Interpretación de las leyes*, dos de cuyos artículos originales, el 20 y 22, empero, fueron trasladados al § 3, bajo los números 11 y 13. Por lo que respecta a los artículos extravagantes del original § 4, también hubo cambios en la localización: los artículos 8 del § 2, y 15a del § 3 del "Proyecto de 1853" pasaron al § 1, como 3 y 5 del "Proyecto Inédito"; y su artículo 9 del § 2, al § 3, como 9 inciso 2º; en fin, el original artículo 4 del "Proyecto de 1853" fue eliminado. Por regla general, los artículos del "Proyecto de 1853" no sufrieron variación en sus redacciones, o las recibieron muy secundarias, en su tránsito hacia al "Proyecto Inédito". Éste no contiene notas; las que aparecen en su tardía edición oficial (1890) fueron agregadas por el editor, Miguel Luis Amunátegui Reyes, aunque con base en textos y apuntes de Bello, redactados para otros efectos, o bajo otras circunstancias distintas que la redacción de dicho proyecto, como más adelante veremos.

El § 4 del *Título preliminar* del "Proyecto Inédito" fue acogido con igual numeración y sin ninguna modificación literaria en el título homónimo del *Proyecto de Código Civil* de 1855, presentado al Congreso Nacional, por modo que permaneció inmutado en el texto finalmente aprobado y promulgado como *Código Civil* en ese mismo año, y editado en 1856. Lo propio acaeció con los artículos

³⁶ Véanse las "Abreviaturas".

extravagantes de ese § 4, que permanecieron, pues, en los lugares fijados por el "Proyecto Inédito" en el de 1855 y en el Código.

3. Con posterioridad a la promulgación del Código, Bello se entregó a la tarea de redactar una suerte de explicación a su texto, que consistía fundamentalmente en dar razón de sus disposiciones por medio de las fuentes de que se había servido. No dio término a su tarea; antes bien, apenas consiguió llegar hasta el artículo 76, y el trabajo permaneció inédito³⁷, hasta que Miguel Luis Amunátegui lo publicó en 1885 bajo el título de "Comentario"³⁸. Como él también atañe a las normas sobre interpretación, nos presta alguna utilidad al propósito de estudiarlas.

Nuestro quehacer consiste ahora en examinar el articulado pertinente del "Proyecto de 1853" y de su "Anteproyecto manuscrito", y las sucesivas modificaciones sufridas hasta llegar al Código. Habremos de comenzar con las disposiciones extravagantes al § 4: *Interpretación de la ley*.

³⁷ El manuscrito de este "Comentario" del amanuense, con correcciones de puño y letra de Bello, se conserva en el Archivo Andrés Bello de la Universidad de Chile. Véase *Catálogos de la Biblioteca Central de la Universidad de Chile* N° 1, *Colección de manuscritos*, I: *Papeles de don Andrés Bello* (Santiago, 1965), "Código Civil", N° 16, p. 10 = GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador*, cit. (n. 35), II: *Fuentes*, "Anexos", I: "Fuentes manuscritas", p. 411.

³⁸ Véanse las "Abreviaturas".

§ 5. LAS LEYES INTERPRETATIVAS

1. El "Proyecto de 1853" contenía en su § 2: *Promulgación de la ley* un artículo 9, no compareciente en el "Anteproyecto manuscrito", que disponía: *"Aunque las leyes sean puramente explicativas o se limiten a declarar el derecho vigente, no afectarán de modo alguno las decisiones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, ni se aplicarán a causas pendientes"*.

a) El precepto se conecta con el inciso 1º del artículo 8, precedentemente examinado, en que se entrega el monopolio de la interpretación generalmente obligatoria al legislador, pues este artículo 9 estatuye sobre el efecto que tiene precisamente su interpretación. Pero también sobre algo más.

El artículo 8 había hecho relación al "legislador" como único encargado de interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio. Pero sólo implícitamente insinuó la forma de esa interpretación. En cuanto se limitó a atribuirle al "legislador", resulta forzoso entender que su interpretación debe ser formulada merced a una ley, pues tal es su manera propia de hablar. Ahora bien, el artículo 9 se refiere expresamente a unas "leyes" que son puramente explicativas o que se limitan a declarar el derecho vigente; con lo cual queda corroborada la deducción de que haya de ser la ley la forma que deba adoptar la interpretación emitida por el legislador. Así que el artículo 9 también se refería a la interpretación de aquél, sólo que desde el punto de vista del acto interpretativo.

b) Con todo, la disposición aparece redactada de una manera tal que ofrece ambigüedades.

Ella dice: *"Aunque las leyes sean [...]"*. Lo cual propone esta estructura semántica: "Las leyes, aunque sean [...]". Por consiguiente, va supuesta la idea más general de que todas las leyes *"no afectarán de modo alguno las decisiones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, ni se aplicarán a causas pendientes"*, incluidas las que *"sean puramente explicativas o se limiten a declarar el derecho vigente"*.

Ahora bien, si la norma dice que ninguna ley ha de afectar a un delimitado sector del pasado, integrado por las decisiones judiciales firmes y las causas pen-

dientes, se podría colegir que todas las leyes son retroactivas con respecto al restante sector del pasado, que entonces viene a ser el de los actos y hechos aún no deducidos en juicio. Es, en efecto, el supuesto de que lo sean el que explica la negación de una retroactividad para el sector dicho de las decisiones firmes y de las causas pendientes, que aparece, pues, como una excepción a la regla general de la retroactividad. Pero, si es así, ¿por qué la referencia a las leyes explicativas o que se limiten a declarar el derecho vigente? Porque si ellas son leyes, bastó referirse a éstas en general y con eso también se hubiera incluido a las explicativas o declarativas en la excepción.

Sin embargo, el artículo 9a del "Proyecto de 1853" (correspondiente a un artículo 7 del "Anteproyecto manuscrito") tenía declarado: "*La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo*"; así que la suposición del artículo 9 es, en realidad, que las leyes ordinariamente son irretroactivas, lo cual se entiende no sólo con relación a las decisiones judiciales firmes y las causas pendientes al momento de emitirse la ley, sino con respecto a todo el pasado. Pero entonces, si las explicativas o declarativas son leyes, sigue llamando la atención que el artículo 9 las mencione expresamente para hacerles aplicable algo que vale no únicamente para ellas sino para todas las leyes, y que por el solo hecho de ser tales ya les es aplicable.

2. Estas ambigüedades deben hacer sospechar que el artículo 9 quiso estatuir algo diferente a lo que dice, de modo que lo estatuyó literariamente mal.

Su tema es la doctrina medieval de la *lex declaratoria* y de sus efectos *ad praeterita*⁴⁷. Los medievales denominaban *lex declaratoria* a la ley interpretativa de otra ley. Consideraban tal a la que, sin introducir ninguna novedad (*nihil novum*) en relación con el estatuto fijado por cierta ley anterior, aclara lo que esta misma ya estatúa, aunque de manera oscura o ambigua. Baldus (c. 1327-1400) —y es sólo un ejemplo— expresó en forma compacta estas ideas: "[...] cuando una ley nueva interpreta una antigua [...] entonces nada nuevo hace, sino que pone de manifiesto lo que es [o hay en la antigua]"⁴⁸. Por consiguiente, si una ley nueva

⁴⁷ Sobre la materia: PIANO-MORTARI, Vincenzo, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, pp. 39-49. Véase también GUZMÁN BRITO, A., "Hist. interpret.", p. 55.

⁴⁸ BALDUS, *In tres priores libros Codicis commentaria* (Venetiis, 1599), tit. *De legibus et constitutionibus principum*, l. *Leges et constitutiones*, n. 5, fol. 68^v, col. der. [reimpresión como BALDUS, *Commentaria omnia* (Golbach, Keip, 2004, V)]: "[...] *quando lex nova interpretatur veterem [...] nam tunc nihil novum facit, sed quod est desegit*". Los medievales extrajeron esta idea de Dig. 28, 1, 21, 1. Ahí se dice que cuando el testador quiere mudar algo en un testamento ya hecho, "todo debe hacerse de nuevo" ("*omnia ex integro facienda sunt*"), vale decir, debe celebrarse un nuevo testamento, y no sólo para introducir la mudanza, más también para cubrir las partes inmutadas. Enseguida se discute si lo mismo ha de aplicarse cuando el testador sólo quiere explicar o aclarar algo oscuro dicho o escrito en un testamento, como si legó el esclavo Estico, en

introduce novedades con respecto a otra antigua, aquella es ley, no interpretativa, sino constitutiva ordinaria. Ahora bien, sobre la base de que las leyes constitutivas son siempre irretroactivas y no se aplican, por ende, a los hechos y casos pasados (*ad praeterita*), los medievales sostenían, empero, que las leyes interpretativas sí se les aplican: "cuando una ley nueva interpreta una antigua entonces se lleva hacia atrás" había en realidad escrito el mismo Baldus⁴⁹; pero retornaban a la regla general de la irretroactividad cuando, sobre algún caso del pasado, ya había recaído una decisión por sentencia, transacción, juramento decisorio u otra forma, al momento de emitirse la ley interpretativa⁵⁰. En la práctica, pues, la aplicación *ad praeterita* de las leyes interpretativas implica regir por ella los hechos y actos del pasado aún no deducidos en juicio ni transados, o ya deducidos pero con sentencia todavía pendiente.

De acuerdo con esta tradición, el artículo 9 del "Proyecto de 1853", supuesto que para éste todas las leyes son irretroactivas, como lo expresa su artículo 9a, no pudo referirse a todas ellas, o a las leyes en general, sino sólo a las que "*sean puramente explicativas o se limiten a declarar el derecho vigente*", para decir que éstas no han de afectar los fallos firmes ni aplicarse a las causas pendientes. Lo cual implica que, fuera de este ámbito, tales leyes son retroactivas, de modo de aplicarse a los hechos sobre los cuales no se ha movido litigio aún. Así que el artículo 9 aparece como excepción al artículo 9a, no bien contenga una contraexcepción que lo hace retornar a la regla de ese artículo.

3. En cuanto las leyes explicativas o declarativas no pueden afectar las decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada, el artículo 9 del "Proyecto de 1853",

Continuación de la nota ⁴⁸
circunstancias de ser dueño de varios esclavos con ese nombre, para declarar en cuál de ellos pensó cuando escribió "Estico". Ulpiano, autor del pasaje en examen, dice que eso se puede, sin necesidad de rehacer todo el testamento. La razón que ofrece en apoyo de su parecer es ésta: "*nihil nunc dat, sed datum significat*" ("nada da ahora, sino que significa [sc. aclara o explica] lo [sc. ya] dado", en donde "*nunc*" ("ahora") se refiere al momento de la aclaración. Para el Derecho chileno, ha insistido en el elemento novedoso que debe ofrecer la ley que interprete, aunque sin el apoyo histórico que pudo ayudar, ALVAREZ, Carlos, "Ley interpretativa", en *Revista de Derecho* 183 (Universidad de Concepción, enero - junio de 1988), pp. 95 - 100.

⁴⁹ *Ibid*: "*quando lex nova interpretatur veterem tunc trahitur retro*".

⁵⁰ Por ejemplo, NICOLÒ DE' TEDESCHI (Abbas Panormitanus), *Super Decretat.*, tit. *De constit. c. quoniam*, núms. 9-11: "Cuando se pregunta si y cuándo una constitución [sc. declaratoria] deba extenderse hacia el pasado [...] distingue: o las cosas del pasado ya han sido decididas por algún remedio decisorio, como, por ejemplo, una transacción, una sentencia absolutoria o el juramento, y entonces la constitución no se extiende al pasado [...], o bien los negocios del pasado [...] penden ni han sido decididos, y ahora la constitución se entiende hacia el pasado" ("*Cum quaeritur an et quando constitutio [sc. declaratoria] debeat extendi ad praeterita [...] aut praeterita sunt decisa aliquo remedio decisorio, puta transacione, solutione sententiae vel iuramento, et tunc constitutio non extenditur ad praeterita [...], aut negotia praeterita [...] pendent, nec sunt decisa, et tunc constitutio extenditur ad praeterita*").

que tal dice, se conformó, pues, con la doctrina tradicional. Pero en cuanto él añade que tampoco son aplicables esas leyes a las causas pendientes, introdujo una novedad, que aquella doctrina no reconocía.

a) La explicación de esta novedad la encontramos en una nota que Bello adosó al artículo 9 del "Proyecto de 1853", como sigue: "*Portalis, Memoria sobre el Código de Cerdeña, presentada a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, y reimpressa al frente de dicho código, Paris, 1844, págs. lxxii y siguientes. En el orden de las causas pendientes, no se ha seguido la opinión de Portalis, que, según el mismo dice, ha sido vivamente atacada. En Chile pudiera producir el efecto de trasportar al seno del Cuerpo Legislativo las afecciones y pretensiones de las partes.*"

El artículo 16 del Código sardo disponía en su inciso 1º, como vimos, que sólo el soberano puede interpretar la ley de una manera generalmente obligatoria⁵¹. Sus incisos 3º y 4º añadían lo siguiente: "*L'interprétation* [sc. del Rey o auténtica] *s'appliquera à tous les cas, même antérieurs, à moins que la loi interprétative ne renferme une disposition contraire* [sc. a tal aplicación]. / *Cependant elle ne pourra porter aucune atteinte aux choses sur lesquelles il y aurait eu antérieurement transaction ou jugement définitif*". Estas normas reproducían fielmente el derecho antiguo, según el cual la interpretación del legislador se aplica a los casos pretéritos (salvo norma contraria), sin afectar, empero, a los ya transados o fallados.

Joseph-Marie Portalis (hijo del codificador de 1800-1804), en el trabajo citado por Bello⁵² recuerda que los redactores del *Code Civil* habían reconocido la doctrina de que una ley explicativa de otra precedente regula también el tiempo intermedio, sin perjuicio de las sentencias de última instancia, las transacciones y las decisiones arbitrales dotadas con autoridad de cosa juzgada. En efecto, así lo establecía el "Projet de l'an VIII"⁵³, aunque la norma no pasó al Código de 1804. Portalis verifica que los autores del Código de Cerdeña se habían conformado con esta doctrina; la cual —añade—: "*En France, elle a été vivement attaquée en ces derniers temps. On a soutenu que toutes les lois, sans distinction des lois interprétatives, étaient des lois nouvelles qui n'avaient d'empire et ne pouvaient recevoir d'exécution*"

⁵¹ Véase el § 4, 3.

⁵² "Introduction" a *Code Civil du Royaume de Sardaigne, précédé d'un travail comparatif avec la législation Française*, par M. le Comte Portalis (Paris, chez Joubert Libraire, 1844), pp. i-cxcviii.

⁵³ "Projet de l'an VIII", lib. prel., tit. 4º, art. 2: "*La loi ne dispose que pour l'avenir: elle n'a point d'effet rétroactif*"; y art. 3: "*Néanmoins, une loi explicative d'une autre loi précédente règle même le passé, sans préjudice des jugemens en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugée*".

que pour le temps et pour les actes postérieurs à leur promulgation. Un procès, a-t-on dit, suppose toujours une loi antérieure dont le texte fournit à la fois des armes à l'attaque et à la défense judiciaires. Cette loi, ses obscurités, ses lacunes même, sont acquises aux parties; leurs moyens respectifs y sont puisés; la décision qui terminera le différend ne sera que l'application du texte de cette loi aux faits reconnus constants par les juges. Une loi nouvelle, même purement interprétative, qu'on appliquerait à une contestation née avant elle, frapperait sans avoir averti. Elle mettrait au service d'une des parties un argument imprévu et irrésistible qui aurait empêché le litige, s'il avait été connu avant le commencement du procès."

Lo "vivamente atacado en Francia", pues, era toda la doctrina tradicional, del efecto *ad praeterita* de las leyes interpretativas, según la cual éstas afectan los actos y hechos del pasado aún no deducidos en juicio, y también los deducidos en él, si todavía no se ha emitido fallo. El texto precedentemente citado se refiere especialmente a este último evento. Acto seguido, Portalis defiende la doctrina tradicional, y proporciona una serie de argumentos en su favor. Según él, una ley interpretativa debe aplicarse a las causas pendientes, porque también ella fija el sentido de una ley dudosa, lo mismo que una sentencia judicial, de modo de no haber diferencia al respecto, y sin que se pueda afirmar que sea la ley la que entonces viene a resolver el caso, debido a que ella siempre tiene carácter general, y a que no fue emitida para ese caso.

Ahora bien, como ya hemos visto, el artículo 9 del "Proyecto de 1853" se adaptó a la doctrina tradicional del efecto *ad praeterita* de las leyes explicativas y declarativas; es decir, coincidió con Portalis, que la defendía en contra de los ataques que venía recibiendo últimamente. Pero se separó de ese autor, en cuanto dicho artículo negó que tales leyes fueran aplicables a las causas pendientes, en circunstancias que, de acuerdo con la misma doctrina tradicional, reiterada por Portalis, debían serlo. Con ello, el efecto hacia el pasado de las leyes interpretativas quedaba limitado solo a los hechos aún no deducidos en juicio. Por tal razón, Bello afirmó en la nota al artículo 9 no haber seguido la opinión de Portalis, en orden a las causas pendientes, aunque en realidad lo que hacía era no seguir, en ese punto, la doctrina tradicional "vivamente atacada". La razón que ofreció fue el riesgo corrido, de trasladar al Poder Legislativo las afecciones y pretensiones de las partes, queriendo indicar que la aplicación de las leyes interpretativas a las causas pendientes podría mover a las partes a gestionar leyes de tal género que favoreceran su causa.

b) Aparte del "Projet de l'an VIII" y del Código sardo, ya mencionados, la doctrina tradicional también había sido acogida en el § 15 de la *Einleitung* al

Código prusiano⁵⁴, en el § 8 del austríaco⁵⁵ y en el artículo 8 del Código luisiano de 1808⁵⁶ (que reproducía textualmente el antes citado proyecto francés⁵⁷, con leves modificaciones). En todos los casos la aceptación era amplia, de modo que la limitación de no aplicarse una ley interpretativa a las causas pendientes fue una novedad del artículo 9 del "Proyecto de 1853", aunque sugerida por la discusión francesa que Bello leyó en Portalis.

4. En el resto, el "Proyecto de 1853", salvo la "Memoria" de Portalis, no citó otras fuentes para su artículo 9. Éste parece corresponder a una redacción autónoma de Bello, sobre el trasfondo del Código de la Luisiana:

CCLuis. (1825), art. 8 [= 1808, art. 7]

La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif,⁵⁸

ni peut altérer les obligations contenues dans les contrats.

CCLuis. (1808), art. 8

Néanmoins, une loi explicative, ou déclaratoire d'une autre loi précédente règle même le passé, sans préjudice des jugemens en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugé.

"Proyecto de 1853", art. 9a

La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.

"Proyecto de 1853", art. 9

Aunque las leyes sean puramente explicativas o se limiten a declarar el derecho vigente, no afectarán de modo alguno las decisiones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada,

ni se aplicarán a causas pendientes.

⁵⁴ El ALPS., *Einleitung*, § 15, después que en su párrafo precedente establece el principio de la irretroactividad de las leyes, dice: "Die von Seiten des Gesetzgebers nöthig befundene und gehörig publicirte Erklärung eines ältern Gesetzen aber giebt, in allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen, den Ausschlag" ("Pero la aclaración de una anterior ley, necesariamente aprobada y competentemente publicada por el legislador, decide en todos los casos de derecho aún no fallados").

⁵⁵ ABGB., § 8: "Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. Eine solche Erklärung muß auf alle noch zu entscheidende Rechtsfälle angewendet werden, dafern der Gesetzgeber nicht hinzufügt, daß seine Erklärung bei Entscheidung solcher Rechtsfälle, welche die vor der Erklärung unternommenen Handlungen und angesprochenen Rechte zum Gegenstande haben, nicht bezogen werden solle" ("Sólo al legislador pertenece el poder de aclarar una ley de una manera generalmente obligatoria. Tal aclaración debe ser aplicada a todo caso jurídico aún por decidir, en la medida en que el legislador no añada que su aclaración no deba ser referida en la decisión de aquellos casos jurídicos que tienen por objeto conductas ejecutadas y derechos reclamados antes de la aclaración").

⁵⁶ CCLuis., art. 8: "Néanmoins, une loi explicative ou déclaratoire d'une autre loi précédente, règle même le passé, sans préjudice des jugemens en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugé".

⁵⁷ Véase la nota 53.

⁵⁸ La versión original de 1808 decía: "elle ne peut avoir d'effet rétroactif".

El artículo 9 parece distinguir las leyes (puramente) explicativas y las que se limitan a declarar el Derecho vigente. La primera expresión se refiere a las leyes interpretativas de otras leyes; la segunda atañe a cualquier ley que, sin ser interpretativa de otra específica, declare ser tal el Derecho vigente previamente a su promulgación. En el artículo 8 del Código luisiano de 1808 también se habla de "loi explicative, ou déclaratoire"; pero ahí ambas expresiones parecen sinónimas.

En el antiguo Derecho solió recurrirse a una clase de leyes especialmente destinadas a dirimir las controversias entre los autores y declarar así cuál era la regla vigente⁵⁹. Sobre el tema Bello había escrito más de un párrafo en diversos artículos publicados en *El Araucano*; y así, por ejemplo, en un trabajo de 1839 señaló: "Pero los trabajos de la legislatura pueden estrechar cada día este campo de incertidumbres y disputas, decidiendo los puntos dudosos; y ella puede hacerlo tanto más ventajosa y fácilmente cuanto más libre se halla, no sólo para aclarar lo oscuro y dirimir lo disputable, sino para innovar [...]"⁶⁰, con todo lo cual se refería a la gran variedad de interpretaciones entre los jurisconsultos que podrían ser zanjadas mediante leyes decisorias. Aun cuando el Derecho del Antiguo Régimen que Chile había heredado teóricamente era un derecho legal y de códigos, en la práctica, como es sabido, en una buena dosis era derecho de juristas y, por ende, ofrecía un carácter disputable y controvertible, en cuya superación mediante normas pudo pensar Bello al hablar de "leyes que se limiten a declarar el derecho vigente"⁶¹, para lo cual la expresión "loi explicative, ou déclaratoire", presente en el Código luisiano de 1808, que más bien contenía una sinonimia, podía fácilmente dar pie al codificador para modificarla con su distinción de leyes puramente explicativas y que se limiten a declarar el derecho vigente.

5. En la Comisión Revisora, el artículo 8 del "Proyecto de 1853" fue trasladado al § 3: *Efectos de la ley*, como inciso 2º del artículo 9a del "Proyecto de 1853",

⁵⁹ Sobre el tema, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna", en *Anuario de Historia del Derecho Español* 50 (Madrid, 1980: "Homenaje a Alfonso García-Gallo"), pp. 851-890.

⁶⁰ BELLO, Andrés, "Legislación", en BELLO, Andrés, *Obras completas* (2ª ed., Santiago, Nascimento, s. d. [pero 1932]), VII: *Opúsculos jurídicos*, p. 337.

⁶¹ Por otra parte, sobre este método defendido y aplicado por Bello en su Código, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Para la historia de la fijación del Derecho civil en Chile durante la república, X: La decisión de controversias jurisprudenciales como una de las operaciones codificadoras en el pensamiento de Andrés Bello", en VV. AA., *Andrés Bello y el Derecho*, incluido en el volumen *Homenaje a don Andrés Bello* (Editorial Jurídica de Chile-Editorial Andrés Bello, Santiago, 1982), pp. 503-520, lo mismo que en Congreso Internacional "Andrés Bello y el Derecho" (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982), pp. 203-220. Cfr. GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, cit. (n. 35), I, pp. 439-441.

sobre irretroactividad de la ley, de modo de aparecer después en el mismo párrafo del "Proyecto Inédito" como inciso 2º de su artículo 9, con este tenor: "La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo. Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio". Así que hubo variaciones con respecto a la redacción del "Proyecto de 1853", como se ven en el siguiente cotejo:

"Proyecto de 1853", art. 9a

La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.

"Proyecto de 1853", art. 9

Aunque las leyes sean puramente explicativas o se limiten a declarar el derecho vigente, no afectarán de modo alguno las decisiones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, ni se aplicarán a causas pendientes.

"Proyecto Inédito", art. 9

La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.

Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

Con la nueva redacción dada al antiguo artículo 9 del "Proyecto de 1853", en el inciso 2º del artículo 9 del "Proyecto Inédito" desapareció la ambigüedad que ofrecía aquél, pues ahora quedó claro que el precepto no estatuye sobre todas las leyes, sino sólo sobre aquellas "que se limiten a declarar el sentido de otras leyes". Esta última noción, como única, reemplazó a la distinción precedente de leyes "puramente explicativas" y que "se limiten a declarar el derecho vigente". En fin, fue también suprimida la contraexcepción concerniente a la irretroactividad de las leyes interpretativas sobre las causas pendientes, que ahora quedó limitada sólo a las "sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio", con lo cual la norma volvió a la doctrina tradicional, en orden a que las leyes interpretativas sí rigen los hechos deducidos en juicio cuando aún no recae sentencia firme sobre ellos.

Sin embargo, el precepto no dijo que las leyes limitadas a declarar el sentido de otras rigen el pasado (a salvo los efectos de las sentencias firmes). Sólo expresó que ellas "se entenderán incorporadas" en las leyes interpretadas. Este entendimiento de incorporación de una ley interpretativa en la interpretada era también una doctrina antigua⁶², destinada a explicar por qué aquélla es llevada *ad praeterita*. En el

precepto, pues, la incorporación aparece como la premisa expresada de una consecuencia no expresada, en orden a que las leyes limitadas a declarar el sentido de otras leyes rigen desde la fecha de la ley interpretada, y a que afectan los pertinentes actos y hechos que en el momento de emitirse la ley interpretativa son del pasado. Esta consecuencia vuelve a ser tácita en la segunda parte de la disposición, pues cuando ella dice que las leyes interpretativas no actúan sobre los efectos de las sentencias judiciales firmes del tiempo intermedio, es porque también supone que sí actúan sobre el resto de cuanto acaeció en ese tiempo, como secuela precisamente de la incorporación.

Es muy posible que la vieja idea de que la ley interpretativa se mira como una con la interpretada, Bello la haya obtenido de Delvincourt, una de sus fuentes habituales, quien la recogió en su *Cours* en estos términos: "[...] *mais comme elles* [sc. las leyes interpretativas] *sont censées ne faire qu'un avec cette même loi* [sc. la interpretada], *on ne peut pas dire, à proprement parler, qu'elles aient un effet rétroactif* [...]"⁶³, aunque la redacción de la idea bajo la fórmula "se entenderán incorporadas" seguramente fue original del codificador.

6. Tal cual resultó redactada en el "Proyecto "Inédito", la norma permaneció como artículo 9 inciso 2º en el "Proyecto de 1855" y en el Código.

En su "Comentario" a este último, Bello invocó para el artículo 9 varios textos: Código luisiano (de 1825), artículo 8 (= artículo 7 de 1808); Código francés, artículo 2; Código austríaco, §§ 5 y 8. Todos ellos sólo valen para el inciso 1º concerniente al efecto no retroactivo de las leyes, excepto el § 8 del Código austríaco, en cuya segunda parte se dice que las interpretaciones del legislador se aplicarán a todos los casos que estén aún por ser resueltos, a menos que aquél señale expresamente lo contrario⁶⁴. Bello citó, además, el trabajo de Portalis, que

Continuación de la nota ⁶²

"*Declaratio trahitur retro ad tempus dispositionis factae [...] adhaeret dispositioni, quod una cum ea videtur emanasse, et ex hoc multa sequuntur, scilicet quod nova lex declarativa veteris trahitur ad praeterita negotia [...]*" ("La declaración es llevada hacia atrás, al tiempo de hecha la disposición [sc. interpretada] <-> adhiere a la disposición [sc. interpretada] que parece haber sido emanada como una [sc. misma] con ella [sc. con la interpretativa], y de esto se siguen muchas cosas, es decir, que la nueva ley declarativa de la antigua es llevada a los negocios pasados [...]").

⁶³ DELVINCOURT, Claude, *Cours de Droit Civil* (Paris, chez Delestre-Boulage Libraire, 1824), I, en las *Notes et explications*, p. 7, a p. 7 n. 2 [sobre este libro, véase la nota 114]. Obsérvese la similitud entre las expresiones de PAULUS DE CASTRO, *Comm. in Dig. Infirmitatum*, cit. (n. 62): "*dispositioni, una cum ea videtur emanasse*" ("a la disposición, que parece haber sido emanada como una con ella") y las de DELVINCOURT, *CL*, cit. ibi: "*sont censées ne faire qu'un avec cette même loi*".

⁶⁴ ABGB., § 8: "*Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. Eine solche Erklärung muß auf alle noch zu entscheidende Rechtsfälle angewendet werden, dafern*

⁶² Véase, por ejemplo, DE CASTRO, Paulus, *Comm. in Dig. Infirmitatum*, tít. *De testamento*, l. *Haeredes*, § *Si quid*, núm. 4 [cit. por PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria della interpretazione*, p. 40 (41) n. 4].

había presentado en la nota al artículo 9 del "Proyecto de 1853"; pero sin el comentario que entonces había incluido en esa nota, y que rezaba: "*En el orden de las causas pendientes, no se ha seguido la opinión de Portalis, que, según el mismo dice, ha sido vivamente atacada. En Chile pudiera producir el efecto de transportar al seno del Cuerpo Legislativo las afecciones y pretensiones de las partes*". La omisión de este comentario relativo a las "causas pendientes" se justifica, pues él explicaba por qué en el artículo 9 del "Proyecto de 1853" había una cláusula según la cual las leyes interpretativas no debían aplicarse a tales causas, y esta cláusula no existe en el Código. De esta forma, la mera cita de Portalis ahora sirvió para justificar la entera adhesión del precepto del Código a la doctrina tradicional que el autor francés defendía sin restricciones.

§ 6. UN RELICTO DEL "REFERIMIENTO AL LEGISLADOR"

1. El "Proyecto de 1853" presentaba en su § 3: *Efectos de la ley*, un artículo 15a, que no existía en el "Anteproyecto manuscrito", concebido en estos términos: "*Las cortes de alzada y la Corte Suprema de Justicia, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al supremo gobierno de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas*". La Comisión Revisora del proyecto trasladó la norma al § 1: *De la ley*, y entonces apareció ahí como artículo 5 en el "Proyecto Inédito", con dos modificaciones menores: se invirtió el orden en que aparecían designados los tipos de tribunal, y se sustituyó "supremo gobierno" por "Presidente de la República", de modo que el artículo quedó así: "*La Corte Suprema de Justicia y las cortes de alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas*". Esta norma pasó sin otra modificación al "Proyecto de 1855" y al Código, como artículo 5⁶⁵.

Bello no dejó indicadas sus fuentes, pero debemos considerar como tales a los artículos XI y XII del *Título preliminar* del *Código Civil* del Perú (1852). El primero expresa: "*La Corte Suprema está obligada a dar cuenta al Congreso, en cada legislatura, de los defectos que notare en la legislación*". El segundo dice: "*Los jueces y tribunales superiores tienen la misma obligación establecida en el artículo anterior, que cumplirán por conducto de la Corte Suprema*". Bello refundió en una sola ambas disposiciones peruanas⁶⁶.

Continuación de la nota ⁶⁴

der Gesetzgeber nicht hinzufügt, daß seine Erklärung bei Entscheidung solcher Rechtsfälle, welche die vor der Erklärung unternommenen Handlungen und angesprochenen Rechte zum Gegenstande haben, nicht bezogen werden sollte" ("Sólo al legislador pertenece el poder de aclarar una ley de una manera generalmente obligatoria. Tal aclaración debe ser aplicada a todo caso jurídico aún por decidir, en la medida en que el legislador no añada que su aclaración no deba ser referida en la decisión de aquellos casos jurídicos que tienen por objeto conductas ejecutadas y derechos reclamados antes de la aclaración").

⁶⁵ Acerca de la aplicación que se ha hecho de él en el decurso posterior, véase PEÑALILLO AREVALO, Daniel, "Sobre el artículo 5 del Código Civil", en *Revista de Derecho*, año L, N^{os}. 171-172 (enero-junio y julio-diciembre de 1982), pp. 93 ss.

⁶⁶ Para la redacción del "Proyecto de 1853", Bello aún tuvo tiempo, aunque poco, de examinar el Código peruano aprobado a fines de 1851 y promulgado el 28 de julio de 1852, un ejemplar de cuya primera edición [*Código Civil del Perú* (Lima, Imp. del Gobierno, 1852)] se hallaba, por lo demás, en su

2. Éstas contenían un relicto del "referimiento al legislador". Por tal se entien- de la obligación ("referimiento forzoso") o la facultad ("referimiento facultativo") de los jueces, que al conocer una causa donde se presenta como aplicable una ley oscura o ambigua, o para la que hace defecto la ley (lagunas), de dirigirse al detentador del poder legislativo en demanda de una interpretación que resuelva la oscuridad o ambigüedad, o de una ley nueva colmadora de la laguna, que enseguida deberán esos jueces aplicar al fallar la causa que dio motivo a la consulta.

a) El origen del "referimiento al legislador" se remonta al Derecho romano posclásico, y fue perfilado por Justiniano, cuyas ideas al respecto resultaron acogidas en el *Corpus iuris civilis*⁶⁷. Ahí aparece concebido en función de defender el monopolio del emperador para la creación del Derecho por medio de leyes, pues impedir que ellas sean interpretadas o colmadas por los jueces, es impedir que estos en definitiva creen un Derecho extralegal. Por la consecuencia consistente en tener los jueces que ajustar su fallo a la decisión imperial, el "referimiento" justiniano implicaba, además, una nítida intervención del legislador en la jurisdicción.

b) El "referimiento al legislador" tuvo alguna difusión ya en la Alta⁶⁸ y también en la Baja⁶⁹ Edad Media, y fue recibido en la Época Moderna por muchas legislaciones reales⁷⁰. En el Derecho de esta última época, el "referimiento al

legislador" funcionó como un instrumento al servicio de un poder de instituir Derecho por parte de quien tiene la potestad legislativa, pero que no posee el monopolio de la creación de todo el Derecho, para defender las leyes emanadas de aquel poder, ante la pretensión de los jueces de interpretarlas o colmarlas. No tuvo, pues, el propósito de privarlos de sus facultades interpretativas y colmadoras en ámbitos no regidos por el Derecho legal, como, por ejemplo, en aquel del *ius commune*⁷¹. Pero, igual que antes, ello no significó que el "referimiento" moderno dejara de implicar una intervención del legislador en la jurisdicción.

c) Hacia fines de la Época Moderna, cuando de nuevo se implantaba con casi universal consenso el monopolio creador del Derecho por parte del legislador, el "referimiento" fue acogido con la función con que en las postrimerías de la Antigüedad se había presentado a los ojos de Justiniano, por algunos códigos, como el prusiano *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (1794)⁷². Todavía compareció en plena Revolución Francesa⁷³. No bien el Código de 1804 hubiera ignorado la figura, reemplazándola por el principio de la inexcusabilidad⁷⁴, que

Continuación de la nota ⁶⁶

biblioteca: véase VELLEMAN, Barry, *Andrés Bello y sus libros* (Caracas, La Casa de Bello, 1995), p. 235 (registro N° 960). En algunos casos, en efecto, lo cita, como en los artículos 78 y 2494 del "Proyecto de 1853" (= artículos 74 y 2330 CC.). Se tendrá presente, con todo, que la cita originalmente escrita por Bello al menado artículo 2494 del "Proyecto de 1853", que era "C. Per., 2199", fue editada por Amunátegui como "C. R., 2199" [véase BELLO, Andrés, *Obras completas*, XII: *Proyecto de Código Civil* (1853) (Santiago, 1888), p. 591], que el codificador solía usar para el Código prusiano. Pero al examinar la edición original de aquel proyecto, se observa lo expresado. Es probable que Amunátegui pensara que "C. Per." fuera una errata por "C. P.". El hecho de que en el "Proyecto de 1853" la disposición en actual examen aparezca como "15a" tal vez sea indicativo de que ella fue incorporada a última hora por Bello en el proyecto, lo que encaja bien con el conocimiento de última hora que él tuvo del Código peruano, de donde parece que la tomó.

⁶⁷ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Historia del referimiento legislativo, I, Derecho Romano", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 6 (Valparaíso, 1982), pp. 13-76 = *Sodalitas. Scripta in onore di Antonio Guarino* (Napoli, Jovene, 1984), V, pp. 3467-3522.

⁶⁸ Por ejemplo, aparece en el *Liber iudiciorum* (siglo VII), lib. II, tít. 1º, ley 11.

⁶⁹ Véanse, por ejemplo, el *Fuero Real* (siglo XIII), lib. I, tít. 7º, ley 1; o *Partidas*, III, 22, 11; "Ordenamiento de Alcalá" (1348), tít. 28º, ley 1.

⁷⁰ Lit.: HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi* (Paris, Presses Universitaires de France, 1965); MOHNHAUPT, Heinz, "Potestas legislativa und Gesetzbegriff im Ancien Régime" (1972), ahora en MOHNHAUPT, Heinz, *Historische Vergleichung im Bereich von Staats und*

Continuación de la nota ⁷⁰

Recht. Gesammelte Aufsätze (Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2000), pp. 253-264; BLOCH, C. - HILAIRE, J., "Interpréter la loi. Les limites d'un grand débat révolutionnaire", en *Miscellanea forensia et historica ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. J. Th. de Smidt* (Amsterdam, 1988), pp. 29 ss.; MIERSCH, Matthias, *Der sogenannte référé législatif. Eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert* (Baden-Baden, Nomos, 1999); ALVAZZI DEL FRATE, Paolo, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretazione e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico* (Torino, Giappichelli, 2000); ALVAZZI DEL FRATE, Paolo, *Giurisprudenza e "référé législatif" in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico* (Torino, Giappichelli, 2005); ALVAZZI DEL FRATE, Paolo, "Divieto di 'interpretatio' e 'référé législatif' nei 'cahiers de doléances' del 1789", en "Panta rei? Studi dedicati a Manlio Bellomo (Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2004), I, pp. 101 ss. Véase también CODERCH, Pablo Salvador, *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes* (Barcelona, Bosch, 1985), pp. 229-281.

⁷¹ Así, por ejemplo, el art. 7 del tít. 1º de una ordenanza de Luis XIV, emitida en 1667, rezaba: "Si, dans les jugemens des procès qui seront pendans en nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de nos Ordonnances, Édits, Déclarations et Lettres patentes, Nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers Nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention". Se observará, pues, que esta norma atañía sólo a la legislación emanada del rey ("nos Ordonnances, Édits, Déclarations et Lettres patentes"), y no a las "leyes" del *ius commune*, vale decir, al *Corpus iuris civilis*.

⁷² ALPS., *Einleitung*, §§ 50-53.

⁷³ Así el art. 12 del título 2º de la ley de 16-24 de agosto de 1790: "Ils [sc. los tribunales] ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en rendre une nouvelle". Sobre esta materia, HUFTEAU, Y.-L., *Le référé législatif*, cit. (n. 70), pp. 29 ss.

⁷⁴ CCFr., art. 4: "Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

en su contexto aparece como el opuesto del "referimiento"⁷⁵, éste aún tuvo fuerzas para incorporarse en algunos cuerpos legales posteriores como el sardo de 1837⁷⁶.

d) También en Castilla el "referimiento al legislador" fue sancionado por una larga sucesión de normas⁷⁷, si bien los juristas —siguiendo a los medievales— lo limitaron severamente cuando antepusieron al recurso al Rey en demanda del esclarecimiento de una duda de interpretación o de una ley nueva colmadora de la laguna legal observada, una serie de criterios de fallo autónomos (analogía, equidad, etcétera)⁷⁸, que en la práctica tornaban al "referimiento" en un recurso teórico.

3. En las Indias españolas, el "referimiento al legislador" hubo de ser Derecho vigente en la misma medida en que ahí regía el Derecho castellano; además, fue expresa y especialmente estatuido con respecto a la interpretación en 1710⁷⁹. Fue quizá por tal razón que en las primeras experiencias menos dependientes del *Code Civil* y más tradicionalistas habidas en el interior del proceso de la codificación americana, la figura tendió a ser conservada. Así un frustrado Código de Derecho vernáculo, como el boliviano de 1830⁸⁰, dispuso en su artículo 1570: "Por estas leyes serán decididos todos los pleitos civiles de los ciudadanos de la República, así en juicio escrito como verbal; y en caso de no haber ley expresa, o tener duda fundada sobre su inteligencia los jueces y magistrados harán la consulta al Poder Legislativo". Para Chile fue más importante que el conservador *Proyecto de Código Civil* perua-

no de 1847 se encaminara por una vía semejante. Absteniéndose de establecer la inexcusabilidad de los jueces, y disponiendo su vinculación a las leyes⁸¹, diseñó un doble "referimiento al legislador", aunque en modo algo confuso y complicado.

a) El proyecto, por un lado, disponía en su artículo VII que: "En el caso de duda, oscuridad o contradicción o falta de alguna ley, los jueces de 1ª instancia deben consultar a las Cortes Superiores; y éstas, a la Suprema"⁸². El artículo IX añadía: "A falta de alguna ley, la Corte Suprema la pedirá a las Cámaras Legislativas, pasándoles el respectivo proyecto"; y el artículo X expresaba: "En el caso de duda, oscuridad ó contradicción, la Corte Suprema consultará a las Cámaras Legislativas; y en su receso al Consejo de Estado". Así que, con respecto a los tribunales inferiores a la Corte Suprema, el proyecto establecía su obligación de consultar al superior en caso de duda, oscuridad, contradicción o ausencia de ley. Si un problema de esta última índole llegaba a la Corte Suprema, o se presentaba directamente ante ella, ese tribunal debía proponer un proyecto de ley colmadora de la laguna a las Cámaras Legislativas. Si el problema llegado o presentado directamente a la Corte Suprema era de duda, oscuridad o contradicción en las leyes, aquella debía entonces consultar a las Cámaras Legislativas o, en su receso, al Consejo de Estado. Con todo, el artículo XI declaraba: "Las consultas de que habla el artículo anterior, no impedirán el que los jueces resuelvan conforme a los principios de equidad".

Por otro lado, el artículo XII del proyecto prescribía: "La Corte Suprema está obligada a dar cuenta a las Cámaras Legislativas de los defectos que notare en la legislación". Ésta parece ser la segunda forma de "referimiento", a menos que veamos ahí una inútil reiteración de los artículos IX y X. Mas, si queremos dar un sentido a todos, debemos pensar, por consiguiente, en que el artículo XII disponía algo nuevo; y en tales circunstancias, lo más probable es que él haya sido escrito pensando en defectos legislativos notados por la Corte Suprema a través de vías distintas a la consulta desde los tribunales inferiores, y al conocimiento de un caso por ella, por ejemplo, como consecuencia de análisis abstractos de las leyes con cualquier ocasión, mientras que las normas anteriores pensaban en la observación de defectos con ocasión de fallarse un caso. El artículo XII, así, contendría un mecanismo de cierre y clausura del sistema de colaboración de los tribunales con la legislatura.

⁷⁵ Que la finalidad del art. 4 CCFr. fue acabar con el *référé au législateur*, lo dijo expresamente Portalis al informar sobre el proyecto de aquél al "Conseil d'État": "Il [sc. Portalis] observe que cet article a pour objet d'empêcher les juges de suspendre ou de différer arbitrairement leurs décisions par des référés au législateur" [cit. por HUFTEAU, Y.-L., *Le référé législatif*, cit. (n. 70), p. 93].

⁷⁶ CCSar., artículo 16.

⁷⁷ *Fuero Juzgo* 2, 1, 11; *Fuero Real* 1, 7, 1; *Espéculo* 4, 2, 16; *Partidas* III, 22, 11; 1, 1, 14; "Ordenamiento de Alcalá" 28, 1; Ley 1 de Toro (= *Nueva Recopilación* 2, 1, 3; *Novísima Recopilación* 3, 2, 3). Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Historia del referimiento al legislador, II: El Derecho nacional chileno", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (Valparaíso, 1982), pp. 108-113.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 113-116. Véase el texto de una real cédula de 2 de marzo de 1710 en el § 2, 2 a).

⁷⁹ *Ibid.*, p. 113.

⁸⁰ Siempre se ha dicho que el Código boliviano de 1830 fue un epítome del francés. Esto es exacto con relación al derecho de bienes y de contratos y obligaciones, menos verdadero en lo que respecta al Derecho de personas y familia, y absolutamente falso en lo que atañe al Derecho sucesorio, que en todo concordó con el Derecho castellano-indiano. Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La pervivencia de instituciones sucesorias castellano-indianas en las codificaciones hispanoamericanas del siglo XIX", en prensa, en las actas del XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Lima), y recogido como apéndice III en mi libro *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* (Cizur [Pamplona], Thomson-Aranzadi, 2006), pp. 445 ss.

⁸¹ "Proyecto de 1847", art. v: "Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes bajo de ningún pretexto o excusa; ni juzgar por otras leyes que las de los códigos, y nunca por la costumbre o uso".

⁸² Algo semejante establecía el art. VIII para los tribunales especiales.

b) El Código peruano aprobado en 1852, que sí estableció el principio de inexcusabilidad⁸³, mantuvo el doble "referimiento" creado en el proyecto, pero simplificó la redacción de los artículos y aclaró el mecanismo y sus efectos.

Un tipo fue el previsto por la parte final del artículo IX, y consistía en una "consulta al Poder Legislativo". En ese artículo, después de establecerse la inexcusabilidad, como se ha dicho, para el caso de falta, oscuridad o insuficiencia legales, se ordenaba a los jueces fallar sucesivamente por el espíritu de la ley, otras disposiciones sobre casos análogos, y los principios generales del Derecho "sin perjuicio de dirigir por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran"⁸⁴. El artículo X complementaba esta disposición, ordenando que: "Las consultas de que habla el artículo anterior, se elevarán al Poder Legislativo, por la Corte Suprema, con el respectivo informe favorable o adverso". Así que este "referimiento" se hacía operativo con ocasión de haberse ya fallado un caso concreto según algunos de los criterios señalados por el artículo IX. En efecto, la consulta era "por separado" y sólo serviría "para los nuevos casos que ocurran". Con lo cual resultaba claro que la consulta de los tribunales al Poder Legislativo no estaba destinada a obtener de éste una integración legal o una interpretación auténtica para el caso *sub lite*, en espera de la cual debieran suspender la decisión.

El otro "referimiento" era el previsto por los artículos XI y XII, y consistía en "dar una cuenta o información" al legislador. De acuerdo con ellos, la Corte Suprema y los jueces y tribunales superiores, por conducto de aquélla, tenían la obligación de informar al Congreso acerca de los "defectos" notados en la legislación. Tal obligación debía cumplirse en cada período legislativo de sesiones del cuerpo legislador. Era tácito que la periodicidad de la información estaba destinada a hacer posible la colección y acumulación de todos los defectos notados en el período anterior, no necesariamente con ocasión de algún caso concreto de que conocieran los tribunales, sino también como consecuencia de estudios abstractos de las leyes practicados por ellos, o por cualquier otra vía. Por lo cual también parece claro que esta información de los tribunales no era una consulta al Congreso destinada a obtener de éste una integración legal o una interpretación auténtica para cierto caso conocido por un juez, que éste debía esperar para decidir.

⁸³ CCPet., art. VIII: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes [...]".

⁸⁴ CCPet., art. IX.

c) Las figuras reguladas en el proyecto y en el Código peruano, pues, aunque resultaron ser una sugerencia evidente del antiguo "referimiento forzoso al legislador", eliminaron todas sus implicancias y consecuencias judiciales, que no fuera la de una mera obligación de los jueces, en orden a referir defectos notados en las leyes al Poder Legislativo. De esta manera, la novísima forma del "referimiento" peruano de 1852 dejó de ser una defensa del monopolio creador del Derecho a favor del legislador y una intervención de éste en la jurisdicción, y empezó a ser una forma de colaboración de la judicatura con la legislatura.

d) En cuanto a qué fuentes pudieron influir para esta materia en la codificación peruana, por lo que al "Proyecto de 1847" atañe, parece que debemos verlas en los diversos textos de la tradición castellano-indiana⁸⁵, confirmados por algunas experiencias codificadoras modernas, como tal vez especialmente la del Código prusiano de 1794. Un § 47 de su "Introducción" (*Einleitung*), después de prescribir en el párrafo precedente cómo debía fallar el juez según las leyes, añadía lo siguiente: "Si el juez encuentra dudoso el sentido propio de las leyes, él debe entonces, sin mencionar a las partes procesales, describir su duda a la Comisión de Legislación, y solicitar su dictamen"⁸⁶. Un § 49 establecía el modo de fallar el juez un caso para el cual no encontrara una ley aplicable; y el párrafo siguiente le imponía esta obligación: "Pero al mismo tiempo él debe informar inmediatamente estos supuestos defectos de las leyes al Jefe de Justicia"⁸⁷.

Mas, en lo tocante al Código de 1852 mismo, quizá lo inmediatamente tenido en vista haya sido el Código sardo de 1837, el cotejo de cuyos artículos 15 y 16 con el artículo IX peruano parece insinuarlo:

CCSar., art. 15

CCPer. 1852, art. IX

Si une question ne peut être résolue ni par le texte

Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes⁸⁸; en tales casos, resolverán atendiendo:

⁸⁵ Véase la nota 77. Cfr. la sumaria conjetura de BUTRON, Roberto, "Fuentes de los artículos de los párrafos 1º y 2º del Código Civil", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 15 (junio de 1918) 4, pp. 84 - 85, relativa a la ley 6, título 2º, Libro III de la *Novísima Recopilación* y al artículo 16 CCSar., cuya influencia sólo podría aceptarse en el marco que hemos intentado reconstruir precedentemente.

⁸⁶ ALPS., *Einleitung*, § 47: "Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muss er, ohne die prozessführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetzcommission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen".

⁸⁷ ALPS., *Einleitung*, § 50: "Er muss aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz sofort anzeigen".

⁸⁸ Esta cláusula se inspira en el artículo 4 del CCFr.

ni par l'esprit de la loi, on aura égard aux cas semblables que les lois auraient spécialement prévus, et aux principes qui servent de fondement à les lois analogues; si néanmoins la question est encore douteuse, on aura recours aux principes généraux du droit, en prenant en considération toutes les circonstances du fait.

Art. 16

Le souverain seul peut interpréter la loi d'une manière généralement obligatoire. Quand les Cours suprêmes croiront que cette interprétation est nécessaire, elles pourront adresser au Roi les remontrances que leur paraîtront convenables.

- 1° al espíritu de la ley;
- 2° a otras disposiciones sobre casos análogos;
- 3° a los principios generales del derecho;

sin perjuicio de dirigir por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran.

4. El "referimiento al legislador" estuvo vigente en Chile durante toda la época indiana en virtud de los diferentes cuerpos legales castellanos que lo establecían. Pero además fue renovado por las constituciones de 1818 (título II, capítulo 3°, artículo 7); de 1822 (artículos 47 N° 32 y 166 N° 9); y de 1823 (artículo 149 N° 2); por la ley de 1 de febrero de 1837 sobre organización y atribuciones de los ministerios (artículo 3 N° 4); por el decreto con fuerza de ley de 1 de marzo de 1837 o "II Ley Mariana sobre fundamentación de sentencias" (en su punto primero); y por la ley de 25 de septiembre de 1837 sobre el crimen de denegación de justicia (artículo 1)⁸⁹. El "referimiento integrador", al menos, fue tácitamente derogado, sin embargo, por la ley de 12 de septiembre de 1852 sobre acuerdos y fundamentación de sentencias, cuyo artículo 3 N° 3 (sugerido por el senador Andrés Bello) ordenó fundar éstas en "las razones de equidad natural" en defecto de disposiciones legales o de costumbres que tuvieran fuerza de ley⁹⁰. Por lo que respecta al "referimiento interpretativo", el propio Bello propuso en su proyecto de código editado en 1853 un artículo 23 (= artículo 24 CCCh.), según el cual las dudas interpretativas debían resolverse en último término de acuerdo con el espíritu general de la legislación y la equidad natural⁹¹, todo lo cual excluía el

⁸⁹ Véase mi trabajo citado en la n. 77, pp. 117 ss.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 124-125.

⁹¹ "Proyecto de 1853", art. 23 = "Proyecto Inédito", art. 24 = "Proyecto de 1855", art. 24 = CCCh., art. 24.

"referimiento interpretativo"; en el cual "Proyecto de 1853", además, su artículo 4 rechazaba implícitamente el "referimiento integrador", porque señalaba, como en su momento veremos⁹², un modo de cubrir las lagunas legales que no incluía un recurso a ese mecanismo.

En tales circunstancias, Bello dio el paso que no había dado el Código peruano, el cual, pese a todo, en sus artículos IX y X, bajo la forma antes examinada de una "consulta al Poder Legislativo", aún conservaba un tipo de "referimiento" ligado al caso concreto actualmente sometido al conocimiento del juez. Bello la desechó. Adoptó, empero, el segundo tipo de "referimiento" contenido en los artículos XI y XII de aquel Código, que permitían una colaboración abstracta de los jueces con el Poder Legislativo en la mejora de las leyes, no directa ni necesariamente ligada con un actual conocimiento de asuntos litigiosos específicos. La idea quedó vertida en el artículo 15a del "Proyecto de 1853", y en los sucesivos proyectos y finalmente en el Código, como antes vimos.

5. Bello tenía razones para no establecer el "referimiento al legislador" en su forma tradicional. Las conocemos indirectamente.

a) En primer lugar se presenta la nota con que el codificador justificó el artículo 9 del "Proyecto de 1853", sobre el efecto *ad praeterita* de las leyes interpretativas, que antes examinamos⁹³. Ahí, como se recordará, el codificador citó un trabajo concerniente de Portalis; pero añadió no conformarse con su opinión en orden a que las leyes interpretativas deban aplicarse a las causas pendientes; y concluyó: "En Chile pudiera producir el efecto de transportar al seno del Cuerpo Legislativo las afecciones y pretensiones de las partes". Por cierto, esta razón igualmente servía para negar un lugar al "referimiento" bajo su forma tradicional, que conducía a que el juez suspendiera la sentencia en espera de la pertinente instrucción de la Legislatura, a la cual, por consiguiente, podrían quedar traspasadas "las afecciones y pretensiones de las partes".

b) También la nota que adosó Bello al inciso 2° del artículo 19 del código (= inciso 2° del artículo 17 del "Proyecto de 1853"), en su "Comentario", podría ser adaptada: "El interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio, es atribución del Poder Legislativo. Pero los litigios recaen a menudo sobre el sentido que cada una de las partes atribuye a la ley, y no es una ley nueva, sino la opinión del juez, lo que debe dirimir la cuestión. El juez no podría ejercer su ministerio sin esta facultad de interpretar. Véase Merlin, Répertoire: palabra Interpretation".

⁹² Más adelante el § 8, 2.

⁹³ Véase más arriba el § 5, 3.

Si ahora vamos al texto de Merlin citado por Bello, hallaremos que ahí se transcribe una parte del acta de la sesión del "Conseil d'État" en que se discutió el artículo 3 del tít. 5º del *Livre préliminaire* del "Projet de l'an VIII", que prohibía a los jueces interpretar por forma de disposición general⁹⁴, y que dio origen al artículo 5 del Código⁹⁵. Concretamente, se trata de las palabras de François-Denis Tronchet, uno de los autores de aquel proyecto, destinadas a aclarar que dicho artículo no impediría la facultad judicial de interpretar en el caso singular y sin fuerza obligatoria general: "*M. Tronchet dit que l'on a abusé, pour réduire les juges à un état purement passif, de la défense que leur avait faite l'Assemblée Constituante d'interpréter les lois, et de réglementer. Cette défense n'avait pour objet que d'empêcher les tribunaux d'exercer une partie du pouvoir législatif, comme l'avaient fait les anciennes cours, en fixant le sens des lois par des interprétations abstraites et générales, ou en les suppléant par des arrêts de règlement. Mais pour éviter l'abus qu'on en a fait, il faut laisser au juge l'interprétation sans laquelle il ne peut exercer son ministère. En effet, les contestations civiles portent sur le sens différent que chacune des parties prête à la loi: ce n'est donc pas par une loi nouvelle, mais para l'opinion du juge, que la cause doit être décidée [...]*"⁹⁶.

Ahora bien, tal discurso no era demasiado exacto. La prohibición fulminada a los jueces por la Asamblea Constituyente en 1790⁹⁷, en orden a no interpretar las leyes, incluía la de no hacerlo aun en el caso concreto. Tronchet, empero, la entendía como únicamente limitada a las interpretaciones generales y abstractas por vía de reglamento; y, por ende, dejaba a salvo la facultad del juez para interpretar en la causa específica sometida a su decisión, que en nada pugna con la interpretación del legislador a través de leyes generales, y viceversa.

Fue esta la visión que Bello adoptó en el "Comentario", en donde, como se ve, incorporó textualmente algunas de las frases del discurso de Tronchet, como éstas: "*il faut laisser au juge l'interprétation sans laquelle il ne peut exercer son ministère*", que en el "Comentario" aparece vertida así: "*El juez no podría ejercer su ministerio sin esta facultad de interpretar*"; y también esta otra: "*ce n'est donc pas par une loi nouvelle, mais para l'opinion du juge, que la cause doit être décidée*", que tradujo así: "*no es una ley nueva, sino la opinión del juez, lo que debe dirimir la cuestión*". Estas

⁹⁴ "Projet de l'an VIII", lib. prel., tít. 5º, art. 3: "*Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale, est interdit aux juges*".

⁹⁵ CCFr., art. 5: "*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leurs sont soumises*".

⁹⁶ MERLIN [DE DOUAI], Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (4ª ed., Paris, Gatiery Lib., 1812), VI, §. v. *Interprétation*, p. 477.

⁹⁷ Véase la nota 73.

ideas resultaban incompatibles con el "referimiento" en su forma tradicional, que precisamente inhibía la facultad judicial de interpretar en concreto, para entregarla a una ley nueva emanada para el caso por la Legislatura.

Por el contrario, la forma que Bello dio al "referimiento", inspirada en el articulado peruano que antes examinamos, conservaba intactas sus facultades hermenéuticas en la causa singular al juez, y lo disponía como un colaborador de la interpretación auténtica reservada sólo al legislador.

6. En fin, advertimos que, ya en 1839, Bello había expuesto ciertas ideas para ejecutar, las cuales el futuro artículo 15a del "Proyecto de 1853" (= 5 CCCh.) iría a prestarse muy congruentemente.

En un artículo publicado en *El Araucano* de 13 de septiembre de 1839 escribió: "*Que sea necesario interpretar las leyes para su aplicación a los casos que ocurren, y que en esta interpretación varíen a menudo las opiniones, es una cosa a que debemos resignarnos como inevitable en todo sistema legal, por acabado y perfecto que se le suponga. Però los trabajos de la legislatura pueden estrechar cada día este campo de incertidumbres y disputas, decidiendo los puntos dudosos, y ella puede hacerlo tanto más ventajosa y fácilmente cuanto más libre se halla, no sólo para aclarar lo oscuro y dirimir lo disputable, sino para innovar en las disposiciones existentes, corrigiendo los defectos que la experiencia haya descubierto*"⁹⁸. Como puede observarse, el orden de las ideas aquí expuestas es el siguiente: i) la interpretación de las leyes (bajo la cual Bello entiende cualquier operación hermenéutica consistente en ampliar o restringir el tenor literal⁹⁹) es algo inevitable; ii) también lo es que esa interpretación genere controversias; iii) y éstas, a su vez, incertidumbres; iv) disputas e incertidumbres que pueden ser poco a poco eliminadas por el legislador mediante decisiones suyas de los puntos dudosos y oscuros; v) además de lo cual es libre para corregir los defectos (esto es, las insuficiencias y los vacíos) que la experiencia haya descubierto en las normas. Si volvemos a leer el artículo 5 CCCh.: "*La Corte Suprema de Justicia y las cortes de alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas*", su diseño se nos presenta tal como si hubiera sido concebido en función de ejecutar el programa trazado en aquel escrito de 1839. A ese programa sólo le faltaba el mecanismo acumulador y procesador de las dudas y de los defectos "*que la experiencia haya descubierto*". Y ese mecanismo lo vio Bello en los artículos XI y XII del Código peruano de 1852.

⁹⁸ BELLO, Andrés, "Legislación", en *Opúsculos jurídicos*, cit. (n. 60), p. 337.

⁹⁹ Véase más abajo el § 15.

1. Ya hemos visto¹⁰⁰ que en el "Anteproyecto manuscrito" del *Título preliminar* del "Proyecto de 1853" no aparecía la norma que como artículo 8 compareció en el § 2: *Promulgación de la ley*, de este último, con la siguiente dicción: "Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las decisiones de los tribunales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las controversias particulares en que se pronunciaren". Como también quedó explicado, la Comisión Revisora del "Proyecto de 1853" trasladó toda la disposición al § 1: *De la ley*, con el cambio de "decisiones de los tribunales" por "sentencias judiciales" en el inciso 2°. El traslado fue iniciativa de Bello, con la oposición de Gabriel Ocampo¹⁰¹. En el "Proyecto Inédito" el cambio se reflejó en un artículo 3, conservado en el "Proyecto de 1855" y en el Código.

Antes nos ocupamos del inciso 1°¹⁰²; ahora corresponde hacerlo con respecto al inciso 2°.

2. Para entender correctamente el sentido de esta norma es necesario introducir aquí una disquisición teórica. Que se limite la fuerza obligatoria de las sentencias judiciales sólo a las controversias particulares sobre las que recayeron, en teoría puede significar tres cosas: i) que las decisiones (declaraciones, condenas y

¹⁰⁰ Véase más arriba el § 4, 1.

¹⁰¹ Una de las escasas actas de la Comisión Revisora del "Proyecto de 1853" que se conservan expone la discusión así: "El mismo Bello propuso que el artículo 8 [del "Proyecto de 1853"] pasase al párrafo 1, donde, después de definir lo que es ley, conviene expresar lo que no es. El Doctor Ocampo creía que el inciso primero debía pasar al párrafo primero i el segundo al párrafo cuarto. Se opuso que los dos incisos tenían una íntima conexión entre sí, que el segundo era una explicación del primero, i que en el párrafo *De la interpretación de la ley* no se trataba de la autoridad a quien competía, sino del modo de hacerla. Prevaleció la opinión de Bello el cual propuso también que, en lugar de decisiones judiciales se dijera sentencias judiciales, lo que también se aprobó" [en GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, cit. (n. 35), II: *Fuentes*, N° 221, 3, p. 338 = *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (1980), p. 417].

¹⁰² Véase más arriba el § 4.

absoluciones) de la sentencia sólo afectan a las partes del juicio, y no a terceros; ii) que las interpretaciones contenidas en una sentencia no vinculan a los jueces que conocen de casos similares en procesos ulteriores, de modo que ellos no necesariamente deben aplicarlas en sus propias sentencias; y iii) como singularización de lo dicho precedentemente, que si la sentencia construye o formula un criterio o un enunciado generales, que pudieren en abstracto ser mirados como una norma o un precepto, en función de premisa para decidir el caso, ese criterio o enunciado no vincula a los jueces que en el futuro conozcan otros casos a los que pudieren aplicárseles.

De estas tres posibilidades, de inmediato debemos descartar la primera como tema del artículo 3 CCCh. Que la decisión contenida en una sentencia judicial afecta sólo a las partes del juicio en que se pronunció, y nunca a terceros ajenos a él, eso es algo resuelto en sede de doctrina de acción y excepción de cosa juzgada, en particular como consecuencia del requisito de la identidad de personas¹⁰³. En tales circunstancias, debemos descartar que a este asunto se refiera el artículo 3 CCCh. Dejaremos por ahora pendiente la posible aplicación de las restantes posibilidades.

3. Ya hemos visto que la citación de los artículos 2 CCFr. y 8 CCLuis., que Bello hizo en las notas al "Proyecto de 1853" a propósito de su artículo 8, son erróneas¹⁰⁴, y no insistiremos de nuevo sobre el asunto. Pero sí interesa ahora la referencia al artículo 5 CCFr. estampada por Bello en su "Comentario" al artículo 3 CCCh. (= artículo 8 del "Proyecto de 1853"), que debemos entender con respecto precisamente al inciso 2º. La norma francesa dice: "*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*", no bien no sea esto lo que propiamente expresa el artículo 3 CCCh.

La norma francesa fue pensada en función de abolir una práctica extendida entre los Parlamentos o altas cortes de justicia del Antiguo Régimen, consistente en emitir los denominados *arrêts de règlement*. Se trataba de decisiones solemne-mente adoptadas, de donde que también se los llamara "*arrêts en robe rouge*", con valor *erga omnes* dentro del distrito jurisdiccional del Parlamento que las emitía. Su finalidad era suplir el silencio de las *coutumes* o de la legislación real, y no, pues, modificarlas o abrogarlas. Los *arrêts de règlement* tenían valor provisional,

vale decir, hasta que el Rey emanara su propia ley concerniente, cuyo "Conseil", además, podía casarlos por ilegalidad o injusticia. Solían ser emitidos a proposición de algún consejero del parlamento, con ocasión del fallo de una serie de casos litigiosos en que había resultado observada la laguna, a fin de proveer un estatuto cierto para casos similares del futuro; y también a instancia del Ministerio Público, al cual correspondía la administración de policía, tanto judicial (en las audiencias, sobre el comportamiento de los auxiliares de la administración de la justicia), como general (incendios, epidemias, establecimientos de comercio, restaurantes, etc.)¹⁰⁵. Estrictamente, tal práctica no era una vulneración al principio de la *interpretatio necessaria sed non generalis*, ni una manifestación tampoco del *stare decisis* ("estar a las cosas decididas") o precedente judicial, sino una suerte de usurpación del poder legislativo del Rey, porque las mencionadas sentencias no tanto interpretaban sino que regulaban, ni valían en otros casos sino en cuanto contenían precisamente una regulación general. En contra de semejante usurpación reaccionó el artículo 5 CCFr., el cual quiso, en otras palabras, impedir que los tribunales emitieran normas generales, de donde la dicción ya vista y que repetimos: "*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*". En consecuencia, ese precepto no impide que las sentencias judiciales puedan ser invocadas en otros casos, en cuanto a las interpretaciones que contengan, porque una cosa es que los tribunales no puedan emitir pronunciamiento de normas generales, y otra muy distinta que sus decisiones de casos particulares, emitidas como tales, tengan valor o fuerza universal, o puedan ser invocadas en casos futuros en cuanto a las interpretaciones que incluyan, o que no la tengan o no puedan ser objeto de semejante invocación. Sobre esto último, el artículo 5 CCFr. no dice nada. De esto concluimos que tal artículo no atañe a la segunda ni a la tercera de las posibilidades discutidas más arriba¹⁰⁶.

4. Por su parte, el § 12 del *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* austríaco (1811) dispuso: "Las disposiciones dadas para casos singulares y las sentencias que los tribunales hacen recaer en los casos litigiosos particulares jamás tienen la fuerza de una ley [y] no pueden ser extendidas a otros casos o a otras personas"¹⁰⁷.

¹⁰³ Ahora hay, como se sabe, una conspicua excepción al efecto relativo de la cosa juzgada en el artículo 54 de la Ley Nº 19.496 sobre Protección al Consumidor, que hace válidas *erga omnes* las sentencias dictadas en juicios del ramo.

¹⁰⁴ Más arriba § 4, 2.

¹⁰⁵ Véase en general: SUEUR, Philippe, *Histoire du Droit Public Français. XV-XVIII^e siècle*, II: *Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime* (2ª edición, Paris, Presses Universitaires de France, 1994), pp. 144-146. Especialmente, PAYEN, Philippe, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine* (Paris, Presses Universitaires de France, 1997); PAYEN, Philippe, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle* (Paris, Presses Universitaires de France, 1999).

¹⁰⁶ Véase el § 7, 2.

sión, se desecharon ambos artículos¹⁵⁰. El motivo del rechazo, en consecuencia, fue haberse opinado que el contenido del artículo 4 pertenecía a un por entonces futuro código de enjuiciamiento o procedimientos civiles, ante lo cual de nada valió la defensa, hecha seguramente por el propio Bello, fundada en la cita del ejemplo de otros códigos civiles, que seguramente fueron los de Prusia, Luisiana, Austria y Cerdeña. Del acta aprendemos, además, que Bello intentó, sin éxito, introducir el principio de la inexcusabilidad en términos similares a los del artículo 4 del Código francés, cuya transcripción se inserta en el acta.

Como consecuencia del acuerdo adoptado por la comisión, el artículo 4 no compareció ya en el "Proyecto de Inédito" ni en el Código definitivo.

§ 9. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY
COMO OPERACIÓN SOMETIDA A REGLAS

1. El artículo 17 del "Anteproyecto manuscrito", pasado al "Proyecto de 1853" como artículo 21, estableció: *"La distinción que se hace de las leyes en favorables y odiosas no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes"*. El "Proyecto Inédito" la presentó en idénticos términos como artículo 23; pero en el artículo 23 del "Proyecto de 1855" y del Código apareció con un tenor levemente distinto, aunque con igual significación que antes: *"Lo favorables u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes"*.

Para el artículo completo, el "Anteproyecto manuscrito", el "Proyecto de 1853" y el "Comentario" citan al artículo 20 CCLuis.: *"La distinction des lois en lois odieuses et en lois favorables, fait dans la vue d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive"*. Ella había sido tomada, con leves e irrelevantes modificaciones, del artículo 10 del título 5º del *Livre préliminaire* del "Projet de l'an VIII": *"La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive"*.

2. No nos ocuparemos, por ahora, más que de la cláusula común a todos los proyectos chilenos: *"y según las reglas de interpretación precedentes"*, que, como se ve, no aparece en el artículo 20 CCLuis (ni en el proyecto francés). De hecho, en cuanto norma, la consideramos como una creación autónoma de Bello. Tal cláusula dice, después de haberse afirmado la preeminencia del genuino sentido, que éste no se encuentra de cualquier manera, sino de acuerdo con ciertas *"reglas de interpretación"* que identifica como *"precedentes"*. Con esto Bello introdujo, si bien casi al terminar el tratamiento legal de la hermenéutica jurídica, una de las máximas generales que también había aceptado en sus *Principios de Derecho internacional*, la núm. 7: *"La interpretación de todo documento debe ajustarse a reglas ciertas, propias a determinar el sentido en que su autor o autores lo extendieron, y obligatorias"*

¹⁵⁰ En GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador* (n. 35), II: *Fuentes*, N° 221, 4, p. 339 [= *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (1980), p. 418].

a todo soberano y a todo hombre, en cuanto deducidas de la recta razón y prescritas por la ley natural¹⁵¹. Esta doctrina Bello la obtuvo de Vattel¹⁵², quien, a su vez, había tomado como modelo a Wolf¹⁵³; en definitiva, pues, éste aparece como la fuente última de la cláusula en estudio.

3. Tiempo después tuvo ocasión de dar a conocer un fundamento para la existencia de reglas legales sobre interpretación. En 1842, en *El Araucano*, con ocasión de una polémica sostenida con Manuel Antonio Tocornal, escribió: "Nos inclinamos a creer que muchas cuestiones no se suscitarían o llegarían con más facilidad a una solución satisfactoria, si por una y otra parte se siguiesen unas mismas reglas de interpretación legal [...]"¹⁵⁴. El punto, pues, no es tanto que haya reglas, sino que éstas sean unas mismas para todos. Si cada cual de quienes discuten sobre la interpretación que ha de darse a cierta norma siguiera reglas diferentes en la operación, al disenso en torno a cómo interpretar en concreto esa norma se añadiría un disenso más radical aun, y previo, acerca de cómo interpretar en abstracto cualquier norma. Ello haría que la discusión al respecto no tuviere posibilidades de ser zanjada.

Ahora bien, es evidente que la única manera de que ciertas reglas de interpretación sean las mismas para todos es que ellas aparezcan fijadas en la ley. De esta manera, unas reglas que en sí mismas pertenecen a la lógica —así lo pensaba Bello¹⁵⁵— adquieren valor de normas de Derecho por una razón estrictamente jurídica.

§ 10. LOS ELEMENTOS DE LA LEY:
"TENOR LITERAL", "SENTIDO" Y "ESPÍRITU"

1. En el articulado del § 4 del *Título preliminar*, ya desde el "Anteproyecto manuscrito", hay ciertos términos y expresiones que ofrecen un estricto sentido técnico. Ellos son, primeramente, "tenor literal" en el artículo 19 inciso 1º, que se conecta con "palabras de la ley" (artículo 20) y "palabras técnicas [sc. de la ley]" (artículo 21). Enseguida está "sentido de la ley", también en el artículo 19 inciso 1º, y que vuelve a aparecer en los artículos 22 inciso 1º: "sentido de cada una de sus [sc. de la ley] partes" y 23: "su [sc. de la ley] genuino sentido". En fin, comparece "espíritu [de la ley]" en ambos incisos del artículo 19 y en el artículo 24, como "espíritu general de la legislación". En paralelo con "espíritu", se presenta "intención [de la ley]" en el inciso 2º del artículo 19.

En el Código luisiano, esta terminología aparece, respectivamente, como "lettre" (artículo 13), en conexión con "termes d'une loi" (artículo 14) y "termes de l'art" (artículo 15); enseguida, como "sens d'une loi" (artículo 18); en fin, como "la raison et l'esprit" (artículo 18). Esta nomenclatura del citado Código en parte ya aparecía en el "Projet de l'an VIII" (tít. 5º, artículos 5: "lettre"; 2 inciso 2º, y 6: "sens d'une loi"; y 5: "l'esprit", del *Livre préliminaire*). En ninguno de ambos cuerpos, sin embargo, comparece "intención" de la ley, que sí se presenta en el chileno.

2. La distinción "letra/sentido/espíritu/intención de la ley" había sido operada por los juristas romanos, de donde se dejó conducir a la tradición posterior.

a) En un texto de Ulpiano, conservado en Dig. 50, 16, 6, 1 (3 *ad edictum*), vienen reconocidos los dos primeros, que son los elementos intrínsecos de la ley: "La expresión 'en virtud de las leyes' ha de ser entendida así: tanto en virtud de la sentencia como de las palabras de la ley"¹⁵⁶. Ulpiano se fijó en la expresión "ex legibus" ("en virtud de las leyes"), que probablemente apareciera en el edicto que comentaba; y con tal ocasión se sintió movido a especificar que esa expresión,

¹⁵¹ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, núm. 2, regla 7ª (X, 1, p. 176).

¹⁵² VATTEL, E., *Droit de gens*, §§ 268-269 (II, pp. 254-255).

¹⁵³ WOLF, Chr., *Jus naturae*, §§ 464-466 (II, pp. 323-325).

¹⁵⁴ BELLO, Andrés, editorial de *El Araucano* N° 632, de 30 de septiembre de 1842, en *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), p. 139. Miguel L. Arunátegui Reyes incluyó indebidamente el texto completo del cual el pasaje transcrito hace parte, como nota al artículo 19 inciso 1º del "Proyecto Inédito".

¹⁵⁵ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, nota 1 (X, 1, p. 175): "La Hermenéutica o arte de interpretar, es propiamente una parte de la lógica".

¹⁵⁶ "Verbum 'ex legibus' sic accipiendum est: tan ex legum sententia quam ex verbis".

como si se dijera que en sí misma es ambigua, en realidad alude a un compuesto, cuyos elementos son su "sentencia" (*sententia*) y sus "palabras" (*verba*), de guisa que cuando se habla de las "leyes" se habla de ambos y cada uno de esos elementos. Este texto epigonal se limita a resumir una contraposición que aparece profusamente en los escritos de los juristas en tema de interpretación de normas¹⁵⁷. En cuanto al "espíritu", que constituye el elemento extrínseco de la ley, los romanos lo denominaron *ratio*. Para esta palabra no disponemos de un pasaje en que él venga expuesto en el nivel de principio; pero en las fuentes está suficientemente atestiguado el uso del término y la función del concepto por él designado¹⁵⁸.

b) Los juristas medievales asumieron la distinción que encontraban en sus fuentes. Aunque también solieron hablar de *sententia legis*, que era la expresión preferida por los romanos, se valieron más ordinariamente de otras, que por lo demás aquéllos también habían usado, aunque en menor medida que *sententia*, como *sensus legis*, *mens legis* e *intellectus legis*. Asimismo, conservaron el empleo de *verba legis*, no bien otorgaran prevalencia al término *littera legis*, que esta vez no se presenta en el *Corpus iuris civilis*; a veces también recurrieron a *scriptura legis*, que es raro en aquella fuente, aunque frecuente en los tratados antiguos de retórica. Aquí bastará citar a un jurista de aquellos que a fines de la Edad Media o a principios de la siguiente sistematizaron en tratados monográficos las doctrinas hermenéuticas de los *doctores*, como Stephanus de Federicis (fl. siglo XV-XVI)¹⁵⁹: "[...] la ley consta de dos partes, escritura o palabras y mente o intelecto [...]"¹⁶⁰.

En cuanto a *ratio*, los doctores conservaron su uso. Sin embargo, identificaron el sentido o mente de la ley con su razón. Así expresamente, por ejemplo, Baldus (c. 1327-1400): "[...] aquel que actúa contra la mente de la ley es penado igual que quien actúa contra la mente y las palabras, y la razón es porque la fuerza de la ley radica principalmente en la mente. Pues la mente es lo mismo que la razón de la ley [...]"¹⁶¹. Más de un siglo después, Stephanus de Federicis decía lo propio,

¹⁵⁷ Véase GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la interpret. de las normas en el der. rom.*, cit. (n. 10), §§ 6, 10 y 25, pp. 45-46, 55-61 y 163-165.

¹⁵⁸ *Ibid.*, §§ 30, pp. 207-227.

¹⁵⁹ Sobre los primeros tratados de hermenéutica legal escritos según la tradición medieval: PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria dell' interpretazione*, pp. 1-15.

¹⁶⁰ DE FEDERICIS, St., *De interpret. legum*, 1ª parte, núm. 2, fol. 210, col. izq.: "[...] *lex ex duabus partibus constat, scriptura seu verbis et mens sive intellectu [...]*".

¹⁶¹ BALDUS, *Commentaria in primum, secundum et tertium librum Codicis* (Venetiis, 1599), tit. *De legibus et constit.*, l. *Non dubium*, núm. 1, fol. 64^r [reimpresión Goldbach, Keip Verlag, 2004], V: "[...] *ita puniatur ille, qui facit contra mentem legis, sicut ille qui facit contra mensum et verba, et ratio est, quia virtus legis principaliter consistit in mente. Est enim mens idem, quod ratio legis [...]*".

aunque de otro modo, cuando al texto suyo antes citado añadía: "[...] Pero la mente o intelecto es mejor, porque no hay que apartarse del sentido de la ley, de modo que se observe la propiedad de las palabras [...], pues las leyes consisten no en folios sino en razón y sentido"¹⁶², en donde *ratio et sensus* parece más una sinonimia. La cual se presenta en este pasaje de Constantinus Rogerius (fl. siglo XVI), otro de los sistematizadores tardíos de las doctrinas medievales: "aquello que se extrae de la mente de la ley se dice estar en la ley [...], lo que se percibe a partir de la mente o razón se dice que procede inmediatamente de la ley y, por consiguiente, no hay [sc. propiamente] extensión"¹⁶³, en donde la sinonimia es ahora de "razón o mente" (*ex ratione seu mente*), como si fuesen lo mismo. La identificación, que después fue considerada una confusión, se explica debido a que la *ratio* es un instrumento conocido a partir del cual se construye el *sensus*, que es desconocido; como éste, pues, depende de aquélla, en los medievales se produjo una suerte de metonimia semántica, que les condujo a identificar la causa con el efecto.

c) No siempre, empero, se hizo esta identificación. Cuando, por ejemplo, acudimos a un tercer escritor del género de los expositores tardíos del pensamiento hermenéutico medieval, Bartholomaeus Cepolla (†1477), incidentalmente leemos: "Hay propiamente interpretación extensiva cuando el caso acerca del cual se pregunta no está contenido ni en las palabras ni en la mente, mas sólo, merced a la identidad de razón, puede extenderse la ley al caso acerca del cual se pregunta [...]"¹⁶⁴, pues entonces se observa que están perfectamente diferenciados los conceptos de *verba*, *mens* y *ratio*. Con todo, fue Francisco Suárez (1548-1617) quien perfiló clara y distintamente las ideas en el plano teórico. Él comienza por enunciar los elementos de la ley: "Así, pues, tres capítulos deben ser observados [...] esto es, las palabras de la ley en cuanto son significativas, la mente del legislador y la razón [...]"¹⁶⁵. Oportunamente dice

¹⁶² DE FEDERICIS, St., *De interpret. legum*, 1ª parte, núm. 2, fol. 209: "[...] *Sed mens sive intellectus potior est, quia a sensu legis recedendum non est, ut proprietates verborum observetur [...], quia non in foliis, sed in ratione et sensu leges consistunt*".

¹⁶³ ROGERIUS, C., *De iuris interpretatione* (1463), editado como *Tractatus de iuris interpretatione*, en *Tractatus universi iuris* (Venetiis, 1584), I, fol. 386^r: "*id quod excerptur ex mente legis, dicitur esse ex lege [...], quod ex ratione seu mente percipitur, dicitur immediate ex lege procedere et consequenter non fit extensio*".

¹⁶⁴ CEPOLLA, B., *De interpretatione legis extensiva* (Venetiis, 1557), fol. 18^r: "*Interpretatio extensiva proprie est, cum casus de quo quaeritur non continetur in verbis nec in mente, sed solum propter identitatem rationis lex extendi potest ad casum, de quo quaeritur [...]*".

¹⁶⁵ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. I, cap. 1º, núm. 7 [ed. cit. (n. 21), IV, p. 625]: "*Tria igitur capita observanda sunt [...], scilicet, verba legis quatenus significativa sunt, mens legislatoris et ratio [...]*".

sobre la razón: "19. Por último, acerca de la razón de la ley hay que añadir que ella, es cierto, no contiene suficientemente la mente del legislador, pero que si consta, vale mucho para investigar la misma mente del legislador [...], y la primera parte [sc. de la precedente afirmación] consta, bien porque la razón de la ley no es el texto de la ley; bien porque las leyes humanas establecen muchas cosas más por libre voluntad que por una razón cierta, y por tanto 'no de todo lo que establecen las leyes se puede dar razón' como se dice en la ley *Non omnium, De legibus* [= Dig. 1, 3, 20]. En efecto, aunque la ley siempre sea conforme con la razón, sin embargo la elección entre las cosas que son razonables no siempre tiene una razón, y por tanto no siempre hay que investigarla, como se dice en la ley *Et ideo*, ff. en el mismo lugar [= Dig. 1, 3, 21]; luego, la sola razón de la ley no contiene la voluntad del legislador, porque éste pudo a su arbitrio conformarse con ella en todo, sino sólo en la medida en que quiso y manifestó con sus palabras [...]. 20. Sin embargo, también la segunda parte [de la proposición inicial del párr. 19] es muy verdadera. Pero sobre ella es preciso advertir que la razón de la ley puede ser doble: una, no expresada en la ley sino elucubrada por los intérpretes. La otra, explicada en la ley misma. La primera razón, pues, aunque algo aporte para seguir la mente del legislador, no es un juicio cierto sino sólo una conjetura probable, sea porque muchas veces tal razón no sea cierta, sino sita en una opinión de los doctores; sea también porque todavía es mucho menos cierto que ella fuese la razón que movió al legislador mismo, dado que puede haber otras razones por las que pudiera moverse, y en consecuencia es incierto a qué razón se ha de acomodar más el sentido de la ley. Pero cuando la razón de la ley es contenida en la misma ley, puede ser un gran indicio de la mente del legislador y, después de las palabras mismas, parece ocupar el segundo puesto de certeza, porque entonces la razón de la ley es de alguna manera una parte de ella, ya que, es lo que suponemos, se contiene en ella. Por tanto, es necesario que el precepto y la voluntad del legislador se ajusten a su razón, y consiguientemente que las palabras que significan el acto mandado, si son ambiguas, reciban su determinación de la razón expresada allí; luego, por tal razón se prueba eficazmente la mente del legislador. Esto le pareció tan manifiesto a Bartolo y a muchos otros jurisperitos que frecuentemente no distinguen entre esta razón y la mente del legislador, y ambas por igual las llaman alma de la ley [...]. Sin embargo, aunque esas dos cosas son muy cercanas, en rigor son distintas [...] y por eso la razón es medio para indagar la mente, y medio moralmente cierto cuando está expresada en la ley; pero no tan infalible que no deban ser examinadas también las otras circunstancias, puesto que también el sentido de la

razón misma puede ser ambiguo, y por las otras circunstancias llega a ser más cierto"¹⁶⁶. La claridad de este texto ahorra nuestros comentarios.

A partir de Suárez, distinguir y no confundir *sensus* y *ratio* se hizo algo necesario. Así, por ejemplo, lo vemos en un pasaje de Grotius seguramente inspirado por el de Suárez antes transcrito: "[...] una fuerza principal tiene la razón de la ley, que muchos confunden con la mente, en circunstancias de ser uno de los indicios a través de los cuales llegamos a la mente. En efecto, entre las conjeturas es ella validísima, si consta con certeza que la voluntad fue movida por alguna razón como causa única. Pero a menudo hay varias razones; algunas veces incluso la voluntad se determina por sí misma sin ninguna razón, por un puro efecto de su libertad, lo cual es, sin embargo, suficiente para producir alguna obligación"¹⁶⁷; y tan inspirado en él, que Grotius hasta se permite apropiarse para sí, como se ve, la observación de Suárez en torno a la confusión medieval de *ratio* y *mens*. De Grotius,

¹⁶⁶ SUÁREZ, F., *De legibus*, lib. I, cap. 1º, párrº. 19-20 [ed. cit. (n. 21), IV, pp. 630-631]: "19. *Ultimo circa rationem legis addendum est, illam quidem non sufficienter continere mentem legislatoris, si tamen de illa constet, multum valere ad eandem mentem legislatoris investigandam. [...], et prior pars constat, tum quia ratio legis non est textus legis, tum etiam quia multa per legem humanam statuuntur arbitrio potius, quam certa ratione, et ideo non omnium, quae per leges statuuntur, ratio reddi potest ut dicitur in l. Non omnium, de legibus. Quamvis enim lex semper sit rationi consentanea, nihilominus electio inter ea, quae rationabilia sunt, saepe non habet rationem, et ideo non semper est investiganda, ut dicitur in l. Et ideo, ff. eodem; ergo, sola ratio legis non continet legislatoris voluntatem, quia pro suo arbitrio potuit non in omnibus illi conformari, sed solus quatenus voluit et suis verbis explicavit. [...]. 20. Nihilominus tamen posterior etiam pars verissima est. Oportet tamen circa illam advertere, duplicem esse posse rationem legis, unam in lege non expressam, sed ab interpretibus excogitatum. Aliam in lege ipsa explicatam. Prior ergo ratio licet aliquid conferat ad assequendam legislatoris mentem, non est tamen certum iudicium, sed probabilis tantum coniectura, tum quia saepe ratio non est certa, sed in opinione doctorum posita est, tum etiam quia multo minus certum est, illam fuisse rationem, quae movit ipsum legislatorem, cum possint esse aliae, a quibus moveri poterit, et consequenter est incertum, ad quam rationem magis accommodandus sit sensus legis. At vero quando ratio legis in ipsa lege continetur, magnum indicium esse potest mentis legislatoris, et post verba ipsa, videtur secundum certitudinis locum obtinere, quia tunc ratio legis est aliquo modo pars eius, nam in ea continetur, ut supponitur. Unde necesse est, ut praeceptum et voluntas legislatoris sit rationi suae accommodata, et consequenter, ut verba significantia actum praeceptum, si ambigua sint, ex ratione ibi expressa determinationem accipiant; ergo ex tali ratione efficaciter probant mens legislatoris. Quod ideo manifestum visum est Bartholo et multis aliis jurisperitis, ut saepe non distinguant inter hac rationem et mentem legislatoris, et utramque pariter vocant animam legis [...]. Verumtamen licet illa duo sint valde propinqua, in rigore sunt distincta [...] et ideo ratio est medium ad indagandam mentem et moraliter certum, quando est in lege expressa; non tamen ita infallibile, quin aliae etiam circumstantiae ponderandae sint, quia etiam ipsius rationis sensus potest esse ambiguus, et ex aliis circumstantiis certior reddatur".*

¹⁶⁷ GROTIUS, H., *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 16, § 8 [ed. cit. (n. 20), p. 411]: "[...] vim praecipuam habet ratio legis, quam cum mente multi confundunt, cum unum sit ex iudiciis quibus mentem venamus. Est tamen inter coniecturas haec validissima, si certo constet aliqua ratione tanquam causa unica voluntatem fuisse motam. Nam saepe rationes sunt plures; interdum et praeter rationem voluntas semet ex vi libertatis suae determinat, quod ad obligationem producendam sufficit".

a su vez, depende Pufendorf¹⁶⁸: "En esta materia una fuerza principal tiene la razón de la ley, o aquella causa y respecto que movió al legislador a dar la ley. Los que la confunden con la mente de la ley se engañan completamente; comoquiera que ésta no es otra cosa que la genuina sentencia de la ley, a cuya caza la razón de la ley es asumida como apoyo. Por lo demás, con tal fin la misma es validísima, siempre que conste ciertamente que por alguna razón como causa única fue movida la voluntad"¹⁶⁹. La razón no es, pues, la mente, sino un instrumento para llegar a ella.

d) En Domat, como no podía ser menos, también comparecen las nociones de "letra" (*lettre*), "sentido" (*sens*) y "razón", aunque a veces esta última se le vuelve a confundir con la de "sentido"¹⁷⁰. Pero, más que eso, interesa destacar una peculiaridad suya, consistente en el empleo del término *esprit*. Éste es tan típico en el lenguaje de Domat, como escaso en el de los juristas anteriores, y tanto, que resulta posible afirmar que el vocablo hace las veces de una innovación lexicológica-jurídica de aquél. Entre otros significados¹⁷¹, en ese autor la palabra sirve para designar el concepto que en la tradición del Derecho medieval y aun moderno se designaba con *ratio*¹⁷². Los juristas medievales ya habían utilizado en ocasiones el vocablo *spiritus*¹⁷³ porque, como es sabido, éste forma parte de un célebre texto de San Paulo, en donde aparecen contrapuestos la letra de la Ley Antigua dada a Moisés y el espíritu de la Nueva Alianza, bajo la afirmación de que "la letra mata, pero el espíritu da vida" (*littera occidit, spiritus autem vivificat*)¹⁷⁴. Este pasaje

¹⁶⁸ Quien en esta materia declara seguir a Grotius casi κατὰ πόδα (o sea, al "pie de la letra"): véase PUFENDORF, Samuel, *De jure nat. et gent.*, lib. V, cap. 12º, § 1 [ed. cit. (n. 19), I, p. 810].

¹⁶⁹ PUFENDORF, Samuel, *De jure nat. et gent.*, lib. V, cap. 12º, § 10 [ed. cit. (n. 19), I, p. 821]: "*Traecipuam quoque vim haec habet ratio legis, seu causa illa, et respectu, qui ad legem ferendam latorem movit. Quam qui cum mente legis confundunt, vehementer decipiuntur; cum haec nihil aliud sit, quam sententia legis genuina, ad quam venandam ratio legis in subsidium adsumitur; Caeterarum huic fini validissima eadem est, siquidem certo constat, aliqua ratione tamquam causa unica mota fuisse voluntatem*".

¹⁷⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La doctrina de Jean Domat", cit. (n. 9), pp. 51-55.

¹⁷¹ Véase los en TARELLO, Giovanni, "Sistemazione e ideologia nelle 'Loix civiles' di Jean Domat", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* 2 (Bologna, 1972), pp. 134-136. Lo que el autor dice ahí lo repite en TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna, I: Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna, Il Mulino, 1976), pp. 163-165.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 134 y 163, respectivamente.

¹⁷³ Véase la incidental y ocasionalmente, por ejemplo, en DE FEDERICIS, St., *De interpret. legum*, 1ª parte, núm. 151, fol. 214, col. der.: "*quia est sine ratione et spiritu*". Véase la nota 175.

¹⁷⁴ PAUL, II Cor. 3, 6. Para una discusión acerca del sentido original de este texto, véase D'ORS, Álvaro, "La letra mata, el espíritu vivifica" (1986), ahora en D'ORS, Álvaro, *Parerga historica* (Pamplona, EUNSA, 1997), pp. 41 ss.

los medievales solían citarlo en apoyo de su doctrina sobre la preeminencia de la *sensus* y la *ratio legis*, asimilados metafóricamente al *spiritus*, por sobre la *littera legis*, de modo que el texto paulino en el fondo venía a querer decir, según esta asimilación, que mientras atenerse al tenor literal de la ley es como matarla, su razón y sentido son los que la vivifican¹⁷⁵. Había, pues, precedentes en la identificación entre *ratio (sensus)* y *spiritus*. Pero en Domat esta identificación ocasional e instrumental o funcional se convierte en sustitución muy permanente, aunque no deja él de recurrir a los términos tradicionales, como *raison* y aun *motif*¹⁷⁶.

e) En tales circunstancias, no es extraño que el "Projet de l'an VIII" haya recogido, como se vio al principiar, los términos *lettre* y *sens*, y que la vieja noción de *ratio* se presente en él bajo la terminología domaciana de *esprit*; de ahí los pertinentes vocablos pasaron al Código luisiano y al de Bello.

Claro es que Bello también conocía la tricotomía tenor literal/sentido/razón, merced al filón internacionalista de sus estudios jurídicos que se conectan principalmente con Vattel y Wolf. Pero no es necesario que nos detengamos ahora en demostrarlo, porque ello aparecerá al estudiar en particular las nociones subyacentes a los correspondientes vocablos.

3. Es de particular importancia hacer notar que la pareja "tenor literal/sentido" de la ley esconde, en realidad, dos "sentidos", pues cuando se habla de "letra", "tenor literal" o "palabras", ciertamente no se alude al sonido en que fonéticamente consisten los términos, sino a ese sonido en cuanto cargado con un determinado sentido, pues las palabras, en efecto, son eso: sonidos con sentido o significado, y no meros sonidos. De esta forma, la distinción *verba-sententia*, para emplear la terminología romana más usual, es propiamente una distinción entre el sentido de las palabras de la ley, por un lado, y el sentido de la ley, por otro, en función de

¹⁷⁵ La conexión aparece expresamente, por ejemplo, en FEDERICIS, St., *De interpret. legum*, 1ª parte, núm. 5, fol. 210: ahí viene hablando de la superioridad de la *mens sive intellectus legis* (con lo cual los medievales a veces designan a la *ratio*) sobre su *littera*; y dice que ello se prueba de varios modos. El sexto modo reza así: "Las cosas semejantes a las mejores, son preferibles que las semejantes a las peores; ahora bien, se dice que la mente es similar al alma, mientras que las palabras al cuerpo [...]. De donde la sentencia de Paulo: 'La letra mata, el espíritu vivifica' [...]" ("*Sexto, quae sunt similia melioribus, potiora sunt his, quae sunt similia deterioribus: ut mens animae similis esse dicitur, verba vero corpori [...]. Unde illud oraculum Pauli, 'Littera occidit, spiritus vivificat' [...]*"), de lo cual implícitamente se deduce que la *mens* es preferible a la *littera*, pero también que está representada por *spiritus* en la sentencia de Paulo. Cfr., siglos más tarde, PORTALIS, J. E. M., "Discours préliminaire", núm. 17, en LOCARÉ, Jean-Guillaume, *Le législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaires et complément des Codes Français* (Paris, Treuttel et Würz Libraires, 1827), I, p. 264: "[...] la science du magistrat est [...] d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue".

¹⁷⁶ Sobre esto: GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La doctrina de Jean Domat", cit. (n. 9), pp. 51-55.

una comparación que puede resolverse en una coincidencia, si el sentido de las palabras, o tenor literal, porta congruentemente el sentido de la ley y éste se manifiesta exactamente a través de aquél; o bien en una verdadera disconformidad, cuando uno es el sentido de las palabras, o tenor literal, y otro el sentido de la ley. El siguiente texto de Stephanus de Federicis describe muy exactamente los posibles resultados de comparar el tenor literal, o sea, las palabras de la ley con sentido, y el sentido de la ley misma. Después de establecer aquel que la ley consta de escritura o palabras y mente o intelecto, según antes vimos, añade que: "las palabras y la mente pueden estar recíprocamente en tres situaciones. Pues algunas veces las palabras y la mente consueñan precisamente [...]. Algunas veces pugnan mutuamente [...]. Algunas veces, en tercer lugar, no se repugnan recíprocamente, sino que se exceden, porque fue escrito más o menos que lo que quiso el legislador [...] entonces las palabras de la ley deben ser ampliadas o restringidas¹⁷⁷, en la medida de lo que fue concebido por la mente [...]"¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Debíó decirse: "restringidas o ampliadas" en conformidad con la posibilidad de que se haya escrito "más o menos" que lo querido por el legislador.

¹⁷⁸ DE FEDERICIS, St., *De interpret. legum*, 1ª parte, núm. 6, fol. 210: "[...] *verba et mens se invicem habent possunt tripliciter. Aliquando enim verba et mens praecise consonant [...]. Aliquando invicem oppugnant [...]. Aliquando et tertio non invicem repugnant, sed se excedunt, quia aut plus vel minus scriptum est, quam legislator voluerit [...]. tunc verba legis amplianda et restringenda sunt, quatenus mente conceptum fuit [...]*".

§ 11. "CUANDO EL SENTIDO DE LA LEY ES CLARO"

1. El inciso 1º de un artículo 13 del "Anteproyecto manuscrito" rezaba: "*Quando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu*". La norma, con idéntica dicción, apareció como inciso 1º del artículo 17 del "Proyecto de 1853", y se conservó, también inalterada, en el inciso 1º de los artículos 19 del "Proyecto Inédito", 19 del "Proyecto de 1855" y 19 del Código.

Tanto el "Proyecto de 1853" cuanto el "Comentario" de Bello al Código citan el artículo 13 del luisiano con respecto a este inciso 1º. En el "Proyecto Inédito", su editor, Miguel Luis Amunátegui Reyes, le adosó una "nota" de Bello, pero escrita muchos ántes, que por tal razón, empero, resulta del todo impertinente; la examinaremos más adelante¹⁷⁹.

El artículo 13 del Código luisiano dice: "*Quand une loi est claire et sans ambiguïté, il ne faut point en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit*". Pero esta disposición copiaba literalmente el artículo 5 del título 5º del *Livre Préliminaire* del "Projet de l'an VIII": "*Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit*"¹⁸⁰, aunque el luisiano añadió después de "claire", como se ve, la expresión "et sans ambiguïté". A su vez, la más probable fuente de esta norma francesa hubo de ser *Les lois civiles* de Domat. Para la primera parte se presenta este pasaje: "*Si les termes d'une loi en expriment nettement le sens et l'intention, il faut s'y tenir*"¹⁸¹. Para la segunda parte, este otro: "*Si la disposition d'une loi étant bien connu, quoique le motif en sois inconnu, il paraît en naitre vuelques inconvénient qu'on ne puisse éviter par une interprétation raisonnable, il faut présumer que la loi a d'ailleurs son utilité et soin équité par quelque vue du bien public, qui doit faire*

¹⁷⁹ Véase el § 12, 3, b).

¹⁸⁰ Que PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, "Discours préliminaire", núm. 14, en LOCRÉ, Jean-Guillaume, *Le législation civile*, cit. (n. 175), I, p. 263, parafrasea así: "*Quand la loi est claire, il faut la suivre*".

¹⁸¹ DOMAT, J.; *Lois civiles*, lib. prel., tit. 1º, sec. 2ª, párr. 12 (I, p. 89).

*préférer son sens et son autorité aux raisonnemens qui pourraient y être contraires. Car autrement plusieurs lois très-utiles et bien établies seraient renversées, ou par d'autres vues de l'équité, ou par la subtilité du raisonnement*¹⁸².

2. Bello no dejó de introducir cambios a su modelo.

a) El principal y más trascendental es éste: que mientras el Código luisiano, como ya su modelo, el proyecto francés, dicen: "*Quand une loi est claire*" ("Cuando una ley es clara"), la norma chilena manifiesta desde el principio: "*Cuando el sentido de la ley es claro*".

Antes vimos que, al menos a efectos hermenéuticos, la palabra "ley" es ella misma ambigua. Preciso es distinguir su letra, su sentido, su razón y hasta su intención. Cuando se discurre, en consecuencia, acerca de la claridad de la ley, el discurso cobra valor sólo al ponerlo en relación con alguno de esos elementos suyos, o con todos; pero resulta ambiguo al referirlo únicamente a la "ley", así en general. Bello, pues, dejó perfectamente delimitada la hipótesis a que debía aplicarse la prescripción del artículo 17 del "Proyecto de 1853": un "sentido claro"; y con ello incluso se adaptó mejor a la fuente de que esta disposición había sido con toda probabilidad tomada por Portalis para el "Projet de l'an VIII", a saber, como dijimos, Domat: "*Si les termes d'une loi en expriment nettement le sens et l'intention, il faut s'y tenir*"¹⁸³.

b) El artículo 17 del "Proyecto de 1853" eliminó el giro "*et sans ambiguïté*" que utilizaba el Código luisiano (y que éste había agregado a su modelo, el "Projet de l'an VIII"). Quizá Bello consideró que la ausencia de ambigüedad es parte de la existencia de claridad.

c) El "Proyecto de 1853" tradujo "*lettre*" (que era el término con que Domat había vestido el latín medieval *littera*¹⁸⁴) por "*tenor literal*".

d) Y en vez de "eludir" ("*éluder*") prefirió "desatender", como "consultar" frente a "*pénétrer*".

3. Es curioso el empleo del vocablo "*prétexte*" en el "Projet de l'an VIII"¹⁸⁵, que de ahí llegó a la norma chilena por medio del Código luisiano. En algunas fuentes

anteriores al proyecto francés, ese vocablo comparece en relación con la equidad, mirada como "pretexto" para un alejamiento de la letra de la ley¹⁸⁶. Término tan peculiar en un texto legal se explica como manifestación de la caracterizada desconfianza de los legisladores modernos hacia el abuso de ciertos argumentos, en este caso de aquél fundado en el espíritu, en cuanto habituales causas de la distorsión del tenor literal de las normas.

Algunos pasajes de Bello muestran que esa desconfianza también se encontraba muy viva en su ánimo.

Continuación nota ¹⁸⁵

reside en la ya señalada tercera regla de interpretación, a ninguna autoridad debe servir como pretexto para apartarse de la letra clara de la ley, cuando la supuesta razón de la ley misma es dudosa o desconocida"). En él, como se observa, un recurso a la equidad es considerado como "pretexto" (*Vorwand*), cuando la *ratio legis* es dudosa o desconocida. Esta última referencia pudo inspirar a Portalis el citado artículo 5, en donde no se trata de la equidad sino precisamente del *esprit*, que es el término con que ahí se alude a la *ratio legis* (véase más arriba el § 10, 2 c). Obsérvese que la palabra *prétexte* vuelve a aparecer en el artículo 12 del tít. V del "Projet de l'an VIII" (véase en el anexo I), de donde pasó al artículo 4 del Código francés.

¹⁸⁶ Véase MURATORI, Ludovico Antonio, *Dei difetti della giurisprudenza* (Venezia, presso Gianbatista Pascuali, 1743, reimpresión anastática, Bologna, Arnaldo Forni Editore, 2001), cap. 8º, p. 61: "[...] dottori affermanti, che s'ha da limitar quella legge, nè aver essa luogo nel presente caso, non mancando mai pretesti d'equità e di miglior ragioni" ("[...] doctores que afirman que se ha de limitar aquella ley, o que ella no tiene lugar en el presente caso, no faltando jamás pretextos de equidad o de mejor razón"); *ibid.*, cap. 13º, p. 102: "Non debano i giudici col pretesto dell'equità assassinare la Giustizia" ("Los jueces no deben asesinar la justicia con el pretexto de la equidad"); POTHIER, Robert-Joseph, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae cum legibus Codicis et Novellae que jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant* (1748, Paris, 1819 [con paralela traducción al francés de M. de Bréard-Neuville]), lib., I, tít. 3º, art. 4, núm. 11 (I, p. 248): "Duplex est species interpretationis legum: una quae legem alioquin claram, vim suam in certis casibus praetextu aequitatis obtinere non patitur" ("Hay una doble especie de interpretación de las leyes: una por la cual la ley, por lo demás clara, no tolera obtener su valor en ciertos casos a pretexto de la equidad"). También el § 11 del cap. 1º de la 1ª parte del Código bávaro de 1756: "Die natürliche Billigkeit, welche lediglich auf jetzt gedachter dritter Auslegungs-Regel beruhet, soll keiner Obrigkeit zum Vorwand dienen, um von dem truckenen (?!) klaren Buchstaben der Gesetz abzuweichen, wenn die angebliche Ratio Legis selbs noch im Zweifel oder ungewiss ist" ("La equidad natural, que tan sólo reside en la ya señalada tercera regla de interpretación, a ninguna autoridad debe servir como pretexto para apartarse de la letra clara de la ley, cuando la supuesta razón de la ley misma es dudosa o desconocida"). Asimismo el *Codex Theresianus* (1766), 1ª parte, cap. 1º, § 5, núm. 81-82 [en la edición von Harraskowsky (Wien, 1883)], I, pp. 49-50]: "81. Jedermann ist an die ausdrückliche Worte Unserer Gesetzen in ihrem wahren und allgemein übliche Verstand gebunden! Niemanden ist dabero gestattet, sich einer rechtkräftigen Ausdeutung Unserer Gesetzen anzumassen, noch unter dem Vorwand eines Unterschieds zwischen den Worten um den Sinne des Gesetzen solche auf einerlei Weise zu erweitern oder einzuschränken. 82. Wir verbieten auch allen Richteren, unter del nichigen Vorwand einer von der Schärfe der Rechten unterschiedenen Billigkeit von der klaren Vorschrift Unserer Gesetzen im Mindesten abzugehen" ("Cada cual está vinculado a las palabras expresas de nuestras leyes en su sentido verdadero y usualmente general. Por ello a nadie está permitido arrogarse una interpretación con fuerza jurídica, incluso bajo el pretexto de una diferencia entre las palabras y el sentido de las leyes en orden a lo mismo ampliar que restringir. 82. También prohibimos a los jueces apartarse en todo caso del claro pretexto de nuestras leyes, bajo el nulo pretexto de una equidad diferenciada del rigor del derecho").

¹⁸² *Ibid.*, párr. 13 (I, p. 90).

¹⁸³ DOMAT, Jean, *Lois civiles*, lib. prel., tít. 1º, sec. 2ª, párr. 12 (I, p. 89).

¹⁸⁴ GUZMÁN BRITO, A., "La doctrina de Jean Domat", cit. (n. 9), p. 51.

¹⁸⁵ En el trabajo citado más arriba, en la nota 5, he conjeturado que Portalis redactó el artículo 5 del título 5º del "Projet de l'an VIII" sobre la base del *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* (1756), 1ª parte, cap. 1º, § 11: "Die natürliche Billigkeit, welche lediglich auf jetzt gedachter dritter Auslegungs-Regel beruhet, soll keiner Obrigkeit zum Vorwand dienen, um von dem truckenen klaren Buchstaben der Gesetz abzuweichen, wenn die angebliche Ratio Legis selbs noch im Zweifel oder ungewiss ist" ("La equidad natural, que tan sólo

Desde luego escribió en sus *Principios de Derecho internacional*: "Sabida la razón que ha determinado la voluntad del que habla han de interpretarse sus palabras de manera que se conformen con ella. Más es preciso saberla de cierto, y no atribuirle intenciones o miras dudosas para violentar el sentido. Mucho menos será lícito suponer motivos secretos, contrarios a los que él mismo ha declarado"¹⁸⁷. Estas palabras se complementan bien —y en parte son las mismas— con las de una "nota" de Bello editado por Amunátegui en su "Introducción" a la edición del "Proyecto Inédito", en la cual leemos lo que sigue: "Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacer violencia al sentido. [...]"¹⁸⁸.

En 1842, en el interior de una polémica sostenida por su lado desde las columnas de *El Araucano*, con Manuel Antonio Tocornal, quien escribía en *El Semanario de Santiago*, en torno a la interpretación que debía darse al artículo 8 de la Constitución de 1833, cuyos pormenores aquí no interesan, Bello escribió este otro pasaje: "[...] mientras unos adhieren estrictamente al texto, y tachan de licenciosa la inteligencia de sus antagonistas, otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse en la mente del legislador y asistir a sus consejos. Por este medio, según conciben, se toma por guía, no las palabras de la ley, sino su intención, su idea. Pero lo que sucede las más de las veces es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia. Y de aquí tantas y tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más claros. Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restringirla sino cuando de ella resulten evidentes absurdos o contradicciones; y que todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad y destruye el imperio de la ley"¹⁸⁹. Añadió más adelante: "Entre nosotros, donde el genio del despotismo y la lógica de los comentaristas han acostumbrado a los hombres a ver agujereadas y barrenadas y eludidas las leyes por consideraciones vagas

de conveniencia o de equidad, por lo que se llama espíritu en contraposición a la letra, serían pocos tal vez los que [...]"¹⁹⁰.

Bello, pues, tuvo motivos, no para eliminar la frase "a pretexto de consultar su espíritu" que halló en su modelo, sino para confirmarla en su proyecto. Lo que ese precepto, pues, quiere evitar es un recurso a "espíritus" imaginarios o ficticios e irreales o fantásticos, también inseguros e inciertos o dudosos, asimismo vagos, indistintos o borrosos, e incluso interesados. El recurso al "espíritu" es sólo un pretexto cuando el sentido de la ley es claro. Admitirlo, en tal caso, trae consigo todos los inconvenientes que Bello denuncia en los pasajes que se han copiado precedentemente, y que dan razón de esa frase, y la ilustran, pues se corre el riesgo de "atribuirle [al legislador] intenciones o miras dudosas para violentar el sentido"; de que "el intérprete sustituya[a] a la idea del legislador la suya propia"; de que se promuevan "tantas y tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más claros"; de que se abra "ancha puerta a la arbitrariedad y [se] destruya[a] el imperio de la ley"; de que se vean "agujereadas y barrenadas y eludidas las leyes".

Ahora bien, lo anterior no significa que jamás se pueda acudir al espíritu de la ley como recurso hermenéutico.

¹⁸⁷ *Ibid.*, núm. 12 (X, 1, p. 178). Cfr. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 287 (II, p. 269): "Dès que l'on connaît certainement la raison qui seule a déterminé la volonté de celui qui parle [...]. Mais il faut être bien assuré que l'on connaît la vraie et l'unique raison de la loi [...]. Il n'est point permis de se livrer ici à des conjectures vagues et incertaines, de supposer des raisons et des vues, là où il n'y en a point de bien connues. [...]. Bien moins serait-il permis, quand l'auteur d'un acte y a lui-même énoncé des raisons, des motifs, de lui attribuer quelque raison secrète". La base está en WOLF, *Jus naturae*, § 489, p. 347: "Si certo constat, quatenam ratio unice moverit voluntatem alterius, seu cur hoc voluerit [...]" ("Si consta ciertamente, pues, cuál razón movió únicamente la voluntad del otro, vale decir, por qué quiso esto [...]").

¹⁸⁸ AMUNÁTEGUI REYES, M. L., "Introducción" al "Proyecto Inédito", p. xlii.

¹⁸⁹ BELLO, Andrés, editorial de *El Araucano* N° 632, de 30 de septiembre de 1842, en *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), p. 139.

¹⁹⁰ BELLO, Andrés, editorial de *El Araucano* N° 632, de 30 de septiembre de 1842, en *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), p. 140.

§ 12. EL "ESPÍRITU DE LA LEY"

1. El inciso 2º del mismo artículo 13 del "Anteproyecto manuscrito", como el inciso 2º del artículo 17 del "Proyecto de 1853", eran del siguiente tenor: "*Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento*". Siempre como inciso 2º, la disposición perduró inalterada en los artículos 19 del "Proyecto Inédito", 19 del "Proyecto de 1855" y 19 del Código.

El "Anteproyecto manuscrito" invoca el artículo 18 CCLuis, para este inciso, que el "Proyecto de 1853" no cita empero; tampoco el "Comentario" de Bello; no bien encontremos unas notas interesantes en estos dos últimos, que examinaremos después¹⁹¹.

El artículo 18 del Código de la Luisiana, en una disposición no proveniente del modelo francés¹⁹², dice: "*Le moyen le plus universel et le plus efficace pour découvrir le véritable sens d'une loi, lorsque les expressions en sont douteuses, est de considérer la raison et l'esprit de cette loi, ou la cause qui a déterminé la Législature à la rendre*". Esta disposición pudo servir de modelo para tan sólo una parte del inciso 2º del artículo 13 del "Anteproyecto manuscrito" y de la correspondiente norma del "Proyecto de 1853"; es decir, para aquella que reza así: "*Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su [...] espíritu*"; como se ve en la siguiente confrontación:

¹⁹¹ Véase el § 14, 4.

¹⁹² Los autores del Código luisiano pudieron inspirarse directamente en pasajes de DOMAT, *Traité des lois*, cap. 12º, art. 7 (I, p. 61), como éste: "[...] *c'est par l'esprit et l'intention des lois qu'il faut les entendre et en faire l'application; que pour bien juger du sens d'une loi, on doit considérer quel est son motif*[...]".

CCLuis., art. 18	Proyectos previos y CCCh., art. 19 inc. 2°
1 Le moyen le plus universel et le plus efficace	Pero bien se puede,
2 pour découvrir le véritable sens d'une loi,	para interpretar
3 lorsque les expressions en sont douteuses,	una expresión oscura de la ley,
4 est de considérer	recurrir
5	a su intención o
6 la raison et l'esprit de cette loi, ou la cause qui a déterminé la Legislature à la rendre.	espíritu,
7	claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

La referencia a la "intención" (línea 5), y la cláusula que dice: "[...] claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento" (línea 6), como se ve, no aparecen en el texto luisiano, y no nos ocuparemos en este momento de ella. El cual Código, por otro lado, en la parte en que sí influyó, habla, sin embargo, de: i) "découvrir le véritable sens d'une loi" (línea 2), frente a los proyectos de Bello que dijeron: "interpretar" (ibíd.); y de ii) "expressions en sont douteuses" (línea 3), frente a éstos, que dijeron "expresión oscura" (ibíd.). Por lo demás, la abultada referencia a la razón y al espíritu, que vienen definidos como causa, etcétera, en el código luisiano (línea 6), fue comprimida por Bello en la palabra "espíritu" (ibíd.). Pese a todo, merced al testimonio del propio Bello, sin embargo, estampado en el "Anteproyecto manuscrito", es claro que él tuvo a la vista el artículo 18 CCLuis., el cual le sirvió, pues, de inspiración.

2. Examinemos ahora las modificaciones que Bello introdujo en su fuente.

a) Por lo que atañe al cambio de "découvrir le véritable sens d'une loi" (línea 2) por "interpretar" (ibíd.), se trata de una de las características operaciones codificadoras que Bello solió practicar frente a los modelos y fuentes a que recurría, consistente en la simplificación de sus ideas¹⁹³. En efecto, "découvrir le véritable sens d'une loi" es precisamente aquello en lo que "interpretar" consiste.

b) En lo que respecta a la sustitución de "expressions en sont douteuses" por "expresión oscura" (línea 3), ello debemos ponerlo en conexión con el antecedente del inciso 1° del artículo 19 CCCh., que había hablado de "sentido claro" de la ley, y es manifiesto que lo opuesto a "claro" es "oscuro", mejor que "dudoso". Bello, en consecuencia, contrapuso el "sentido claro" de la ley (inciso 1°) a una "expresión oscura" de la misma (inciso 2°). Con esto, empero, quería decir: "expresión de

sentido oscuro", pues cuando se afirma que una expresión es oscura, lo que se significa es precisamente que su sentido no aparece claro en la letra¹⁹⁴.

En la explicación dada por Bello al inciso 2° del artículo 19 del código (= inciso 2° del artículo 17 del "Proyecto de 1853") en su "Comentario", se lee: "El interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio, es atribución del Poder legislativo. Pero los litigios recaen a menudo sobre el sentido que cada una de las partes atribuye a la ley, y no es una ley nueva, sino la opinión del juez, lo que debe dirimir la cuestión. El juez no podría ejercer su ministerio sin esta facultad de interpretar. Véase Merlin, Répertoire: *palabra Interpretation*". Esta nota ya antes fue examinada para otros propósitos¹⁹⁵. Aquí la invocamos para verificar algo diverso. Puesto que la frase: "los litigios recaen a menudo sobre el sentido que cada una de las partes atribuye a la ley" no atañe expresa ni directamente a la posibilidad de un recurso al espíritu (ni a la intención) autorizado por el inciso 2° del artículo 19 CCCh., resulta que ella viene a ilustrar la cláusula "interpretar una expresión oscura de la ley" contenida en ese inciso; y entonces queda de manifiesto que una "expresión oscura" es una expresión a la que es posible atribuir diversos sentidos. Con ello queda cubierta la más frecuente e importante fuente de oscuridad de una expresión, cual es su ambigüedad. Cierto es que también resulta oscura una expresión, aunque ello ocurra menos frecuentemente, cuando no ofrece sentido aparente, y se presenta, no, pues, como ambigua, sino como ininteligible, cuyo efecto no es entonces la duda, mas la perplejidad en el lector. Pero en una interpretación dogmática de la dicción "expresión oscura de la ley", junto a la ambigüedad debe quedar incluida su perplejidad. Si Bello no la consideró expresamente en la "nota", fue porque el fenómeno de la perplejidad de las normas estaba eliminado del horizonte mental de un codificador moderno, al revés de cuanto acaecía en el *ius commune*, que contaba con una suerte de doctrina del *casus perplexus*, no raro en él¹⁹⁶.

c) La contracción de la extensa cláusula del Código luisiano, que rezaba: "est de considérer la raison et l'esprit de cette loi, ou la cause qui a déterminé la Legislature à

¹⁹⁴ De esta forma, el codificador transportó el acento desde un ámbito subjetivo en que lo situaba el Código luisiano, consistente en la duda en que incurre la mente del lector de la norma, a otro objetivo, del problema que ofrece la norma en sí, consistente en cierta oscuridad ínsita que la afecta (y que después causa la duda en su lector).

¹⁹⁵ Más arriba el § 6, 5, b).

¹⁹⁶ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Aporías, paradojas, antinomias y dilemas en el Derecho", en *Revista de Ciencias Sociales* 45 (Valparaíso, 2000), especialmente pp. 503-510 = *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 140, año LXVI (Caracas, julio-diciembre 2002), pp. 93-127. Sobre el *casus perplexus* en el Derecho romano, BACIGHAUS, Ralph, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz* (München, Beck, 1981).

¹⁹³ Sobre ella, véase GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, cit. (n. 35), I, pp. 434 s.

la rendre" a simplemente "recurrir" al "espíritu" (líneas 4 y 6), es otra aplicación de la técnica de simplificación de ideas a que antes aludimos.

De acuerdo con lo anterior, la disposición de Bello: "[...] para interpretar una expresión oscura de la ley [...]" se puede "recurrir a su [intención o] espíritu [...]" es equivalente a la del Código luisiano, según el cual, para "*découvrir le véritable sens d'une loi*" cuando sus expresiones son dudosas, hay que "*considérer la raison et l'esprit de cette loi, ou la cause qui a déterminé la Legislature à la rendre*". Ciertamente, el recurso a la "intención", que no aparece en el modelo, fue obtenido de otras fuentes.

3. Ahora bien, Bello omitió el vocablo "*raison*" que aparecía en el Código luisiano, y conservó sólo "*esprit*", también presente ahí. Este término hacía parte de su vocabulario al menos desde 1842¹⁹⁷. Si nos preguntamos por el concepto que de "*espritu*" (= razón) tenía Bello, entonces disponemos de varios textos que nos lo indican.

a) Desde luego, el propio artículo 18 del Código luisiano: "[...] *la raison et l'esprit de cette loi, ou la cause qui a déterminé la Legislature à la rendre*", cuya ausencia en el inciso 2º del artículo 19 CCCh. no implica en modo alguno su repudio. Los conceptos de "razón" "espíritu" y "causa" ahí usados coinciden con los que el propio Bello empleó en otros textos de sus *Principios de Derecho internacional*, como son éstos: "*Sabida la razón que ha determinado la voluntad del que habla, han de interpretarse sus palabras de manera que se conformen con ella*"¹⁹⁸, no bien que aquí se trate de la razón que determina la voluntad "del que habla" y no directamente de la razón de la ley. También se presenta el que ahora sigue: "*Conocida la razón suficiente de una disposición (esto es, la razón o conjunto de razones que la han dictado), se extiende la disposición a todos los casos [...]*"¹⁹⁹.

¹⁹⁷ BELLO, Andrés, editorial de *El Araucano* N° 632, de 30 de septiembre de 1842, en *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), p. 140: "Entre nosotros, donde el genio del despotismo y la lógica de los comentadores han acostumbrado a los hombres a ver agujereadas y barrenadas y eludidas las leyes por consideraciones vagas de conveniencia o de equidad, por lo que se llama espíritu en contraposición a la letra, serían pocos tal vez los que [...]"

¹⁹⁸ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3, núm. 12 (X, 1, p. 178). Cfr. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 287 (II, p. 269): "Dès que l'on connaît certainement la raison qui seule a déterminé la volonté de celui qui parle, il faut interpréter ses paroles et les appliquer d'une manière convenable à cette raison unique". La base está en WOLF, Chr., *Jus naturae*, § 489, p. 347: "Si certo constet, quanam ratio unice moverit voluntatem alterius, seu cur hoc voluerit, verba ita interpretanda sunt, ut eidem conveniant" ("Si consta ciertamente, pues, cuál razón movió únicamente la voluntad del otro, válde decir, por qué quiso esto, las palabras deben ser interpretadas de modo que convengan a ella").

¹⁹⁹ BELLO, Andrés, *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3, núm. 14 (X, 1, p. 179). Cfr. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 290 (II, p. 272): "Lorsque la raison suffisante et unique d'une disposition, soit d'une loi, soit d'une promesse, est bien certaine et bien connue, on étend aux cas [...]" De esta frase no hay base textual directa en WOLF, Chr., *Jus naturae*, pero sí indirecta de ideas expuestas en algunos pasajes: véanse los §§ 518 y 519 (pp. 376 s.).

b) Es muy relevante un pasaje de Bello, editado por Miguel Luis Amunátegui Reyes en su *Introducción* al tomo XIII de las *Obras completas* de aquél, que contiene el llamado "Proyecto Inédito". El editor habla ahí en general de las notas que fueron agregadas por él a ese proyecto, y dice: "*Las numerosas e interesantes notas que lo acompañan, han sido sacadas de los mismos borradores de don Andrés Bello. Las más de las veces éstas se han encontrado al pie del artículo o inciso a que ellas se refieren. En ocasiones, se han hallado en papeles sueltos, y entonces se ha procurado darles la colocación que se ha creído más acertada. No faltan casos también en que estás acotaciones no son más que apuntes en que don Andrés Bello, sin remitirse a un artículo determinado, expone sus ideas sobre cierta materia. Existe todavía una que otra nota que no se ha agregado por haber sido descubierta cuando ya no era tiempo de ponerla en su lugar respectivo*"²⁰⁰. Este importante texto de Amunátegui Reyes, que siempre debe ser tenido en cuenta en el momento de leer las notas que efectivamente aparecen en su edición del "Proyecto Inédito", nos da la medida del uso que debe hacerse de tales notas. En este momento interesa recordarlo, porque acto seguido Amunátegui inserta una de esas notas halladas a última hora, y que dice —como acabamos de ver— no haberle sido posible incluir en un lugar respectivo del proyecto, cuyo tenor es el siguiente: "*Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacer violencia al sentido. La interpretación podrá ser en estos casos unas veces extensiva y otras restrictiva. Si, por ejemplo, la ley ordenase que no puedan enajenarse los bienes raíces del pupilo sin autorización de la justicia, debería extenderse esta prohibición a la hipoteca, porque la hipoteca equivale a una enajenación condicional. En las leyes penales, se adopta siempre la interpretación restrictiva: si falta la razón de la ley, no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición. Donde la ley no distingue, dice una máxima vulgar, no debe distinguir el hombre. Entendida como suena, se hallaría muchas veces en conflicto con la que permite restringir el sentido literal de la ley, cuando así lo requiere la intención del legislador, suficientemente conocida. Su legítima aplicación es a los casos en que, para limitar la extensión de la ley, no hay alguna razón poderosa deducida de los motivos manifiestos que han obrado en el ánimo del legislador*"²⁰¹.

Lamentablemente no es posible saber con certeza las circunstancias en que Bello escribió este pasaje, ni en relación con qué.

²⁰⁰ AMUNÁTEGUI REYES, M. L., "Introducción" al "Proyecto Inédito", pp. xli-xlii.

²⁰¹ *Ibid.*, p. xlii.

c) Se observará que la primera frase de la "nota": "*Las palabras-al sentido*" es adaptación de una que figura en sus *Principios de Derecho internacional*, como se ve en el siguiente cotejo:

"Nota"

Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador;

pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacer violencia al sentido.

"Principios"

Sabida la razón que ha determinado la voluntad del que habla, han de interpretarse sus palabras de manera que se conformen con ella.

Más es preciso saberla de cierto, y no atribuirle intenciones o miras dudosas para violentar el sentido²⁰².

En todo caso, no parece posible pensar en que la "nota" de marras haya sido escrita en momentos muy cercanos a la redacción definitiva del § 4 del *Título preliminar* del "Proyecto de 1853" (y menos, por tanto, a la del "Proyecto Inédito"). El caso que pone Bello acerca de la extensión a la hipoteca de una norma que prohibiera al tutor la enajenación de los bienes raíces pupilares sin autorización de la justicia ("*Si, por ejemplo, la ley ordenase [...]*"), pugna, en cuanto ofrecido como hipótesis, con la norma que realmente introdujo en el artículo 432 del "Proyecto de 1853": "*No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca [...]*". El caso hubiera sido en realidad hipotético de no haber estado ya redactada esa disposición, cuyo tenor hace innecesario proceder a la extensión, puesto que la hipoteca de los bienes pupilares aparece tratada expresamente. Algo similar debe decirse por lo relativo al efecto que, según la "nota", produce la cesación de la razón en las leyes penales: su no aplicación, aunque el caso esté comprendido en la letra de la ley, porque ello contraviene el artículo 20 del "Proyecto de 1853": "*Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley*"; que contiene el principio exactamente opuesto, si bien limitado a la materia civil. Por otra parte, en la "nota" Bello habla siempre de la "razón" y nunca del "espíritu", lo que parece querer indicar que aún no se había familiarizado con esta última expresión, que es la que habría de prevalecer en el proyecto. Seguramente, pues, la "nota" fue redactada durante la época en que Bello conducía sus primeros

estudios para el futuro § 4 del *Título preliminar*, cuyos límites temporales máximos van desde fines de 1847 a fines de 1852²⁰³; mas, para ella aprovechó un texto de sus *Principios de Derecho internacional*, que sustancialmente ya existía en la primera edición de 1832.

Con todo, no deja el pasaje de servirnos como pieza auténtica del pensamiento de Bello, en algún momento de su evolución al menos, y como ilustrador de las normas finalmente proyectadas, en la medida en que no se presenten pugnas.

5. Ahora bien, a partir de los textos extraídos de los *Principios de Derecho internacional* y de la "nota" debemos destacar las siguientes expresiones: "*razón que ha determinado la voluntad del que habla*" y "*razón suficiente de una disposición*" en los *Principios*; "*razón que ha determinado la voluntad del legislador*"; "*razón de la ley*" y "*razón poderosa*" en la "nota". Todas ellas aluden a una misma noción, que podemos identificar mejor con la expresión "razón suficiente". Bello la obtuvo inmediata y directamente de Vattel: "[...] *nous appellerons raisons suffisantes d'un acte de la volonté, ce qui a produit cet acte, ce qui a déterminé la volonté dans l'occasion dont il s'agit, soit que la volonté ait été déterminée par une seule raison, soit qu'elle l'ait été par plusieurs raisons prises ensemble*"²⁰⁴. Pero el concepto había sido introducido en el vocabulario jurídico por Wolf: "Consta que la voluntad se determina por motivos, que son la razón suficiente de la volición. Constando, pues, cuál razón únicamente movió la voluntad de otro, o por qué quiso esto, las palabras deben ser interpretadas de modo que convengan a aquélla; y, consecuentemente, si varias razones constituyen conjuntamente al motivo, de modo que convengan a las mismas conjuntamente; si en forma separada, de modo que convengan separadamente a cada una"²⁰⁵. Ahora bien, la noción de "razón suficiente" de la ley es una

²⁰³ En agosto de 1847 fue editado el libro sobre obligaciones y contratos (perteneciente al llamado "Proyecto de 1846-1847"), y en octubre de 1852 Bello presentó al Gobierno el completo proyecto de Código ("Proyecto de 1853"); véase GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador*, cit. (n. 35), I, pp. 327 y 341. Entre ambas fechas, Bello completó el trabajo codificador con la redacción del libro I del Código y de su *Título preliminar*.

²⁰⁴ VATTEL, E., *Droits de gens*, § 289 (II, p. 271).

²⁰⁵ WOLF, Christian, *Institutiones*, cit. (n. 18), § 806: "*Constat voluntatem determinari per motiva, quae sunt ratio sufficiens volitionis. Quodsi ergo constet, quatenus ratio unice moverit voluntatem alterius, seu cur hoc voluerit, verba ita interpretanda sunt, ut eidem convenient, consequenter si rationes plures conjunctim motivum constituent, iisdem conjunctim; si divisim, ut convenient singulis divisim*" ("Consta que la voluntad es determinada por motivos, que son la razón suficiente de la volición. Por lo que si conste cuál razón movió únicamente a la voluntad de otro, vale decir, por qué quiso esto, hay que interpretar las palabras de modo que les convengan a ella; consecuentemente, si varias razones conjuntamente constituyen el motivo [de modo que les convengan] conjuntamente; si divididamente, que les convengan divididamente a cada una"). Este texto resume lo que el autor escribió en su *Jus naturae*, § 490.

²⁰² BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3; núm. 12 (X; 1, p. 178). Véase la nota 243.

aplicación específica del principio filosófico general de razón suficiente, de acuerdo con el cual todo lo que es, es por una razón que explica por qué es, y por qué es así y no de otra manera. Este principio, sin perjuicio de algunos precedentes, había sido formulado por Leibniz, quien influyó al respecto, como en tantas otras cosas, sobre Wolf, que lo difundió. Bello, por cierto, conocía el principio filosófico como consecuencia de sus estudios de gnoseología, tal como se verifica al consultar su *Filosofía del entendimiento*²⁰⁶. Cuando él, pues, conservó la expresión que había leído en Vattel, sabía perfectamente de qué se trataba.

Pero no bien sea cierto que Leibniz formuló por la primera vez el principio, no lo inventó, como no puede ocurrir con ningún principio. Eso quiere decir que cuando los medievales hablaban de la *ratio legis* o Domat del *esprit de la loi*, en el fondo aludían específicamente a lo mismo que Leibniz después explicitaría y formularía en general. Así que podemos concluir con que el espíritu o razón de la ley es la razón suficiente de la misma, en cuanto explica haber sido emitida bajo la fórmula en que lo fue.

6. Ello, empero, aunque necesario, no es bastante para entender qué sea más íntima y específicamente la *ratio legis*. Pues que ésta sea la *ratio sufficiens*, ello permite entender su funcionamiento, pero no todavía su consistencia, comoquiera que muchos factores de diversa naturaleza pueden dar razón suficiente de las cosas, o de lo que acaece, o de lo que se quiere. En la tradición hermenéutica del *ius commune* siempre se entendió por *ratio legis* a aquella *causa legis* que se presenta, no como su impulsiva o motivante (eficiente, en la terminología escolástica), sino como su fin. Este lenguaje se enmarca en el sistema conceptual escolástico, que Tomás de Aquino representó máximamente. Dice él: "Se entienden cuatro cosas bajo el nombre de 'razón'. En primer lugar se dice de cierta virtud cognoscitiva [...]. De otro modo se pone por 'causa', como cuando se dice: ¿por qué razón hiciste tal? Esto es, por qué causa [...]. En una tercera manera también se dice 'razón' de la 'cuenta', como se tiene en Mat. 18, 23: 'empezó a pedir cuentas a sus siervos' [...]"²⁰⁷. En cuarto sentido se dice 'razón' de algo simple abstraído de muchos, tal como cuando se habla de la 'razón del hombre' [sc. idea del hombre], esto es, lo perteneciente a la naturaleza de los hombres, que se abstrae en consideración a los individuos"²⁰⁸. En esta enumeración de significados de la palabra

²⁰⁶ BELLO, Andrés, *Filosofía del entendimiento, Lógica*, cap. 1º, en BELLO, Andrés, *Obras completas* (Caracas, La Casa de Bello, 1981), III: *Filosofía*, p. 378 y especialmente p. 380.

²⁰⁷ La palabra latina *ratio* significa también "cuenta, cálculo, cómputo".

²⁰⁸ THOM. AQUINATENSIS, *De divinis nominibus*, cap. 7. lecc. 5ª: "Ex nomine autem rationis quatuor intelliguntur. Primo quidem dicitur esse quaedam cognoscitiva virtus [...]. Alio modo ponitur pro causa, ut cum

"*ratio*", pues, el sentido de "causa" aparece en el segundo lugar. En tal sentido puede designar cualquiera de las cuatro acepciones del término "causa" individualizadas por Aristóteles: la materia, la forma, el eficiente y el fin, que los escolásticos convirtieron en otras tantas causas (material, formal, eficiente y final)²⁰⁹. Los juristas medievales se fijaron especialmente en dos de ellas: el eficiente (*causa impulsiva o motiva*) y el fin (*causa finalis*). Elaboraron tales conceptos, sobre todo en tema de negociabilidad, vale decir, a propósito de lo que nosotros llamamos causa de los actos jurídicos²¹⁰. Pero también los aplicaron a la ley, para la cual distinguían la causa impulsiva, como la ocasión contingente que había desencadenado su emisión, por ejemplo, un crimen efectivamente cometido, ante cuyo horror y temor hubo de formarse cierta opinión en torno a la necesidad de dar tal ley; y su causa final, o efecto que la ley se propone como realizable en la vida social. En materia interpretativa, la ocasión o motivo de la ley no se toma en consideración, mas sí su fin, que actúa, por consiguiente, como *ratio*²¹¹. Así lo sostuvieron, por ejemplo, Baldus²¹². En Petrus A. Gammarus (†1528), otro de

Continuación nota ²⁰⁸

*dicitur: qua ratione haec fecisti? Id est qua de causa [...]. Tertio modo dicitur ratio etiam computatio, sicut habetur Matth. XVIII [23], quod 'rationem coepit ponere cum servis suis' [...]. Quarto modo dicitur ratio aliquid simplex abstractum a multis, sicut dicitur ratio hominis, id est quod per considerationem abstrahitur a singularibus, ad hominem naturam pertinens". Sobre estas acepciones véase DEMERS, G. Ed., "Les divers sens du mot 'ratio' au Moyen Age. Autour de un texte de Maître Ferrier de Catalogne (1275)", en *Études d'histoire littéraire et doctrinale du XIII^e siècle*, 1ª serie (Paris-Ottawa, 1932), pp. 105 ss.*

²⁰⁹ Sobre la doctrina escolástica de la causalidad y su influencia en los juristas medievales, véase SÖLLNER, Alfred, "Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung rom. Abt.* 77 (1960), pp. 183-189.

²¹⁰ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (Valparaíso, 2001), especialmente pp. 269-304, recogido en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano* (Cizur Menor [Pamplona], Thomson - Aranzadi, 2005), pp. 277-323. Ahí se podrá ver citada la literatura pertinente.

²¹¹ Sobre este tema, de la *ratio legis* como fin, véase LEFEBVRE, Charles, *Les pouvoirs du juge*, cit. (n. 121), pp. 29-30; CALASSO, Francesco, "Causa legis. Motivi logici e storici del diritto comune" (1959), después en *Annali di Storia del Diritto* 9 (Milano, Giuffrè, 1965), pp. 155-168; CORTESE, Ennio, *La norma giurídica*, cit. (n. 121), I, p. 285; SCHRÖDER, Jan, "Ratio legis", en *Festschrift für Knut W. Nörr* (Köln y otras, Böhlau, 2003), pp. 959 ss.

²¹² Véase, por ejemplo, BALDUS, *In sextum Codicis librum commentarii*, tit. *De liberis praeteritis vel exhereditatis*, l. *Maximum* (Cl. 6, 28, 4), núm. 16 (Venetiis, 1599), fol. 93º [reimpresión como BALDUS, *Commentaria omnia* (Goldbach, Keip Verlag, 2004), VII]: "Quando certa est ratio legis, licet tacita, tamen potest argui ex ea, tamquam ex finali causa [...]" ("Cuando la razón de la ley es cierta, aunque tácita, entonces se puede argumentar a partir de ella, como de una causa final [...]").

los principales sistematizadores más modernos de las antiguas doctrinas hermenéuticas de los glosadores y comentaristas, leemos a modo de síntesis: "La razón de la ley, según cada una de las leyes, canónica o civil, siempre se considera habida consideración al fin al cual aquella ley se dirige"²¹³.

Bello participaba de esta tradición. Sin necesidad de buscar más documentos, nos valemos del precioso testimonio de sus conceptos que es el artículo 20 CCCh., ya presente en el "Anteproyecto manuscrito" como artículo 16, con diferencias menores: "Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de prevenir un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley". El "fin" de que esta norma habla no puede ser algo distinto a aquello que en otro lenguaje se llamaba la *ratio legis*, y en el lenguaje más general del propio Bello, el espíritu de la ley.

§ 13. LA "INTENCIÓN DE LA LEY"

El inciso 2º del artículo 13 del "Anteproyecto manuscrito", lo mismo que el inciso 2º del artículo 17 del "Proyecto de 1853", conservado en los artículos 19 inciso 2º del "Proyecto Inédito", 19 inciso 2º del "Proyecto de 1855" y 19 inciso 2º del Código, permiten un recurso no sólo al "*espíritu*", como acabamos de ver, mas también a la "*intención*" de la ley. Un recurso semejante no aparece en el Código luisiano, que únicamente se remite a "*la raison et l'esprit*"; tampoco comparece en el "Projet de l'an VIII".

1. Las palabras "*intención*" y "*espíritu*" no son sinónimas. La cláusula reza, en efecto: "[...] recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados [...]", y el plural "*manifestados*" revela que se trata de cosas distintas las indicadas con cada uno de los nombres en examen, pues en caso de sinonimia hubiera bastado el singular. En consecuencia, la conjunción "o" aparece ahí, no para expresar una equivalencia entre ambos términos, sino con una función disyuntiva inclusiva: bien a la "*intención*", bien al "*espíritu*".

Esta disyunción no fue producto de la casualidad. La dicotomía "intención-espíritu (razón)" pertenece a la tradición hermenéutica.

2. La distinción era conocida por Bello como consecuencia de sus estudios de Derecho internacional, y aparece, en efecto, en su libro sobre la materia.

a) Basta recordar las reglas de sus *Principios* en que ambos conceptos aparecen diferenciados, y que expondremos en contraste:

²¹³ GAMMARUS, Petrus Andrea (†1528), *De extensionibus*, núm. 18, en *Volumen Tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum* (Lugani, 1549), fol. 312 vta.: "*Ratio legis, secundum unamquamque legem, canonicam vel civiles, semper sumitur habita consideratione finis ad quem lex illa dirigitur*".

Regla N° 12

Sabida la razón que ha determinado la voluntad del que habla, han de interpretarse sus palabras de manera que se conformen con ella. Mas es preciso saberla de cierto, y no atribuirle intenciones o miras dudosas para violentar el sentido. Mucho menos será lícito suponer motivos secretos, contrarios a los que él mismo ha declarado²¹⁴.

Regla N° 14

Conocida la razón suficiente de una disposición (esto es, la razón o conjunto de razones que la han dictado), se extiende la disposición a todos los casos a que es aplicable la razón, aunque no estén comprendidos en el valor de las palabras; y por el contrario, si ocurre un caso a que no es aplicable la razón suficiente, debemos exceptuarlo de la disposición, aunque atendiendo a lo literal parezca comprenderse en ella. En el primer caso, la interpretación se llama extensiva; y en el segundo, restrictiva²¹⁵.

A tales textos podemos agregar este otro de la regla N° 3: "Cuando se ve claramente cuál es el sentido que conviene a la intención del legislador o de los contratantes, no es lícito dar a sus expresiones otro distinto"²¹⁶.

²¹⁴ *Ibid.*, núm. 12 (X, 1, p. 178). Véase el texto de Bello citado en el § 11, 4, b). Cfr. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 287 (II, p. 269): "Dès que l'on connaît certainement la raison qui seule a déterminé la volonté de celui qui parle, il faut interpréter ses paroles et les appliquer d'une manière convenable à cette raison unique [...]. Mais il faut être bien assuré que l'on connaît la vraie et l'unique raison de la loi [...]. Il n'est point permis de se livrer ici à des conjectures vagues et incertaines, de supposer des raisons et des vues, là où il n'y en a point de biens connues. [...]. Bien moins serait-il permis, quand l'auteur d'un acte y a lui-même énoncé des raisons, des motifs, de lui attribuer quelque raison secrète". La base está en WOLF, *Jus naturae*, § 489, p. 347: "Si certo constet, quanam ratio unice moverit voluntatem alterius, seu cur hoc voluerit, verba ita interpretanda sunt, ut eidem conveniat" ("Si consta ciertamente, pues, cuál razón movió únicamente la voluntad del otro, vale decir, por qué quiso esto, las palabras deben ser interpretadas de modo que convengan a la misma").

²¹⁵ *Ibid.*, núm. 14 (X, 1, p. 179). Cfr. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 290 (II, p. 272): "Lorsque la raison suffisante et unique d'une disposition, soit d'une loi, soit d'une promesse, est bien certaine et bien connue, on étend aux cas où la même raison est applicable, quoiqu'ils ne soient pas compris dans la signification des termes. C'est ce qu'on appelle l'interprétation extensive". *Ibid.*, § 292 (II, p. 274): "[...] s'il se présente un cas auquel on ne puisse absolument point appliquer la raison bien connue d'une loi ou d'une promesse, ce cas doit être excepté, quoique, à ne considérer que la signification des termes, il paraît tomber sous la disposition de la loi ou de la promesse [...]". Sobre la interpretación extensiva y restrictiva en WOLF, véase su *Jus naturae*, §§ 520 y 526-527.

²¹⁶ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3º, núm. 3 (X, 1, p. 177). Véase VATTEL, E., *Droit de gens*, lib. 2º, cap. 17, § 274 (II, p. 259): "Quand on voit manifestement quel est le sens qui convient à l'intention des contractants, il n'est pas permis de détourner leurs paroles à un sens contraire". Cfr. WOLF, *Chr. Institutiones*, cit. (n. 18), § 801: "Cum ex intentione promissarii constet, quid sibi promitti voluerit, si manifestum fuerit, quinam verborum sensus conveniat intentioni promissarii, non licet eum perducere ad alium intentioni ipsius e diametro contrario" ("Cuando a partir de la intención de los promitentes consta qué quisieron prometerse entre sí, y fuera manifiesto cuál sentido de las palabras convenga a la intención de los promitentes, no es lícito conducirlo [a otro sentido] en el diámetro contrario a la intención de los mismos").

La "intención del legislador" en la regla N° 12 corresponde a la "voluntad del que habla" en la regla N° 3 cuando lo hablado consiste en una ley. Ahora bien, esta "voluntad" es distinta a la "razón suficiente de una disposición [sc. de una ley]" en la regla N° 14.

b) Es nuevamente relevante la "nota" de Bello, editado por Miguel Luis Amunátegui en su "Introducción" al tomo XIII de las *Obras completas* de aquél, que contiene el llamado "Proyecto Inédito", a que antes hicimos mención y cuyas circunstancias discutimos²¹⁷. Conviene transcribir las cláusulas ahora interesantes del texto, en parte coincidentes, como se ve, con el de la regla N° 12: "Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacer violencia al sentido. [...]. Donde la ley no distingue, dice una máxima vulgar, no debe distinguir el hombre. Entendida como suena, se hallaría muchas veces en conflicto con la que permite restringir el sentido literal de la ley, cuando así lo requiere la intención del legislador, suficientemente conocida. Su legítima aplicación es a los casos en que, para limitar la extensión de la ley, no hay alguna razón poderosa deducida de los motivos manifiestos que han obrado en el ánimo del legislador".

Hay que destacar las siguientes ideas y expresiones: interpretar las palabras de modo que "se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador"; sin atribuir a éste "intenciones imaginarias"; se permite restringir el sentido literal de la ley "cuando así lo requiere la intención del legislador"; la legítima aplicación de la regla de no distinguir si la ley no distingue es a los casos en que "no hay alguna razón poderosa"; y los motivos que "han obrado en el ánimo del legislador" para limitar la extensión de la ley.

En este texto aparecen bien perfilados los conceptos de "razón" (= "espíritu"), por un lado, y "voluntad", "intención" y "ánimo" del legislador, por otro.

3. Como insinuamos, la distinción en las leyes, entre una razón y una voluntad, es tradicional. Aparece en los juristas romanos²¹⁸; fue pulida por los juristas medievales²¹⁹; Suárez la perfeccionó²²⁰; resultó importante en el pensamiento

²¹⁷ Véase más arriba el § 12, 3, b).

²¹⁸ Véase GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la interpret. de las normas en el der. rom.*, cit. (n. 10), § 31, pp. 227-231.

²¹⁹ Véase PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, pp. 36-38; CORTESE, Ennio, *La norma giuridica*, cit. (n. 121), II, pp. 217, 261, 277, 296-297; GUZMÁN BRITO, A., *Hist. interpret.*, pp. 55-56.

²²⁰ SUÁREZ, Francisco, *De legibus*, lib. VI, cap. 1º, núm. 12-18 y 19-20 [ed. cit. (n. 21), IV, pp. 627-630 y 640-631].

de Domat²²¹, del cual examinaremos más detenidamente sus expresiones al respecto.

Las cuales expresiones se despliegan a propósito de su distinción de leyes naturales, que se llaman así "parce qu'elles sont naturelles et tellement justes toujours et partout, qu'aucune autorité ne peut ni les changer, ni les abolir"²²², como la ley que dispone el deber de conservar la cosa que se ha recibido de otro en comodato, y de responder por los deterioros causados en ella²²³; y de leyes arbitrarias que son "celles qu'une autorité légitime peut établir, changer et abolir, second le besoin"²²⁴, como la que dispone que los testigos del testamento sean cinco, seis o siete, o que el tiempo de la prescripción adquisitiva sea de veinte, treinta o cuarenta años²²⁵. Ahora bien, Domat afirma que todas las leyes deben ser interpretadas por el *esprit* y la *équité*²²⁶. Sin embargo —sostiene—, la interpretación de las leyes arbitrarias tiene un principio singular y agregado de interpretación: "Mais il faut ajouter à ce principe de l'équité, pour ce qui regarde l'interprétation des lois arbitraires, un autre principe qui leur est propre: c'est l'intention du législateur qui les fixe en ce qu'elles régient l'usage et l'interprétation de cette équité"²²⁷. En esta clase de leyes "les tempéramens de l'équité sont restreints à ce qui peut s'accorder avec l'intention du législateur, et ne s'étendent pas à tout ce qui aurait pu paraître équitable, avant que la loi arbitraire eût été établie"²²⁸. Es por ello —ilustra Domat— que, pese a ser de equidad que la existencia de una obligación pueda ser demostrada por todos los medios de prueba y por cualesquiera de ellos, hay que estar, sin embargo, a la ordenanza real de Moulins de 1667 (una ley arbitraria, por lo tanto), que dispuso no recibir pruebas respecto de las convenciones no escritas con monto superior a 100 libras. Y resume: "Toutes les règles, soit naturelles ou arbitraires, ont leur usage tel que donne à chacune la justice universelle qui en est l'esprit. Ainsi l'application doit s'en faire par le discernement de ce que demande cet esprit, qui dans les lois naturelles est l'équité, et dans les lois arbitraires l'intention du législateur"²²⁹. En el

Traité des lois habla dicho lo mismo: "[...] c'est par l'esprit et l'intention des lois qu'il faut les entendre et en faire l'application [...] pour bien juger du sens d'une loi, on doit considérer quel est son motif, quels sont les inconvéniens où elle pourvoit, l'utilité qui en peut naître, son rapport aux anciennes lois, les changemens qu'elle y apporte, et faire les autres réflexions, par où l'on peut entendre son sens"²³⁰. La consecuencia es que la extensión que debe darse a cada ley viene dada por la equidad o por la intención, según el tipo de ley.

Expuesta en síntesis la distinción en las leyes, entre una razón y una voluntad, ella significa lo siguiente: toda ley consiste en un mandato del legislador, de cuya voluntad recibe su ser normativo; al mismo tiempo, se supone que esa misma ley tiene una razón que la explica. Así que normalmente se puede decir, bien que una razón movió la voluntad del legislador para mandar en el modo en que lo hizo, bien que una razón hay que explica la ley tal cual aparece formulada. En términos de argumentación hermenéutico-legal, por consiguiente, los resultados suelen ser en principio los mismos, ora que se invoque la voluntad del legislador (o de la ley), ora que la razón (de la ley, o que movió al legislador). Pero hay puntos críticos en que ambas argumentaciones deben separarse. Los medievales lo contradaban en las leyes *mere positivae*, vale decir, en aquellas leyes que no dependen más que de una elección entre muchas posibilidades, todas equitativas y racionales, entre las cuales, sin embargo, preciso es escoger una, en función de dar a los súbditos una norma cierta o útil, como son las leyes que establecen plazos, o solemnidades, o precaven eventualidades no necesarias (generalmente en función de evitar fraude a las mismas normas). Tales leyes no es que carezcan de una razón en último término, pero ella es genérica y sobre todo igualmente válida para las demás posibilidades de ley que hubo²³¹. Lo cual significa que sí carecen de una razón inmediata e invariable. En tales circunstancias, la voluntad decisoria reemplaza a la razón. Los medievales expresaban esta última idea con recurso a un verso de Juvenal: "stat pro ratione voluntas" ("la voluntad está por la razón")²³².

²²¹ Véase GUZMÁN BRITO, A., "La doctrina de Jean Domat", cit. (n. 9), pp. 55-57.

²²² DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. 11, párr. 1 (I, p. 36).

²²³ *Ibid.*, párr. 2 (I, p. 37).

²²⁴ *Ibid.*, párr. 1 (I, p. 36).

²²⁵ *Ibid.*, párr. 3 (I, p. 37).

²²⁶ DOMAT, J., *Lois civiles*, lib. prel., tít. 1º, sec. 2ª, párr. 1 (I, pp. 84-85).

²²⁷ *Ibid.*, párr. 1 (I, p. 85).

²²⁸ *Ibid.*, párr. 1 (I, p. 85). Sigue el ejemplo que se indica en el texto.

²²⁹ *Ibid.*, párr. 1 (I, p. 86).

²³⁰ DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. 12, párr. 7 (I, p. 61).

²³¹ Cfr. GAMMARO, Pietro Andrea (†1528), *De extensionibus*, núm. 22, en *Volumen tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum* (Lugduni, 1549), fol. 312º: "[...] quod in iure est dare rationem praecisam, id est invariabilem, adeo quod necessitas rationis ita praecise cogat statueri, quod non praecisam, id est mutabilem; hoc est quod licet ista ratio fuerit causa quare statutum ita factum, tamen alia ratio ex alia causa posset oppositum suadere" "[...] porque en Derecho se da una razón precisa [sc. necesaria], esto es, invariable, de tal modo que la necesidad de esa razón obligue a estatuir precisamente así; o no precisa, vale decir, mudable; esto es, porque no bien esa razón haya sido causa de por qué el estatuto fue hecho así, sin embargo, otra razón a partir de otra causa puede persuadir de lo opuesto").

²³² JUVEN., *satyr.* VI, 223: "Hoc volo, sic iubeo: sit pro ratione voluntas" ("Esto quiero, así lo mando: esté la voluntad por la razón").

Al respecto podemos citar, por ejemplo, el siguiente texto de Paulus de Castro († 1441): "De las leyes meramente positivas [...] no siempre puede darse una razón, a no ser la de que fue tal cosa la que pareció al legislador, y así es suficiente la voluntad en vez de la razón"²³³.

Un índice probable de que en cierta ley deba estarse más a lo que el legislador quiso estatuyendo positivamente, que a una razón que explique con lógica su estatuto, es al menos la aparente ausencia de una razón determinante, precisa y necesaria. Porque si bien —explicaba Gammarius— siempre es posible buscar las causas de una disposición, no siempre, sin embargo: "puede asignarse la causa de estatuir tan precisamente [sc. necesariamente] así, cuando no haya algo que precisamente [sc. necesariamente] induzca el ánimo del legislador a esto"²³⁴. Ante una pluralidad de razones generales posibles, pues, debe estarse a lo que estuvo en el arbitrio legítimo y fue elección del legislador²³⁵.

²³³ DE CASTRO, Paulus, *Comm. in Dig. vet.*, tít. *De postulando*, l. *Hunc titulum*, núm. 10: "In legibus mere positivis [...] non potest semper reddi ratio, nisi quod ita visum est legislatori, et sic sufficit pro ratione voluntas".

²³⁴ GAMMARIUS, Petrus Andrea (†1528), *De extensionibus*, núm. 24, en *Volumen*, cit. (n. 231), fol. 312 vta.: "causa vero sic praecise statuendi non potest assignari, cum non sit quae praecise animum condensis ad hoc inducat".

²³⁵ *Ibid.*: "[...] in vario conflictu rationum statuer eius [sc. legislatoris] arbitrio et electioni" ("[...] en un conflicto vario de razones [sc. de varias razones] se está a su arbitrio y elección [sc. del legislador]). En la hermosa ópera de Claudio Monteverde, según los musicólogos, la primera ópera en la historia, *L'Orfeo* (*Favola in musica*, 1607), encontramos un claro reflejo de esta doctrina jurídica. Cediendo a los vehementes ruegos de su mujer, Proserpina, el dios del Averno, Plutón, accede a que Orfeo recupere a su recién desposada y fallecida Eurídice, a quien fue a buscar al reino de los muertos. Así se expresa el dios: "La sua cara Euridice! Contra l'ordin fatale Orfeo ricovri. / Ma pria che tragga il piè da questi abissi! Non mai volga ver lei gli avidi lumi. / Che di perdita eterna! Gli fia certa cagion un solo sguardo. / Io così stabilisco. O nel mio regno Fate, o ministri, il mio voler palese. / Si che l'intenda Orfeo! E l'intenda Euridice, / Né di cangiarlo altrui sperar più lice" ("En contra de la orden fatal, que Orfeo recobre a su querida Eurídice. Pero antes que retire el pie de estos abismos, que no vuelva hacia ella sus ávidos ojos. Que una sola mirada le cause razón cierta de pérdida eterna. Yo así lo dispongo. Ahora, ministros, haced claro mi querer en mi reino, de modo que lo entienda Orfeo y lo entienda Eurídice. Que nadie espere cambiarlo"). El ministro de Plutón, con eficaz percepción jurídica, responde: "O degli abitator de l'ombre eterno! Possente Re, legge ne sia tuo cenno. / Che ricercar altre tagioni interne! Di tuo voler nostri pensier non denno" ("Que tu señal, oh poderoso rey, sea ley para los habitantes de las sombras eternas, ya que nuestros pensamientos no deben buscar otras causas internas de tu querer"). Tanto la decisión de Plutón, en orden a que Orfeo libre de la muerte a Eurídice y retorne con ella a la tierra, como la condición resolutoria de tal decisión, de que vuelva a perderla si la mira antes de regresar, son interpretadas por el ministro, pues, como un puro querer del dios, cuyas razones no cabe inquirir. Mientras viajan Orfeo y Eurídice hacia la tierra, aquél, inquieto, se pregunta por qué no puede mirar a su amada, y cree encontrar una razón: "Forse d'invidia punte! Le deità d'Averno, / perché non sia qua giù felice appieno! Mi tolgono il mirarvi" ("Quizá movidas por la envidia, las divinidades del Averno me impiden mirarla, para que yo no sea aquí plenamente feliz"). Decide mirarla y actúa; pero la voz de los espíritus sentencian: "Roti'hai la legge, e se di grazia indegno" ("Has quebrantado la ley e indigno eres de gracia"). El querer del dios se aplica sin más, y Orfeo pierde a Eurídice, esta vez para siempre.

§ 14. "INTENCIÓN O ESPÍRITU CLARAMENTE MANIFESTADOS"

1. También falta en el Código luisiano (como ya en su modelo, el "Projet de l'an VIII") la cláusula: "claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento", que comparece en el inciso 2º del artículo 13 del "Anteproyecto manuscrito", de donde pasó, siempre como inciso 2º, al artículo 17 del "Proyecto de 1853", y después al inciso 2º de los artículos 19 del "Proyecto Inédito", 19 del "Proyecto de 1855" y 19 del Código.

En el "Proyecto de 1853", Bello escribió lo que sigue como nota al inciso 2º de su artículo 17: "La historia fidedigna del establecimiento de una ley sería, por ejemplo, la relación de los debates ocurridos en el Cuerpo Legislativo al tiempo de discutirse el proyecto". En su "Comentario" al artículo 19 inciso 2º del Código, repitió el texto anterior, con una leve e intrascendente mudanza²³⁶. Como se ve, la nota no indica fuentes. Agreguemos que en el "Anteproyecto manuscrito", Bello había utilizado el concepto mismo en una nota e) al inciso 2º de su artículo 14 (= artículo 21 CCCh.), a fin de justificar por qué la regla según la cual las palabras técnicas de una ciencia o arte deben tomarse en el sentido que les dan quienes profesan la ciencia o arte de que se trate, no se sigue cuando "aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso". Escribió en la ocasión: "Esta limitación ha parecido necesaria. Una palabra técnica puede usarse impropriamente en una ley por falta de conocimientos especiales en sus autores: ¿cómo puede entonces darse a esta palabra una acepción que manifiestamente pugna a la mente del legislador manifestada en la ley?". La noción de una "mente del legislador manifestada en la ley" puede ponerse en conexión con la de "intención o espíritu claramente manifestados en ella [la ley] misma", aunque en el primer caso se trate precisamente de la "mente", y en el segundo, de la "intención" y del "espíritu", que no son exactamente lo mismo, lo cual aquí no interesa.

²³⁶ En el "Comentario" se dice: "[...] la relación de lo ocurrido en el Cuerpo Legislativo [...]" en vez de "[...] la relación de los debates ocurridos en el Cuerpo Legislativo [...]"

010118

2. La cláusula "claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento"—cuya formulación literaria, a falta de otros antecedentes, debemos considerar como original del codificador— recoge, sin embargo, la idea medieval de la *ratio (voluntas) scripta* o *expressa*, según la cual el recurso hermenéutico a la razón (o voluntad) de la ley queda autorizado sólo si una u otra constan auténtica y fehacientemente. Se trataba de una salvaguardia de los juristas destinada a evitar la manipulación del texto normativo, en orden a que las partes en conflicto no construyeran razones o voluntades de la ley, únicamente imaginadas en función de su probable deseo de interpretarla en sentido favorable a sus intereses. La exigencia de alegar razones o voluntades verificables aseguraba que ellas fuesen las reales. Todo esto lo designaron los medievales con las incisivas denominaciones de *ratio (voluntas) scripta* o *expressa*²³⁷.

Al parecer, el primero en acuñar este concepto fue Accursius († 1263)²³⁸. El mismo, empero, admitió como alegable una *ratio* no expresada, si la posible fue en realidad la única posible²³⁹. La jurisprudencia posterior sancionó este criterio de la *Glossa*. Así, por ejemplo, Baldus (c. 1327-1400) escribió: "Cuando la razón de la ley es cierta, aunque tácita, entonces se puede argumentar a partir de ella, como de una causa final [...] pues entonces es cierta cuando sólo ella misma puede ser dada [...]. Pero cuando la razón del estatuto fuera dudosa, o no pudiera darse coherentemente, entonces no podemos argüir a partir de tal razón, porque no es necesaria, sino hipotética"²⁴⁰. Siglos después, Francisco Suárez (1548-1617) fue del mismo parecer²⁴¹.

3. Bello estaba familiarizado con el concepto a través de sus estudios de Derecho internacional.

a) Volvamos a insistir en algunos textos de sus *Principios*, como éste: "Cuando se ve claramente cuál es el sentido que conviene a la intención del legislador [...]"²⁴², en donde cabe recalcar el adverbio "claramente". O este otro: "Sabida la razón que ha determinado la voluntad del que habla [...]. Mas es preciso saberla de cierto, y no atribuirle intenciones o miras dudosas para violentar el sentido. Mucho menos será lícito suponer motivos secretos, contrarios a los que él mismo ha declarado"²⁴³. O también éste: "Conocida la razón suficiente de una disposición [...] se extiende la disposición [...]. Requiere para una y otra [sc. para la ampliación y la restricción] conocer con toda certidumbre la razón suficiente"²⁴⁴.

b) Otro tanto se ve en la "nota" de Bello editado por Amunátegui en su "Introducción" a la edición del "Proyecto Inédito", antes discutida²⁴⁵, en la cual leemos estas partes interesantes: "Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacer violencia al sentido. [...] Donde la ley no distingue, dice una máxima vulgar, no debe distinguir el hombre. Entendida como suena, se hallaría muchas veces en conflicto con la que permite restringir el sentido literal de la ley, cuando así lo requiere la intención del legislador, suficientemente conocida. Su legítima aplicación es a los casos en que, para limitar la extensión de la ley, no hay alguna razón poderosa deducida de los motivos manifestos que han obrado en el ánimo del legislador".

c) Por otra parte, el codificador contaba además con fuentes positivas en el mismo sentido. Recordaremos, en efecto, que el § 46 de la *Einleitung* del Código

²⁴² BELLO, Andrés, *Princ. den. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3, núm. 3 (X, 1, p. 177). Véase VATTEL, E., *Droit de gens*, lib. 2º, cap. 17, § 274 (II, p. 259): "Quand on voit manifestement quel est le sens qui convient à l'intention des contractantes, [...]". Cf. WOLF, Chr., *Institutiones*, cit. (n. 18), § 801: "Cum ex intentione promissarii constet, quid sibi promitti voluerit, [...]" ("Cuando a partir de la intención de los promitentes conste qué quisieron prometerse entre sí, [...]").

²⁴³ *Ibid.*, núm. 12 (X, 1, p. 178). Cf. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 287 (II, p. 269): "Dès que l'on connaît certainement la raison qui seule a déterminé la volonté de celui qui parle [...]. Mais il faut être bien assuré que l'on connaît la vraie et l'unique raison de la loi [...]. Il n'est point permis de se livrer ici à des conjectures vagues et incertaines, de supposer des raisons et des vues, là où il n'y en a point de biens connues. [...] Bien moins serait-il permis, quand l'auteur d'un acte y a lui-même énoncé des raisons, des motifs, de lui attribuer quelque raison secrète". La base está en WOLF, *Jus naturae*, § 489, p. 347: "Si certo constet, quaenam ratio unice moverit voluntatem alterius, seu cur hoc voluerit [...]" ("Si consta ciertamente, pues, cuál razón movió únicamente la voluntad del otro, vale decir, por qué quiso esto, [...]").

²⁴⁴ *Ibid.*, núm. 14 (X, 1, p. 179). Cf. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 290 (II, p. 272): "Lorsque la raison suffisante et unique d'une disposition, soit d'une loi, soit d'une promesse, est bien certaine et bien connue, on étend aux cas [...]. Mais il faut apporter ici les mêmes précautions dont nous parlions tout à l'heure (§ 287) [...]". Véase el § 287 citado más arriba, en la nota 243.

²⁴⁵ Véanse los §§ 12, 3, b) y 13, 2, b).

²³⁷ Sobre el tema: GUZMÁN BRITO, A., *Hist. interpret.*, pp. 51 y 56.

²³⁸ ACCURSIUS, gl. *plexus*, ad Cod., tit. *De leg. et constit.*, l. *non dubium* (= Cl. 1, 14, 5) (Veneriis, 1488), fol. 24 [reimpresión en *Corpus Glossatorum Juris Civilis* (Augustae Taurinorum, ex officina Erasmiana, 1968), X]. Sobre el tema, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Ratio scripta* (Frankfurt am Main, Klostermann, 1981), p. 21.

²³⁹ ACCURSIUS, gl. *curavit*, ad Cod., tit. *De fideicommissis*, l. *Quamvis* (= Cl. 6, 42, 15).

²⁴⁰ BALDUS, *In sextum Codicis librum commentarii*, tit. *De liberis praeteritis vel exheredatis*, l. *Maximum* (Cl. 6, 28, 4), núm. 16 (Veneriis, 1599), fol. 93^v [reimpresión como BALDUS, *Commentaria omnia* (Goldbach, Keip Verlag, 2004), VII]: "Quando certa est ratio legis, licet tacita, tamen potest argui ex ea, tamquam ex finali causa [...] tunc autem est certa quando sola ipsa reddi potest [...]. Sed quando ratio statuti esset dubia, vel congrue reddi non posset, tunc ex tali ratione non possumus arguere, quia non est necessaria, sed magistralis". Véase LEBEVRE, Charles, *Les pouvoirs du juge*, cit. (n. 121), pp. 33-34.

²⁴¹ SUÁREZ, FRANCISCO, *De legibus*, lib. VI, cap. 4, núm. 6 [ed. cit. (n. 21), IV, p. 645]. Cf. lib. VI, cap. 2º, núm. 20 (*ibid.*, pp. 641-642).

prusiano de 1794, en materia hermenéutica había permitido un recurso al "indubitado fundamento de la ley" ("*aus dem [...] unzweifelhaften Grunde des Gesetzes*"); y que el § 6 del Código austríaco había hecho lo propio al hablar de "la clara intención del legislador" ("*aus der klaren Absicht des Gesetzgeber*").

d) En tales circunstancias, no es nada extraño que Bello se haya sentido movido a exigir que un recurso al "espíritu", que el Código de la Luisiana autorizaba sin más, fuera sobre la base, empero, del espíritu claro, cierto y conocido, lo cual también resultaba válido para la "intención"; de donde la fórmula: "*Claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento*" [sc. de la ley].

Pero, ¿cuál es el grado de manifestación que ahí se exige? Este problema se relaciona con la distinción tradicional de *ratio expressa* o *scripta* y *tacita*. No cabe duda que la primera cumple, por definición, con el requisito de estar manifestada en la ley o en la historia fidedigna de su establecimiento (siempre que sea "*claramente*"). Ahora bien, si tenemos presente que de aquello que se dice estar "*manifestado*" no se dice necesariamente estar "expresado", porque algo puede ser tácitamente manifestado, entonces resulta que la dicción del inciso 2° del artículo 19 es apta para incluir también a la *ratio tacita*. Esta norma sólo exige, pues, que la intención o el espíritu de la norma sean patentes, evidentes, palmarios, notorios, ostensibles y perspicuos.

Se observará que en los textos de Bello, y de los dos Códigos europeos antes citados, no era algo más lo que se pedía, es decir, que en ninguno de ellos se discurre sobre la base de la *ratio expressa* o *scripta*. Bello únicamente dice que "*la razón que ha determinado la voluntad del legislador*" debe ser sabida "*de cierto*"; que no se debe "*atribuirle intenciones imaginarias para hacer violencia al sentido*"; insiste en que la intención del legislador debe ser "*suficientemente conocida*"; y da por sentado que la razón es "*deducida de los motivos manifestos*" que han obrado en el ánimo del legislador. Por su parte, el Código prusiano se limita a exigir que la razón sea "indudable", y el austríaco, que sea "clara". Bello, pues, no modificó en su Código el diseño de la manifestación de la razón legal que había trazado en sus *Principios* y podía ver en sus modelos.

e) Si ahora nos preguntamos por los fundamentos que habrá tenido Bello para completar el modelo del Código luisiano en esta parte, debemos decir que no debieron de diferir de los que siempre tuvo en vista la secular doctrina concerniente: evitar el riesgo de atribuir falsas razones o intenciones al legislador, destinadas a desvirtuar el sentido de la ley. Bello, por lo demás, lo dejó directamente expresado: "*no atribuirle intenciones o miras dudosas para violentar el sentido*"; en sus *Principios de Derecho internacional*; y "*no atribuirle intenciones imaginarias para hacer violencia al sentido*", en la "nota" editada por Amunátegui.

4. Ya hemos hecho ver que la fórmula legal se aplica tanto a la intención como al espíritu ("*manifestados*", dice el texto). Ella, por otra parte, admite dos modos de "manifestación clara" de la intención o espíritu: bien que consten "*en ella misma*", o sea, en la ley²⁴⁶; bien que consten "*en la historia fidedigna de su establecimiento*" [sc. de la ley]. En esta parte, el adjetivo "*fidedigna*" es una nueva manera de insistir en la certidumbre de la constancia o manifestación del espíritu o de la intención: no basta, en efecto, la historia del establecimiento de la ley, y debe aquélla ser digna de toda fe. Como hemos visto, Bello ilustró este último modo en la nota al artículo 17 inciso 2° del "Proyecto de 1853": "*La historia fidedigna del establecimiento de una ley sería, por ejemplo, la relación de los debates ocurridos en el Cuerpo Legislativo al tiempo de discutirse el proyecto*", texto éste que repitió casi literalmente en su "Comentario" al artículo 19 inciso 2° del Código.

Es claro que lo dicho acerca de los debates parlamentarios se aplica también a otros instrumentos, como el texto del mensaje o de las mociones, también a las actas de sesiones de las comisiones que suelen elaborar los proyectos.

²⁴⁶ La idea de que la razón de una ley pueda constar en ella misma es un obsequio al estilo medieval y moderno de redacción de las leyes, en que tal cosa acaecía con frecuencia. Considérese, por ejemplo, Part. VI, 2, 11: "*Declarar deue e nombrar el fazedor del testamento por si mismo el nome de aquel que estableciere por heredero. Ca si el otorgasse poder a otro que lo estableciere en su lugar, no valdría, Maguer dixesse assi: aquel sea mio heredero que fulano quisere, o estableciere por mio que lo sea. Esto es porque el establecimiento del heredero e de las mandas non deue ser puesto en aluedrio de otro*". En este texto podemos distinguir la norma que, llevada a lenguaje legislativo moderno, puede rezar así: "El heredero debe ser designado por el propio causante, aunque diere a otro el poder de hacer su testamento" (cosa que era posible en el derecho castellano medieval: véase *Fuero Real*, lib. III, tít. 5, ley 7); y su razón: para que no se deje el nombramiento del heredero al albedrío de un tercero. Así que puede decirse que en la ley 11 citada, su razón consta en ella misma. Se observará que Bello normativizó esta razón en el artículo 1063 CCCh.: "*La elección de un asignatario [...] no dependerá del puro arbitrio ajeno*"; hecho lo cual, no necesitó disponer que el asignatario debe ser designado por el propio causante. Sobre la materia: MERELLO, Italo, "Una hipótesis en torno a la aceptación del poder para testar en los proyectos del Código Civil chileno", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2 (Valparaíso, 1977), pp. 131 ss.

§ 15. LA EXTENSIÓN DE LA LEY.
SU AMPLIACIÓN Y SU RESTRICCIÓN

1. Nos fijaremos ahora en el artículo que finalmente fue el 23 del Código, acerca del cual antes dijimos algo particular²⁴⁷. Un artículo 17 del "Anteproyecto manuscrito", que en el "Proyecto de 1853" lleva el número 21, y el número 23 en el "Proyecto Inédito", estableció: "*La distinción que se hace de las leyes en favorables y odiosas no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes*". La redacción de la primera parte de la disposición sufrió una mudanza en el artículo 23 del "Proyecto de 1855", y la nueva forma quedó invariada en el artículo 23 del Código, así: "*Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes*".

Para el artículo completo, el "Anteproyecto manuscrito", el "Proyecto de 1853" y el "Comentario" citan al artículo 20 CCLuis. Su texto original de 1808 era: "*La distinction des lois en lois odieuses et en lois favorables, fait dans la vue d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive*". En la revisión a que se sometió este código en 1825, la norma quedó así: "*La distinction des lois en lois odieuses et lois favorables, dans la vue de restreindre ou d'étendre leurs dispositions, ne peut être faite par ceux qui sont chargé de les interpréter*". Seguramente el cambio estuvo determinado por la necesidad de corregir la asimetría entre *lois odieuses* y *lois favorables*, por un lado, y *étendre* y *restreindre*, por otro; y sobre todo de precisar la ambigua y anodina atribución de ser "*abusive*" la distinción. La versión original había sido extraída, con modificaciones insignificantes, del artículo 10 del título 5º del *Livre préliminaire* del "Projet de l'an VIII": "*La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive*".

²⁴⁷ Véase más arriba el § 9.

Naturalmente, Bello tuvo a la vista la versión de 1825. Interesa comparar la norma luisiana con las chilenas:

CCLuis., art. 20	"Proyecto de 1853", art. 21 = "Proyecto Inédito", art. 23	"Proyecto de 1855", art. 23 = CCCh., art. 23
1 La distinction des lois en lois odieuses et lois favorables,	La distinción que se hace de las leyes en favorables y odiosas	Lo favorable u odioso de una disposición
2	no se tomará en cuenta	no se tomará en cuenta
3 dans la vue de restreindre ou d'étendre	para ampliar o restringir	para ampliar o restringir
4 leurs dispositions,	su interpretación.	su interpretación.
5 ne peut être faite par ceux qui sont chargé de les interpréter.		
6	La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.	La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

Sobre las mudanzas operadas en las cláusulas de la línea 1 trataremos en otro lugar²⁴⁸. Bello alteró su modelo, en orden a sustituir "*ne peut être faite par ceux qui sont chargé de les interpréter*" (línea 5), por el conciso mandato de que "*no se tomará en cuenta*" la distinción (línea 2), acerca de lo cual también trataremos en el mismo lugar anunciado. Ahora son interesantes, por un lado, la sustitución de "*leurs dispositions*" (línea 4) por "*su interpretación*" (ibíd.); y, por otro, el añadido de la cláusula "*La extensión que deba [...]*" (línea 6).

2. Esta última cláusula, como se ve, no aparece en el Código luisiano, como tampoco en el proyecto francés. En realidad debemos considerarla como una creación autónoma de Bello. Pero muy probablemente le fue inspirada por el aludido Código. Éste decía que la distinción de leyes favorables y odiosas hecha en función de extender o restringir sus disposiciones es abusiva, lo que Bello concretó como prohibición de considerarla y tomarla en cuenta para ampliar o restringir la interpretación de las leyes. Hasta ahí llegó la influencia directa del artículo 20 CCLuis. Ahora bien, la norma resultante, como ya la del modelo, era negativa, pues señalaba que la distinción "*no se tomará en cuenta*" para ampliar o

restringir la interpretación. Podemos suponer que Bello sintió la necesidad de algún criterio positivo, en que se dijera qué es "lo que sí se tomará en cuenta" para ampliar o restringir la interpretación. La segunda parte del artículo 21 del "Proyecto de 1853" y sus derivados hasta el artículo 23 del Código (línea 6) cumple claramente ese papel de indicar un criterio positivo: después de haberse señalado, pues, lo que no debe considerarse para ampliar o restringir la ley, se indicó lo que sí debe considerarse para establecer su extensión, que quedó fijado en el "*genuino sentido*" de la ley y en "*las reglas de interpretación precedentes*". Para obrar así, Bello disponía del caudal hermenéutico proveniente de la tradición.

3. En lo concerniente a la sustitución de "*leurs dispositions*" [sc. de "les lois"] (línea 4) por "*su interpretación*" [sc. de las leyes] (ibíd.), de la que resultó ser la interpretación, y no las disposiciones, la que no debe ampliarse o restringirse según lo favorable u odioso, ello debemos ponerlo en relación con la expresión que sigue: "*La extensión que deba darse a toda ley [...]*" y con el principio "*in claris non fit interpretatio*", al que nos referiremos más adelante²⁴⁹.

4. En el artículo 23 CCCh., dejando a un lado por el momento las nociones de "*lo favorable*" y "*lo odioso*", encontramos tres ideas importantes. Por una parte, que toda ley tiene una "*extensión*". En seguida, que la "*extensión*" de una ley guarda relación con "*ampliar*" y "*restringir*" su interpretación, como si se hubiera querido expresar: "La extensión más amplia o más restringida *que deba darse a toda ley*", etcétera. En fin, que la extensión que debe darse a la ley viene determinada "*por su genuino sentido*" y "*según las reglas de interpretación precedentes*". Con respecto a esta última cláusula, ya hemos dicho lo suficiente²⁵⁰.

Considerada en sí misma la cláusula "*se determinará por su genuino sentido*", ella no hace más que reafirmar el principio central de la hermenéutica legal, de deber indagar ésta el verdadero sentido de la ley (el *verus sensus* de los medievales²⁵¹, o el *vrai sens* de Domat²⁵², del "Projet de l'an VIII"²⁵³ y del CCLuis.²⁵⁴).

²⁴⁸ Véase el § 16.

²⁵⁰ Véase el § 9.

²⁵¹ GUZMÁN BRITO, A., Hist. interpret., p. 49.

²⁵² DOMAT, J., *Lois civiles*, lib. prel., tít. 1º sec. 2ª, princ. (I, 1, p. 83): "Il arrive, en deux sortes de cas, qu'il est nécessaire d'interpréter les lois. L'un est, lorsqu'il se rencontre dans une loi quelque obscurité, quelque ambiguïté ou quelque autre défaut d'expression; car alors il faut l'interpréter pour découvrir quel est son vrai sens". Véase GUZMÁN BRITO, "La doctrina de Jean Domat", cit. (n. 9), pp. 57 ss.

²⁵³ "Projet de l'an VIII", lib. prel., tít. 5º, art. 6. Ahí también aparece *veritable sens* ("Projet de l'an VIII", lib. prel., tít. 5º, art. 2 inc. 2º).

²⁵⁴ CCLuis., artículos 16 y 18.

²⁴⁸ Más abajo, en el § 24.

00000000120

Mirada esa cláusula, sin embargo, en relación con el pasaje entero en que está sita, viene a querer decir más concretamente que el "genuino sentido" de la ley es el regulador, o determinante, como señala el texto, de la extensión de esa ley. Extensión que, finalmente, en la economía del íntegro artículo, significa interpretación amplia o restringida de la ley. En el entendido que "ley" ahí en realidad está por "tenor literal" de la misma. Traducido esto al lenguaje tradicional, la norma viene a decir que el tenor literal de la ley recibe ampliación o restricción, determinándose así su extensión, de acuerdo con el alcance del sentido de la ley misma.

En este punto podemos volver a la "nota" de Bello editada por Amunátegui en la "Introducción" al tomo XIII de sus *Obras completas*, que precedentemente hemos transcrito²⁵⁵; en ella, después de hablarse de la razón de la ley, se dice: "La interpretación podrá ser [...] unas veces extensiva y otras restrictiva", para enseguida ofrecer el ejemplo de una ley que ordenase impetrar autorización judicial de poder un tutor enajenar los inmuebles pupilares, ampliable a su hipoteca; y exponer la situación de las leyes penales, siempre interpretables restrictivamente; y terminar con esta exposición: "Donde la ley no distingue, dice una máxima vulgar, no debe distinguir el hombre. Entendida como suena, se hallaría muchas veces en conflicto con la que permite restringir el sentido literal de la ley, cuando así lo requiera la intención del legislador, suficientemente conocida. Su legítima aplicación es a los casos en que, para limitar la extensión de la ley, no hay alguna razón poderosa deducida de los motivos manifiestos que han obrado en el ánimo del legislador": La "máxima vulgar" a que alude Bello era uno de aquellos brocardos sintetizadores de cierta posibilidad de interpretación, o, mejor, significación lata, y que supone entender un término dotado de varios sentidos en todos ellos. Bello advierte que el tenor de esa máxima puede entrar en conflicto con otra, con aquella que autoriza la restricción del sentido literal hasta los límites de la intención del legislador suficientemente conocida, porque en tal caso resulta lícito entender un término dotado de varios sentidos en tan sólo uno de ellos, si tal fue dicha intención; en otras palabras, que resulta lícito distinguir para restringir. Por lo cual, explica Bello, la legítima aplicación de la primera de esas máximas es ésta: que no es lícito al hombre distinguir cuando el sentido literal de la ley no distingue, siempre y cuando no exista una "razón poderosa deducida de los motivos manifiestos que obraron en el ánimo del legislador", puesto que si tal razón existe, entonces en virtud de ella es posible distinguir y, en consecuencia, restringir.

Este texto nos muestra en manera suficiente que Bello, cuando preparaba sus materiales para la redacción del § 4 del *Título preliminar*, se movía cómodamente

en el sistema interpretativo tradicional, y aceptaba sus principios y consecuencias, en este caso, las nociones de interpretación extensiva y restrictiva reguladas por la razón de la ley y la intención del legislador, en cuanto fundantes del verdadero sentido de la ley. Lo cual no es raro, porque ya en sus *Principios* Bello había escrito textos como el siguiente: "Cuando se ve claramente cuál es el sentido que conviene a la intención del legislador o de los contratantes, no es lícito dar a sus expresiones otro distinto"²⁵⁶; y también éste: "Conocida la razón suficiente de una disposición (esto es, la razón o conjunto de razones que la han dictado), se extiende la disposición a todos los casos a que es aplicable la razón, aunque no estén comprendidos en el valor de las palabras; y por el contrario, si ocurre un caso a que no es aplicable la razón suficiente, debemos exceptuarlo de la disposición, aunque atendiendo a lo literal parezca comprenderse en ella. En el primer caso, la interpretación se llama extensiva; y en el segundo, restrictiva"²⁵⁷.

En tales circunstancias, tampoco es raro que en la importante segunda parte del artículo 23 Bello haya visto la necesidad de reafirmar, bien que en forma compacta, la idea del genuino sentido legal como determinante de la extensión, esto es, de la ampliación o restricción de una ley; en el entendido de que ya antes, en el artículo 19 inciso 2º, se había referido a los superiores reguladores del sentido, a su vez, cuales son el espíritu (= razón) de la ley y la intención, siempre que consten claramente.

5. Se ve, pues, que a partir de un contexto particular, Bello introdujo una idea general, que salta de ese contexto. Este último atañe a la prohibición de tomar en cuenta lo favorable u odioso de una disposición para ampliar o restringir su inter-

²⁵⁶ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3, núm. 3 (X, 1, p. 177). Véase VATTEL, E., *Droit de gens*, lib. 2º, cap. 17, § 274 (II, p. 259): "Quand on voit manifestement quel est le sens qui convient à l'intention des contractants, il n'est pas permis de détourner leurs paroles à un sens contraire". Cfr. WOLF, Chr., *Institutiones*, cit. (n. 18), § 801: "Cum ex intentione promissarii constet, quid sibi promitti voluerit, si manifestum fuerit, quinam verborum sensus conveniat intentioni promissarii, non licet eum perducere ad alium intentioni ipsius et diametro contrario" ("Cuando a partir de la intención de los promitentes conste qué quisieron prometerse entre sí, y fuere manifiesto cuál sentido de las palabras convenga a la intención de los promitentes, no es lícito conducirlo [a otro sentido] en el diámetro contrario a la intención de los mismos").

²⁵⁷ *Ibid.*, núm. 14 (X, 1, p. 179). Cfr. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 290 (II, p. 272): "Lorsque la raison suffisante et unique d'une disposition, soit d'une loi, soit d'une promesse, est bien certaine et bien connue, on étend aux cas où la même raison est applicable, quoiqu'ils ne soient pas compris dans la signification des termes. C'est ce qu'on appelle l'interprétation extensive". *Ibid.*, § 292 (II, p. 274): "[...] s'il se présente un cas auquel on ne puisse absolument point appliquer la raison bien connue d'une loi ou d'une promesse, ce cas doit être excepté, quoique, à ne considérer que la signification des termes, il paraisse tomber sous la disposition de la loi ou de la promesse [...]". Sobre la interpretación extensiva y restrictiva, véase WOLF, Chr., *Ius naturae*, §§ 520 y 526-527.

²⁵⁵ Véase lo más arriba a propósito de la nota 201.

pretación. La norma que reza: "*La extensión que deba darse [...]*", no bien que complete la idea anterior, y aunque haya sido inspirada a Bello por su contenido, según antes vimos, alcanza valor autónomo y general: no es solo a propósito del tema de las leyes favorables u odiosas que debe acudir al genuino sentido de una ley para ampliar o restringir su interpretación, sino siempre, aunque no haya cuestión de favor u odio. De hecho, tal es la primera regla de interpretación, que Bello debió haber situado en el frontispicio mismo del § 4 del *Título preliminar*.

Este valor autónomo y general de la regla situada en la segunda parte del precepto se entiende mejor al observar que la de su primera parte, concerniente a la inhabilidad de lo favorable u odioso para ampliar o restringir la interpretación de las leyes, lógicamente ocupa el lugar de una consecuencia particular de la regla de la segunda parte: es debido a que la extensión de la ley queda determinada por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes que no es posible tomar en cuenta lo favorable u odioso de esa ley para ampliar o restringir su interpretación.

§ 16. "CUANDO EL SENTIDO DE LA LEY ES CLARO
NO SE DESATENDERÁ SU TENOR LITERAL".

"IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO" E INTERPRETACIÓN DECLARATIVA

1. Si la segunda parte del artículo 21 del "Proyecto de 1853" (= artículo 23 CCCh.) considera al "*(genuino) sentido*" de la ley como el factor regulador de su extensión, vale decir, de la extensión de su tenor literal (con sentido), en orden a ampliarlo o restringirlo, eso implica reconocer dos posibilidades: i) que el sentido del tenor literal de la ley puede ser más restringido que el sentido de la ley, y por ello es que se lo amplía hasta hacerlo coincidir, por así decirlo, con este segundo sentido; o bien ii), que el sentido del tenor literal de la ley puede ser más amplio que el sentido de la ley, de donde que se lo restrinja hasta hacerlo congruente con éste. En ambos casos lo operado es una determinación de la extensión de la ley (esto es, del sentido de su tenor literal), merced al "*(genuino) sentido*" de la ley, como ordena la segunda parte del artículo 21 del "Proyecto de 1853" (= artículo 23 CCCh.).

Ahora bien, la sola presentación de estas dos posibilidades de relacionarse el sentido del tenor literal de una ley, y el sentido de esa misma ley insinúa de inmediato que lógicamente existe una tercera posibilidad de tal relación, consistente en que el sentido de las palabras de cierta ley coincida con el sentido de esa ley; esto es, que no lo exceda ni le haga defecto. Pero si el sentido del tenor literal expresa congruentemente, sin más y sin menos, el sentido de la ley, de ello se sigue que nada hay que ampliar o restringir en aquél. El tenor literal refleja el sentido; el sentido está correctamente expresado por el tenor literal. La ley, en consecuencia, hay que aplicarla según el tenor literal; mas no por ser tenor literal, sino porque él porta consigo exactamente el (genuino) sentido.

Esta tercera posibilidad, empero, no está dicha *expressis verbis* en el artículo 21 del "Proyecto de 1853" (= artículo 23 CCCh.). Lo cual no impide que sea fácil incorporarla en él por la vía interpretativa. Porque, en efecto, cuando el (genuino) sentido de la ley está congruentemente expresado por el sentido de su tenor literal, la extensión que deba darse a esa ley también queda determinada por tal (genuino) sentido, sólo que, en el caso, y por la base de que se parte, éste se

traduce en el del tenor literal. La ley, en consecuencia, debe aplicarse según ese tenor; mas no por ser tenor literal, sino porque él porta consigo exactamente el (genuino) sentido, que es lo ordenado por la segunda parte del artículo 21 del "Proyecto de 1853" (= artículo 23 CCCh.).

Con todo, no es necesario, aunque no dañe y sea natural, concluir esta operación hermenéutica sobre la disposición, porque la posibilidad en que ella consiste ya había sido tratada por el inciso 1º del artículo 17 del "Proyecto de 1853" (inciso 1º del artículo 19 CCCh.): "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal [...]". Esta norma cobra todo su valor si y sólo cuando se la pone en relación, pues, con la segunda parte del artículo 21 del "Proyecto de 1853" (= artículo 23 CCCh.), de la que es complemento inevitable. Unidas, ofrecen el panorama íntegro de las tres operaciones clásicas de la interpretación extensiva, restrictiva y declarativa, que dan solución a los tres fenómenos posibles de observar una vez puestos en relación el sentido del tenor literal de una ley y el sentido de la ley misma, consistentes en que éste sea más amplio que el sentido de las palabras de la ley, o bien más restringido que él, o, en fin, que ambos resulten coincidentes. Supuesto que la ley es su sentido, menester es, pues, ampliar las palabras de la ley hasta donde llegue el sentido de esta última y aplicarla según él; o bien restringirlas, y también aplicar la ley según su sentido; o, en fin, ni ampliarlas ni restringirlas, y proceder a aplicar la ley todavía según el sentido, que en tal caso es lo mismo que aplicarla según su tenor literal del cual, por consiguiente, no hay que apartarse, porque eso es respetar el sentido, y en el caso sólo así se lo respeta.

De paso, hay que insistir en la cabal comprensión de los fenómenos hermenéuticos demostrada por Bello cuando, como en su lugar se vio²⁵⁸, hubo de mudar la fórmula del modelo lusiano: "Quand la loi est claire [...]" en esta otra: "Quando el sentido de la ley es claro [...]". La primera forma es ambigua, porque puede significar tanto que el sentido de la ley sea el claro, cuanto que sus palabras lo sean. Ahora bien, de lo que se trata es, no de unas palabras legales claras, sino de un sentido legal claro, aunque menester sea reconocer que éste torna en claras a aquéllas.

2. En el Derecho medieval se formó la idea, diversamente expresada, y tan repetida que hasta puede considerarse haber llegado a constituir un brocardo²⁵⁹,

en orden a que cuando la letra de la ley es clara, indubitable, manifiesta, no ambigua, no hay lugar a la interpretación. La idea, que se conservó en el Derecho moderno, había tenido un punto de partida romano²⁶⁰, pero adquirió peculiaridades terminológicas propias en el Derecho medieval y moderno. Todavía hoy suele repetírsele —mas, como veremos, para criticarlo— bajo la fórmula "in claris non fit interpretatio" ("en las cosas claras no se hace interpretación"), aunque sólo haya sido posible documentar fórmulas meramente parecidas, como "quando verba sunt clara non recipiunt interpretationem" ("cuando las palabras son claras, no reciben interpretación")²⁶¹, "interpretatio cessat in claris" ("en las cosas claras cesa la interpretación")²⁶² o "in claris non admittuntur interpretationes" ("en las cosas cla-

Continuación nota ²⁵⁹

2001); MASUELLI, Saverio, "In claris non fit interpretatio. Alle origine del brocardo", en *Rivista di Diritto Romano. Periodico di storia del diritto romano, di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna* 2 (2002), pp. 401 ss.: en versión electrónica se la ve en: <http://ledonline.it/rivistadirittoromano>; SÁNCHEZ RUBIO, M^a Aquilina, "La interpretación en el derecho: 'in claris non fit interpretatio'", en *Anuario de la Facultad de Derecho* [de la Universidad de Extremadura, España] 22 (2004), pp. 417 ss.

²⁶⁰ Hay dos textos antiguos que pudieron servir de matriz. Por un lado, CICERÓN, *de inventione* 2, 44, 127: "cum et scriptum aperte sit et adversarius omnia confiteatur, tum iudicem legi parere, non interpretari legem oportere" ("cuando lo escrito sea abierto [sc. claro] y el adversario haya confesado todo, entonces el juez debe obedecer la ley, no interpretar la ley"). El pasaje pertenece a un contexto en que Cicerón examina el *status ex scripto et sententia*, según el cual, en una controversia que versa sobre textos, retóricamente se puede asumir, bien la defensa de lo escrito, bien la de su sentido. Entre los argumentos que el *status ex scripto* permite al orador —dice Cicerón—, está aquel que consiste en recordar al juez su juramento de respetar las leyes (afirmación ciceroniana ésta que es un típico traslado indiscriminado de una realidad griega, ya que en Roma un tal juramento no existía), y que sólo por dos motivos puede él dudar, vale decir, cuando lo escrito es oscuro, o si el adversario niega los hechos; pero si lo escrito es abierto (no oscuro, es decir, claro), y el adversario lo ha confesado todo, entonces el juez debe obedecer la ley, esto es, aplicarla sin más, no interpretarla. Por otro lado se presenta Dig. 32, 25 pr.-1 (Paul., 1 ad Neratium): "Ille aut ille heres Seio centum davo: potest Seius ab utro velit petere. 1. Cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis questio" ("Este o aquel heredero dé cien a Seyo: Seyo puede pedir [sc. los cien] al que de los dos él quiera. 1. Cuando en las palabras no hay ninguna ambigüedad, no debe admitirse indagación de la voluntad"). El jurista examina un legado dispuesto a favor de Seyo a cargo de uno de dos herederos, en forma subjetivamente alternativa (vale decir, para que lo cumpla el uno o el otro). El jurista decide que esa fórmula significa que el legatario puede pedir el objeto legado a cualquiera de los dos, a su entera elección. La univocidad, o ausencia de ambigüedad, de la fórmula de este legado, que no permite otra inteligencia que la dicha, es la que justifica las frase del núm. 1, según la cual cuando en las palabras, pues, no hay ambigüedad, no se debe dar lugar a investigar si la voluntad del testador fue otra que la deducida de sus palabras (*quaesitio voluntatis*).

²⁶¹ DA IMOLA, Alessandro, *Consilia*, lib. 2, cons. 62 [citado por PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, p. 80].

²⁶² FORSTER, Valentin, *Interpres sive de interpretatione juris libri duo*, lib. II, cap. 4º (último), reg. 13, núm. 1 (Wittenberg, 1613), fol. 386.

²⁵⁸ Más arriba, § 11, 2, a).

²⁵⁹ Sobre este aforismo: SCHOTT, Claud Dieter, "Interpretatio cessat in claris. Auslegungsfähigkeit und Auslegungbedürftigkeit in der juristischen Hermeneutik", en SCHRODER, Jan (editor), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zum Romantik. Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie* (Stuttgart, Steiner,

ras no se admiten interpretaciones")²⁶³, y muchas otras, que, como se ve, no coinciden exactamente con aquella, aunque ofrezcan su mismo sentido²⁶⁴.

a) Entendido este aforismo de acuerdo con el sentido moderno de sus términos, lleva a equívocos graves. Porque, en efecto, al aparentar querer significar que la interpretación de una ley queda excluida cuando es clara, se enfrenta con el hecho de que la claridad u oscuridad de cierta ley es un resultado al que sólo se llega después de interpretarla; de guisa que el aforismo da lugar al círculo vicioso de afirmar no ser menester interpretar si hay claridad, en circunstancias de que para saber si hay claridad menester es interpretar.

La clave del aforismo, sin embargo, que evita tan ostensible círculo vicioso y su fácil crítica²⁶⁵, estriba en el significado con que va usado el término "interpretatio" en él, que no es el general de indagar el verdadero o genuino sentido de una ley, sea ésta clara, sea oscura o ambigua, o bien defectuosa, sino uno asaz particular: el de ampliarla o restringirla.

En el a veces oscilante lenguaje medieval²⁶⁶, algunos autores solieron distinguir, en efecto, dos operaciones que denominaron *significatio verborum* e *inter-*

pretatio. La primera estaba destinada a inventariar, por así decir, todos los significados posibles de una palabra, y en especial su significado propio. La *interpretatio*, en cambio, era la operación ulterior, conducente a dar un significado más extenso o más restringido a los términos individualmente considerados, o en conjunto. Así, por ejemplo, leemos en Bartholomaeus Cepolla († 1477): "La significación es cuando no se aparta del verdadero y propio intelecto del vocablo, pero cuando se dilata o extiende, o coarta o restringe el intelecto del vocablo, entonces esto no se llama significación sino interpretación"²⁶⁷. Si, por consiguiente, la *significatio verborum* de unas palabras claras y perspicuas de la ley aparece como suficiente para descubrir el sentido de ésta, por modo de concluirse que el sentido y la letra de la ley coinciden, y puesto que la ley se aplica según su sentido, la operación hermenéutica queda terminada, sin necesidad de adaptar los términos legales restringidos a un sentido más amplio, o extensos a un sentido más restringido, que sería obra de interpretación²⁶⁸.

b) Pero los juristas no siempre se atuvieron a esta rígida diferenciación entre *significatio verborum* e *interpretatio*. Hubo quienes incluyeron dentro de la *interpretatio declarativa* a la operación por otros designada con la primera expresión²⁶⁹. Aun así había coincidencia en los resultados. Porque tanto quienes resumían la cuestión con el recurso a la idea después expresada con el aforismo, cuanto quienes no lo podían usar porque para ellos la *significatio verborum* era una de las maneras de interpretar, estaban contestes en que ante palabras legales usadas claramente en sentido propio no hay lugar a ampliaciones o restricciones, de modo de deber estarse a tales palabras. La misma idea del aforismo, pues, la hallamos manifestada de otra manera en varios autores en quienes no encontramos aquél. Así, por ejemplo, leemos en Cepolla: "regularmente no hay que apartarse de las

²⁶³ [ANÓNIMO], *Manissa decisionum Sacrae Rotae Romanae ad Thearum veritatis et iustitiae cardinalis de Luca* (Venetiis, 1726), p. 376.

²⁶⁴ Entre SCHOTT, C., "Interpretatio cessat in claris", cit. (n. 259) y MASUELLI, S., "In claris non fit interpretatio", cit. ibidem, han coleccionado un número apreciable de formulaciones de la regla *in claris*, sobre todo de la época moderna, porque, curiosamente, ella no aparece bien perfilada en los medievales, aunque debe aceptarse que la idea central estaba presente entre ellos, como se ve, por ejemplo, en BALDUS: "Si statutum iudicis tribuat potestatem interpretandi, intelligitur in causis ambiguis, non in claris" ("Si un estatuto [sc. municipal] atribuye la potestad de interpretar al juez, se entiende que ello es en las causas ambiguas, no en las claras") [cit. por SCHOTT, C., "Interpretatio cessat in claris", cit. (n. 259), p. 166], porque de ello se puede colegir que en las causas claras no hay interpretación. De todos modos, la formulación más antigua parece ser la de Th. AQUINATENSIS, *STh.* II^a II^{ae}, qu. 120, art. 1, resp. ad 3: "Ad tertium dicendum quod interpretatio locum habet in dubiis, in quibus non licet, absque determinatione principis, a verbis legis recedere. Sed in manifestis non est opus interpretatione, sed executione" ("[...] debe decirse que la interpretación tiene lugar en las cosas dudosas, en las cuales no es lícito apartarse de las palabras de la ley, salvo por determinación del príncipe. Pero en las cosas manifiestas no hay tarea para la interpretación sino para la ejecución"), si bien es posible que, como piensa SCHOTT, cit. ibi, p. 164, en ese pasaje, Tomás de Aquino haya podido haber tomado como modelo las palabras de CICERÓN, *de inventione* 2, 44, 127, antes recordadas: "tum iudicem legi parere, non interpretari legem oportere" ("entonces el juez debe obedecer la ley, no interpretar la ley").

²⁶⁵ En las que cae PERLINGIERI, P., "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo 'in claris non fit interpretatio', il ruolo del art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola della esegesi", en *Rassegna di Diritto Civile* 6 (1985), pp. 990 ss., entre tantos otros que periódicamente se dan el trabajo de criticar el aforismo en pos de demoler un fantasma.

²⁶⁶ Sobre esto, véanse NICOLINI, U., *Il principio di legalità*, cit. (n. 121), pp. 228-246; PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, pp. 62-80.

²⁶⁷ CEPOLLA, B., *De verborum et rerum significatione* (1460), en *Opera* (Lugduni, 1578), fol. 465: "Significatio est, quando non receditur a vero et proprio intellectu vocabuli, sed quando dilatatur, seu extenditur, ver coarctatur seu restringitur intellectus vocabuli, tunc ista non dicitur significatio sed interpretatio" (cit. por PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, p. 66 y nota 8^{ba}).

²⁶⁸ En los siglos XVII y XVIII, el aforismo *in claris non fit interpretatio* se desligó de sus presupuestos terminológicos originales, pero conservó su sentido general de excluir las ampliaciones, restricciones, analogías y correcciones a la ley, cuando su texto aparece concebido con palabras claras, esto es, de significado propio y unívoco, en un ambiente en que el legislador quiere defender su ley de la manipulación de los doctores, o de los tribunales, o de ambos. Sobre esto: GORLA, Gino, *I precedenti storici*, cit. (n. 138).

²⁶⁹ Así, Bartolus, Baldus y otros: véase PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, pp. 67-70.

palabras o de la significación propia de las palabras"²⁷⁰. Lo mismo decía De Federicis: "[...] no se aparta de la propia significación de las palabras cuando no puede constar evidentemente una mente contraria de la ley"²⁷¹. Pero ellos, como epígonos de los medievales en materia de interpretación, no hacían más que sintetizar sus ideas. Así, Bartolus: "Las palabras de la ley deben entenderse según la propia significación"²⁷²; o Baldus: "la regla es que estamos a la propia significación de las palabras"²⁷³. Por cierto, en estos casos no hay lugar a pensar en ampliar o restringir las palabras, a las cuales se dice deber estarse.

c) Ahora bien, aclarado el verdadero sentido del aforismo, surge o puede surgir otra crítica: él sería un trasunto de cierta concepción literalista de la interpretación. Pero esta crítica resulta nuevamente incompetente. Los juristas medievales y modernos, como ya los romanos, sabían bien que de estos dos elementos integrantes de una ley: sus *verba* (significativos) y su *sensus*, el rector es este último, y según él hay que aplicar la ley, aunque sus *verba* sean más restringidos o más amplios. Ahora bien, cuando ocurra que el *sensus legis* y sus *verba* coincidan, ese principio no sufre modificación, solo que en tal caso lo aplicado son éstos en cuanto trasuntan exactamente el *sensus*, pues no hay razón para apartarse de tales *verba*. Estas ideas aparecen paladinas en el siguiente pasaje de Stephanus de Federicis: "algunas veces la significación propia de las palabras es congruente con el sentido [sc. de la ley] y entonces se observa una y otro"²⁷⁴.

3. Bello expresó de otra manera la idea esencial del brocardo en sus *Principios*: "[...] no se debe interpretar lo que no tiene necesidad de interpretación"²⁷⁵. Tan compacta dicción traduce una igualmente compacta de Vattel: "[...] il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation"²⁷⁶. Sólo que el autor suizo había

añadido inmediatamente ciertas explicaciones, que Bello omitió. Dijo aquél: "*Quand un acte est conçu en terms claires et précis, quand le sens en est manifeste et ne conduit à rien d'absurde, on n'a aucune raison de se refuser au sens que cet acte présente naturellement. Aller chercher ailleurs des conjectures pour le restreindre ou pour l'étendre, c'est vouloir l'éluder*"²⁷⁷. En ambos textos de Vattel está expresada la equivalencia de "interpretación", por un lado, y "restreindre-étendre", por otro. Que no se deba interpretar, en efecto, significa que no se debe restringir ni extender; de donde se colige que es en lo uno y en lo otro en lo que interpretar consiste. Eso viene a decir Vattel.

También la nota que adosó Bello al inciso 2º del artículo 19 del código (= inciso 2º del artículo 17 del "Proyecto de 1853) en su "Comentario" puede ser usada en el actual contexto de nuestra discusión sobre el inciso 1º: "*El interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio, es atribución del Poder Legislativo. Pero los litigios recaen a menudo sobre el sentido que cada una de las partes atribuye a la ley, y no es una ley nueva, sino la opinión del juez, lo que debe dirimir la cuestión. El juez no podría ejercer su ministerio sin esta facultad de interpretar. [...]*". Se tendrá presente que el texto se refiere a "interpretar las leyes" por el legislador y por el juez. Con respecto a la interpretación que hace este último, expresa que, soliendo recaer las controversias sobre unos diversos sentidos atribuidos a la ley por sus partes, la sentencia del juez debe ser la que las dirima, para lo cual necesita "esta facultad de interpretar". Ahora bien, este "Comentario" ilustra, no el inciso 1º, sino precisamente el inciso 2º: "*Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados [...]*". Si se tiene presente que el vocablo "interpretar" está presente en ese inciso y que él no comparece en el inciso 1º, entonces resulta manifiesta la razón de que el "Comentario" aparezca asignado precisamente al inciso 2º. Lo cual conduce muy naturalmente al pensamiento de que el juez ejerce "esta facultad de interpretar", no "cuando el sentido de la ley es claro" (inciso 1º), mas cuando hay una "expresión oscura" en la ley, caso en el que "bien se puede, para interpretar[la]", recurrir a su intención o espíritu, etcétera (inciso 2º). Así que, en síntesis, según este "Comentario" se interpreta en la hipótesis del inciso 2º, pero no en aquella del inciso 1º. La razón de semejante paradoja la conocemos, pues consiste en la fidelidad de Bello a la idea de que "[...] no se debe interpretar lo que no tiene necesidad de

²⁷⁰ CEPOLLA, B., *De verborum et rerum significatione* (1460), en *Opera* (Lugduni, 1578), fol. 458: "regulariter a verbis seu a propria significatione verborum non est recedendum [...]" (cit. por PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, p. 74 y nota 45).

²⁷¹ DE FEDERICIS, St., *De interpret. legum*, pars tertia, núm. 59, fol. 221: "[...] cum de contraria mente legis evidenter constare non possit, a propria verborum significatione non receditur".

²⁷² BARTOLUS, *Super primam Codicis partem*, tit. *De sacrosancta ecclesia*, l. *Habent*, núm. 5 (Venetiis, 1599) fol. 9º [reimpresión en Bartholus DE SAXOFERRATO, *Commentaria* (Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996), VII]: "*Verba legis debent intelligi secundum propriam significationem*".

²⁷³ BALDUS, *In primum, secundum et tertium Codicis librum* (Venetiis, 1599), tit. *De legibus et constitutionibus principum*, l. *Non dubium*, n. 8, fol. 65º [reimpresión como BALDUS, *Commentaria omnia* (Goldbach, Keip Verlag, 2004), VI]: "*regula est quod statim propriae significationi verborum*".

²⁷⁴ DE FEDERICIS, St., *De interpret. legum*, pars tertia, núm. 60, fol. 221: "*aliquando propria verborum significatione sententia congruit et tunc sine dubio utrunque servatur*".

²⁷⁵ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 2, regla 1ª (X, 1, p. 176).

²⁷⁶ VATTEL, E., *Droit des gens*, § 263 (II, p. 251): "[...] il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation".

²⁷⁷ *Ibid.* Cfr. WOLF, Chr., *Jus naturae*, § 460: "*Si singula verba fixum ac determinatum haberent significatum, et loquentem semper mentem suam sufficienter iisdem exprimerent, nulla interpretationem fore opus*" ("Si las palabras singulares tuvieran un significado estable y determinado, y los hablantes siempre expresaron suficientemente su mente con ellas, no hay lugar a ninguna interpretación").

interpretación", como dijo en sus *Principios*. Nosotros sabemos, por la historia del dogma, que no hay necesidad de interpretar *in claris*, esto es, cuando "el sentido de la ley es claro" a través de sus palabras. A condición de no olvidar que, en este contexto, "interpretar" sólo abarca las operaciones de la ampliación y la restricción²⁷⁸.

Otro tanto podemos ver en el artículo 23 CCCh.: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes". Antes observamos que en el modelo de esta norma, vale decir, en el artículo 20 CCLuis., se decía "restreindre ou d'entendre leurs dispositions", pero Bello dijo: "ampliar o restringir su interpretación". Ahora debemos añadir que tal vez la sustitución de "dispositions" por "interpretación" nuevamente está en relación con el concepto de interpretar como operación consistente en ampliar o restringir, que es de lo que se trata en el precepto.

En la misma dirección se orientaba un temprano pasaje de Bello, perteneciente a un escrito aparecido en *El Araucano* de 13 de septiembre de 1839, que, más íntegro, antes hemos invocado para otros efectos²⁷⁹. Dice: "Que sea necesario interpretar las leyes para su aplicación a los casos que ocurren, y que en esta interpretación varíen a menudo las opiniones, es una cosa a que debemos resignarnos como inevitable en todo sistema legal, por acabado y perfecto que se le suponga. Pero los trabajos de la legislatura pueden estrechar cada día este campo de incertidumbres y disputas, decidiendo los puntos dudosos [...]"²⁸⁰. Se advertirá que "interpretar las leyes para su aplicación a los casos que ocurren" aparece aquí como un mal, porque da origen a una variedad de opiniones productoras de "incertidumbres y disputas", al que no es posible, empero, resistir cual a una fatalidad. Bello se refería con "interpretar", pues, a las operaciones hermenéuticas consistentes en entender las

leyes en forma diferente a lo que dicen sus palabras, vale decir, a aquellas operaciones que conducen a ampliar o restringir las palabras legales.

4. Pese a todo, preciso es dejar constancia que hay un texto de Bello que resulta algo perturbador.

a) Primeramente lo copiaremos: "[...] mientras unos adhieren estrictamente al texto, y tachan de licenciosa la inteligencia de sus antagonistas, otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse en la mente del legislador y asistir a sus consejos. Por este medio, según conciben, se toman por guía, no las palabras de la ley, sino su intención, su idea. Pero lo que sucede las más veces es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia. Y de aquí tantas y tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más claros. Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restringirla sino cuando de ella resulten evidentes absurdos o contradicciones; y que todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad y destruye el imperio de la ley"²⁸¹. Añadió más adelante: "Entre nosotros, donde el genio del despotismo y la lógica de los comentaristas han acostumbrado a los hombres a ver agujereadas y barrenadas y eludidas las leyes por consideraciones vagas de conveniencia o de equidad, por lo que se llama espíritu en contraposición a la letra, serían pocos tal vez los que [...]"²⁸².

En este pasaje de 1842, Bello se expresa con ironía del método que consiste en "internarse en la mente del legislador", "asistir a sus consejos", tomar "por guía, no las palabras de la ley, sino su intención, su idea", y, al menos aparentemente, asume la defensa de un método literalista de interpretación ("lo más seguro es atenerse a la letra"), sólo morigerado por un eventual resultado absurdo o contradictorio. Lo extraño es que, diez años antes, Bello había expuesto en sus *Principios* el método ridiculizado en aquel texto, como el propio de la interpretación de las leyes y los tratados internacionales; y que unos once años después, lo volvería a exponer en su proyecto de Código.

b) El fragmento hace parte de un escrito polémico de Bello, concerniente a la interpretación al artículo 8 de la Constitución de 1833²⁸³, que establecía el requisito de saber leer y escribir para ser ciudadano activo con derecho a sufragio, aunque su Primera disposición transitoria retrasara hasta el año 1840 la exigibilidad de tal requisito. Ahora bien, la Constitución de 1828 no había precisado la alfa-

²⁷⁸ Este texto del "Comentario" finaliza con una cita: "Véase Merlin, Répertoire: palabra Interpretation". El pasaje ahí citado lo hemos reproducido en otro lugar (más arriba § 6, 5, b), y en realidad corresponde al fragmento de un discurso de Tronchet ante el "Conseil d'État" proferido durante el proceso de discusión del "Projet de l'an VIII", para defender la facultad que deben tener los jueces de interpretar las leyes, y advertir sobre el abuso consistente en reducirlos a un papel pasivo, que la Asamblea Constituyente había cometido durante la Revolución, cuando les prohibió semejante interpretación. El pasaje del "Comentario" de Bello inmediatamente anterior a la cita (desde "Pero los litigios") corresponde literalmente a una parte del discurso de Tronchet reproducido por Merlin con inversión de las frases que lo componen. Ahora bien, en su discurso, Tronchet usaba la palabra "interpretación" en sentido general y usual. Pero Bello le dio un sentido más restringido, precisamente el que aquí hemos ofrecido, a efectos de hacerlo funcionar como ilustración del inciso 2º.

²⁷⁹ Más arriba, en el § 6, 6.

²⁸⁰ BELLO, Andrés, "Legislación", en *Opúsculos jurídicos*, cit. (n. 60), p. 337.

²⁸¹ BELLO, Andrés, editorial de *El Araucano* N° 632, de 30 de septiembre de 1842, en *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), p. 139.

²⁸² *Ibid.*, p. 140.

²⁸³ Véase más arriba § 11, 3.

betización para acceder a la calidad de ciudadano activo. En tales circunstancias, podía plantearse la duda de si aquellas personas que habían alcanzado la ciudadanía bajo el imperio de la Constitución de 1828 sin saber leer ni escribir, por no serles requerido, y a 1840, ya bajo la nueva carta, aún no habían aprendido a hacerlo, conservaban su ciudadanía, a pesar del artículo 8 y la Primera disposición transitoria de la Constitución de 1833; o si, en cambio, su situación debía ser juzgada en los términos de tales disposiciones, de modo de serles exigible saber leer y escribir en 1840 para ser ciudadanos. Con motivo de la discusión de una nueva ley electoral, el Gobierno y la mayoría del Senado se mostraron inclinados a respetar la ciudadanía preadquirida. En unos artículos publicados en *El Semanario de Santiago*, de 25 de agosto y 22 de septiembre de 1842, Manuel Antonio Tocornal se hizo cargo, en el primero de ellos, de los inconvenientes políticos y sociales que ofrecía el sufragio de los analfabetos, atacando de ese modo, pero en forma velada, la interpretación del Gobierno y la mayoría del Senado, que precisamente conducía a conservar el derecho de votar a unos analfabetos; en el segundo, entró llanamente en el problema de la hermenéutica constitucional que antes expusimos. Mediante un artículo editado en *El Araucano* de 30 de septiembre del mismo año, seguido de otros dos, Bello tomó la defensa del parecer oficial en contra de Tocornal²⁸⁴.

c) Los artículos aparecidos en *El Araucano* no fueron escritos por el Bello jurista y legislador, sino por el retórico, defensor de la postura interesada del Gobierno en una polémica abierta. Para tal ocasión, Bello se inspiró en el *status scriptum et sententia* de la antigua *ars rethorica*.

En ella, se llama *status* a ciertos puntos de vista tipificados, desde los cuales se puede enfocar una controversia. Cada *status* es fuente de determinados argumentos, apropiados a la defensa del punto de vista adoptado, que el orador encontrará, por lo demás, en los manuales. De esta forma, incluso se puede prever la argumentación que podría usar el contrincante, si se supone que irá a adoptar un *status* y no otro, lo que permite diseñar una estrategia de ataque y defensa. Uno de los *status* es el antes enunciado. Cicerón, por ejemplo, ofrece esta definición del *status scriptum et sententia* en su *de inventione*: "La controversia a partir de lo escrito y la sentencia consiste en que uno usa las palabras mismas que están escritas, y el otro atribuye toda la dicción a aquello que dice haber sentido el escritor"²⁸⁵. En los *topica*

²⁸⁴ Los escritos de Tocornal y Bello, en *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), pp. 128-179.

²⁸⁵ Cic., *de inv.* II, 42, 121.

recuerda que en este *status* "[...] la voluntad del escritor se opone a lo escrito, de modo de inquirir si más deben valer las palabras o la sentencia"²⁸⁶.

Sobre si para interpretar un escrito se deba estar a sus palabras o al sentido que le quiso imprimir su autor, la técnica retórica no se pronuncia; pero ofrece argumentos, tanto al orador que quiere defender su causa apoyándose en lo escrito, como a aquel que desea litigar fundado en el sentido.

En el *de inventione*, Cicerón ofrece los siguientes argumentos para aquel que quiere usar el *status* de la *scriptura*: debe comenzar por elogiar al legislador o al testador, y alegar la necesidad de que el juez se atenga al texto, sobre todo si se trata de textos auténticos, como una ley. Debe, además, comparar la conducta o la intención del acusado con el texto mismo (para mostrar cómo aquéllas caen en él); preguntarse con admiración si se puede negar que lo escrito, escrito está; debe leerlo en alta voz; alegar que las pretensiones del adversario sólo llevan a la incertidumbre; y que si los hechos son claros y caen en las palabras, el juez, en observancia de su juramento, debe obedecer a la ley y no interpretarla (*iudicem legi parere, non interpretari legem oportere*). Quien defiende lo escrito, además, debe abundar sobre el hecho de que no nos es dado argumentar con la voluntad de alguien que, precisamente para impedir hacerlo, nos dejó un indicio escrito de su voluntad, y que se siguen muchos inconvenientes al apartarse del texto, pues aquellos que escriben su voluntad no podrán estar seguros de que ella haya de observarse en el futuro, y una vez que los jueces se habitúen a alejarse de lo escrito, no tendrán nada cierto que seguir. Dirá el defensor de la escritura que si se quiere mantener la voluntad del autor del texto, lo que debe hacerse es precisamente seguir lo escrito por él, y no indagar una voluntad que quedó fuera de la escritura. Añadirá que se es más fiel a dicha voluntad siguiendo la expresión que el autor dejó como imagen de aquélla. Si el que defiende el sentido de la ley alegó un fundamento para haber transgredido su letra, hay que contraalegar ser absurdo no negar haber transgredido la ley y buscar fundamentos para explicar por qué se la transgredió; y que esto es subvertir el orden del proceso, porque antes era el acusador quien probaba a los jueces el motivo de la transgresión, y con aquella defensa, en cambio, es el propio acusado quien demuestra por qué delinquirió. Por otro lado, alegará que no conviene aceptar haber fundamentos en contra de lo escrito en las leyes en general; que aunque ello fuese permisible en todas las demás leyes, en ésta de la cual se trata no lo es; y que aunque en ella también lo fuera, el

²⁸⁶ Cic., *top.* 25, 96: "[...] opponitur scripto voluntas scriptoris, ut quaeratur verbane plus an sententia valere debeant". Cfr. *part. orat.* 31, 108.

fundamento alegado no es admisible. Por otra parte, dirá el defensor del texto que a su redactor no le faltaron ni ingenio, ni pericia ni ninguna facultad apropiada como para no haber podido escribir claramente; que si él hubiera creído que el caso del cual se trata debía quedar exceptuado, nada fue más fácil y simple que haberlo dicho expresamente, ya que quienes escriben las leyes suelen usar precisamente de las excepciones; lo cual se puede probar invocando leyes que hacen excepciones expresas a sus propias normas, como incluso puede ocurrir en la misma ley de que se trata o en otras del mismo legislador; todo ello probará que éste no hubiera dejado de introducir la excepción del caso si lo hubiese querido. Alegará que aceptar un fundamento para eludir la ley es borrarla, y que una vez aceptado, no podrá dejar de serlo nuevamente en el futuro; que adoptar este principio es ofrecer a todos los medios y la ocasión de ser criminales, porque entonces los delitos pasarán a ser juzgados según los caprichos del delincuente y no según la ley que se ha jurado respetar por los jueces. Se afirmará que apartarse de los términos de la ley es subvertir los principios que guían a los jueces en sus juicios y a los ciudadanos en su conducta. Si los jueces no se atienen a lo escrito, no tendrán nada a que atenerse y carecerán de autoridad para juzgar a los otros, por haber ellos juzgado en contra de la ley; ni los ciudadanos sabrán qué debe hacerse si cada cual, sin respeto por las leyes, actúa según su propio consejo y en virtud de razones que se le viene a la mente o del interés propio. El oficio del juez carecería de todo sentido si se permite al delincuente despreciar las leyes. Cicerón insiste abundantemente en argumentos de este tipo; y termina por aconsejar al que defiende el texto que también se valga del argumento consistente en atacar la equidad del fundamento alegado para justificar la transgresión de la ley por parte de quien aboga por el sentido, aceptando la veracidad del hecho, con tal que se demuestre que ese fundamento no está amparado por la equidad, y de este modo se combatirá al adversario en su mismo terreno: la equidad²⁸⁷.

d) Los escritos de Bello fueron, pues, retóricamente contruidos²⁸⁸. Sin poder hacer aquí un pormenorizado estudio sobre su estructura en tal sentido, que fuere excesivo, nos contentaremos con hacer ver un par de aspectos en apoyo de aquella afirmación.

²⁸⁷ Cic., *De iur.* II, 43, 125 ss.

²⁸⁸ En la biblioteca de Bello se encontraban dos ediciones de obras completas de Cicerón: VELLEMAN, B., *Andrés Bello y sus libros*, cit. (n. 66), pp. 146 s. (registros N.ºs. 247 y 251).

En primer lugar, Bello plantea la definición del *status* empleado:

Bello

Cicerón, "de inventione"²⁸⁹

[...] mientras unos adhieren estrictamente al texto [...]

Por este medio, según conciben, se toma por guía [...] las palabras de la ley [...]

[...] otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse en la mente del legislador y asistir a sus consejos.

Por este medio, según conciben, se toma por guía [...] su intención, su idea.

La controversia a partir de lo escrito y la sentencia consiste en que uno usa las palabras mismas que están escritas, y el otro atribuye toda la dicción a aquello que dice haber sentido el escritor.

Enseguida anuncia su propia opción: "Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra".

En cuanto a los argumentos generales, Cicerón aconsejaba al defensor del *scriptum* mostrar las muchas desventajas que hay al defender la posibilidad de apartarse de lo escrito²⁹⁰. Bello muestra las siguientes:

- 1 Pero lo que sucede las más veces es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia.
- 2 Y de aquí tantas y tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más claros.
- 3 [...] todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad y destruye el imperio de la ley.
- 4 Entre nosotros, donde el genio del despotismo y la lógica de los comentaristas han acostumbrado a los hombres a ver agujereadas y barrenadas y eludidas las leyes por consideraciones vagas de conveniencia o de equidad, por lo que se llama espíritu en contraposición a la letra.

El examen en detalle de la argumentación específica confirma a cada instante el método retórico empleado por Bello. Presentemos tan sólo un par de ejemplos.

Cicerón

Bello

[...] el que defiende lo escrito dirá que se debe mirar a las leyes según ellas mismas, no según la utilidad del que las ha infringido²⁹¹.

[...] lo que sucede las más veces es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia²⁹².

²⁸⁹ Véase la nota 285.

²⁹⁰ Cic., *de iur.* II, 42, 128: "multa inconmoda consequi, si instituantur ut ab scripto recedatur".

²⁹¹ Cic., *de iur.* II, 48, 143: "[...] qui a scripto dicit, leges ex se, non ex eius, qui contra commiserit, utilitate, spectari oportere [...]"

²⁹² BELLO, Andrés, editorial de *El Araucano* N.º 632, de 30 de septiembre de 1842, en: *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), p. 139.

Mucho aprovecha mostrar cómo hubieran redactado [sc. el autor su texto] de haber querido que se hiciera o se entendiera lo que propone nuestro adversario²⁹³.

Con estos y con razonamientos similares se hace ostensible que no se debe admitir causas²⁹⁵ que estén fuera de lo escrito²⁹⁶.

Consideremos el artículo en sí mismo, y supongamos que la primera de las *Disposiciones Transitorias* no hubiese existido jamás [...]. ¿Dice acaso el artículo que no son ciudadanos activos sino los que ella describe [...].? Pues si no dice ninguna de estas cosas [...]. Supongamos una ley que dijese [...].²⁹⁴

Nosotros no podemos ver restricciones ni condiciones sino las que expresa la ley²⁹⁷.

e) Es importante tener presente, para mejor entender las tesis que Bello sostuvo en la ocasión, que Tocornal había dicho en apoyo de su interpretación: "La letra de la ley resuelve a nuestro juicio este problema"²⁹⁸. Así que Bello se vio conducido a extremar el *status pro scripto*, puesto que su adversario se había adelantado a escoger el mismo *status*. Con ello, se encontró en la difícil situación de tener que demostrar que esta última elección era incorrecta, y que Tocornal no aplicaba la letra de la ley sino que la restringía. Al efecto, hizo notar que el artículo 8 de la Constitución de 1833 exigía saber leer y escribir para adquirir la ciudadanía, y no para conservar la que ya se tenía desde antes de su promulgación, por lo cual se creyó en el caso de poder concluir que "el sentido de El Semanario se desvía de la letra de la Constitución. Su interpretación es restrictiva; y siéndolo, no puede ser literal"²⁹⁹. Una vez relocalizado el rival en el *status* que le correspondía, vale decir, en aquel *pro sententia*, conducente, en el caso, a defender la existencia una excepción

o restricción a la ley no expresada en ella³⁰⁰, Bello podía justificar los argumentos contrarios a ese *status* que antes había descargado, y mantener exclusivamente para sí el título de defensor de la letra de la Constitución contra los excesos de Tocornal, al cual había espetado: "Los que así pensasen, harían decir a la Constitución lo que no dice, tendrían por ley lo que no está en la ley"³⁰¹.

f) La realidad de las cosas es que Bello, bajo la forma del *status pro scripto* de la retórica, defendió en estos escritos aquello que en el lenguaje de la tradición hermenéutica se llamaba una *interpretatio declarativa*, consistente en sostener una perfecta congruencia entre el sentido de las palabras de la ley y el sentido de la ley misma, que impide la ampliación y la restricción. Sólo que en ella tal interpretación es una de las posibles, pues en igual nivel de posibilidad están la extensiva y la restrictiva. Es la técnica retórica escogida por el autor en el caso, la que hace aparecer una idea correcta, aunque parcial, bajo el manto de cierto absolutismo, como si la interpretación declarativa fuese la sola posible o la única a la cual lícitamente atender.

No debemos, pues, considerar ese texto como testimonio científico acerca de todo el método de interpretación³⁰², sino, a lo más, de parte de él, por más que bajo otros respectos nos haya sido y haya de sernos útil.

5. El inciso 1° del artículo 19 CCCh., empero, no contiene literalmente el brocardo "*in claris non fit interpretatio*". No dice él, en efecto, que cuando el tenor literal de la ley es claro, no se lo desatenderá. Dice algo distinto: cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal. Así que la norma se refiere, no a unos *verba clara*, mas a un *sensus clarus*. Pero el supuesto del brocardo es el mismo que el de la norma. Pues si ante palabras claras no cabe ampliación ni restricción (vale decir, "interpretación"), eso es así, como hemos visto, porque se supone que las palabras muestran un sentido correcto y congruentemente expresado por ellas. Ahora bien, cuando la norma dice que, siendo claro el sentido de la ley, hay que estar a su tenor literal, ello es así porque va supuesto que ese claro sentido está expresado correctamente y congruentemente por las palabras, de forma que tampoco cabe ampliación ni restricción. Se podría, pues, decir que el inciso 1° invierte el aforismo, o lo supone.

²⁹³ C.C., de inv. II, 41, 120: "Permutum autem proficiet illud demonstrare, quemadmodum scripsisset, si id, quod adversarius accipiat, fieri aut intellegi voluisset [...]"

²⁹⁴ BELLO, Andrés, editorial de *El Araucano* N° 632, de 30 de septiembre de 1842, en *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), p. 142.

²⁹⁵ Esto es, restricciones, excepciones o derogaciones parciales a la ley.

²⁹⁶ C.C., de inv., II, 45, 134: "His et huiusmodi rationibus ostenditur causam extra scriptum accipi non oportere".

²⁹⁷ BELLO, Andrés, editorial de *El Araucano* N° 632, de 30 de septiembre de 1842, en: *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), p. 145.

²⁹⁸ BELLO, Andrés, *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), p. 133.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 160.

³⁰⁰ La conclusión de Bello, empero, debió ser que Tocornal ampliaba la letra del artículo 8. Probablemente se confundió con la restricción, no interpretativa, sino en las consecuencias fácticas a que conducía la opinión de Tocornal, consistente en restringir el derecho de sufragio al sustraerlo a los analfabetos que lo tenían desde 1828.

³⁰¹ BELLO, Andrés, *Obras completas*, XVIII: *Temas juríd. y soc.*, cit. (n. 128), p. 142.

³⁰² Por tal razón fue un abuso editorial de Miguel L. Amunátegui Reyes, el curador del "Proyecto Inédito", que haya insertado este texto como nota al artículo 19 de ese proyecto.

Así que el significado del inciso 1º del artículo 19 CCCh. es el de obligar a la aplicación del tenor literal de la ley, vale decir, a la aplicación del sentido de las palabras de la ley, si el sentido de la ley misma es claro, lo cual está dicho bajo el concepto de que lo aplicable, en realidad, es el sentido mismo de la ley, y de que si se respetan las palabras, es en cuanto coincidentes con el sentido legal; todo en consonancia con la regla de la segunda parte del artículo 23 CCCh. Pero esta concepción supone la posibilidad de acertar el sentido claro de la ley, para enseguida compararlo con el sentido de las palabras de la ley, de modo de pronunciar la coincidencia (si existe), y descender, en fin, a la aplicación del tenor literal/sentido legal al caso de que se trate.

1. Ahora bien, ¿cómo acertar el sentido claro de la ley? El articulado del Código nada dice al respecto; únicamente se sitúa en la hipótesis de que el sentido de la ley sea claro. Sólo que eso no es lo mismo que un "tenor literal claro". Un término, expresión, frase o discurso son claros si de ellos no puede decirse que sean oscuros; y lo son cuando resultan ininteligibles, ambiguos, contradictorios, insuficientes o excesivos³⁰³. Hay ininteligibilidad si no sea posible entender el término, expresión, frase o discurso en ningún sentido, que no bien rara en textos legales más clásicos, puede no serlo en textos legales de circunstancia, apresuradamente despachados. La ambigüedad se produce cuando el término, expresión, frase o discurso admiten ser entendidos en al menos dos sentidos³⁰⁴. La contradicción es

³⁰³ Se trata de los "vicios de la locución" de la gramática y retórica clásicas. Sobre ellos: LAUSBERG, Heinrich, *Manual de retórica literaria* (1960, trad. castellana, Madrid, Gredos, 1967, reimpresión 1991), II, pp. 381 ss. (§§ 1063 ss.).

³⁰⁴ Se distinguen la ambigüedad lexical, referida a las palabras tomadas en absoluto o aisladamente, como si se dijera que consideradas en el interior de un diccionario, pero que al ser insertadas en la frase la tornan en ambigua, como en "Me hurtaron la gata", que no se sabe si va referida al animal hembra o al instrumento mecánico o hidráulico que funciona para levantar masas, que son dos sentidos atribuibles a la palabra "gata"; y la ambigüedad sintáctica, adolecida por la particular construcción de la frase (o el discurs-

la incompatibilidad entre el sentido de dos términos, expresiones o frases de un mismo discurso o entre el de dos discursos distintos, no prevista ni solucionada como tal en el conjunto³⁰⁵. La insuficiencia y el exceso, en fin, se tienen cuando en la expresión o frase hay términos, o en el discurso expresiones o frases de menos o de más. Se advertirá, empero, que el Código menciona a la "contradicción" como algo distinto de la "oscuridad" (artículo 24).

2. Sin embargo, un "tenor literal claro", vale decir, exento de oscuridad, no hace necesariamente a una "ley de sentido claro". Aun ante aquél, el sentido de ésta puede ser más extenso o más restringido, e incluso otro.

a) Consideremos el ejemplo que nos ofrece el inciso 1° del artículo 1463 CCCh.: "El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona". El análisis lexicológico de los términos componentes de esta frase legal no permite verificar ninguna oscuridad en ella, en el sentido precedentemente definido de esa expresión. En particular, se aplica tal juicio a los términos "donación" y "contrato", por el hecho de aparecer definidos en el Código mismo, en sus artículos 1386 y 1438. Sin embargo, no puede afirmarse que el sentido de la ley del inciso 1° del artículo 1463 CCCh. sea claro, cuando el intérprete se pregunta si el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva admite ser objeto de un legado (el cual puede recaer sobre derechos, de acuerdo con el artículo 1127 CCCh.)³⁰⁶, teniendo presente que un legado no es una donación ni un contrato. Si la norma hubiese dicho: "no puede ser objeto de un acto o contrato", es indiscutible que el legado de tal derecho hubiera caído bajo la potestad del precepto; pero al decir: "donación o contrato" quedó excluido de ella; de modo que, estando al claro tenor literal del inciso 1° del artículo 1463 CCCh., el legado de marras vale. Mas el código no ordena estar al tenor literal claro de la ley en su artículo 19 inciso 1°, sino al "sentido claro de la ley"; y no puede afirmarse que el sentido del artículo 1386 CCCh. sea claro, porque se esperaría que él contuviera asimismo al legado del derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva.

Continuación nota³⁰⁴

so), como en "Ticio, en presencia de Cayo, hirió a su padre", pues esta frase tanto dice que Ticio hirió a su propio padre en presencia de Cayo, cuanto que Ticio hirió al padre de Cayo en presencia del mismo Cayo.

³⁰⁵ Por ejemplo, bajo la forma de una excepción.

³⁰⁶ Como sería si una persona dispusiere en su testamento: "Lego a mi amigo Ticio el derecho que actualmente tengo de suceder a mi padre, aún vivo, en una cuota legitimaria", con la intención de que, al morir el padre del testador que tal cosa dispuso (con posterioridad a la muerte de éste), sea Ticio el que reclame la legítima que hubiera correspondido a ese testador, fundado en el legado.

b) Ahora bien, esta última afirmación únicamente puede ser suscitada al considerarse un elemento extrínseco al artículo, como es su razón o espíritu, vale decir, su fin, que puede ser construido así: la norma entiende evitar la sucesión por causa de muerte en el patrimonio de una persona debida a un efecto distinto al del testamento de esa persona (sucesión testamentaria) y al de la ley (sucesión intestada). Para conseguir tal fin, no puede admitirse la posibilidad de suceder por efecto de un acto entre vivos del causante y cualquier persona, ni de un acto por causa de muerte de alguien distinto al causante. Cuando el inciso 1° del artículo 1463 CCCh. prohibió contratos y donaciones sobre el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, sólo estatuyó dos de las hipótesis convenientes y funcionales al fin perseguido, pero omitió señalar una tercera, como es la de los legados. Pero la razón que hubo para prohibir contratos y donaciones sobre derechos de suceder a un vivo vale para prohibir legados sobre el mismo derecho; y si se aceptare que, por el contrario, sean lícitos tales legados, el inciso 1° del artículo 1463 CCCh., en realidad, se quedaría sin razón justificante. En consecuencia, es merced al espíritu de ese precepto que debe construirse su verdadero sentido, cual es el de prohibir todo acto o contrato (o, si se quiere, todo acto jurídico) sobre el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, vale decir, no sólo contratos y donaciones, mas también legados y, en general, cualquier otro acto que se concibiere, aun cuando el tenor literal claro del mismo precepto haya dicho menos.

Examinemos ahora un ejemplo de valor contrario, en que parezca haberse excedido la ley en su regulación. Así acaece en el artículo 1397 CCCh.: "[...] *hace donación el que remite una deuda* [...]". El texto no presenta duda alguna relativa a su tenor literal, cuyos términos componentes: "hacer donación", "remitir" y "deuda" poseen sentidos verificables. Pero este claro tenor literal entra en crisis cuando el intérprete se pregunta si ha de aplicárselo al caso de una remisión hecha a título oneroso, vale decir, por una contraprestación³⁰⁷; y seguramente aceptará que en ese artículo falta algo, de modo que su tenor fuera: "[...] *hace donación el que remite gratuitamente una deuda* [...]". De esta forma, ese tenor literal supuesto resulta ser, en realidad, el verdadero sentido de la norma, que expresó más que lo que debía expresar, para ser correctamente funcional al fin tácito que la justifica, a saber, que haya donación cuando una parte se empobrece y la otra se enriquece (artículo 1398 CCCh.), aunque sea bajo la forma de una remisión de deudas, lo cual no ocurre si en ésta intervino una contraprestación. En consecuencia, la potestad del precepto se restringe sólo al caso de remisión gratuita.

³⁰⁷ Como ocurre si el acreedor de un objeto libera al deudor a cambio de cierto servicio.

c) A partir de estos ejemplos podemos remontarnos a una exposición más general. El tenor literal claro de la ley puede ser provisionalmente considerado como manifestación del sentido claro de la misma ley hasta que, enfrentado con la casuística, se revele insuficiente o excesivo en función de portar todas las posibles hipótesis funcionales a su fin expreso o tácito, y sólo ellas. Si existen hipótesis funcionales al fin, pero no manifestadas a través del tenor literal, queda consentido extenderles la potestad de la ley; si del tenor literal se desprenden hipótesis no funcionales al fin, está permitido restringir esa potestad e inaplicarles la ley. Pero cuando todas las hipótesis contenidas en el tenor literal de la ley son funcionales a su fin, y no existen otras no contenidas en él que también lo sean, no cabe desatender el tenor literal, que entonces debe aplicarse sin más.

d) Del análisis precedente se desprende que en toda operación hermenéutico-legal el recurso al espíritu es algo imprescindible en el propósito de decidir si el sentido de la ley es claro u oscuro. El artículo 19 inciso 1º CCCh. no prohíbe tal recurso, mas que cuando aparezca como un "pretexto" para eludir la letra legal, porque el espíritu invocado es aparente, fantasioso, inconsistente, contradicente, improbable. Así que la operación hermenéutica actúa suponiendo espíritu tras espíritu para contrastar las hipótesis que les sean funcionales con las hipótesis previstas en el tenor literal, y para verificar su congruencia o incongruencia, hasta dar con el espíritu correcto, vale decir, con aquel claramente manifestado en la ley misma o en la historia de su establecimiento (de hecho ha de ser éste el primero al cual recurrirse), sea expresa, sea tácitamente si es el único posible. Hechas las verificaciones finales, el espíritu inverificable no puede ser alegado, a riesgo de ser considerado como un "pretexto". En tales circunstancias, la operación interpretativa puede ser también explicada como una manifestación del llamado "círculo hermenéutico", al menos en uno de los sentidos en que esta noción es usada, pero en función puramente metodológica, de acuerdo con la cual se acerca, asimismo, al método de ensayo y error.

§ 18. EL "TENOR LITERAL DE LA LEY" O "PALABRAS DE LA LEY"

1. Un artículo 14 del "Anteproyecto manuscrito" se refería a las palabras de la ley, en su inciso 1º, y a las palabras técnicas en el 2º. En el "Proyecto de 1853" ese artículo 14 fue separado en dos diversos: su inciso 1º formó sin alteraciones un artículo 18; y su inciso 2º, con una leve modificación, un artículo 18a³⁰⁸. Nos ocuparemos ahora preferentemente del inciso 1º del "Anteproyecto manuscrito", vertido como artículo 18 en el "Proyecto de 1853", cuyo tenor fue totalmente conservado en los artículos 20 del "Proyecto Inédito", 20 del "Proyecto de 1855" y 20 del Código promulgado, aunque será necesario adelantar algunas cosas con respecto al inciso 2º pasado como 18a al "Proyecto de 1853", y como 21 al "Proyecto Inédito", al "Proyecto de 1855" y al Código mismo.

a) La evolución completa fue, pues, la siguiente:

"Anteproyecto manuscrito", art. 14

"Proyecto de 1853", art. 18
(= 20 del "Proyecto Inédito")
= 20 del "Proyecto de 1855" = 20 CCCh.)

Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

³⁰⁸ Puesto que el inciso 2º del original artículo 14 del "Anteproyecto manuscrito", en el "Proyecto de 1853" apareció, no como 19, sino como 18a, la decisión se separar ambos incisos seguramente fue tomada a última hora, cuando haber numerado el inciso 2º como 19 hubiera implicado recorrer la numeración de todo el proyecto hacia adelante en un dígito, lo que resultaba antieconómico.

Art. 18a

Las palabras técnicas de alguna ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Las palabras técnicas de [alguna ciencia] toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

El "Anteproyecto manuscrito" invoca el artículo 14 CCLuis. para la primera parte del inciso 1° de su artículo 14 ("*Las palabras-mismas palabras*"); en una nota b) adosada a "*mismas palabras*". La segunda parte ("*pero cuando-significado legal*") de ese inciso va escuetamente glosada en una nota c) emplazada junto al término "*legal*", en donde sólo se dice: "*Limitación necesaria*". Otra nota, que como e) va añadida al vocablo "*diverso*" del inciso 2° del artículo 14, dice: "*Esta limitación ha parecido necesaria. Una palabra técnica puede usarse impropriamente en una ley, por falta de conocimientos especiales en sus autores: ¿cómo puede entonces darse a esta palabra una acepción que manifiestamente repugna a la mente del legislador, manifestada en la ley?*".

En el "Proyecto de 1853" hay una nota común para sus artículos 18 (= inciso 1° del "Anteproyecto manuscrito") y 18a (inciso 2° del mismo); y en ella van invocados los artículos 14 y 15 CCLuis., aunque es evidente que el artículo 14 se relaciona con el 18 del proyecto, en tanto que el 15 se refiere al 18a. La nota común añade la siguiente glosa: "*He introducido limitaciones que me parecen necesarias. Una palabra, sea técnica o no, puede emplearse impropriamente en una ley, sobre todo por falta de conocimientos especiales en sus autores. ¿Sería [nunca] racional tomar esa palabra en sentido diferente que el legislador?*". Se observará que esta glosa reproduce, con variantes, la nota e) al inciso 2° del artículo 14 del "Anteproyecto manuscrito", antes transcrita. Pero mientras esa nota e) se refería sólo a las palabras técnicas, la nota común del "Proyecto de 1853" concierne a cualesquiera palabras: expresamente dice: "*una palabra, sea técnica o no*". Se ve, pues, que Bello, en el "Proyecto de 1853" generalizó para todas las palabras, fueran técnicas o no, una nota originalmente pensada en el "Anteproyecto manuscrito" solo para las técnicas.

El "Comentario" al artículo 20 CCCh. (= artículo 18 del "Proyecto de 1853" = artículo 14 inciso 1° del "Anteproyecto manuscrito") también cita el artículo 14 CCLuis.; pero agrega la cita de su artículo 18. La mención de este último es un evidente error, pues su contenido en nada se relaciona con el del mencionado artículo 20 CCCh. En el resto, el "Comentario" se abstiene de toda glosa. Mas, a propósito del artículo 21 CCCh. (= artículo 18a del "Proyecto de 1853" = artículo 14 inciso 2° del "Anteproyecto manuscrito"), ese "Comentario" contiene la

siguiente glosa: "*Una palabra técnica puede emplearse impropriamente en una ley por falta de conocimientos especiales en sus autores. ¿Sería racional tomarla en diferente sentido que el legislador?*". Ella está basada claramente en la glosa que en el "Proyecto de 1853" aparece asignada a sus artículos 18 y 18a, según recientemente vimos, que atañe a todas las palabras, sean técnicas o no lo sean; sólo que ahora está referida únicamente a las técnicas.

b) Es paladino, por consiguiente, que el codificador desanduvo el camino recorrido para el "Proyecto de 1853", y volvió al punto de partida fijado en el "Anteproyecto manuscrito". La razón es clara: el problema originalmente discutido en la glosa era el de una palabra de sentido técnico usada impropriamente, empero, por el legislador, debido a falta de conocimientos especiales en él; la glosa decide que en tal caso debe estarse al sentido en que el legislador usó la palabra de marras, y no a su sentido técnico; de donde la limitación: "*a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso*". Ahora bien, el problema que se plantea con respecto a las palabras no técnicas es otro: en principio, ellas deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de esas palabras, como dicen en su primera parte el inciso 1° del artículo 14 del "Anteproyecto manuscrito", el artículo 18 del "Proyecto de 1853" y el artículo 20 del Código. Mas, puede ocurrir que el legislador las haya definido para determinadas materias; y entonces preciso es entenderlas en ese sentido legal; de donde la "*limitación necesaria*" de que "*cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal*", como dice la segunda parte de las disposiciones antes citadas. Para este problema, lo que dice la nota común a los artículos 18 y 18a del "Proyecto de 1853", en orden a que una palabra no técnica u ordinaria definida expresamente por el legislador para determinada materia "*puede emplearse impropriamente en una ley, sobre todo por falta de conocimientos especiales en sus autores*" es inadecuado y carece de sentido, porque no puede considerarse que una palabra legalmente definida ha sido usada en un sentido impropio, precisamente por haberse previamente definido su sentido. En cuanto a la pregunta final de la nota: "*¿Sería nunca racional tomar esa palabra en sentido diferente que el legislador?*", está de más la palabra "*nunca*", y sólo sin ella adquiere sentido aplicada a las palabras definidas expresamente por el legislador, porque, en efecto, no sería racional tomar la palabra definida en sentido diverso al definido³⁰⁹. Así que es claro que la generaliza-

³⁰⁹ En cambio, "*sería nunca racional*" significa "sería siempre irracional", y la sola pregunta así planteada da a entender que algunas veces sería racional tomar la palabra definida en sentido diverso al definido, lo que no está en el entendimiento de la norma. Fue lógico, pues, que la desorientadora palabra "*nunca*" desapareciera en el "Comentario", en donde sólo se lee: "*¿Sería racional tomarla [...]?*".

ción del problema originalmente planteado para las palabras técnicas en el "Anteproyecto manuscrito" a todas las palabras "sean técnicas o no" en el "Proyecto de 1853" fue equivocada; y por haberse dado cuenta de tal equivocación fue que en el "Comentario", Bello volvió a restringir ese problema a sólo las palabras técnicas. Con todo, como veremos, la nota común del "Proyecto de 1853" aún puede ser usada para dar solución a un problema singular no resuelto por los artículos 20 y 21 CCCh.³¹⁰

2. La comparación entre los artículos 14 CCLuis. y 18 del "Proyecto de 1853" (= 20 CCCh.), que, como se recordará, fue citado tanto por el "Anteproyecto manuscrito" para la primera parte de su artículo 14, cuanto por el "Proyecto de 1853" precisamente para su artículo 18, es ésta:

CCLuis., art. 14

Les termes d'une loi doivent être généralement entendus dans leur signification la plus connue et la plus usitée, sans s'attacher autant aux raffinemens des règles de la grammaire, qu'à leur acception générale et vulgaire.

"Proyecto de 1853", art. 18

Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras;

pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

a) Se observa que la norma luisiana —que no tiene correspondiente en el "Projet de l'an VIII"— sólo pudo estar en la base de la primera parte del artículo 18 del "Proyecto de 1853, hasta "mismas palabras"; y por ello es que en el "Anteproyecto manuscrito" la llamada de nota b), que reenvía a la cita del artículo 14 CCLuis., aparece justamente localizada después de "palabras".

En cuanto a la segunda parte, considerada como "limitación necesaria" en el "Anteproyecto manuscrito", parece obedecer a un impulso autónomo de Bello, fundado en la tradición, sin embargo, que consideraba la existencia de un *sensus civilis* en las palabras, dado precisamente por el legislador al definir las³¹¹.

b) Por otro lado, en sus *Principios de Derecho internacional*, Bello, siguiendo a Vattel, había escrito: "No podemos apartarnos del uso común de la lengua, si no

tenemos fortísimas razones para hacerlo así. Si se expresa que las palabras se han de tomar precisamente en su más propia y natural significación, habrá doble motivo para no separarnos del uso común; entendiéndose por tal el del tiempo y país en que se dictó la ley o tratado, y comprobándolo no con vanas etimologías, sino con ejemplos y autoridades contemporáneas"³¹².

Bello, en consecuencia, conocía los principios de la primera parte del artículo 18 del "Proyecto de 1853" a través de una doble vertiente: el Código luisiano y Vattel. Sin embargo, podemos observar que en la redacción del precepto se apartó terminológicamente de ambas fuentes y se acercó más a sus propios *Principios*.

El Código de la Luisiana había hablado, en efecto, de "significación más conocida y más usada" ("*signification la plus connue et la plus usitée*"), y de "acepción general y vulgar" ("*acception générale et vulgaire*"). Vattel, por su lado, acudía a la idea de "uso común de la lengua" ("*commun usage de la langue*"). Bello, en fin, también se refería al "uso común de la lengua" y a la "propia y natural significación", que él, sin embargo, presenta como una manifestación del uso. Ahora bien, ambos conceptos son los que aparecen bien ordenados en la primera parte del artículo 18 del "Proyecto de 1853": "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras", que se nos presenta como la redacción original del codificador, a partir de una reflexionada síntesis de sus fuentes.

3. En la disposición, cada palabra tiene un sentido bien definido.

i) El "sentido natural" de las palabras de la ley equivale al *sensus proprius* de los medievales, excluido el proveniente de las definiciones legales; en otras palabras, al *sensus naturalis* de la tradición posterior, en oposición al *civilis*, o dado por la ley³¹³.

ii) El sentido obvio de las palabras de la ley es la manera que tuvo Bello para designar el *sensus apertus* de los medievales, o sea, aquel en que ostensible y abiertamente fue empleado en tal caso por la ley. También a este sentido se había referido Bello en su tratado de Derecho Internacional, al escribir: "Cuando se ve claramente cuál es el sentido que conviene a la intención del legislador o de los contra-

³¹² BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3, núm. 2 (X, 1, p. 177). Cfr. VATTTEL, E., *Droit de gens*, § 271 (II, p. 257): "Dans l'interprétation des traités, des pactes et des promesses, on ne doit point sécarier du commun usage de la langue, à moins que l'on en ait de très-fortes raisons". Casi textualmente en WOLF, CHR., *Jus naturae*, § 470: "In promissis et pactis interpretandis a communi usu loquendi recedendum non est, nisi adsint rationes urgentes in contrarium" ("En las interpretaciones de promesas y pactos no hay que apartarse del uso común del hablar, a no ser que se presenten razones urgentes en contrario").

³¹³ Véase la nota 311.

³¹⁰ Véase más abajo, ibi, 4.

³¹¹ La terminología de *sensus naturalis-sensus civilis* la encontramos en SUÁREZ, FRANCISCO, *De legibus*, lib. VI, cap. 1, núm. 9 [ed. cit. (n. 21), IV, p. 626].

0000000127

tantes, no es lícito dar a sus expresiones otro distinto³¹⁴. En esta ocasión habló de "ver claramente" el sentido, que es lo mismo que "sentido obvio".

iii) Con la noción de entendimiento de las palabras de la ley según el uso general de las mismas palabras, Bello se acercó a *communis usus loquendi* o uso común del hablar³¹⁵. En la doctrina medieval tal era la principal fuente de impropiedad en los términos; pero en la doctrina siguiente el uso común terminó por ser abusivamente considerado como caso de propiedad, o sea, incluido dentro del *sensus proprius naturalis* en oposición al *sensus proprius civilis*.

iv) La definición expresa de los términos de la ley por parte del legislador para ciertas materias, es llamada "significado legal", y equivale al antiguo *sensus civilis*; sólo que Bello agrega en este tema el criterio de la *subiecta* o *substrata materia* (expresión esta última que emplea expresamente en sus *Principios de Derecho internacional*³¹⁶). La definición legal no es general, por lo tanto, ni vale para todos los casos para los que aparece la palabra definida. Dicho esto de otra manera, el significado legal debe asumirse en relación con la materia con que la ley formuló la definición.

4. De acuerdo con todo lo anterior, el artículo 18 del "Proyecto de 1853" (= 20 CC.) viene a decir esto: cuando un término de la ley ofrece un significado natural y un significado legal, debe preferirse este último si la materia así lo exige; cuando dicho término presenta dos significados naturales, pero sólo uno de ellos determinado por el uso general del término, debe estarse a este último; cuando él tiene dos significados naturales determinados por el uso general del término, debe aten-

derse al obvio en el que fue empleado, entendiendo por "obviedad" aquello que Bello entendió en su tratado de Derecho internacional, según vimos en el punto ii) del número 3 precedente, es decir, como el sentido que conviene a la intención del legislador, y al espíritu o razón de la ley, podríamos agregar, porque entonces el término cae dentro del concepto de "expresión oscura" empleado por el artículo 19 inciso 2º CC., ya que la ambigüedad, cual es el caso, era forma de oscuridad para Bello, según concluimos en su momento³¹⁷.

La norma nada dice para este otro caso: que un término, por ser raro, poco usual o culto no pueda ser analizado a la luz del uso general. Pero es evidente que ese término algún sentido propio debe tener, y que en alguno lo debió emplear la ley. Los antiguos recurrían a la conexión de significados y a la etimología. En su tratado, Bello aludió expresamente a "las vanas etimologías"³¹⁸, y el Código luisiano, a "los refinamientos de las reglas de la gramática", pero en ambos casos, para poner en evidencia la prelación del uso común por sobre ambas, que no es el caso que aquí hemos propuesto, consistente justamente en que no sea posible aplicar el criterio del uso general. Parece, pues, que no tan alejados de una solución andaban los antiguos; y no cabe duda que entonces no cabe otro recurso que el del análisis de la palabra a la luz de su sentido histórico, en el que la etimología ocupa su lugar. Por lo demás, Bello, en el mismo tratado citado, habló de "ejemplos y autoridades contemporáneas"³¹⁹. De hecho, como es sabido, en Chile suele recurrirse al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, que goza de gran autoridad contemporánea.

Tampoco la norma se sitúa en una quinta hipótesis: que la ley use un término en sentido no natural ni legal, es decir, impropio, en el entendido que éste no se encuentra determinado por el uso general, pues de lo contrario sería propio; en otras palabras, que la ley emplee incorrectamente sus términos. A este propósito podemos recurrir a la nota común a los artículos 18 y 18a del "Proyecto de 1853", que reza: "Una palabra, sea técnica o no, puede emplearse impropriamente en una ley, sobre todo por falta de conocimientos especiales en sus autores. ¿Sería [nunca]³²⁰ racional tomar esa palabra en diferente sentido que el legislador?". Esta nota fue examinada antes en otro contexto. Entonces, la criticamos por inadecuada al tema de las

³¹⁴ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3, núm. 3 (X, 1, p. 177). Cfr. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 274 (II, p. 259): "Quand on voit manifestement quel est le sens qui convient à l'intention des contractants, il n'est pas permis de détourner leurs paroles à un sens contraire". Cfr. WOLF, CHE., *Institutiones*, cit. (n. 18), § 801: "Cum ex intentione promissarii constet, quid sibi promitti voluerit, si manifestum fuerit, quinam verborum sensus conveniat intentioni promissarii, non licet eum perducere ad alium intentioni ipsius e diametro contrario" ("Cuando a partir de la intención de los promitentes conste qué quisieron prometerse entre sí, y fuere manifiesto cuál sentido de las palabras convenga a la intención de los promitentes, no es lícito conducirlo [a otro sentido] en el diámetro contrario a la intención de los mismos").

³¹⁵ Sobre el origen de este concepto en la lingüística estoica y en el Derecho romano, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, "El 'communis usus loquendi' en el Derecho romano", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 21 (Valparaíso, 1999), pp. 37-64 = *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, terza serie, Vol. 39 (1997 [pero 2004]), pp. 419-444. También, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el der. rom.*, cit. (n. 10), pp. 66-82.

³¹⁶ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3, núm. 7 (X, 1, p. 178). VATTEL, E., *Droit de gens*, § 281 (II, p. 263). Los textos se ven a propósito de la nota 337 y en ella. La expresión *substrata* (o *substracta*, también *subiecta*) *materia* pertenece a la tradición hermenéutica. Véase PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria della interpretazione*, p. 72 nota 39; SBRICCOLI, M., *Interpret. stat.*, cit. (n. 121), pp. 167 ss.

³¹⁷ Véase más arriba el § 12, 2, b).

³¹⁸ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3, núm. 2 (X, 1, p. 177). Cfr. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 272 (II, p. 258).

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ Sobre la necesidad de expurgar este "nunca", véase más arriba el § 18, 1, b).

palabras no técnicas en tanto definidas por el legislador, que es el tema de la segunda parte del artículo 18 del citado proyecto (tan inadecuada a él, que el propio Bello restringió la glosa a sólo las técnicas en el "Comentario" al artículo 20 CCCh.). Sin embargo, esta glosa puede servir ahora en relación con nuestro punto, relativo al uso impropio de palabras no técnicas en la ley. Para el caso en examen, la nota es como si dijera: "Una palabra no técnica puede emplearse impropriamente en una ley (sobre todo por falta de conocimientos especiales en sus autores). ¿Sería racional tomar esa palabra en diferente sentido que el legislador?". Como se ve, el planteamiento es del todo pertinente. Sólo que él, como decimos, no aparece tratado en la norma. Pero la nota le da una solución lógica, que entonces podemos acoger. En consecuencia, cuando la ley usa impropriamente sus términos, éstos no deben tomarse en su sentido propio sino en el impropio en que los empleó el legislador.

§ 19. LAS "PALABRAS TÉCNICAS" DE LA LEY³²¹

Antes vimos que el artículo 14 del "Anteproyecto manuscrito" constaba de dos incisos que resultaron separados en el "Proyecto de 1853". El inciso 2º de aquél, que decía: "*Las palabras técnicas de alguna ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso*", pasó a ser el artículo 18a del "Proyecto de 1853", con el cambio de "*alguna ciencia*" por "*toda ciencia*". La disposición transitó inalterada como artículo 21 al "Proyecto Inédito", al "Proyecto de 1855" y al Código.

Lo mismo el "Anteproyecto manuscrito" que el "Proyecto de 1853" citan el artículo 15 del Código de la Luisiana; no bien el "Comentario" de Bello omite la cita. Dice aquella norma:

CCLuis., art. 15

"Proyecto de 1853", art. 18a (= CCCh., art. 21)

Les termes de l'art ou les expressions et phrases techniques, doivent être interprétés, conformément à la signification et acception qui leur sont données par les personnes versées dans chacun de ces arts, métiers ou professions.

Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte;

a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

³²¹ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis libri tres*, lib. II, cap. 16º, § 3 (ed. cit. en nota 20, p. 409) y PUFENDORF, Samuel, *De iure nat. et gent.*, lib. V, cap. 12º, § 4 (ed. cit. en nota 19, I, p. 813) hablaban de "términos del arte" (*vocabula artium*), y la expresión, según SCHRÖDER, Jan, *Recht als Wissenschaft* (München, Beck, 2001), p. 57 n. 308, empezó a ser usada a principios del siglo XVI, para la cual afirmación invoca el texto de Grotius cit. ibi. THOMASUS, Christian, *Institutiones jurisprudentiae divinae* (1688, 7ª ed., Halae Magdeburgicae, 1720. Reimp. Aalen, Scientia, 1963); lib. II, cap. 12º, § 14 (p. 226), ya habla de *verba technica* o *termini artis*. Wolf dice *vocabula artium* o *termini technici* y Vattel, *termes techniques* y *termes propres aux arts et aux sciences*, como se ve en la nota que sigue.

Nuevamente vemos que la disposición luisiana sólo pudo ser base de la primera parte del artículo 18a: de aquella que llega hasta "arte"; lo cual explica que precisamente fuera a la altura de tal palabra que el "Anteproyecto manuscrito" la citara.

Por otro lado, también en esta materia Bello disponía de la tradición directa de Vattel, siguiendo al cual escribió en sus *Principios*: "Los términos técnicos deben tomarse en el sentido propio que les dan los profesores de la ciencia o arte respectiva; menos cuando consta que el autor no estaba suficientemente versado en ella"³²². Se ve que Bello en la primera parte de la norma ejecutó una precisa combinación entre este texto y el luisiano; pero que para la segunda ("a menos que aparezca", etcétera) se inspiró en sus *Principios* ("menos cuando consta", etcétera), aunque presentadas las cosas en términos objetivos, de haberse tomado en sentido diverso las palabras técnicas, y no en los subjetivos de no estar suficientemente versado en el sentido técnico el autor.

Acerca de este punto, Bello dejó tres testimonios bajo la forma de notas.

a) Por un lado, en el "Anteproyecto manuscrito", a la altura de "sentido diverso" agregó la siguiente aclaración: "Esta limitación ha parecido necesaria. Una palabra técnica puede usarse impropriamente en una ley, por falta de conocimientos especiales en sus autores: ¿cómo puede entonces darse a esta palabra una acepción que manifiestamente repugna a la mente del legislador, manifestada en la ley?". Esta nota funda, pues, la limitación al principio general concerniente a los términos técnicos, de poder tomarse ellos en sentido diverso al técnico, si aquél aparece claramente; y el fundamento radica en que el término técnico pudo haber sido empleado impropriamente en la ley, por ignorancia. La nota aclara, entonces, que no debe darse a la palabra su acepción técnica, sino precisamente la impropia, en el entendido que la verdadera mente del legislador aparezca de manifiesto en la ley, que determine una repugnancia entre el sentido técnico y el impropio usado en ella. De paso, volvemos a encontrar aquí la exigencia de *mens expressa*.

b) Por otro lado se presenta la nota del "Proyecto de 1853", común a sus artículos 18 y 18a, dice: "He introducido limitaciones que me parecen necesarias. Una palabra, sea técnica o no, puede emplearse impropriamente en una ley, sobre todo

por falta de conocimientos especiales en sus autores. ¿Sería [nunca]³²³ racional tomar esa palabra en diferente sentido que el legislador?".

Esta glosa, también referida a las palabras no técnicas, es inaplicable al artículo 18, que trata de tales palabras. Ese artículo dice dos cosas: i) que las palabras de la ley han de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; y ii) que cuando el legislador ha definido expresamente una palabra para ciertas materias, se le dará en éstas su significado legal. Ahora bien, la única "limitación necesaria" que se observa en la norma es lo que dice sub ii), en cuanto precisamente limita lo que dice sub i). Pero el comentario que contiene la glosa no encaja con tal limitación ni la explica, porque que haya una palabra no técnica y definida por el legislador nada tiene que ver con que una palabra pueda "emplearse impropriamente en una ley, sobre todo por falta de conocimientos especiales en sus autores". Si el legislador la definió, ya no hay cuestión de sentido propio o impropio, de uso correcto o incorrecto, de presencia o ausencia de conocimientos en el autor, ni cabe preguntarse si "sería racional tomar esa palabra en diferente sentido que el legislador", pues ella debe ser entendida según la definición de la ley, sin más.

Si ahora aplicamos la glosa al artículo 18a del "Proyecto de 1853", cuyo tema son las palabras técnicas, entonces resulta plenamente ilustradora de su contenido, a saber: i) que las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; y ii) salvo que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso. Esto último es una "limitación necesaria" de lo que se dice sub i), y tal limitación se explica bien, porque una palabra técnica bien "puede emplearse impropriamente en una ley, sobre todo por falta de conocimientos especiales en sus autores", y entonces cabe preguntarse si sería racional "tomar esa palabra en diferente sentido que el legislador"; a lo que la norma misma responde en sentido negativo, y que debe tomarse en el diverso sentido en que claramente ha sido usada.

c) El "Comentario" de Bello al artículo 21 CC. finalmente, expresa: "Una palabra técnica puede emplearse impropriamente en una ley por falta de conocimientos especiales en sus autores. ¿Sería racional tomarla en diferente sentido que el legislador?". Esta vez vuelve a ser correcta la aclaración, pues, igualmente, por la vía interrogativa, ella insinúa la irracionalidad de tomar un término técnico, usado en sentido impropio, en su sentido técnico, y no en el impropio empleado por el legislador; con lo cual dice lo mismo que la nota del manuscrito en justificación de la segunda parte del artículo.

³²² BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párt. 3, núm. 4 (X, 1, p. 177). Cfr. VATTEL, E., *Droit de gens*, § 276 (II, pp. 259-260): "Les termes techniques, ou les termes propres aux arts et aux sciences, doivent ordinairement s'interpréter suivant la définition qu'en donnent les maîtres de l'art". Cfr. WOLF, Chr., *Jus naturae*, § 478: "Vocabula artium, seu termini technici explicanda sunt per definitiones prudentium cujusque artis, seu accipienda in significato apud eos recepta in pactorum interpretatione, nisi adsint rationes urgentes in contrarium" ("En la interpretación de los pactos, los vocablos de las artes, o términos técnicos, deben ser explicados por medio de las definiciones de los entendidos de cada arte, o sea, aceptados con el significado recibido por ellos, a no ser que comparezcan razones urgentes en contrario").

³²³ Sobre la necesidad de no considerar este "nunca", véase más arriba el § 18, 1, b).

1. Prescribía el artículo 15 del "Anteproyecto manuscrito" en dos incisos: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. / Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, o de costumbres que tengan fuerza de ley; particularmente si versan sobre el mismo asunto". La norma fue repetida con idéntico tenor en el artículo 19 del "Proyecto de 1853"; y resultó conservada en el artículo 22 del "Proyecto Inédito", con eliminación del giro "o de costumbres que tengan fuerza de ley", en consonancia con la general política anticon-suetudinaria adoptada por la Comisión Revisora del "Proyecto de 1853", y así quedó también como artículo 22 en el "Proyecto de 1855" y en el Código.

El "Anteproyecto manuscrito" cita, para su inciso 1º, al artículo 16 del Código de la Luisiana; y al 17 del mismo Código para su inciso 2º. Lo propio hacen, pero sin distinguir incisos, la respectiva nota del "Proyecto de 1853" y el "Comentario" de Bello, aun cuando este último incluye además la cita textual de la ley *In civile est* del Digesto (= Dig. 1, 3, 24).

CCLuis., art. 16

Quand les expressions d'une loi sont douteuses, on peut en rechercher la signification, en examinant et comparant les termes ou phrases ambiguës avec les autres parties de la loi, afin de déterminer leurs véritable sens.

Art. 17

Les lois *in pari materia* ou sur un même sujet, doivent être interprétées suivant le

"Proyecto de 1853", art. 19 inc. 1º
(= "Proyecto Inédito", art. 22 = "Proyecto de 1855", art. 22 = CCCh., art. 22 inc. 1)

El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes,

de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Inc. 2º

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes [, o

rapport qu'elles ont l'une avec l'autre; ce qui est clair dans une loi, peut servir de base pour expliquer ce qui est douteux dans une autre.

de costumbres que tengan fuerza de ley³²⁴]; particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Por su parte, la ley *Incivilis est* (= Dig. 1, 3, 24), citada en el "Comentario", dice: "A no ser que se tenga en perspectiva a toda la ley, es incivil juzgar o dictaminar destacando alguna parte singular de ella"³²⁵.

Lo más cercano que al respecto se encuentra en el "Projet de l'an VIII" es esta norma: "Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut en combiner et en reunir toutes les dispositions"³²⁶. Una norma tan sintética y algo vaga como ésta sólo pudo servir a los codificadores luisianos como tópico inicial, que debía ser desarrollado con base en otras fuentes³²⁷.

2. En sus dos incisos, el artículo 19 del "Proyecto de 1853" (= artículo 22 CCCh.) trata de los criterios antiguamente denominados: *interpretatio per praecedentia et sequentia*, en el primero³²⁸, y *per aliam legem*, en el segundo³²⁹, conjugado éste con el criterio de la *subiecta* o *substrata materia*, todos correspondientemente recogidos en los citados artículos del Código luisiano. La ley *Incivilis est*, por su lado, fue el pasaje más invocado por los medievales para fundar el primero, junto a Dig. 30, 50, 3³⁰. Por su parte, el criterio de la *interpretatio per aliam*

legem fue construido sobre la base de tres textos del Digesto también, como son Dig. 1, 3, 26³³¹, Dig. 1, 3, 27³³² y Dig. 1, 3, 28³³³.

De ambos criterios, por otro lado, Bello había también tratado en sus *Principios*, conforme con estos textos fundados en Vattel: "[...] es necesario considerar todo el discurso o razonamiento para penetrar el sentido de cada expresión, y darle, no tanto el significado que en general pudiera convenirle, cuanto el que le corresponde por su contexto"³³⁴, a propósito del cual también cita ahí la ley *Incivilis est*. Asimismo: "Las expresiones equívocas u oscuras deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos que con relación a la materia de que se trata ha empleado el autor en otras partes del mismo escrito, o en otra ocasión semejante"³³⁵. Finalmente: "Debe ser tal la interpretación, que entre todas las cláusulas del razonamiento haya la mayor consonancia; salvo que aparezca que en las últimas se ha querido modifi-

³³¹ "Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahuntur" ("No es nuevo que las leyes anteriores sean llevadas a las posteriores").

³³² "Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas ad ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt" ("Y porque fue usado traer las leyes más antiguas a las posteriores, siempre se debe pensar como que está implicado en las leyes que también atañan a las personas y a las cosas con tal que fueran similares").

³³³ "Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur" ("Pero también las leyes posteriores se integran en las anteriores, a menos que sean contrarias, y esto se prueba con muchos argumentos").

³³⁴ BELLO, A., *Princ. der. int.*, 1ª parte, cap. 10º, párr. 3, núm. 6 (X, I, pp. 177-178). VATTEL, E., *Droit de gens*, § 285 (II, p. 267): "Il faut considérer le discours tout entier, pour en bien saisir le sens, et donner à chaque expression, non point tant la signification qu'elle pourrait recevoir en elle-même, que celle qu'elle doit avoir par la contexture et l'esprit du discours. C'est la maxime du droit Romain: Incivilis est", etcétera. Sin correspondencia directa en WOLF, Chr., *Jus naturae*. La palabra *contextus* ya aparece en los antiguos juristas: véase ibíd., p. 207, n. 127, la cita de MASCARDI, Alderano (siglo XVI), *Communes iuris utriusque conclusiones ad generalem quorumcumque statutorum interpretationem accommodatae* (Ferrariae, 1608), II, n. 110: "[...] etiam statuta ab aliis statutis, uno et idem contextus conductis, et uno ac eodem volumine comprehensis interpretationem [sumunt]" ("[...] también los estatutos reciben interpretación a partir de otros estatutos, establecidos en uno y el mismo contexto y comprendidos en uno o el mismo volumen").

³³⁵ Ibíd., núm. 10 (X, I, p. 178). VATTEL, E., *Droit de gens*, § 284 (II, p. 266): "On doit interpréter ses expressions [del que habla] obscures ou équivoques, de manière qu'elles s'accordent avec les termes claires et sans ambiguïté dont il a usé ailleurs, soit dans le même acte, soit en quelque autre occasion semblable". Cfr. WOLF, Chr., *Jus naturae*, § 487: "Si quae obscure dicuntur in antecedentibus vel consequentibus, vel alio loco et occasione sine obscuritate dicta sunt, ea, quae obscure dicuntur ita interpretanda sunt, ut cum verborum perspicuorum significatione conveniant" ("Si las cosas oscuramente dichas, han sido dichas sin oscuridad en las partes antecedentes o consecuentes, o en otro lugar y ocasión, aquellas que se dicen oscuramente deben ser interpretadas de modo que convenga con la significación de las palabras perspicuas").

³²⁴ Como se ha visto, esta cláusula del "Proyecto de 1853" fue eliminada posteriormente, de modo de no aparecer en el Código.

³²⁵ "Incivilis est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere".

³²⁶ "Projet de l'an VIII", lib. prel., tit. 5º, art. 6.

³²⁷ Cfr. DOMAT, J., *Lois civiles*, lib. prel., tit. 1º, sec. 2ª, núm. 9 (I, p. 89): "Si les lois où il se trouve quelque doute ou quelque autre difficulté ont quelque rapport à des autres lois qui puissent en éclaircir le sens, il faut préférer à toute autre interprétation, celle dont les autres lois donnent l'ouverture".

³²⁸ Véase SBRICCOLI, M., *Interpret. stat.*, cit. (n. 121), pp. 169 ss. y n. 46 para las fuentes.

³²⁹ Véase PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria della interpretazione*, p. 83 y n. 71, para las fuentes; SBRICCOLI, M., *Interpret. stat.*, cit. (n. 121), pp. 204 ss.

³³⁰ "Si numerus nummorum legatus sit neque apparet quales sunt [...] item earum quae praecedunt vel quae sequuntur summam scripta sunt spectanda" ("Si se haya legado una cantidad de monedas y no apareciera de cuáles se trata [...] también debe atenderse a las sumas escritas [sc. como legados] que preceden o siguen"). Como se ve, el tópico aparece en tema de interpretación de un legado de monedas, cuya cantidad es conocida, pero no su calidad (lo cual es posible en un régimen de pluralidad de tipos de monedas, como era el antiguo y siguió siendo hasta el siglo XIX, salvo en Inglaterra).

car las primeras. Otro tanto se aplica a los diferentes tratados que se refieren a un mismo asunto"³³⁶.

Nuevamente nos encontramos en la disposición con una síntesis de ideas particulares de diferente proveniencia, practicada en torno a los núcleos conceptuales del *praecedens et sequens*, por un lado, y de la *alia lex*, por otro, unido este último a la *substrata materia*.

3. El inciso 1º, en efecto, dice que el sentido de cada parte de la ley, esto es, el de un término o conjunto de términos aislados, o el de una frase o conjunto de frases aisladas, puede ser ilustrado por el contexto, palabra ésta que no tiene otra significación que el de "las demás partes que siguen o anteceden a la parte que se trata de interpretar". El inciso señala un medio de demostrar la eficacia de la operación: la debida correspondencia y armonía que debe resultar entre todas las partes de la ley que se trata de interpretar. En realidad tal es el supuesto de la operación, aunque en la norma venga presentada casi como una finalidad: es por suponerse que fue una misma mente y razón la que dirigió la composición del texto íntegro, que en cada una de sus partes hubo de reflejarse lo mismo, de modo de no haber contradicción, sino correspondencia y armonía entre ellas. Tal es lo que permite utilizar una porción para aclarar otra al parecer oscura, que es cuanto significa el término "ilustrar" escogido por Bello en esta ocasión, o sea, "dar luz" o "iluminar" ("aclarar").

Conviene detenerse un momento en la palabra "debida" también empleada, ahí: se trata de una "debida correspondencia y armonía", y no de una correspondencia y armonía a toda costa, incluso forzando significados; lo cual quizá deba ponerse en contacto con una de las reglas reconocidas por Bello en sus *Principios*, la número 7: "Si alguna expresión susceptible de significados diversos ocurre más de una vez en un mismo escrito, no es necesario que le demos en todas partes un sentido invariable, sino el que corresponda según el asunto (pro *substrata materia*, como dicen los maestros del arte)"³³⁷; por manera que la correspondencia y armonía es en rela-

ción con el asunto concernido (*substrata materia*), y no tiene por qué haberlas con normas relativas a diversos asuntos, ya que un mismo término puede haber sido empleado en diversos sentidos, según el tema.

El inciso 2º acepta expresa y directamente, en cambio, este último criterio: la *interpretatio per aliam legem*, esto es, la operación consistente en aclarar, o ilustrar, los pasajes oscuros de una ley por medio de otras leyes, tiene lugar particularmente si ambas "versan sobre el mismo asunto", esto es, si las materias subyacentes son idénticas.

4. En otro lenguaje, decimos que el inciso 2º del artículo 22 da entrada a la analogía interpretativa, que es diferente a la analogía integradora.

Mediante ésta, la regla dada por cierta ley para un caso (*casus expressus*) se aplica a un caso no descrito por ella misma u otra ley (*casus omissus*), después de haber conferido a sus palabras la máxima extensión de significado que admiren; tal aplicación tiene lugar merced a la identidad de razón, esto es, a que la razón de la regla del *casus expressus* también rige al *casus omissus*. La operación se llama analogía porque desde un punto de vista lógico es un modo de razonamiento que se inicia en lo conocido (la regla del *casus expressus*) y llega a lo desconocido (la regla del *casus omissus*).

Cuando se interpreta cierta ley, en cambio, es que se parte de la base de contener ella una regla, sólo que oscura o ambiguamente redactada, y se trata, por consiguiente, de un *casus expressus*, aunque oculto, por así decir, precisamente detrás de la oscuridad o ambigüedad. La operación autorizada por el inciso 2º del artículo 22 consiste en interpretar la disposición de una ley, cuyo sentido se desconoce debido a su oscuridad o ambigüedad, con recurso al sentido conocido de otra ley, que por tal razón se considera clara. Este recurso puede conducir, a veces, a interpretar la ley oscura o ambigua en el sentido de la ley clara, como cuando el mismo vocablo empleado en ambas leyes es entendido con igual significación; y a veces en oposición al sentido de la ley clara, como cuando el vocablo común tiene en ésta un significado lato, y, por oposición, se decide entenderlo en significado estricto en la ley oscura, debido a que no adquiriría sentido de también entenderlo con significado lato, y a que sí lo adquiere plena y congruentemente al entenderlo en sentido estricto. Podemos hablar de analogía positiva y negativa para designar ambas posibilidades, las cuales resultan consentidas por la amplia expresión "ser ilustrados" que emplea el inciso 2º del artículo 22.

Continuación nota ³³⁷

[...] *suivant que la matière le demande, pro substrata materia, comme disent les maîtres de l'art*". Cfr. WOLF, Chr., *Jus naturae*, § 481: "Si idem verbum, aut eadem verborum complexio plures habeat significatus, et in aliqua oratione bis vel aliquoties occurrat, in interpretatione non idem semper significatus retinere potest" ("Si una misma palabra o una misma frase tengan varios significados, y en alguna oración aparezcan dos o varios veces, no siempre puede adoptarse el mismo significado en su interpretación").

³³⁶ *Ibid.*, núm. 11 (X, 1, p. 178). Vattel, E., *Droit de gens*, § 286 (II, p. 268): "L'interprétation doit s'en faire de manière que toutes les parties en soient consonnantes, que ce qui suit s'accorde avec ce qui précède; à moins qu'il ne paraisse manifestement, que par les dernières clauses on a prétendu changer quelque chose aux précédentes". Cfr. WOLF, Chr., *Jus naturae*, § 488: "Ita faciendâ interpretatio est, ut inferiora et superiora textus inter se concordent, nisi manifesto appareat per inferiora superiora fuisse mutata" ("La interpretación debe hacerse de modo que concuerden las partes superiores e inferiores del texto, a no ser que aparezca de manifiesto que las superiores fueron modificadas por las inferiores").

³³⁷ *Ibid.*, núm. 7 (X, 1, p. 178). Vattel, E., *Droit de gens*, § 281 (II, p. 263): "Si quelqu'une de ces expressions, qui ont plusieurs significations différentes, se rencontre plus d'une fois dans le même acte, on ne peut point se faire une loi de la prendre partout dans la même signification. Car il faut [...] prendre cette expression

que nos ocupamos de las palabras optáramos por no hacerlo de los problemas.

3.- Fíjense ustedes en lo siguiente: la denominación de este encuentro es La justificación de las decisiones judiciales, mientras que el título asignado a la primera parte del encuentro –aquella en la que nos encontramos– se titula La naturaleza de la justificación jurídica. Por tanto, resultar fácil advertir que el título de una de las partes del encuentro es más amplio que el del encuentro mismo, puesto que **la expresión □justificación jurídica va más allá, mucho más allá, que el solo campo de las □decisiones judiciales.**

Cualquiera se da perfectamente cuenta –y yo también– que lo que se nos pide hoy es hablar acerca de las decisiones judiciales, no de las decisiones jurídicas, puesto que, siendo las decisiones judiciales jurídicas, hay muchas decisiones jurídicas –por ejemplo, las de un órgano legislativo–, que no son decisiones judiciales.

Pero he aquí que en el título de la primera de las dos partes del encuentro se emplea la palabra jurídica, puesto que se habla de La naturaleza de la justificación jurídica, en circunstancias de que el marco superior para dicho título es el ya recordado título del encuentro mismo que nos convoca, a saber, La justificación de las decisiones judiciales.

Haciendo un símil de resonancias vagamente kelsenianas, aquí la norma inferior, es decir, el título dado a la parte del encuentro en que nos encontramos ahora, desborda la norma superior correspondiente, representada por el título del encuentro, puesto que –reitero– hablar de justificación jurídica, como hace el título de esta parte, es hablar de algo más vasto que de justificación de decisiones judiciales.

4.- Lo que me mueve a decir lo anterior no es mortificar a los organizadores de nuestro encuentro de hoy por vía de enrostrarles un desliz terminológico. Detenerse en lo que me he detenido sólo para mortificar sería algo poco cordial y hasta mezquino. De manera que si me he detenido en ello –más aun, partido por ello–, es simplemente para tomarlo como punto de apoyo de algo que siempre me ha llamado la atención, a saber, que, consciente o inconscientemente, **casi siempre el tema del razonamiento jurídico, o de la argumentación jurídica, o de la justificación jurídica, se constriñe al razonamiento judicial, o a la argumentación judicial, o a la justificación de las sentencias por parte de los jueces.**

000067 Tome usted cualquier libro que en su título anuncie el tema del razonamiento jurídico, o de la argumentación jurídica, y con lo que se encontrará las más de las veces en su interior es con análisis y planteamientos acerca del razonamiento judicial o acerca de la argumentación que hacen los jueces cuando deciden los casos sometidos a su decisión. **Pareciera, en consecuencia, que cuando hablamos de razonamiento jurídico de lo que hablamos es de razonamiento judicial, en circunstancias**

que todos sabemos perfectamente que el razonamiento jurídico tiene lugar también en otras sedes, no sólo en sede judicial, por ejemplo, en sede legislativa y administrativa, puesto que quienes toman decisiones normativas en esas instancias – legisladores y funcionarios de la administración– también razonan, es decir, también dan razones justificatorias en apoyo de las decisiones normativas que adoptan, en un caso las leyes, en el otro – genéricamente hablando–, los decretos.

Por otra parte, siempre me he preguntado **por qué las cosas ocurren de ese modo**, y mi respuesta es la siguiente: **(1)** por una parte, se acepta con mayor facilidad que los jueces tienen el deber de justificar sus decisiones, especialmente en el caso de la más importante de ellas –la sentencia–, puesto que los jueces, al menos de la codificación en adelante, son vistos como autoridades normativas que, más claramente que otras, están obligadas a tomar sus decisiones en el marco de un derecho previamente dado, lo cual transforma la decisión judicial en una decisión jurídica paradigmática; **(2)** segundo, en el caso de las sentencias, el razonamiento justificatorio de las mismas forma parte explícita del texto de cada una de ellas, de manera que resulta un razonamiento si se quiere muy visible, ostensible incluso, y, por tanto, susceptible de ser identificado y analizado tanto en su estructura como en su contenido; y **(3)** tercero, se me ocurre pensar también que identificar a veces razonamiento jurídico con razonamiento judicial, o referirse sólo a éste cuando se anuncia que se hablará de aquél, puede responder a la convicción de que el derecho, a fin de cuentas, es aquello que los jueces reconocen y declaran como tal en sus fallos, y que lo que llamamos □derecho preexistente al caso, o sea, derecho anterior a la decisión judicial que sigue a ese derecho, no es más que una masa normativa de gran volumen y que ofrece muchas dudas acerca de cuánto de ella, o qué parte de ella, se hará realmente efectiva al momento en que un juez la interprete y aplique a un caso dado.

5.- Está claro, pues, que razonan jurídicamente no sólo los jueces. Razonan también jurídicamente los legisladores, los funcionarios de la administración, los juristas, los abogados, los que intervienen en instancias alternativas de resolución de conflictos, y razonan jurídicamente aun los propios sujetos de derecho cada vez que, con ayuda o no de un experto, celebran actos jurídicos y contratos. En todas esas distintas sedes se produce razonamiento jurídico, es decir, razonamiento en el marco de un derecho vigente previamente dado, y –por tanto– la expresión razonamiento jurídico es más amplia que razonamiento judicial. A vía de ejemplo, al propio Manuel Atienza, aquí presente, como al querido y recordado Albert Calsamiglia, debemos contribuciones de importancia a la teoría de la legislación y, en particular, a la racionalidad en la tarea legislativa, poniendo de relieve, entre otras cosas, que **la tarea legislativa no es sólo una cuestión de racionalidad moral, es decir, de proponerse ideales de excelencia, sino de conseguirlos**, de donde se sigue que en dicha tarea es preciso que se observen también una racionalidad lingüística, una racionalidad lógica, una racionalidad pragmática y una racionalidad teleológica.

legisladores, los funcionarios de la administración y los mismos sujetos de derecho.

Pues bien: las decisiones jurídicas son justificables, lo cual quiere decir que se puede, y en ciertos casos, además, se debe, dar razones a favor de ellas, no cualesquiera razones, sino **razones justificatorias, es decir, convincentes**, lo cual quiere decir que cada vez que se justifica una decisión jurídica cualquiera, sobre todo, en el caso de los jueces, es dable esperar, que se la fundamente, que se den en su favor razones de peso, en el contexto de un derecho dado, que hagan aceptable la decisión de que se trate tanto a los ojos de quien la adopta como de cara a quienes serán afectados por ella. Es más, en el caso particular de las sentencias de los jueces, uno podría decir que las razones que se dan a su favor se encaminan a conseguir que lo fallado resulte convincente o correcto no únicamente a los ojos del juez, sino convincente o correcto, o cuando menos plausible, al examen de las partes, de sus abogados, del tribunal superior que pueda conocer de la decisión por vía de algún recurso, e, incluso, de la comunidad de operadores jurídicos y aun del público, sobre todo, cuando se trata de decisiones con efectos o al menos impacto social importantes. En otras palabras, **el fallo debe resultar aceptable no sólo para quien lo da (el juez) y para quienes afecta (las partes), sino para cualquier analista interesado en él.**

En el caso de las decisiones normativas del legislador –las llamadas □leyes□–, las razones pueden ser más difusas en cuanto a su identificación y, asimismo, a su credibilidad, puesto que la técnica de hacer leyes es distinta de la que conduce a hacer sentencias. Pero siempre están a la mano la exposición de motivos del proyecto de ley, presentado por moción de algunos parlamentarios o por mensaje del Ejecutivo, así como las actas que dan cuenta de la discusión de un proyecto en las comisiones del Congreso y de las que registran las intervenciones de los legisladores cuando, ya en sala, proceden a votar la iniciativa. Pero las decisiones normativas de los legisladores son más políticas que las de los jueces, y no siempre las razones que se declaran son realmente las que conducen a la presentación o aprobación de un proyecto cualquiera. Y **cuando digo que las decisiones de los legisladores son más políticas, quiero significar que ellos, sujetos, desde luego, al marco del derecho dado previamente por la correspondiente Constitución, están más preocupados del derecho que debe ser establecido en la sociedad, mientras que los jueces están más preocupados de atender al derecho que es, para, a partir de él, tomar sus decisiones normativas.**

Tengo un buen ejemplo de lo anterior, sin ir más lejos, en el Decreto con Fuerza de Ley que creó la universidad donde trabajo, la Universidad de Valparaíso, puesto que como uno de los fundamentos dados por el Ejecutivo de la época al momento de presentar el proyecto que transformaba en universidad autónoma lo que hasta entonces había sido sólo una sede regional de la Universidad de Chile, consistió en que las propias autoridades de la Universidad de Chile habían solicitado la transformación de esa sede en universidad, lo cual era enteramente inexacto. Tal

solicitud no había existido nunca, y la decisión gubernamental que entonces se adoptó, la cual se tomó también en el caso de las demás sedes regionales con que contaba la Universidad de Chile, respondió a razones de seguridad nacional, por cierto, que no confesadas, que veían en una universidad nacional como la U. de Chile, con sedes a lo largo de todo el país, un peligroso foco de crítica académica o de insurrección estudiantil difícil de controlar si se extendía a lo largo de todo el territorio. Pero, claro, estamos hablando del gobierno militar, donde el poder ejecutivo estaba en manos de una sola persona y el legislativo en manos de otras cuatro que eran subordinadas de aquélla.

8.- Pero vamos a la cuestión de la naturaleza de la justificación jurídica y, más concretamente, al carácter o índole de la justificación de las decisiones judiciales.

Los jueces deciden, cómo no. Deciden a cada instante, es decir, cada vez que adoptan alguna resolución concerniente al caso o asunto del cual conocen. Y pocas cosas pueden fatigar más que decidir constantemente, sobre todo, cuando tales decisiones no tienen que ver con la elección de una u otra lectura que los académicos damos a nuestros alumnos, sino decidir sobre la vida, la libertad, el honor, la propiedad de las personas, los derechos de éstas. Por eso es que siempre digo a mis alumnos de la Academia Judicial de Chile que se preparen para decidir, porque lo estarán haciendo a cada rato, constantemente, y que, por lo mismo, se preparen para justificar sus decisiones, en especial, tratándose de la sentencia, y no meramente para imponerlas o para explicarlas. Si decidir fatiga, decidir teniendo que dar fundamento a lo que se decide fatiga aún más.

Sí, un juez puede meramente imponer una decisión: Vistos, se confirma. También puede explicar una decisión: Visto lo dispuesto en el artículo x de la ley y, se confirma. Pero lo que deben hacer es más que eso, aunque nunca tanto como para llegar a probar sus decisiones como verdaderas, puesto que **de decisiones normativas no cabe hablar ni de verdad ni de falsedad, sino de validez, eficacia, corrección, cosas así, más no, como dije, de verdad o falsedad.** Lo que los jueces deben hacer es justificar sus decisiones, en el sentido antes explicado de este último verbo, o sea, dar razones en el sentido fuerte del término, de manera que lo que él resuelve pueda ser tenido como correcto.

¿Correcto desde el punto de vista de qué? Desde el punto de vista del derecho preexistente que regula la materia sometida a conocimiento y decisión del juez, puesto que un juez se encuentra vinculado a ese derecho, aunque siempre deba interpretarlo para aplicarlo a la situación de que conoce. En caso contrario, si el juez no reconociera su vinculación al derecho preexistente y la consiguiente obligatoriedad que tiene en orden a aplicarlo, se esfumaría quizás si el valor más propio del derecho, a saber, la seguridad jurídica. Como he oído decir a Manuel Atienza, en tal sentido la exigencia de justificación en el caso de la decisión judicial es una garantía contra la

corrupción y contra la ignorancia, es decir, contra la estupidez y contra la maldad.

Ahora bien, tal derecho preexistente al caso constituye un dato objetivo que vincula al juez, pero todos sabemos que el derecho sólo es aplicable a un caso dado cualquiera, merced a la interpretación que de él hace el juzgador mediante un proceso no enteramente subjetivo, por cierto, pero que no es para nada inmune a las preferencias del propio juzgador, como muy bien describieron en su momento autores como Kelsen o Ross cuando, a propósito de la así llamada función jurisdiccional, procuraron explicar no cómo esta debería ser llevada a cabo por los jueces, sino cómo ella es llevada a cabo en el hecho, efectivamente, concluyendo que en dicho proceso se combinan tanto elementos cognitivos como volitivos, conciencia jurídica formal y conciencia jurídica material.

Así las cosas, y sin pretender otra cosa que dejar establecida mi opinión sobre un punto archidiscutido por la teoría jurídica, **demandar de los jueces que justifiquen sus decisiones -en los términos antes señalados- no significa pedirles que descubran y declaren la única solución correcta que el respectivo caso admita.** Las más de las veces la única solución correcta es sólo una ilusión, una de las tantas de las que solemos vivir los juristas. La ambigüedad y vaguedad del material normativo y otros estándares que maneja un juez frente a un caso dado, la presencia de antinomias, la existencia de lagunas, así como las distintas combinaciones que todo ello admite con las premisas fácticas del caso, que también son susceptibles de interpretación, trae consigo que la tarea del juez se parezca más -al menos en mi opinión- al modo como la describió Kelsen, esto es, como la elección de una alternativa entre las varias que puedan caber en un marco normativo en el que concurren distintas fuentes, todas las cuales tienen, además, las complejidades que acaba de señalar. Todo lo más que podría aceptarse, en consecuencia, es que **la así llamada única respuesta correcta es únicamente una idea regulativa, tal como ha puesto de relieve Robert Alexy, es decir, que todo juez debería esforzarse a la hora de justificar su fallo como si lo que resuelve fuera la única respuesta correcta.** Porque una cosa es procurar presentar una respuesta como la única correcta, con la finalidad de reforzar su aceptabilidad, y otra muy distinta es creer que siempre hay una sola respuesta correcta.

Tampoco transforma en razonamiento moral al razonamiento judicial el hecho de que el juez encuentre en el derecho preexistente al caso premisas normativas u otros estándares que le remitan a criterios o referencias de carácter moral, a los que es preciso dar un contenido y tomar en cuenta al momento de fallar. El juez, además del marco formal, que señala quién y cómo debe fallar, tiene siempre un marco material que respetar, esto es, ciertos límites de contenido, de manera que no es ninguna novedad que para decidir acerca de la validez de la norma particular que él establece haya que efectuar un examen no sólo de su origen o *pedigree*, sino también de su contenido. Como todos sabemos, esto último es lo que permite que cuando la norma inferior establecida por el juez vulnere los límites de contenido que pueda haberle

fijado la o las correspondientes normas superiores, lo que se puede afirmar de aquella norma inferior es que ella es anulable por medio de los recursos del caso.

Todavía más: el marco material dentro del cual el juez lleva a cabo su trabajo puede incluir principios y valores morales positivados por el propio derecho en virtud de actos deliberados de autoridades normativas de tipo jurídico, pero si tales valores y principios obligan a otras autoridades normativas, también de tipo jurídico –en este caso al juez–, no es por su carácter moral, sino por haber sido incorporadas al derecho y formar parte de este.

Sin embargo, otra cosa es la que parecería ocurrir cuando, fijado el marco de posibles interpretaciones de una norma, el juez acabe inclinándose por aquella que esté de acuerdo con sus propias preferencias morales. Con todo, me parece que este paso final del juez no priva de su carácter jurídico al razonamiento previo que le condujo a establecer dicho marco con estricto apego al derecho preexistente al caso.

9.- Si un juez da razones en favor de lo que decide, y si da tales razones para justificar su decisión, o sea, para otorgar aceptabilidad a lo que decide, aceptabilidad –se entiende– a la luz de un derecho válido preexistente al caso, estamos entonces en presencia de un razonamiento que él lleva a cabo, es decir, de una operación intelectual que infiere una conclusión a partir de las premisas normativas de que le provee ese derecho y de las premisas fácticas del caso de que se trate. **Justificar significa aquí, además, que la conclusión a que llega el juez en la parte decisoria de su fallo proviene de las premisas fácticas y normativas que ha identificado como tales, y, asimismo, que las propias premisas se encuentran bien determinadas.**

Más concretamente aun, **estamos en presencia de un razonamiento práctico**, que es aquel, como sabemos, que **tiene por propósito obtener y ofrecer no la demostración de algo, como es el caso del razonamiento teórico, sino la justificación de alguna decisión que adoptemos, de una acción que emprendamos, o de una preferencia que hagamos nuestra.** Además de una razón teórica, que hace posible el razonamiento del mismo nombre, contamos con una razón práctica, esto es, con una capacidad de discurrir y argumentar en torno a la corrección de comportamientos, decisiones, opciones y preferencias, un razonamiento práctico que consiste tanto en la acción como en el efecto de poner en marcha esa capacidad.

En mi parecer, sin embargo, el carácter práctico del razonamiento judicial no hace de este un razonamiento moral, porque no todo razonamiento práctico es razonamiento moral. **El razonamiento judicial de carácter práctico que llevan a cabo los jueces es razonamiento jurídico, no moral, puesto que se desenvuelve con sujeción a un derecho dado** y no a una moral preexistente dada, sin que resulte necesario explicar aquí que derecho y moral son órdenes normativos diferentes. El

mismo ejemplo de razonamiento práctico dado por Aristóteles no se relaciona propiamente con la moral sino, cosa curiosa, con la alimentación de las personas. Dice él: Los alimentos secos convienen a todo ser humano; este es un alimento seco y yo soy humano; este alimento me conviene.

Lo que quiero decir, simplemente, es que si derecho y moral son órdenes normativos distintos, razonar en el contexto de un derecho dado no es lo mismo que hacerlo en el de una moral también dada, por mucho que en ambos casos –el del razonamiento en contextos de derecho y en contextos de moral– estemos en presencia de un razonamiento práctico.

Es efectivo, por otra parte, que el derecho acoge conceptos o estándares de índole moral, los cuales, por hallarse positivados en el respectivo derecho, y no por ser morales, obligan al legislador, a los jueces, al gobierno y a los órganos de la administración. Es cierto, asimismo, que conceptos y estándares de ese tipo son interpretados, desarrollados y aplicados en las decisiones normativas que competen a cada uno de esos ámbitos. Sin embargo, que en la justificación de decisiones judiciales puedan y aun deban aplicarse a veces ciertos principios morales –lo cual es bien patente cuando el propio derecho preexistente al caso remite al juez a directivas o conceptos de ese tipo–, no trae consigo que dicha justificación implique siempre ni necesariamente el uso de normas y principios morales. De este modo, **el razonamiento jurídico, y en particular el de índole judicial, no son refractarios y ni siquiera ajenos al razonamiento moral en un caso dado, pero aquél goza de autonomía frente a éste, como el derecho la tiene también respecto de la moral.**

Cuando las normas jurídicas –las de una constitución o las de una ley, por ejemplo– se remiten a la moral, quiere decir que en tales casos razonar de acuerdo al derecho es más que razonar sobre el derecho. Es razonar también sobre moral, pero porque así lo ha dispuesto el derecho y es preciso que el juez se mantenga vinculado a éste. Sin embargo, ese hecho, valiéndonos de un ejemplo de nuestro amigo Fernando Atria, no es suficiente para sostener la tesis de que el razonamiento jurídico es razonamiento moral, así como el hecho de que algunas veces los ingenieros deban tomar en cuenta consideraciones estéticas no hace del razonamiento ingenieril razonamiento estético.

En otras palabras –ahora de Claudio Oliva–, la distinción entre derecho y moral –y yo agregaría entre razonamiento jurídico y razonamiento moral– no resulta impugnada por una concepción de la actividad judicial que reconoce abiertamente la intervención de consideraciones morales en las decisiones de los jueces. En otras palabras, los razonamientos morales que llevan a cabo los jueces se despliegan en el marco de un derecho dado y, a la vez, se hallan limitados por ese mismo marco. Esta es una de las restricciones del razonamiento judicial –como las llama Paul Ricoeur–, las cuales, según sus propias palabras, abren un abismo entre el discurso práctico general y el

discurso judicial. Tales restricciones, si hemos remencionarlas aquí, las que también podrían ser presentadas como características o particularidades del razonamiento judicial son las siguientes: la discusión se desarrolla en un recinto Institucional propio y bien delimitado, a saber, tribunales y cortes; en ese recinto no todas las preguntas están abiertas, sino sólo aquellas que conciernen al respectivo proceso; en el proceso los papeles se distribuyen en forma desigual; la deliberación por parte del juez se sujeta a reglas procesales previamente codificadas; la deliberación sucede en un tiempo limitado, es decir, no puede prolongarse indefinidamente; y, por último, la discusión en sede judicial no termina comúnmente por un acuerdo, y tampoco lo que se busca es un acuerdo, de modo que el papel del juzgador es zanjar la cuestión controvertida.

10.- Voy a hacer mi último punto en esta exposición, aludiendo a una propiedad de todo razonamiento práctico, sea este jurídico o moral, o jurídico con componentes morales que el derecho ha positivado previamente, cual es la de que si bien la conclusión está comprendida en las premisas (si los alimentos secos convienen a la salud de los hombres; si las almendras son un alimento seco y yo soy hombre; entonces debo comer almendras), lo cierto es que el respectivo sujeto tanto puede como no puede actuar conforme a la conclusión que hubiere obtenido. Es decir, **del hecho que la conclusión pueda ser inferida a partir de las premisas no se sigue necesariamente que se proceda de la forma que la conclusión señala.** Aquí interviene la libertad, y bien puedo decidir no comer las almendras, y sustituirlas por un buen trozo de carne asada. **En un razonamiento práctico la conclusión queda en cierto modo abierta, mas no en cuanto a su pertinencia, sino en cuanto a que sea finalmente aceptada como base de una decisión. Aquí, deducir ayuda a decidir, pero deducir no es decidir.** Como tampoco decidir es pura y simplemente deducir. En otras palabras, que la deducción sea importante en el derecho no significa, por ejemplo, que el razonamiento judicial sea pura y simple inferencia deductiva, salvo, claro está, en los así llamados casos fáciles o rutinarios.

Como afirma García Amado, se asume de modo cada vez más pacífico que el razonamiento jurídico decisorio tiene una estructura deductiva, o que así debe ser si se pretende racionalidad, y que tal cosa no quiere en absoluto decir que el juez no haga más que deducciones, sin perjuicio de que a veces, como señala el propio García Amado, el derecho preexistente al caso provea apenas de bocetos de la regulación más efectiva que de los casos o conflictos particulares llevan a cabo los jueces. Por su parte, y refiriéndose a un libro de John Wisdom, Neil MacCormick nos recuerda que el razonamiento jurídico no puede ser catalogado ni como deductivo ni como inductivo, en el sentido ordinario de esos dos términos, puesto que se trata de un razonamiento *sui generis*. Dice MacCormick que Wisdom apuntó al hecho de que el razonamiento jurídico no es como una cadena de razonamiento matemático, donde cada paso se sigue del precedente y donde cualquier error a cualquier nivel vicia lo que sigue. Más bien, **el razonamiento jurídico es un asunto de pesar y considerar todos los factores que variadamente cooperan a favor de una**

conclusión determinada, y balancearlos con los factores que apoyan la conclusión contraria. Al final, se llega a la conclusión sobre un balance de razones antes que por inferencias desde premisas a conclusiones. Estas razones a favor de una conclusión son mutuamente independientes, ofreciendo cada una un conjunto de fundamentos para ella, de modo que un error en una de ellas no deja a la conclusión sin apoyo. Esas razones son, en la vívida frase de John Wisdom, como las patas de una silla, no como los eslabones de una cadena.

Así las cosas, y continuando con el símil de Wisdom, los jueces serían constructores de sillas, no de cadenas, y los pasos equivocados que puedan dar en el proceso de construirlas no obsta a que la silla quede finalmente en pie y lista para su uso, aunque pueda haber quedado algo coja. Entonces, tendríamos que mirar los fallos de los jueces como un experto observa la silla que va a comprar: con mucho detenimiento, mirando aquí y allá, agachándonos un poco para ver mejor sus patas, que son, a fin de cuentas, las que sostienen su superficie. Aunque lo más probable es que la mayoría de las sentencias se parezcan las más de las veces a una silla coja que a una fabricada a la perfección.

Pesar, considerar, balancear: me quedo con esas expresiones de la cita precedente de MacCormick. Tal es lo que hace un juez. Pesar en cuanto dar peso a sus fallos y hacer a estos dignos de aprecio. Pero pesar también como examinar o considerar el caso con suficiente atención y prudencia antes de hacer juicio sobre él y de argumentar este juicio. Recuerdo, para terminar, que Ihering, en *La lucha por el derecho*, nos recuerda que no por nada la labor judicial se suele representar por una mujer que sostiene a la vez una espada y una balanza. La balanza sirve para pesar precisamente el derecho, en tanto la espada es necesaria para hacerlo efectivo. La balanza sin la espada sería un derecho inerme, desarmado, incapaz de imponerse. Y la espada sin la balanza sería la fuerza ciega y bruta del que está en posición de dar un golpe sin poder explicar ni menos justificar por qué lo hace.

LA NATURALEZA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Rodrigo Valenzuela Cori *

* Abogado, Licenciado en Matemáticas, Estudios de Lógica y Metodología de la Ciencia, Profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Nos hemos reunido a conversar acerca de la naturaleza de la argumentación jurídica. Los invito a que, en esta oportunidad, dejemos de lado la abstracción regalona que cada uno de nosotros seguramente tiene acerca de lo que es o debiera ser la argumentación jurídica canónica, y hagamos algo intelectualmente más modesto y prudente: **salgamos al mundo a mirar**. Salgamos a mirar *para qué* argumenta jurídicamente el abogado, sea como asesor, como litigante o como juez.

Miremos *para qué* argumenta, porque el abogado no argumenta por argumentar. Argumenta para lograr algo. Dicho de otro modo, la **argumentación es una herramienta**.

Y sucede que, para comprender la naturaleza de una herramienta, es indispensable **saber primero para qué se usa esa herramienta**. Si un marciano que ha llegado a investigar la Tierra encuentra en el suelo esa herramienta de metal que nosotros llamamos cuchara, poco podrá comprender de ella si no sabe cosas tales como que los terrícolas tenemos brazos, manos y boca de un cierto tamaño, que tomamos líquido y que usamos esa herramienta para hacerlo sin mojarnos. Pero una vez que tenga ese conocimiento sobre *para qué* usamos las cucharas, ahí entonces podrá comprender, por ejemplo, el hecho que este extraño instrumento tenga un receptáculo cóncavo, que no esté hecho de esponja, que el mango no tenga dos metros de largo e incluso estará en condiciones de hacer una evaluación crítica del ejemplar de cuchara que tiene delante señalando cómo podría ser aún más efectivo para lograr la finalidad que él ahora conoce.

Si queremos comprender y evaluar la *herramienta* que es la argumentación jurídica, entonces miremos primero *para qué* argumenta el abogado.

Miremos a nuestro derredor. ¿Para qué argumenta el abogado? Quiero destacar tres cosas que se ven allá afuera.

Lo primero que vemos es que el abogado no argumenta para teorizar acerca de lo que es inferible en un sistema, sino que **argumenta para dar determinada solución aquí y ahora a un problema**. Sea que como asesor aconseje, que como litigante defienda o que como juez falle, en el centro de sus preocupaciones está el problema concreto de alguien a ser resuelto. Así como del médico no se espera una lección de anatomía, sino que se pase el dolor por el cual lo visitamos, y del ingeniero no se espera una charla sobre mecánica de suelos, sino el puente que resolverá el problema de circulación, del abogado no se espera una clase de teoría de las obligaciones, sino el lanzamiento del arrendatario que estaba destruyendo la propiedad. El abogado no argumenta para satisfacer tales o cuales exigencias teóricas de la academia, sino para ayudar a quien le ha pedido consejo, defensa o justicia ante un problema.

Lo segundo que quiero destacar en este breve recorrido por la ciudad es que,

000077

000077

cualquiera sea la solución que el abogado dé al problema que enfrenta, esa solución siempre *consiste* en que determinados terceros actúen de cierta manera. El asesor no fue exitoso en ayudar a quien le pidió consejo si le entregó informes con un sesudo análisis de la legislación aplicable, pero después en ventanilla al cliente le dijeron que no se puede hacer lo que él pretende. No fue exitoso, porque su argumentación no logró de los terceros con quien necesitaba interactuar su cliente la acción que constituía la solución que él quiso dar al problema. El litigante no fue exitoso en ayudar a quien le pidió defensa, si presentó en juicio alegaciones del rigor digno de un texto de lógica deóntica, pero el defendido terminó en la horca. No fue exitoso, porque su argumentación no logró del juez, ministros de corte y otros terceros pertinentes la acción que constituía la solución que quiso dar al problema. El juez no fue exitoso en ayudar a quien le pidió justicia si en los considerandos de su sentencia vertió su visión y más profunda convicción de lo que era justo para este caso, pero un tribunal superior revirtió la decisión, o bien, las partes o la comunidad no vieron que la decisión encarnara principios y valores que compartimos, sino capricho y arbitrariedad con el consiguiente descrédito de la institución o daño para la paz social.¹ No fue exitoso, porque su argumentación no logró del tribunal superior, de las partes o de la comunidad pertinente acuerdo sobre la razonabilidad de la solución que quiso dar al problema.

El abogado, entonces, argumenta para lograr el acuerdo de determinados terceros cuya acción constituye la solución que él busca dar al problema concreto para el cual se le ha pedido ayuda.

Lo tercero que quisiera destacar en nuestro ejercicio de reconocimiento de los alrededores es que **aquellos terceros cuyo acuerdo busca el abogado con su argumentación, son personas a quienes -al igual que al lector y al que escribe- les importan las consecuencias morales y políticas de sus decisiones.** Almorcé la semana pasada con un juez tributario, quien me decía que uno de los desafíos que enfrentaba con frecuencia era cómo evitar aplicar a pequeños contribuyentes ciertas sanciones legales que procedían conforme a la letra de la ley, pero que, por su magnitud, dejarían sin capital de trabajo y, por tanto, sin medios de subsistencia al modesto afectado. En la misma línea de anécdotas de esa semana, notemos cómo en los alegatos ante la Corte Suprema en la apelación del desafuero de Pinochet por el caso de la muerte del general Prats, los abogados de ambas partes estimaron pertinente hacerse cargo de la noticia aparecida en prensa el día anterior acerca del centenar de cuentas bancarias que alguna vez tuvo en el exterior la familia Pinochet. ¡Recordemos que para este paseo les he pedido dejar guardadas en la universidad sus abstracciones favoritas como, por ejemplo, aquellas sobre la separación entre moral, política y derecho! Les he pedido dejarlas atrás para que no nos impidan *ver* lo que allá afuera hay que ver, ya que es para ese mundo que estamos viendo y no para las aulas de la academia que ha sido desarrollada la herramienta argumentativa del abogado.

De más está decir que si el abogado argumenta para lograr el acuerdo de determinados terceros cuyo acuerdo está condicionado por percepciones morales y políticas sobre el caso, el abogado no puede sino hacerse cargo de dichas percepciones morales y políticas en su argumentación, de manera explícita o implícita, según sean las circunstancias y su particular estrategia.

Veamos dónde estamos. El abogado no argumenta por argumentar, sino para lograr otra cosa, lo que equivale a decir que la argumentación jurídica es una herramienta y, por tanto, comprenderla y criticarla requiere primero saber para qué se la quiere. Como estamos hablando de una práctica social milenaria y extendida, y no de un artefacto que las personas en esta sala de conferencias pudiéramos diseñar a nuestro capricho con pretensión de operatividad en el mundo, los he invitado a que dejemos atrás por un rato nuestras particulares predilecciones y salgamos a mirar para qué se quiere esta herramienta allá afuera. Lo que hemos visto en nuestro breve recorrido se puede sintetizar como sigue. En términos amplios el abogado, sea en su rol de asesor, de litigante o de juez, *argumenta para* cumplir con su compromiso profesional de ayudar a quien pide consejo, defensa o justicia ante un problema concreto. Lo anterior se traduce en que el abogado *argumenta para* dar determinada solución a un problema concreto de alguien; *argumenta para* lograr el acuerdo de determinadas terceras personas cuya acción constituye dicha solución al problema; *argumenta para* hacerse cargo, entre otras cosas, de las inquietudes morales o políticas a las que dichas terceras personas condicionan su acuerdo.

Bien. Ahora estamos en condiciones de responder preguntas acerca de la naturaleza de la argumentación jurídica. Volvamos entonces a nuestras aulas y esbozaré respuestas a tres preguntas tradicionales, más que nada con el propósito de ilustrar el efecto de haber salido al mundo antes de abocarnos al tema.

¿Qué sentido tiene la pregunta por *la respuesta correcta*?

Si el abogado argumenta para que se dé determinada solución a un problema concreto, entonces la pregunta que importa respecto de las bondades de su discurso es la pregunta por sus consecuencias ante ese problema concreto, no por su derivabilidad desde tal o cual sistema. Si el juez elabora un discurso *para que se haga efectiva su visión de lo justo para el caso*, esto es, si el juez elabora una herramienta con esa finalidad o, por usar una imagen, si el juez elabora un martillo para clavar ciertos clavos, la pregunta que importa no es si el martillo fue elaborado conforme a tales o cuales especificaciones teóricas, sino si sirvió o no para clavar los clavos para lo cual fue elaborado. Dicho de otro modo, si alguien se acerca a un abogado en busca de consejo, defensa o justicia, lo que está en juego es demasiado importante para que el abogado se dedique a jugar un juego donde lo que importe sea la pulcritud lógica con que se jugó.

Contrario a lo que a veces piensan quienes malentienden lo que es el acercamiento

pragmático a un problema, la pregunta por las consecuencias es una pregunta por *todas* las consecuencias. Es así como el lector seguramente conoce sentencias en que, por ejemplo, la decisión ha sido motivada, entre otras cosas, por las consecuencias que el tribunal ha visualizado para la economía nacional o para la estabilidad institucional. Pues bien, entre las consecuencias que siempre importan al auditorio cuyo acuerdo el abogado corteja, se incluye que el argumento no se perciba como caprichosamente alejado de la ley. Por eso nunca veremos a un abogado invitar a su auditorio a *prescindir* de los textos legales pertinentes para resolver un problema, sino que lo veremos previamente invitar a su auditorio a *entender de cierta nueva manera* los hechos y los textos legales pertinentes para resolver el problema. De este modo, dado ese nuevo entendimiento de los hechos y los textos, la argumentación no se percibe ya como caprichosamente alejada de la ley. Esta invitación a entender de nueva manera los textos y los hechos tiene, en cada caso, límites. Pero entonces, podría rebatírseme lo que he planteado anteriormente, aduciéndose que, a todas luces, el abogado no argumenta solamente para lograr el acuerdo de determinado auditorio cuya acción podría constituir la solución buscada para el problema, sino que argumenta, además, de manera de mantenerse dentro de ciertos cauces inferenciales preestablecidos. Pero no es así. Es ese *determinado auditorio* –y no los dioses– quien debe aceptar que no ha habido un alejamiento caprichoso de los textos legales. Dicho de otro modo, sigue siendo el caso que el abogado argumenta *para lograr el acuerdo de un determinado auditorio* y que, a ese efecto, obviamente debe hacerse cargo de todo aquello a lo cual dicho auditorio pudiera condicionar su acuerdo. Y sucede que, entre aquellas consideraciones que condicionan el acuerdo de cada auditorio se encuentran no sólo sus percepciones morales y políticas, como antes habíamos señalado, sino, además, su entendimiento de lo que constituye o no constituye un alejamiento inaceptable de la ley. El abogado argumenta para modificar ese entendimiento.

De este modo, el sentido tradicional de la respuesta correcta como aquella inferible dentro de un sistema conforme a reglas anteriores a la argumentación, se transforma en entender la respuesta correcta como aquella de la cual resultan ciertas consecuencias posteriores a la argumentación y entre las cuales se encuentra la aceptación que el auditorio dé para ese caso a determinado alejamiento de lo que es una lectura corriente de la ley o de los hechos. **La pregunta por la respuesta correcta, entonces, es la pregunta por las consecuencias de la argumentación.**

¿Qué papel tienen la moral y la política en la argumentación jurídica?

Como ya he destacado anteriormente, si el abogado argumenta para que determinados terceros contribuyan con su acción a dar cierta solución a un problema concreto, entonces necesita tomar en cuenta en su argumentación *todo aquello que puede mover a su auditorio a la acción*. Y como la observación del mundo nos muestra que el auditorio del abogado está siempre compuesto por personas para

quienes ¡afortunadamente! las consecuencias morales y políticas de una decisión son importantes, el abogado no puede dejar de hacerse cargo de dichas consideraciones morales y políticas pertinentes para su auditorio. Es así como, en el caso de la argumentación del juez, tales consideraciones morales o políticas a menudo aparecen en los considerandos de los fallos, a veces implícitamente, a veces explícitamente, según sean las características del asunto específico y la consiguiente estrategia del argumentador.

¿Qué papel tiene la lógica en la reconstrucción o análisis de la argumentación jurídica?

Es indiscutible que toda argumentación contiene cadenas inferenciales que pueden analizarse o reconstruirse como derivaciones lógicas a partir de cierto entendimiento de los hechos y cierto entendimiento de la ley. Pero rara vez se puede reducir la argumentación completa a una o varias cadenas de inferencia lógica y, probablemente, nunca se puede reducir así una sentencia interesante.

Esto es así, porque el abogado argumenta para lograr el acuerdo de un determinado auditorio, haciéndose cargo de percepciones morales y políticas pertenecientes al terreno de los fines incommensurables, donde las distancias entre posiciones contrapuestas no se acortan con fundamentos y puentes lógicos, sino con la atracción del *sentido*. Sin necesidad de fundamento explícito ni cadenas deductivas, la argumentación del abogado logra que el auditorio reconozca que la solución propuesta para el caso encarna principios y valores que al auditorio importan, además de incorporarse coherentemente a su entendimiento global de cómo las cosas son y debieran ser. Los instrumentos discursivos con que el abogado logra así dar *sentido* (no fundamento) a la solución que propone son la narración de los hechos, el uso de la tradición (incluyendo el uso especial a dar en el caso a los textos legales) y el vocabulario, imágenes, composición y estilo de su discurso. Esto es, poética, hermenéutica y retórica.

Luego, la reconstrucción de una argumentación jurídica para fines de análisis debe incluir, sin duda, las cadenas de inferencia lógica, pero debe *identificar y destacar separadamente*, además, aquellos puntos de apoyo que aparecen sin lógica ni fundamento, pero plenos de esa autoridad autosuficiente que da la narración dirigida de los hechos, el uso intencionado de la tradición y, en general, un discurso adaptado al auditorio concreto cuyo acuerdo se busca. Esos puntos del discurso, carentes de lógica o fundamento, no son debilidades de la argumentación, sino que son su mayor fortaleza. Sin ellos la solución buscada no habría sido alcanzable, porque el auditorio cuya acción constituye esa solución no habría sido persuadido. Esos puntos del discurso constituyen el suelo sobre el cual después construye la lógica. Y ese suelo *no está dado*, en algún sentido metafísico, sino que es *construido retóricamente* por la propia argumentación que después se apoya en él para

000081

desarrollar su lógica.

Las respuestas recién esbozadas a tres preguntas tradicionales sugieren cómo el camino que hemos seguido da cierta marca distintiva a la comprensión de la argumentación jurídica. Por una parte, este camino nos ofrece una explicación de la realidad tal cual se la observa, como sería de esperar de una reflexión hecha con la mirada puesta sobre las prácticas sociales. En seguida, tal explicación de la práctica constituye inevitablemente un instrumento efectivo para actuar en el mundo de la argumentación, aunque con ciertos énfasis y desarrollos que no han sido materia de esta presentación. Finalmente, contrario a lo que a veces se me ha objetado (aunque nada de esto elaboraremos hoy), el paso desde una visión dogmática a una visión pragmática de la argumentación no significa pasar de una postura crítica a una postura acrítica ante el fenómeno, sino que significa más bien pasar de la crítica lógica de la argumentación a la crítica retórica de la misma. La diferencia es importante. La crítica lógica ocurre entre cuatro paredes, con la mirada puesta sobre el texto, para satisfacer el rigor técnico de los especialistas. La crítica retórica ocurre en la calle, con la mirada puesta en cómo el texto interviene el mundo, para evaluar, por ejemplo, si nuestras prácticas discursivas forjan comunidad haciéndose cargo de lo que todos los afectados consideran estar en juego en cada caso; o si con la riqueza de su análisis van contribuyendo a una comprensión más fina de nuestras tradiciones; o si son oportunas en renovar dichas tradiciones, como a menudo lo exigen para mejor convivencia los cambios en el entorno; o cómo ha incidido en la decisión quiénes fueron las partes, o lo que las partes representan o los debates públicos del momento. Así como la crítica lógica es filosóficamente más rigurosa, la crítica retórica es políticamente más productiva.

NOTAS

¹ Un hecho reciente que destaca lo importante y operante que puede ser que los tribunales superiores logren para sus decisiones la aceptación de la comunidad es que, al hacerse público en diciembre recién pasado el informe de la Comisión sobre Tortura y Prisión Política, la Corte Suprema haya estimado necesario formular en tribunal pleno una declaración pública para explicar a la ciudadanía sus decisiones de hace más de treinta años. Es probable (y deseable) que el asunto no haya terminado ahí.