



*CA*

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

Interpretación de la Norma Jurídica  
TESIS PROFESIONAL QUE PRESENTA  
JOSE ORTIZ BARROSO

Para obtener la  
LICENCIATURA EN DERECHO

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F. ABRIL DE 1968



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Como muestra sincera de agradecimiento  
imperecedero a mis queridos padres:

Sr. Severo Ortíz de la Rosa

y

Sra. Basilisa Barroso de Ortíz.

Al Sr. Lic. Enrique Lomera P.,  
maestro distinguido, mejor amigo  
y director del presente trabajo.

Al maestro de la juventud,  
Lic. Salvador Mondragón G.  
en reconocimiento público  
a su sabiduría y capacidad  
pedagógica.

## I

### Introducción.

Un breve análisis cronológico de las corrientes doctrinales en materia de interpretación jurídica, condensadas al máximo y con el único propósito de compilar en pocas páginas las principales ideas al respecto, dispersas por lo general y solo pocas veces tratadas a la luz de la crítica, me llevaron a ensayar la presente aportación.

Es obvio que dada la naturaleza de este trabajo solamente revisé lo que a mi juicio he considerado como las más importantes opiniones sobre la materia, sin restar méritos a aportaciones jurídico-filosóficas de otros autores renombrados, que como el Doctor Luis Recasens Siches, han contribuido al estudio profundo de tan apasionante tema.

Comprende un estudio de la Escuela de la Exégesis que en el siglo pasado influyó en el desarrollo posterior de la filosofía de la interpretación.

Francisco Geny aún cuando criticó la preeminencia de la voluntad del legislador que pregonaba esta corriente, se adhirió parcialmente a ella. Otros autores se refieren a la Exégesis para deshecharla por completo, pero siempre tomándola muy en cuenta en sus conclusiones.

No podría concluirse este trabajo sin dedicar -le un capítulo especial a los maestros Alemanes y otro a la doctrina Norteamericana que representa en nuestros días un grado superior en cuanto a la aplicación del derecho se refiere.

Recíbese la presente tesis profesional como un trabajo modesto hecho con entusiasmo y gran deseo de que -- cumpla satisfactoriamente su cometido y alcance el mínimo -- de dignidad que nuestra Alma Mater merece.

## C A P I T U L O   P R I M E R O

### La Escuela de la Exégesis.

- I.    Concepto.
- II.   Nacimiento, fases y representantes.
- III. Doctrina de la Escuela de la Exégesis.- A. El culto al texto de la ley.- B. El predominio de la intención del legislador.- C. El carácter profundamente estatista de la doctrina exegetica.
- IV.   Los métodos de la Escuela de la Exégesis.
- V.    Crítica del método y principios de la Exégesis.- - Crítica con respecto al culto a la ley.- Crítica - con respecto a la preeminencia de la intención del legislador.- Carácter anticientífico de la Escuela de la Exégesis.- Crítica del Dr. Luis Recasens - - Siches.
- VI.   Conclusión.

## LA ESCUELA DE LA EXEGESIS.

### I. CONCEPTO.-

La exégesis de un texto consiste en explicar su sentido, esclareciéndolo, desentrañando su significado ó interpretándolo, recurriendo para ello a procedimientos gramaticales que consisten en el análisis etimológico de las palabras que le componen y lo que ellas dicen, contempladas en sí mismas, aisladamente, en su tenor vulgar ó técnico y en relación con las demás a que en la oración se vinculan,<sup>1/</sup> así como también a procedimientos lógicos.<sup>2/</sup> Se aplica el método exegético en la interpretación de un documento, cuando se busca por el procedimiento enunciado. Ahora bien, referido a la aplicación e interpretación del derecho, se caracterizó históricamente porque, en la tarea de elaboración jurídica, basó ésta exclusivamente en la ley escrita, prescindiendo de las demás fuentes, atendándose, por otra parte, a las particulares y expresas disposiciones de aquella, sin preocuparse de obtener los desenvolvimientos sistemáticos de que la ley misma es susceptible.<sup>3/</sup>

En la Historia de la Filosofía y de la Ciencia del Derecho, se dá el nombre de la Escuela de la Exégesis al movimiento doctrinario que en el Siglo XIX, especialmente en Francia, propugnó con definidos caracteres, el método exegético como el único válido, tanto para guiar al teorizante como al Juez en la construcción de sus sistemas.

---

<sup>1/</sup> Escuela de la Exégesis. Dr. Francisco Blasco Fernández de Moreda. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XI, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Arg., 1960, p. 483.

<sup>2/</sup> Castán Tobeñas J. Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho. Inst. Ed., "Reus" Madrid, 1947, p. 82.

<sup>3/</sup> Id., Loc. Cit.

## II. Nacimiento, Fases y Representantes.

De acuerdo con Mayer,<sup>1/</sup> se puede afirmar que esa corriente del pensamiento jurídico fué un fenómeno derivado de una doble reacción espiritual en contra de las corrientes iusfilosóficas racionalistas de los Siglos XVII y XVIII: - lo. La provocada por las concepciones abstractas de las tendencias de la época, que alza con pretensiones de validez universal, incondicionada, de dominio ilimitado en el espacio y en el tiempo, un derecho natural basado en la naturaleza humana y cognoscible por la razón, sin precisar para nada el dato externo o empírico. 2o. La provocada por el abuso desmedido del arbitrio judicial principalmente en el campo penal, que despertó en el Siglo XVIII, la conciencia de las clases ilustradas, y a través de ellas, la conciencia pública en general, originando en consecuencia la idea de la desaparición de juzgar, propiciando el dogma de la absoluta sujeción de los magistrados a la letra de la ley, que determinó el fetichismo legal -- que consagró la Revolución Francesa.

Por otra parte, las condiciones del Siglo XIX, también propiciaron el surgimiento de la idea de que el derecho positivo está contenido en la ley escrita. Dicho pensamiento, -dice el Doctor Luis Recasens Siches- ha solidado presentarse a raíz de las grandes codificaciones, incluso también después de las grandes complicaciones. Pone el ejemplo de que algunas Constituciones de Justiniano, declaraban que la obra legislativa de éste Emperador era perfecta, se prohibían los comentarios privados, reducían la función del Juez a términos mecánicos y la interpretación y resolución de dudas era reservado al mismo Emperador.

---

<sup>1/</sup> Mayer, M.E., Filosofía del Derecho, trad. de la 2a. Ed. -- original de Legaz y Lacambra, Barcelona, 1937, p. 27.

En el año de 1790, un decreto Francés, inspirado en las ideas de Montesquieu y Rosseau referidas a la absoluta--separación de los tres poderes del Estado y a la legalidad de--los actos de éste, trató de evitar la invasión de la esfera del Poder Legislativo por el Poder Judicial, prohibiendo a éste que se apartara del texto de la ley. En ese mismo año, la Asamblea--Constituyente Francesa, completó la reforma judicial estable --ciendo el Tribunal de Casación cuya función consistía en la vi--gilancia estricta del mecanismo judicial en la aplicación de --las leyes.

Posteriormente, a partir de la promulgación del --Código de Napoleón en 1804, fué, cada vez más predominando la --idea de que todo fallo debería ser forzosamente referido a un --artículo de la ley, empleando para ello el método deductivo de--extraer conclusiones de los textos. Se redujo la función del --Juez a los términos mecánicos de un silogismo, en el cual la --premisa mayor será el texto aplicable, la menor, la constata --ción de los hechos y la conclusión el fallo. Lo antes expuesto, dió lugar a que en Francia surgiera la Escuela de la Exégesis,--la cual tuvo como partidarios a los mas notables juristas de la época.

Bonnecase,<sup>1/</sup> divide en tres fases esta Escuela: --1a. El período de formación, que comprende de 1804 a 1830, --aproximadamente; 2a. El apogeo que se prolonga de 1830 a 1880 --y 3a. El periodo de decadencia que comenzó a sentirse hacia --1880, aunque aparentemente la Escuela se encontraba en la cú--spide de la autoridad.

En la primera fase, los representantes de la Es--cuela fueron pocos y no muy notables, debido principalmente a --la postergación de los estudios jurídicos en la época del sur --

---

<sup>1/</sup> Bonnecase Julián. La Escuela de la Exégesis en el Derecho --Civil. Trad. a la 2a. Ed. Francesa por el Lic. José M. Cajica, Jr., Ed. Cajica, Pue., 1944, p. 36 y sigts.

gimiento del Código de Napoleón y a la preocupación del Imperio por conferir las cátedras de las nuevas Facultades de Derecho a profesores fieles al régimen al que no le agradaban las tendencias que se habían preocupado, más por enseñar un modelo ideal de todas las leyes positivas, que por exponer el Derecho Positivo Francés.

Los fundadores de la Escuela de la Exégesis, fueron Delvincourt, decano de la Facultad de Derecho de París, con sus Institutes de Code Civil Francais, 1808, transformadas en 1813, Cours de Code Civil; Proudhon, decano de la Facultad de Derecho de Rennes, con su Droit Civil Francais - - Suivant L'ordre du Code, 1811. A estos nombres debe agregarse Merlin, con las diversas ediciones su Reportoire; Maleville, con su Analyse Raisonnée de la Discussion du Code Civil au Conseil D'etat, 1804-1805; y por último, Chabot de A'llier, inspector de las Facultades de Derecho, con sus Questions - - Transitoires Sur le Code Civil, 1809 y su comentario Sobre la Ley de las Sucesiones, 1805.

A la segunda fase, pertenecen los jurisconsultos exégetas que dieron brillo a las letras Francesas durante el Siglo XIX; De 1830 a 1880, comprenden los años de apogeo de esta Escuela.

Bonnecase en su ya citada obra, "La Escuela de la Exégesis en el Derecho Civil", divide en cuatro grupos los representantes de la Exégesis durante ésta fase que fue la mas brillante:

- a). El compuesto por los "Grandes Comentadores" del Código de Napoleón.
- b). El compuesto por los comentadores de segundo orden.
- c). Los juristas que a pesar de no contar con ninguna obra escrita, por su enseñanza e influencia, representan el espíritu de la Escuela de la Exégesis y,
- d). El grupo de los que vulgarizaron, por medio de sus manuales, los principios de la Escuela.

El primero de los grupos enunciados es el mas importante y a él nos referimos en seguida: Duranton, Profesor de la Facultad de Derecho de Paris; Carlos Aubry y Carlos Rau, profesores de la Facultad de Derecho de Estrasburgo; el decano Demolombe, profesor de la Facultad de Derecho de Caen; el decano Taulier, profesor de la Facultad de Derecho de Grenoble; Demante, profesor de la Facultad de Derecho de Paris; el Decano Colmet de Santerre, profesor de la Facultad de Derecho de Paris; Troplong, primer presidente de la Corte de Casación; Marcadé, abogado del Consejo de Estado y en la Corte de Casación, y en fin, el profesor Belga, Laurent, de la Universidad de Gante.

Aubry y Rau, son colocados por Bonnecase a la cabeza de la Escuela de la Exégesis aunque generalmente se piense que pertenecen a otra corriente del pensamiento jurídico, ya que repudian el llamado método exegetico puro, lo que de hecho les hizo concebir la ciencia del derecho de manera diferente a los demás exégetas, lo que no obsta para que hayan aceptado su adhesión a esta Escuela.

Los profesores de Estrasburgo, Aubry y Rau, forjaron una técnica mas elevada que la que consiste en descubrir, con métodos empíricos y con fundamento en la intención del legislador, el sentido de las leyes. Se separaron del método de interpretación en boga, no siguiendo en su comentario el orden del Código Civil, sino que se declararon contrarios a él, y además, en materia de interpretación de las leyes, consideraban más los principios de los textos, las nociones que constitufan su base, que los textos mismos; pensaban que es correcto trabajar sobre los textos, pero si estos no responden ya a las necesidades sociales, el jurista debe buscar otro terreno so pena de gastar su esfuerzo en vano.

La tercera fase está comprendida por el período que abarca de 1880 a 1900, época que corresponde a su decadencia por la precipitación inusitada de la Escuela den --

tro del movimiento social. Hacia 1880, la Escuela de la Exégesis, no había sido superada por otra corriente del pensamiento jurídico. Su doctrina y métodos estaban completamente constituidos, no había mas que añadirles. Sin embargo, se estaba debilitando la fuerza de la Escuela y sus admiradores pretendían renovarla. Ch. Beudant fue uno de ellos, pero la opinión sostenida por este autor, en el sentido de que las leyes pueden ser abrogadas por el deshuso, prueba que el reinado de la Exégesis había terminado y contrariamente a lo que pretendía se presenta ante el mundo como precursor de la Escuela Científica. "Geny tiene ya el terreno preparado para enarbolar el estandarte de una sabia Revolución y proclamar el advenimiento de un nuevo régimen."<sup>1/</sup>

### III. Doctrina de la Escuela de la Exégesis.

La doctrina de esta Escuela se encuentra en los prefacios de las obras de sus representantes que constituyen profesiones de fé, impregnadas de la convicción mas profunda en la virtud regeneradora de la nueva corriente.

Las fórmulas que traducen los rasgos que caracterizan a la Escuela, son los siguientes:

#### A. El culto al texto de la ley.

Como consecuencia de este rasgo, el culto a la ley es substituído por el culto al derecho, desprendiéndose de lo anterior el principio de que la preocupación exclusiva del jurista es el Derecho Positivo y éste se identifica por completo con la ley. Tal situación la resumió Bugnet diciendo "no conozco el Derecho Civil, sólo enseño el Código de Napoleón." Laurent afirmaba: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho, el derecho está hecho."<sup>2/</sup>

<sup>1/</sup> Bonnacase, op. cit., p. 65

<sup>2/</sup>

Inmediatamente después de la promulgación del Código de Napoleón, Proudhon decía: "La unidad de la legislación establecida en el Código de Napoleón, es una ventaja inestimable para Francia; pero para obtener su goce pleno, debemos tener cuidado de desprendernos de muchos prejuicios antiguos."<sup>1/</sup>

Estos prejuicios no eran otros que la tendencia de recurrir al antiguo derecho o al Derecho Romano, para explicar el Código de Napoleón. "Los autores de ésta inmortal obra, -continuaba- inspirándose a veces en el Derecho Romano, en las disposiciones más sabias de nuestras antiguas costumbres, y otras sublimes concepciones, crearon reglas que se habían escapado a los legisladores anteriores: no es, pues, ni la tradición del Derecho Romano, ni el producto del Derecho Consuetudinario, ni una ley nueva en todas sus partes, sino un cuerpo enteramente nuevo, compuesto de las máximas más sabias, unas, nuevamente concebidas, otras, ya consagradas por la experiencia, todas coordinadas con método y encadenadas en un sistema conveniente a nuestro estado político actual. Si ante la influencia más o menos fuerte que éste código ha recibido, sea del derecho escrito o de nuestras costumbres, fuera permitido comentarlo por el Derecho Romano, o por las costumbres, sin estudiarlo con cuidado con el espíritu que le es propio, tendríamos pronto tantas jurisprudencias diversas como provincias hay en Francia, porque cada una trataría de adaptarlo a sus costumbres y mezclar con él sus antiguos prejuicios."<sup>2/</sup>

Sólo los textos importaban a Proudhon: "Es en el Código de Napoleón donde debe estudiarse el Código de Napoleón, compararlo con los otros códigos que lo han seguido, para compenetrarnos de él, compararlo con él mismo, enseñando a los demás, tal es la tarea que nos hemos propuesto llenar."<sup>3/</sup>

---

<sup>1/</sup> Proudhon, Curso de Derecho Francés, t. I, prefacio, p. XI

<sup>2/</sup> Proudhon, op. cit., pp. XII y XIII, prefacio.

<sup>3/</sup> Proudhon, op. cit., p. XIV.

"Mi divisa, mi profesión de fé, declara Demolombe, es la siguiente: ¡Los textos ante todo!. Tengo pues, por objeto, interpretar, explicar el Código de Napoleón mismo considerado como ley viva, como ley aplicable y obligatoria, y mi preferencia por el método dogmático, no me impedirá tener siempre como base los artículos de la ley."<sup>1/</sup>

B. El predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley.

La Escuela de la Exégesis, según se desprende de sus partidarios que le han expuesto con toda claridad, considera que un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que se encuentra traducida por aquél. Tal es el segundo rasgo distintivo de ésta Escuela que le dá una fisonomía particular.

Bonnecase,<sup>2/</sup> en su estudio magistral contenido en su obra citada "La Escuela de la Exégesis en el Derecho Civil" manifiesta: "contrariamente a lo que a veces se ha dicho, aunque inconcientemente, el valor atribuido a la intención del legislador en el sistema exegetico, no pertenece solamente al método, sino que constituye una cuestión de fondo; ante ella nos encontraremos ante un elemento constitutivo de ésta Escuela y no únicamente de su método. El método exegetico se reduce, esencialmente, como todos los métodos, a la exposición y ejecución, según un plan preconcebido, de la doctrina de la Escuela, y ésta doctrina consiste, como hemos dicho brevemente, en la exposición que la misma Escuela tiene de los elementos constitutivos del Derecho, es decir, de su objeto, fuentes, principios y directrices que emanan de esas fuentes. Ahora bien, la Escuela considera la intención del legislador como la fuente suprema del Derecho Positivo; es cierto que los medios empleados para descubrir esta intención pertenecen al método; pero la intención considerada en si mis

<sup>1/</sup> Demolombe, Curso del Código de Napoleón, t. I, prefacio, p. 3. cit. por Bonnecase, op. cit., pp. 141 y 142.

<sup>2/</sup> Bonnecase, op. cit., pp. 144 y sigts.

ma, forma, esencialmente, parte integrante de la doctrina debido a que el papel que se le hace desempeñar termina por identificar, en gran parte la substancia del Derecho Positivo con -- las manifestaciones de voluntad del legislador."

Respecto de éste rasgo enunciado, algunos exégetas, como Demante, consideran que el espíritu del legislador -- es un guía tan seguro que con frecuencia debe prevalecer sobre la letra de la ley. También Delvincourt reconoce que el espíritu del legislador debe prevalecer sobre una redacción inexacta de la ley. Bigne Villeneuve et Henry, estima que "sólo hay un caso en el cual el intérprete está autorizado para separarse del sentido literal de la ley; cuando se prueba que no -- obstante haber hablado claramente, el legislador dijo otra -- cosa distinta de la que quería decir. La interpretación que -- en ése caso se atuviera al sentido literal de la ley sería una interpretación judáica."<sup>1/</sup>

De acuerdo con lo anterior, la doctrina exegética, exige que para una sana interpretación del Derecho, se -- descubra la intención real del legislador, pues éste no siempre ha expresado una voluntad adecuada a la dificultad considerada, o quizás, no ha expresado correctamente la voluntad que lo animó, siendo imposible inferir ésta. Laurent está en contra de ésta hipótesis al afirmar "El texto nos ofrece principios ciertos, y todo se convierte necesariamente en incierto, -- tan pronto se separa uno de ellos. Vanamente se ha establecido una Corte de Casación para mantener la autoridad de la ley y -- la unidad de su aplicación. La corte, que debería mas que ninguna otra, permanecer unida a la ley, tiene bruscos cambios en su jurisprudencia, y ésto es una prueba evidente de que nuestra ciencia no tiene principios ciertos, y que no los tendrá --

---

<sup>1/</sup> Bigne Villeneuve et Henry, Elementos de Derecho Civil, p. -- 46 cit. por Bonnecase, op. cit., p. 148.

ma, forma, esencialmente, parte integrante de la doctrina debido a que el papel que se le hace desempeñar termina por identificar, en gran parte la substancia del Derecho Positivo con -- las manifestaciones de voluntad del legislador."

Respecto de éste rasgo enunciado, algunos exégetas, como Demante, consideran que el espíritu del legislador -- es un guía tan seguro que con frecuencia debe prevalecer sobre la letra de la ley. También Delvincourt reconoce que el espíritu del legislador debe prevalecer sobre una redacción inexacta de la ley. Bigne Villeneuve et Henry, estima que "sólo hay un caso en el cual el intérprete está autorizado para separarse del sentido literal de la ley; cuando se prueba que no -- obstante haber hablado claramente, el legislador dijo otra -- cosa distinta de la que quería decir. La interpretación que -- en ése caso se atuviera al sentido literal de la ley sería una interpretación judáica."<sup>1/</sup>

De acuerdo con lo anterior, la doctrina exegética, exige que para una sana interpretación del Derecho, se -- descubra la intención real del legislador, pues éste no siempre ha expresado una voluntad adecuada a la dificultad considerada, o quizás, no ha expresado correctamente la voluntad que lo animó, siendo imposible inferir ésta. Laurent está en contra de ésta hipótesis al afirmar "El texto nos ofrece principios ciertos, y todo se convierte necesariamente en incierto, -- tan pronto se separa uno de ellos. Vanamente se ha establecido una Corte de Casación para mantener la autoridad de la ley y -- la unidad de su aplicación. La corte, que debería mas que ninguna otra, permanecer unida a la ley, tiene bruscos cambios en su jurisprudencia, y ésto es una prueba evidente de que nuestra ciencia no tiene principios ciertos, y que no los tendrá --

---

<sup>1/</sup> Bigne Villeneuve et Henry, Elementos de Derecho Civil, p. -- 46 cit. por Bonnecase, op. cit., p. 148.

sino cuando el respeto a la ley sea la regla invariable de sus decisiones. Hasta entonces no dejaremos de ver cambiar sus -- principios según los de cada autor, y a los tribunales, juz -- gar según los favores de la causa." Atacando a Pont, Laurent -- añade: "Pont trata de materialista la interpretación que se -- apoya en la letra del Código; prefiere el espíritu de la ley y ha llegado hasta a poner, en lugar de la voluntad cierta del -- legislador, una voluntad que no es la suya. Esta es una tenden -- cia malísima. Descuidar el texto, es terminar necesariamente -- en la incertidumbre y el error."<sup>1/</sup>

A pesar de algunas opiniones en contra de el -- predominio de la intención del legislador sobre el alcance li -- teral de los textos legales en la elaboración del Derecho Po -- sitivo, la mayoría de los juristas de la época la aceptaron -- sin restricciones. Para los efectos del presente estudio, es -- conveniente saber en qué elementos debe uno basarse para -- determinar la voluntad presunta del legislador.

Demolombe considera que la mejor solución es -- ver la intención presunta del legislador en una jurisprudencia bien definida, es decir, admite que de hecho la jurispuden -- cia, cuando es definida, traduce el espíritu de la ley.

Sin embargo, la jurisprudencia como voluntad -- del legislador no se puede decir que sea representativa de la -- Escuela de la Exégesis. Uno de los mas dignos y eminentes -- representativos de ésta Escuela, Durantón, se niega a incli -- narse ante ella, aunque reconoce el apoyo que puede ofrecer -- la jurisprudencia para revelar el espíritu de la ley. Bonneau -- se opina diciendo que "por sí misma la jurisprudencia no tiene ningún título por el que pretenda encarnar el espíritu de la --

---

<sup>1/</sup> Laurent, op. cit., t. I, prefacio, p. 12

ley; vale científicamente, lo que valen las opiniones de la doctrina."<sup>1/</sup>

Otro contenido de la intención del legislador, creyó encontrarlo la Escuela que nos ocupa, en los precedentes históricos. Aubry y Rau explican que "Todas las disposiciones tomadas del antiguo derecho, deben aplicarse de acuerdo con las fuentes de que dimanaron. En caso de duda debe presumirse que quiso ser fiel a la legislación anterior. Sin embargo, no debe recurrirse a los antiguos principios que ni implícitamente, fueron recordados por el Código de Napoleón y tampoco debe olvidarse la influencia que ejercen las innovaciones de éste Código, sobre las disposiciones que no modificó expresamente."<sup>2/</sup>

Pero como la interpretación histórica es susceptible de fallar, fué necesario a la Escuela de la Exégesis, buscar la voluntad presunta del legislador en su objeto y consecuencias. Aubry y Rau decoraron con el nombre de voluntad del legislador lo que en realidad es la interpretación científica. "Los principales medios de interpretación lógica -afirmaban- son los siguientes: 1o.- La comparación del texto por interpretar, con las demás disposiciones legales relativas a la misma materia o materias análogas; 2o.- La investigación de los motivos, o del objeto de la ley, en los trabajos preparatorios de su redacción o en el derecho anterior; y 3o.- La apreciación de las consecuencias a que conduciría una aplicación extensiva o restrictiva del alcance de la ley. Los anteriores procedimientos no tienen igual validez y los resultados no son de igual certidumbre. El mas seguro sin discusión, es el primero. En cuanto al último, sólo debe recurrirse a él con gran reserva, y considerarlo únicamente como decisivo cuando conduzca a rechazar una aplicación de la ley que -

---

<sup>1/</sup> Bonnecase, op. cit., p. 153.

<sup>2/</sup> Aubry y Rau, Curso de Derecho Civil Francés, 4a. ed. t. I, p. 133, cit. por Bonnecase, op. cit. pp. 153 y 154.

produjera una inequidad manifiesta, o que supusiera, de parte del legislador, una inconsecuencia flagrante. El procedimiento mas seguro, es interpretar el código por el código - - - mismo." <sup>1/</sup>

### C. El carácter estatista de la doctrina Exegética.

Como una consecuencia del culto al texto de -- la ley y el predominio de la intención del legislador, se -- desprende el carácter profundamente estatista de la doctrina de la Escuela de la Exégesis. Esta, como afirma Bennecase, -- se reduce a proclamar la omnipotencia del legislador, es -- decir, del Estado, puesto que independientemente de nuestra -- voluntad, el culto extremo al texto de la ley y a la intención del legislador coloca al derecho de una manera absoluta -- en poder del Estado. Algunos representantes de la Escuela -- comprendieron las consecuencias y las aceptaron deliberada -- mente.

En términos generales la doctrina de ésta -- Escuela sostiene que la ley debe aplicarse tal cual es Dura -- lex, sed lex, afirmaron Mourlon y Baudry-Lacantinerie. -- -- -- Blondeau tuvo tanta fé en la sabiduría y previsión del legislador, que protestó en contra del artículo 565 del Código -- Civil Francés que autoriza al juez a recurrir a los principios de la equidad natural. "Los redactores de nuestros códigos, escribe en su Crestomatia, se mostraron poco consecuentes al autorizar al juez a fallar ciertos casos, según los -- principios de la equidad, después de haber declarado solemnemente que las leyes sólo son obligatorias en virtud de su -- promulgación."<sup>2/</sup> Mourlon, por su parte dice: "un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituí-

---

1/ Aubry y Rau, op. cit., pp. 130 y 134, cit. por Bennecase, op. cit., pp. 157 y 158.

2/ Blondeau, Chrestomathie, prefacio, p. XII, cit., por -- -- -- Bennecase, op. cit., p. 158.

do para guzgar conforme a ella. Nada esta sobre ella, y es pre variación eludir sus disposiciones so pretexto de que no se -- encuentran de acuerdo con la equidad natural.-"<sup>1/</sup>

De acuerdo con lo anterior, los exégetas no -- aceptaron que so pretexto de inequidad de las disposiciones -- legales, el juez se apartara de ellas. Ahora bién, para el ca so de las lagunas en el texto de la ley, Valette nos tranquili za declarando que el legislador tiene cuidado de preveer con -- anterioridad todas las hipótesis y todas las dificultades. -- "Se ha legislado tanto, sobre todo desde hace setenta años, -- escribe, que sería muy asombroso encontrar un caso que perma -- nezca por completo fuera de las prescripciones legislativas -- ."<sup>2/</sup>

No obstante lo antes expuesto, es justo acla -- rar que algunos partidarios trataron de atenuar el carácter es tatista de la doctrina de la Escuela de la Exégesis. Así, More lot, señala el carácter mutable del Derecho Positivo, y su -- absorción por la ley, es decir, por el Estado. Al referirse a sus discípulos afirma: "Quisiera que fueran juristas no obstan te los cambios que pudieran sobrevenir en las leyes y en la -- legislación misma. Guardémonos de hacer consistir la ciencia -- del derecho en el conocimiento de reglas arbitrarias, incom -- pletas, incoherentes, o de textos incorrectos equivocados, -- imprudentemente mutilados o sutilmente corregidos una y mas -- veces, con fines opuestos y que a veces no tienen entre sí mas liga que la que resulta de pertenecer a la misma serie de núme ros."<sup>3/</sup>

<sup>1/</sup> Mourlon, Repetitions Escrites Sur le Code Civil, t. I, pp. 3, 6 y 59, cit. por Bonnecase, op. cit., p. 160.

<sup>2/</sup> Valette, Curso del Código Civil, t. I, pp. 3, 4, 34 y 35, - cit. por Bonnecase, op. cit., p. 161.

<sup>3/</sup> Morelot, Dictée d'un Professeur de Droit Francais, 1835, - pp. 17 y 18, cit. por Bonnecase, op. cit., p. 163.

Todos los adeptos a esta Escuela aceptaron la existencia de una noción de derecho que sería necesariamente invisible por naturaleza misma, pero no por ello dejaba de ser real y de formar una de las piezas constitutivas de la organización misma del mundo real, en oposición al mundo físico. Ahora bien, no obstante aceptar la doctrina metafísica de la noción de derecho, los exégetas persistieron en la doctrina estatista de la omnipotencia del legislador. Así, Aubry y Rau, reducen el Derecho Positivo a la ley, y por otra parte lo perciben según la verdadera concepción de la ciencia del Derecho, esto es, desprendiéndose de las contingencias sociales. Los profesores de Estrasburgo, cayeron involuntariamente en esta contradicción, porque teniendo el conocimiento de la noción de Derecho, quisieron ante todo publicar un curso del Código de Napoleón. En cambio los demás exégetas cayeron inconscientemente en esta contradicción flagrante, al aceptar la existencia de una noción de derecho trascendental, para no tomarla en consideración en la elaboración del Derecho Positivo.

Por otra parte, Bonnecase agrega otro rasgo característico de la Doctrina de la Escuela de la Exégesis: El argumento de autoridad, basado en el respeto que todos los partidarios de la Escuela tenían por sus predecesores, al grado de que aceptaban como verdades adquiridas las construcciones jurídicas elaboradas por ellos.

Al respecto, Geny demostró los errores a que conduce la aceptación de las construcciones jurídicas ya elaboradas, cuando esa aceptación se basa en los precedentes.

#### IV. Los métodos de la Escuela de la Exégesis.

Para la elaboración de su doctrina, los exégetas recurrieron a dos métodos: El exegético y el Sintético. Siguiendo a Bonnecase, se puede afirmar, que el primer método-

consiste en reducir la exposición y elaboración de la ciencia del Derecho Civil, no únicamente al Código mismo, sino también al orden de sus disposiciones, en todo lo que tiene de riguroso. De esta manera la justicia cuenta para sus explicaciones con un plan y un orden ya preparados: Los libros, los títulos, los capítulos, las secciones del Código y dentro de las secciones, el orden mismo de los artículos que forman la materia.

La obra redactada según este método es un comentario; en el fondo se reduce a un análisis del contenido de los diversos artículos.

Al lado de este método exegético, está el mixto que respeta las cuatro primeras reglas del método exegético; pero por el contrario se niega a observar en la exposición de la materia de una sección, el orden de los artículos que la constituyen, en esto radica su originalidad. En realidad, es una variante del método exegético, ya que en nada se distingue de éste. Demolombe, expone con claridad, que el pretendido método intermedio, no puede alcanzar el título de método independientemente.

En oposición al método exegético, se encuentra el sintético, enseñado por Aubry y Rau. "Los partidarios de este método, afirma Bonnecase,<sup>1/</sup> no se preocupan de las divisiones usadas por los redactores del Código, para edificar su obra: libros, títulos y capítulos: y ni siquiera tienen en cuenta el orden de los textos; aún más, examinan menos los textos tomados en sí mismos que la realidad social que recu -

---

<sup>1/</sup> Bonnecase, op. cit. pp. 192 y 193.

bren. En una palabra, basados en la intención del legislador, rehacen su obra según su plan racional que les permite presentar en forma original al aspecto de la vida social, objeto de la reglamentación del Código." Obras inspiradas por este método se han calificado como tratados en oposición a los comentarios.

Ahora bien, en relación con el método exegético y el sintético, Marcadé los opone en los siguientes términos: "En el método exegético --dice--, se sigue el texto paso a paso; se disecciona cada uno de los artículos para explicarlo --frase por frase, palabra por palabra; se precisa, por el que lo precede y por el que lo sigue, el sentido y alcance de cada proposición y de cada término, y se hace notar su exactitud o inexactitud, su utilidad o insignificancia; después, --cuando se ha comprendido este artículo en sí mismo, se estudia su armonía o su discordancia en los demás artículos que a él se refieren; se deducen de él las consecuencias; se señalan las lagunas. Cuando se ha marchado así con el legislador, --siguiéndolo por todas partes, paso a paso, aún cuando haya seguido un camino errado, es entonces y solamente entonces, --cuando se puede esperar haber comprendido bien su pensamiento; pues de esta manera ya no es únicamente el resultado del Código, sino el Código mismo lo que se estudia, lo que se hace y lo que se hace familiar."<sup>1/</sup>

Según este mismo autor, el método exegético --es superior al sintético ó científico: "En el método sintético, el autor sustituye sus divisiones y clasificaciones por las del Código; en lugar del camino seguido por el legislador, sigue uno diferente que puede ser mas simple, mas lógico,

<sup>1/</sup> Marcadé, Explication du Code Napoléon, t. I, preface, p. - XV, cit. por Bonnetcase, op. cit., pp. 195 y 196.

mejor, en fin, pero que tan sólo por no ser el de la ley, presenta dos graves inconvenientes. El primero consiste en que, con frecuencia, se comprende mal el sentido de un artículo, cuyo pensamiento se hubiera entendido perfectamente, de haberse examinado en el lugar que ocupa, según el orden y la relación con los demás artículos, así como la sucesión de ideas con las cuales fue redactado. El segundo, en que después de prolongados estudios se llega a conocer muy bien los resultados de todos los artículos del Código; pero no se habrá adquirido el conocimiento de los mismos. Se sabrá que tal cosa es ordenada y que tal prohibida; pero se ignorará cuál es el lugar, ó cuál el número del artículo que ordena una y prohíbe la otra.<sup>1/</sup>

Como resultado de la crítica anterior, Marcadé protesta porque el método sintético tiene como defecto que en un momento determinado ignorará el número de los diversos artículos del Código, crítica que no desvirtúa en manera alguna la importancia de este método.

#### V. Crítica del método y principios de la Exégesis.

Por medio de la aplicación exacta de los principios de esta Escuela, se llega a resultados que no pueden aceptarse en la interpretación de los textos legales y en la elaboración de la ciencia del derecho.

Crítica con respecto al culto a la ley de esta Escuela.

La doctrina y el método exegético sólo pueden concebirse en un régimen de codificación. Esta corriente de pensamiento jurídico, reduce el Derecho Positivo a la ley, lo

---

<sup>1/</sup> Marcadé, op. cit., t. I, preface, p. XIV, citado por Boncase, op. cit., p. 197.

que en la práctica lo conduce a la impotencia y a ser la antítesis del progreso, como dice Bonnacase, porque estaría contenido por fórmulas sagradas que no se pueden alterar y son transmitidas de generación en generación establecidas para un estado social anterior, inválidas para la solución de problemas que se presentan en el mundo moderno.

Por otra parte, atendiendo al culto al texto de la ley que la mayoría de los exégetas aceptaban y que sirvió para caracterizar su doctrina, se pueden presentar varias hipótesis de resolución dudosa que no permiten una adhesión razonable. Por ejemplo, si para aplicar un texto legal, debe el intérprete atenerse al tenor literal del mismo, qué sucederá cuando éste sea contradictorio entre sí, cuando sea obscuro o no este prevista solución para el caso planteado. A estos y a otros problemas de interpretación han tratado de darles solución otras doctrinas, sin que se pueda afirmar que una de ellas es la absolutamente válida, dadas las diversas opiniones sobre el mismo tema, lo que no obsta para reconocer la aportación importante de algunas de ellas y a las cuales nos referiremos posteriormente.

#### Crítica con respecto a la preminencia de la intención del legislador.

Los partidarios de esta Escuela, afirmaban que el origen y función del derecho estaba ligada a la intención del legislador. Dicha intención no se refería a los redactores de determinado Código, sino también a la de los juristas de siglos anteriores, petrificando el derecho y dándole un carácter ancestral inmutable, perteneciente a un orden superior. Es pertinente recordar que los exégetas, aún cuando aceptaban la doctrina metafísica de la noción de derecho, persistían en la omnipotencia del legislador, lo que le dió un carácter estatista y pone de manifiesto el rasgo paradójico -

que contiene esta Escuela al aceptar, por una parte, dicha no ción, y por la otra, deshecharla para poner en primer término la citada intención de los encargados de la creación de los textos legales.

Como resultado de lo anterior, el jurisconsulto se debería limitar exclusivamente a investigar el pensamiento del legislador, sin denunciar los defectos de la ley, y sobre todo, que es lo mas grave, dicha actitud, conducía a desconocer que toda ley, aunque forme parte de una codificación, tiene un alcance limitado que no abarca la totalidad de las situaciones que se puedan plantear en un momento determinado, aún cuando Valette, como dijimos anteriormente, afirmaba lo contrario.

Es un mito la afirmación de que en el conjunto de las normas jurídicas formuladas, siempre hay una solución prevista para el caso planteado. Esto no quiere decir que no se reconozca el principio de la hermenéutica jurídica que impide al órgano jurisdiccional, inhibirse so pretexto de -- que no hay norma aplicable, pues en este caso deberá suplir la deficiencia de la ley.

No obstante, el predominio de la intención del legislador en la interpretación de las normas que daba como resultado la presunción de que todos los casos estaban regulados por los Códigos, no dió resultado en la práctica. Los encargados de aplicar las leyes en el siglo XIX, no acataron fielmente esta doctrina. En la práctica, presionados por la realidad, actuaron de manera diferente haciendo a un lado la concepción mecánica de la función jurisdiccional que les estaba encomendada, desempeñándola como una auténtica actividad creadora. Pretendían sacar de los artículos principios que en realidad no contenían. Aparentaban sometimiento absoluto a --

los textos legales pero sacaban de ellos conclusiones aplicables a la realidad social que se apartaba de la corriente doctrinal del momento. Tales concepciones y principios, los tomaban ellos como premisas para sacar conclusiones que eran atribuidas a la voluntad del legislador.

#### Carácter anticientífico de la Escuela de la Exégesis.

Boutroux<sup>1/</sup> afirma que el primer rasgo del espíritu científico será en lo sucesivo, no admitir ninguna fuente del conocimiento distinto de la experiencia. El mismo Bonnecase reclama que si hay un elemento que los exégetas descuidaron en la elaboración del derecho, es el de los hechos, de tal manera que para esta Escuela, la Ciencia del Derecho, no tiene como fundamento la observación directa del movimiento social, sino que su fundamento se encuentra en los textos legales, que son a menudo redactados sin un plan preconcebido. Agrega Bonnecase: "El evidente desprecio hacia la ciencia, hizo que los exégetas no se preocuparan de manera alguna hacia la filosofía. Si para ellos el derecho se reduce, en definitiva, a las órdenes emanadas de las asambleas legislativas, el Derecho Civil aparece en ella desprovisto a la vez, de autoridad verdadera y de ideal, ya que no percibe el lazo que une -- aquellas órdenes con una noción superior, racional, directriz, cuya misión, al mismo tiempo, es legitimarlas y embellecer -- las."<sup>2/</sup>

#### Crítica del Dr. Luis Recasens Siches.

Refiriéndose a los exégetas del siglo XIX, -- pone de manifiesto este autor, los extremos en que cayeron al-

---

<sup>1/</sup> Bouteoux, Ciencia y Religión en la Filosofía Contemporánea, p. 346.

<sup>2/</sup> Bonnecase, op. cit., p. 237 y sigts.

desarrollar sus ideas en el campo de la interpretación y aplicación de las leyes positivas. Estima el maestro, que los legisladores del Código Civil Francés, y mas aún, los jurisconsultos encargados de aplicar sus textos, consideraron su obra legislativa, no como un derecho histórico y positivo, sino como un derecho natural concebido al modo del pensamiento de la ilustración, como absoluto, universal y eterno. Se consideraba que el Código era la carta imperecedera del Derecho Civil, que servía de regla a Francia y de modelo al mundo.

De lo anterior, surgió la convicción dentro de esta Escuela, de que las normas generales contenidas en los artículos del Código, eran dogmas definitivos y que el intérprete, por medio de un método lógico de inferencia que la misma Escuela propugnó, únicamente tenía como trabajo, partir del contenido abstracto de los dogmas jurídicos, sin preocuparse de los efectos que las consecuencias extraídas de estas, por lógica deductiva, produjeron en la vida real de la sociedad. "Cuando se opera con normas de Derecho Positivo es disparatado y fatal tratarlos como verdades de razón pura. Las normas contenidas en las leyes positivas son actos de voluntad del legislador, suscitadas por unas necesidades sociales sentidas en su tiempo y con vista a la realización de unos fines socialmente postulados precisamente en su tiempo. Pero eso fué lo que en parte se le olvidó al legislador Francés, y lo que totalmente olvidaron los jurisconsultos que actuaban a mediados del siglo XIX. Estos creyeron que los artículos del Código eran dogmas, verdades intangibles y eternas."

"El fetichismo legal hizo olvidar a aquellos jurisconsultos una cosa muy importante, a saber: que el Derecho Positivo no consta de las normas generales contenidas en los textos de las leyes y en los reglamentos, sino que consta también de normas particulares creadas en los negocios jurídicos (contratos, testamentos, etc.) y así mismo las creadas por las corporaciones, etc."

estatutos para regular sus relaciones internas y externas); y, sobre todo, consta también de las normas individualizadas en los fallos judiciales y en las resoluciones administrativas. Cada una de esas diversas categorías de normas forma parte del orden jurídico, como lo ha demostrado decisivamente Kelsen.<sup>1/</sup>

Hace notar el Dr. Recasens Siches, que los exégetas al olvidar las normas particulares y las individualizadas, dejaron mutilado el orden jurídico positivo, reduciéndolo a un conjunto de leyes.

#### VI. Conclusión.

La ideológica que alumbró el espíritu que presidiera la magna obra de la codificación Napoleónica dió por resultado la corriente del pensamiento jurídico encarnado en la Escuela de la Exégesis, que constituyó un monumento en la evolución histórica de la Ciencia del Derecho.

Es tarea sencilla poner de relieve lo erróneo y deficiente de su doctrina, después de que esta ha sido superada. Su principal vicio, el sometimiento a la voluntad del legislador, que hubiera estancado la evolución del Derecho, fué superado por la jurisprudencia de los tribunales, que, tuvo de acomodarse a las transformaciones sociales, económicas y políticas del momento. En la práctica, presionados los tribunales por las realidades sociales, actuaban de modo muy distinto al preconizado en sus principios. Sacaban de los textos legales, prescripciones que en realidad no contenían y que aplicaban en sus fallos. A ve-

---

<sup>1/</sup> Recasens Siches "Nueva filosofía de la interpretación de la Norma Jurídica" Ed. Fondo de Cultura Económica, Mex.-1956, p. 150 y sigts.

ces llegaban a más; sacaban de tales prescripciones supuestas, tomándolas como premisas, conclusiones que igualmente se atribuían a la voluntad del legislador.

La Escuela de la Exégesis, no ha sido la única que ha utilizado el método legalista en la interpretación del Derecho, recurriendo para ello a procedimientos gramaticales y lógicos. Otras escuelas, como la de los glosadores, iniciada por el jurisconsulto Irineo en el siglo XII, han obtenido de dichos métodos, apreciables resultados. Así también la Ciencia del Derecho Español, debe el relativo brillo que alcanzó en los siglos XV y XVI, a los comentarios, terreno en que dió óptimos resultados.

Castán Tobeñas,<sup>1/</sup> dice "actualmente se suelen considerar los trabajos exegeticos como extraños a la verdadera Ciencia del Derecho, ó cuando menos impropios de su actual fase de desenvolvimiento. Mas por muy humilde que sea la operación exegetica, hay que reconocer que constituye la base y antecedente indispensable de todo ulterior trabajo sobre el Derecho Positivo y que no hay posibilidad de llegar a resultado científico alguno sino es partiendo de una recta inteligencia de los textos de la ley." Rocco, por su parte, apunta "no se puede acudir a medios de interpretación jurídica si esta no descansa en textos cuyo contenido se haya fijado claramente."<sup>2/</sup>

---

<sup>1/</sup> Castán Tobeñas J. "Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho." Instituto Editorial Reus, Madrid 1947, p. 83.

<sup>2/</sup> Rocco, "Principios de Derecho Mercantil", parte general, Traducción de la Revista de Derecho Privado, Madrid 1947, p. 77.

## C A P I T U L O   S E G U N D O

### Francisco Geny y la Libre Investigación Científica.

- I. Crítica de Francisco Geny al método tradicional de interpretación jurídica.- Crítica al fetichismo de la ley escrita.- Crítica al abuso de abstracciones lógicas.
- II. Reconstrucción del método de interpretación.- Fuentes principales del derecho privado.- A. La ley escrita.  
B. La costumbre.
- III. la Libre Investigación Científica.- Planteamiento.- El método de la Libre Investigación Científica.- La equidad.- La analogía.- A. Su funcionamiento.- B. Su fundamento sociológico.- C. Distinción entre analogía e interpretación.- D. Conclusiones sobre la analogía.

I.- Crítica de Francisco Geny al Método Tradicional de Interpretación Jurídica.

Después de analizar las bases sobre las cuales construye toda su doctrina el método tradicional de interpretación jurídica, (Escuela de la Exégesis), Francisco Geny, profesor de Derecho de la Facultad de Dijon, en la parte - segunda de su libro "Métodos de interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo", hace una crítica negativa de la misma.

La codificación, que fué la base sobre la cual los exégetas construyeron su método de interpretación, la considera Geny como un fenómeno social que se nos impone por la fuerza de los hechos consumados. Acata la codificación y se abstiene deliberadamente de entrar en la discusión que se había suscitado alrededor de ella. Una vez tomado el material legislativo tal cual es, se pregunta si el jurista, interprete del derecho, puede desarrollar una actividad flexible y fecunda, apoyada en el texto de la ley, sin abandonarse completamente a él. "Cumplir su misión -dice- sin abdicar de la independencia de juicio y la libertad de investigación que para la ciencia jurídica positiva, como para toda disciplina del espíritu, son condiciones esenciales de fecundidad y de progreso."<sup>1/</sup>

Antes de entrar a éste aspecto positivo de su tesis, hace una crítica a los vicios substanciales y a las deficiencias del método tradicional de interpretación, con lo cual pretende justificar el ensayo de corrección necesaria y adición de elementos nuevos que se propone hacer.

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny. Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo, Ed. Reus, Madrid 1925, ea. ed. p. 59.

Considera que el método que nos ocupa es un sistema de axiomas y consecuencias lógicas apoyadas en los --- textos legales, que dan al Derecho Positivo un aspecto de se - guridad en las relaciones jurídicas. Sin embargo, dicho siste - ma puramente legal y deductivo tiene un vicio esencial: La - falta de plasticidad que imprime al Derecho Positivo, dando - como consecuencia un subjetivismo desordenado en el intérpre - te, al pretender éste pedir al legislador una idea que no ha - expuesto y que substituye con ideas propias, de suerte que - - desnaturalizan la esencia de la ley con esas ideas personales - que atribuyen al legislador. "La creencia -opina Geny- de --- que toda solución deba atrincherarse tras un texto, limita ne - cesariamente la libertad de movimientos del intérprete, de una manera estéril y perniciosa porque para descubrir en el legis - lador un pensamiento insuficiente, en realidad estamos obliga - dos a tomar en cuenta todo lo que él nos ha dejado."<sup>1/</sup>

#### Crítica al fetichismo de la ley escrita.

Estima Geny que es indudable la importancia de - la ley escrita como fuente del Derecho Positivo y la supremacía de la misma que se impone al intérprete por sobre cualquier -- juicio personal de éste, que tienda a perjudicar la aplicación práctica de la solución consagrada. Sin embargo, piensa al - - mismo tiempo, que hay que cuidarse de mantener el anterior - - principio dentro de sus justos límites, para no llegar al ex - tremo de considerar que toda solución jurídica positiva se des - prende de la ley, concepción errónea que hace de la misma, la - única base del derecho, reduciendo la ciencia a un papel pura - mente mecánico, en el cuál el intérprete se limita a compro -

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 63.

bar ó a deducir la solución legal para aplicarla matemáticamente a los casos concretos. Observa el mismo autor, que la codificación de las leyes no ha tenido por objeto establecer su absoluta soberanía excluyendo todo movimiento independiente de interpretación que supla las deficiencias de la acción-legislativa.

Al señalar los límites de la ley, Geny estima -- que ésta, como toda obra humana, es incapaz de alcanzar la -- síntesis del mundo en que vive. Aún cuando imagináramos, cosa imposible, un legislador que pudiera preveer la totalidad del orden jurídico de su época, tendríamos que reconocer que no -- podría regular las relaciones jurídicas futuras.

Dentro del terreno práctico, se atiene Geny, al concepto de la ley predominante en Francia, válido en nuestros días, consistente en que la misma, desde el punto de vista puramente formal, es una obra del poder competente en la -- cuál éste formula las disposiciones generales de interés -- común, obligatorio para todos mediante la sanción social. Así comprendida notamos que emana de la voluntad humana con sus -- necesarias limitaciones, produciendo una obra incompleta.

Al respecto, Aristóteles en su ética a Nicómaco, dice que las imperfecciones y las lagunas inevitables de la -- ley, no son culpa del legislador que la redacta, sino de la -- imposibilidad de abarca todos los casos que no sean los más -- comunes.

#### El Abuso de las abstracciones lógicas.

La exageración del procedimiento, no se limita -- a poner de relieve los conceptos expresados por el mismo le -- gislador, para de allí deducir, siguiendo su intención probable, las consecuencias prácticas. Se pretende deducir, de las

soluciones concretas dadas por la ley, la idea general que puede solamente explicarlas, a fin de afirmar efectos nuevos.

Además, no conforme con ésto, el intérprete basado en una débil tradición ó en su fantasía, acude a una construcción teórica edificada por él, de la cuál desprende principios que imputa al texto mismo de la ley y a la intención del legislador.

De manera que los excesos de ésta tendencia se presentan como una consecuencia del primer vicio, consistente en considerar que toda solución jurídica debe tomarse de la ley.

Geny considera que los exégetas abusan de la lógica, "al considerar dotadas de realidad objetiva permanente-concepciones ideales de índole provisional y puramente subjetiva. Hacen residir a priori todo el sistema de derecho positivo en número limitado de categorías lógicas predeterminadas por esencia, inmutables en sus fundamentos, regidos por dogmas inflexibles, impropios por tanto, de acomodarse a las mudables exigencias de la vida."<sup>1/</sup>

Dentro de éste sistema, el intérprete no se conforma con descomponer las relaciones jurídicas en sus elementos más simples, con objeto de conocer su substancia, sino que las separa de la realidad y las arroja en el molde de su construcción jurídica, para después obtener entidades independientes.

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 127.

Es así como el sistema del Derecho Positivo, se reduce a algunas concepciones tipo, deducidas por operaciones racionales de abstracción o generalización y que suministran cuadros inmutables para todos los hechos de la vida jurídica. Las deducciones formuladas por el abuso de la lógica, que penetran en todo el orden jurídico, se basan en sentimientos del intérprete, mas que de razones, lo que conduce a considerar la vacuidad de sus resultados.

Geny cree, que las abstracciones lógicas - - pueden y deben contribuir al progreso de la práctica y conducir al hallazgo de nuevas soluciones. Pero para mantenerla dentro de sus justos límites, jamás se debe perder la vista - el carácter subjetivo de éste procedimiento que nos otorga -- meras hipótesis dispuestas a transformarse ante las exigencias de la vida y ceder sin resistencia al fin práctico manifiesto que lo contradiga.

Visto lo anterior, Geny llega al resultado siguiente: "Primeramente, hay que renunciar, aún en nuestro régimen de codificación, a encontrar en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídicas."<sup>1/</sup>

"Por otra parte, el sistema de concepciones abstractas y construcciones puramente lógicas es impotente -- para dotar a la investigación científica de otra cosa que de un instrumento de exploración, sin valor objetivo, que puede sugerir soluciones, pero incapaz por sí sólo de demostrar el fundamento sólido, ni de adquirir el mérito intrínseco y la verdad durable."<sup>2/</sup>

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 144.

<sup>2/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 194.

Piensa que en los ensayos que se han intentado levantar sobre el postulado de una lógica imperiosa, encontramos el análisis de situaciones jurídicas concretas - o simplemente posibles, formuladas por deducciones irreprochables, basadas en conceptos sin fundamento objetivo, de sentimientos, mas bien que de razones. En estos casos, el jurista, siempre comprenderá la irre realidad de sus construcciones que están formadas a priori y que carecen del valor absoluto y permanente para la aplicación del derecho, único objeto de actividad para el jurista positivo.

Para apoyar ésta crítica, Geny analiza la aplicación de una teoría fundamental: Las personas como sujetos únicos del derecho. Dice que todos los derechos privados se reducen a ventajas que benefician a los seres humanos - considerados en su función social. Partiendo de lo anterior, puede decirse que todo derecho requiere un sujeto, el cual no puede ser mas que una persona. Nuestra dogmática, tiene por objetivamente necesario, el principio a priori de que todo derecho exige, como condición de su existencia, una persona actualmente existente y de allí, con lógica rigurosa, obtiene las siguientes conclusiones:

- 10.- No puede reconocerse un derecho en pro de una persona física, que al menos no esté concebida - al nacer éste derecho.
- 20.- A falta de un ser humano en que fundarse, los derechos privados no se conciben si no en favor de entidades abstractas, ficticiamente asimiladas a las personas, erigidas en personas jurídicas mediante un proceso artificial de la legislación positiva.

En contra de éstos principios, considera Geny con relación a las personas físicas, que cuando, una per

sona futura exija seriamente el ejercicio de un derecho constituido a su favor antes de su concepción, siempre que no se opongá una razón de orden general, deberá ejercitarse dicho derecho de utilidad particular, deshechando el rigor lógico del principio deducido por los dogmáticos.

Aún más, considera que el legislador puede ir en contra de dicho principio, por ser él, el órgano perfecto del Derecho Positivo. Al intérprete, por otra parte, nada le debe impedir admitir la creación de ventajas jurídicas en beneficio de personas futuras, mediante el contrato en favor de terceros; cosa que, por ejemplo, permitiría dar validez indiscutible al seguro de vida en provecho de los no nacidos.

En cuanto a las personas morales, su carácter artificial, prueba que las mismas no están impuestas por necesidad objetiva alguna, sobre todo, si tomamos en cuenta que las situaciones a las cuales ha venido a dar una forma nueva, estaban reconocidas como situaciones jurídicas, antes de inventar la ficción de la personificación civil, además, de que algunos juriconsultos prescindían de ella, admitiendo en su lugar el concepto de un patrimonio adscrito a un fin propio sin intermediación de persona alguna ni real, ni ficticia. Dicho concepto es subjetivo, pero basta para demostrar que ningún postulado lógico exige la existencia de una persona como sujeto del derecho, como lo consideran los dogmáticos y que los hechos contradicen continuamente. Este pretendido principio fundamental, según Geny, no hace más que estorbar la evolución de la ciencia.

## II.- Reconstrucción del Método de Interpretación.

Después de reconocer las impotencias del método tradicional para interpretar la norma jurídica, Geny entra al estudio de su tesis, exponiendo un bosquejo de la misma en el cual manifiesta que las soluciones que plantea no pueden --

servir para descubrir el conjunto de las bases esenciales que exige la completa reconstrucción del método y por consiguiente, solamente pone de relieve, los rasgos más sobresalientes y acusa firmeza con las líneas capitales. Desde luego manifiesta que su estudio está desprovisto de la rigidez semitemática del método tradicional.

Debido a la insuficiencia de la ley escrita para otorgar al intérprete todas las soluciones requeridas en la práctica y de la insuficiencia de la lógica jurídica que no puede darnos la clave de los problemas de la vida social, Geny, propone que debemos dar ancho margen a la actividad del intérprete, sin más cortapisas que las que en determinadas condiciones, le imponga la ley y siempre inspirado por el objeto de su misión que consiste en alcanzar la justicia y la utilidad social.

La libertad de acción concedida al intérprete, tiene como principales objeciones, los peligros concurrentes que puede acarrear su actividad en perjuicio de la seguridad de los intereses y la igualdad de la justicia, además de la contradicción a la severa demarcación que el derecho público establece, entre la misión del juez y la del legislador. Geny, al ocuparse de la segunda de las objeciones apuntadas, se lamenta de la usurpación de funciones que en ocasiones realiza el poder judicial en detrimento del poder legislativo. No autoriza al Juez para que establezca reglas jurídicas. La autoridad de la decisión judicial, está limitada para el caso para el cual se estatuye. Sus reglas no son de carácter general y permanente ya que la facultad de operación de la función judicial, no traspasa la esfera concreta de sus decisiones particulares, decisiones que están dotadas de plena autonomía.

Respecto a la primera objeción planteada, no duda Geny, que la resolución de una cuestión jurídica por me-

dio de una regla absoluta ó categórica, sea el mejor fundamento para una buena administración de justicia, de tal suerte - que se impone como un principio para la garantía de los intereses y la certidumbre de los negocios. Llega a afirmar que - el intérprete debe renunciar a ciertos refinamientos de justicia para mantener la supremacía de la regla general. "Pero - sin embargo, continúa, no se debe sacrificar a una quimera de inflexibilidad e igualdad abstractas, toda idea de adaptación individual de los principios generales mediante la apreciación judicial; en aquellos casos en que las circunstancias, - que condicionan la decisión jurídica, son demasiado variables e indecisos, para entrar en el molde rígido de una fórmula - legal. Equivaldría ésto a pedir la decisión a la suerte de -- las contiendas jurídicas, para evitar la arbitrariedad." <sup>1/</sup>

En el aspecto teórico de ésta cuestión, Geny estudia hasta que punto puede el legislador regular obligatoriamente el problema de la interpretación y trata de averiguar si los textos que la reglamentan se imponen al intérprete o éste puede prescindir de ellos, considerandolos como una autoridad ideal esencialmente opinable. A este respecto, cree que el legislador puede dictar reglas para interpretar su ley, pero piensa que "las reglas de interpretación de la ley propiamente dichas, dictadas por el legislador, serán obligatorias para el intérprete si se refieren a explicaciones generales y previas de la concepción y terminología legislativa, -- que completen y aclaren los textos de su competencia, no en el caso, por ejemplo, de que contengan preceptos de pura - - lógica." <sup>2/</sup>

Rechaza la idea de que el legislador pretenda encerrar al intérprete en el horizonte puramente legal, --

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 207.

<sup>2/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 225.

desposeyendolo de la amplitud de criterio que le es necesario para cumplir con su misión de acuerdo con las exigencias sociales.

Acepta también, que no obstante lo anterior, la actividad del intérprete no puede quedar a su arbitrio ni al libre capricho de su fantasía, entregandose al desorden de sus concepciones subjetivas, sino que por el contrario, el intérprete deberá distinguir los elementos objetivos que sean capaces de dar luz a sus decisiones, cuando carezca de la ley y quede reducido a sus propias fuerzas para resolver los problemas que la vida suscita a cada paso.

Al mismo tiempo que propone lo anterior, -- analiza la medida de su postulado, desde dos diferentes puntos de vista, según el intérprete se encuentre ante fuentes positivas de derecho que se le impongan, suprimiendo o restringiendo su libertad de juicio, o bien, a falta de apoyo formal, el intérprete quede entregado libremente a su conciencia.

En el primer caso, su función consistirá en determinar cuáles son las fuentes imperativas en nuestro estado actual de civilización, caracterizar cada una de ellas y determinar en que medida requieren interpretación. En el segundo caso, "deberá deducir del fondo común de la naturaleza de las cosas las reglas objetivas que han de guiarle y precaverle del subjetivismo de sus juicios. Tiene que pesar el valor de estas reglas, darse cuenta de la influencia que según su origen ejercen, señalar su autoridad siempre relativa y -- precisar su efecto".<sup>1/</sup>

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 212.

### Fuentes del Derecho Positivo según Gemy.

Las fuentes del Derecho Positivo son superiores y se imponen al Juez, de tal manera que los puntos por ellas resueltos son determinantes y no dejan lugar al Juez para hacer apreciaciones personales.

Pero considera que éstas fuentes no son suficientes para agotar el contenido del orden jurídico y tendrán forzosamente que dejar amplio margen al Juez, para decidir controversias jurídicas. Es aquí donde la Libre Investigación Científica, que es el postulado principal de su tesis, entra en juego para llenar ése vacío que ata al intérprete.

Dos son las fuentes principales que estudia Gemy:

A.- La ley escrita

B.- La costumbre

#### A. La Ley Escrita.

Concede a la Ley Escrita la supremacía en el campo de las fuentes del derecho, desde un punto de vista práctico, si bien piensa que en el orden ideal puede admitirse la igualdad teórica de las mismas.

En un aspecto general, estima que la Ley Escrita está formada por todos aquellos actos de una autoridad social regularmente constituida y competente para dictar reglas jurídicas generales en forma de preceptos obligatorios.

Comprende en ésta acepción, no solamente a la ley propiamente dicha, cuya noción ya conocemos, sino tam-

bién los decretos, reglamentos y tratados internacionales - siempre que éstos engendren reglas jurídicas obligatorias para los ciudadanos de los países entre los cuales se haya celebrado, previo reconocimiento de plena eficacia, por las cámaras legislativas, y sean promulgados en forma de la ley o decreto.

Hace notar que la Ley Escrita una vez dictada, sobrevive a la autoridad que la ha dictado hasta que - una ley contraria la derogue expresa o tácitamente, siempre y cuando el mismo órgano del cual emane no haya señalado previamente el período de su vigencia.

En la interpretación auténtica o legal - trata de encontrar los procedimientos que deben seguirse para deducir del texto legal la mayoría de las reglas jurídicas en él contenidas, con el objeto de adaptarlas a los hechos de la vida.

Condena el sistema que tiende a interpretar la ley separandola de su origen y siguiendo los cambios sufridos por el medio social. "Desde el primer instante -Dice- y sin más apelación que el buen sentido, no se ve la base racional, que puede quedar a un sistema de interpretación de la ley, que usa del texto legal para justificar cosa muy distinta de los que su autor quiso estudiar." "Pero lo verdaderamente decisivo contra las tendencias que estoy combatiendo, es que, al sacrificar la voluntad subjetiva que la ha dictado, como elemento de interpretación de la ley, desconocen en lo absoluto su esencia y razon de ser." <sup>1/</sup>

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 225.

Admite como contenido legítimo de la ley, aquello que sus autores han querido y sabido expresar en su precepto. Estima que la interpretación de la ley debe hacerse sin ningún prejuicio, sin tratar de adaptarla al caso planteado, sino que por el contrario debe buscar el contenido de la voluntad del órgano que lo emitió, ubicado en el momento de su misma emisión, siempre y cuando las condiciones que le dieron origen, no desaparezcan o se transformen, pues en éste caso, dejará de imponerse al intérprete.

Lo anterior no quiere decir que Geny se adhiera a la corriente de juristas que consideran que la ley debe bastarse como fuente completa de soluciones jurídicas, sino que se opone a éste principio y afirma que la ley no es más que uno de los numerosos elementos de la interpretación jurídica considerada en su conjunto.

Acepta a su lado otras fuentes del Derecho Positivo quedando en defecto de ellas, libre espacio a la investigación científica.

Manifiesta que el intérprete debe acudir en primer término a las fórmulas legales, consideradas éstas, no solo como concepciones puras, sino también como generadoras de reglas jurídicas.

La actividad del intérprete, esta limitada, según Geny, por la voluntad subjetiva del legislador, - unico elemento racional de la fuerza imperativa de la ley.

Dice, que el campo del texto legal es restringido y que para desentrañar su sentido, debemos traspasar sus elementos intrínsecos, tomando en cuenta elementos extraños a la misma fórmula, tales como el ambiente socio -

lógico que rodea a la norma, el motivo preciso de la ley (ocasio legis) y los trabajos preliminares de la misma. Estos elementos extraños a la fórmula legal, deben utilizarse en la medida que ayuden al intérprete a descubrir la voluntad soberana que constituye su esencia, y dejarán de imponerse en la medida que tiendan a suplir esa voluntad. Cuando el texto de la ley sea obscuro o insuficiente, el intérprete deberá buscar la solución de la cuestión en otra fuente formal u obtenerla de la libre investigación científica.

Con respecto a este mismo tema, Geny entra al estudio de la aplicación analógica de la ley, que consiste en tomar a ésta como elemento objetivo, para aplicarse a todos aquellos casos no previstos, en que exista igualdad de razones jurídicas. La considera, no como un procedimiento de interpretación, sino como integradora del derecho porque está destinada a colmar lagunas, siendo de utilidad unicamente en el supuesto de que no exista una voluntad legislativa respecto al caso planteado.

#### B. La Costumbre.

La costumbre es un conjunto de hechos repetidos, que establecen una práctica constante respecto a una relación de la vida social y que son reveladores de un sentimiento jurídico. Lo anterior da nacimiento al Derecho Consuetudinario, limitado a la comunidad jurídica en que se ha originado.

Son dos los elementos necesarios para que la decisión de la costumbre se imponga al intérprete: El primero es el uso, que consiste en una serie de actos o hechos, en ocasiones, en omisiones de índole tal, que baste para crear una relación perfectamente definida de la vida social y suceptible de una sanción jurídica. Este uso debe ser constante y no deberá tener en contra una protesta formal -

de aquellos que hubiesen tenido interes en impugnarla. Geny, reconoce la costumbre, como una fuente formal de normas jurídicas, cuyo fundamento o valor, se encuentra en el asentamiento de los interesados.

El segundo elemento, es de carácter inmaterial y psicológico como lo es la opinio juris seu necessitatis, que consiste en la idea de una sanción social efectiva de los usos, para que no carezcan de eficacia respecto a la creación del derecho. Es decir, los que practican la costumbre, deberán tener la convicción de que obran en virtud de una regla no enunciada que se impone a ellos, como si fuera de Derecho Objetivo.

Para que tenga fuerza obligatoria, no es necesario que sea reconocida por la autoridad del Estado, ya que esto equivaldría a suprimir la esencia de la costumbre que consiste en el reconocimiento voluntario de quienes lo practican.

Cuando Santo Tomás se ocupó de saber si la costumbre podía obtener fuerza de ley, llegó a la conclusión de que "aún cuando el consentimiento de todo el pueblo, expresado en una costumbre, vale mas que la autoridad del soberano, no es libre ni capaz de darse a sí mismo sus propias leyes y anular las impuestas por una autoridad superior, y solo la costumbre puede llegar a tener fuerza de ley cuando es tolerada por aquellos a quienes pertenece instituir las leyes para esa multitud." <sup>1/</sup>

El juez esta autorizado para reconocer a la costumbre de oficio y en caso de que no tenga suficiente conocimiento de ella, puede requerir la prueba de quien la invoca.

---

<sup>1/</sup> Santo Tomás, Suma Teológica, Tratado de la Ley, tomo VI, Ed. Católica, S. A., 1956, p. 197.

Su interpretación no presenta dificultad, pues reconociendo su uso y comprendiendo su carácter jurídico, se acredita su aplicación.

Geny, apoyado en Savigny, critica la distinción que hacían los jurisconsultos antiguos entre las costumbres que sirven de complemento a la ley escrita, (*praeter legem*), y las que visiblemente contrarían las disposiciones del Derecho escrito en vigor, (*contra legem*).

Las primeras, remedian los vacíos en los casos no previstos por el texto, o cuyo sentido precisa en los casos dudosos y cuya fuerza como interpretación auténtica de la ley, reconoce sin vacilar. Sin embargo, las segundas, pueden tender directamente a substituir el Derecho escrito, bien por una regla contraria, (*consuetudo abrogatoria*), bien se dirija simplemente a anularlo por un desuso formal de sus disposiciones, (*desuetudo*). Ambas son la misma cosa y producen el mismo efecto respecto a la ley escrita.

No obstante lo anterior, llega a la conclusión de que el Derecho escrito, tiene preeminencia sobre el Derecho Consuetudinario, aunque admite la fuerza obligatoria de toda costumbre constituida a la par de la ley para suplirla, mientras que rechaza la que tiende a oponersele, bien sea eliminándola o contradiciéndola. Es decir, que apoya abiertamente a la costumbre que completa, interpreta o desenvuelve la ley, condenando a la que la contraría, esto último por razones de orden social.

### III.- La Libre Investigación Científica.

#### Planteamiento.

Las fuentes anteriores, dotan al intérprete de la más fecunda dirección, pero dado su alcance limitado, no le proporcionan la totalidad de las soluciones que re-

clama la infinita complejidad de las relaciones sociales.

Por consiguiente, la actividad del intérprete se desarrollará en la esfera que permanezca libre de la acción positiva de las fuentes.

Indica Geny, como línea general de dirección para el intérprete, que éste debe formar su decisión de derecho, en vista de las mismas razones que tendría presente el legislador, si se propusiera regular el caso concreto sometido a su conocimiento.

Distingue la actividad del intérprete de la del legislador, porque mientras éste regula una situación de manera abstracta, sin tropezar con ningún obstáculo, el intérprete, estatuye en vista de casos particulares y respecto a problemas concretos. Para no caer en la arbitrariedad, este último debe desprenderse de apreciaciones subjetivas y apoyar su decisión jurídica en elementos de naturaleza objetiva.

A lo anterior, Geny denomina libre investigación científica: "Investigación libre, porque se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, porque no puede encontrar bases sólidas, mas que en elementos objetivos que solo la ciencia puede revelar". <sup>1/</sup>

En el campo de la libre investigación científica, el método jurídico debe tener como objeto descubrir los elementos objetivos que determinarán todas las soluciones exigidas por el derecho positivo.

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 524.

### El Método de la Libre Investigación Científica.

Como directriz de un buen método, deshecha a la opinión pública, que consiste en el sentimiento general, mas o menos conciente, del conjunto de los interesados.

No quiere decir Geny, que dicha opinión, - deba considerarse nula por el intérprete. En cuanto hecho social, se le impone, "pero no puede desempeñar el papel de - autoridad para el intérprete, ni servirle de criterio para - discernir el Derecho Positivo que deba seguir, por lo mismo - que aquella no podría pretender representar la verdad de las cosas, que se trata solamente de descubrir y de aplicar."<sup>1/</sup>

Considera como a priori incontestable, que los mas firmes y seguros preceptos de derecho, se desprenden de la naturaleza de las cosas, sin el intermediario de ninguna concepción ideal, que deforme la realidad. Dice Geny: "En vez de concepciones subjetivas que su origen nace inconscientes e inciertas, el intérprete tiene necesidad de descubrir principios seguros que solo puede darle el atento exámen de - la naturaleza de las cosas."<sup>2/</sup>

Este término, fue utilizado en 1791, por el Germanista Runde y tiene como base el principio de que las relaciones de la vida social, llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubren las normas que deben regirlas.

Geny, por medio de un esfuerzo científico, trata de constituir un derecho común, general por su naturaleza y subsidiario por su función, que supla las lagunas de las

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 528.

<sup>2/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 533.

fuentes formales y dirija todos los movimientos de la vida jurídica.

Para tal efecto, toma como punto de partida la idea del fin, que en el campo de la organización jurídica consiste en alcanzar, en la vida humana, el ideal de justicia y de utilidad común, considerada ésta, como el bien del mayor número.

Si queremos saber que es la justicia, tendremos que indagar en nuestra conciencia e interrogar la razón, para descubrir en nuestra propia naturaleza, las bases de este concepto. Además, debemos penetrar en los fenómenos sociales, para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren.

Al señalar como primera dirección para el intérprete los principios revelados a la conciencia y presentes a la razón, no solo aporta su apoyo al principio de que no existe método ni procedimiento que pueda desterrar la apreciación personal del intérprete, sino que también resucita la doctrina del derecho natural, que pretendió constituir, sobre la sola base de la fuerza del pensamiento, un derecho inmutable y universal, que el legislador solamente formulara en un código general.

Bekker<sup>1/</sup> arremete contra el concepto de derecho natural, al decir que es urgente, para poner al derecho en vías de una verdadera ciencia, privarle de la manía de los principios del derecho natural y en cuanto al concepto de justicia absoluta, afirma que no puede ser objeto de ciencia sino de creencia, y como tal deberá ser abandonado a la fe individual de cada uno.

<sup>1/</sup> Bekker, Zeitschrift der Savigny Stiftung, Romanistische Abtheilung, 1885, t. VI, pp. 84 y 87, cit. por Geny, op. cit., p. 542.

A lo anterior, contesta Geny, diciendo que - si bien es cierto que la verdad total se obtiene por medio de la ciencia, no es menos seguro el camino de la creencia, que - es un grado reducido de la certeza.

Las mismas revelaciones de la razón y de la conciencia, nos sugerirán principios de derecho y en un grado - mas inferior, reglas o máximas de conducta. Entre los primeros tenemos el de que debemos reconocer a todo ser humano el derecho absoluto de obrar y desenvolver sus facultades según su na - turaleza y en vista de su fin, a condición solamente de respec - tar ese mismo derecho a los demás, y entre los segundos, la - máxima de que cada cual debe reparar el daño causado por su - falta.

#### La Equidad.

Geny también se ocupa de la equidad y trata de encontrar la fuerza de la autoridad de ésta, así como su - función, en la elaboración jurídica.

Empieza por definirla, encontrando que tie - ne dos concepciones: La primera consiste en "una especie de - instinto que sin invocar el razonamiento (raison raisonnante) va por sí mismo recto a la solución mejor y mas conforme al - fin de toda organización jurídica; o bien es, en vista de la - adaptación de la idea de justicia a los hechos, la considera - ción de las circunstancias individuales, teniendo en cuenta - las ideas generales, o modelandolas de conformidad a los ele - mentos concretos."<sup>1/</sup>

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 550.

A esta obra de la subconciencia moral, no le rehusa autoridad, admitiéndola como sucedaneo de la razón en el número de nuestros modos de conocer el Derecho Positivo.

Parte del principio de que la solución justa se adquiere por sentimiento instintivo, mas que por razonamiento.

Sin embargo, por ser una obra evidentemente subjetiva, el intérprete deberá ponerla en acción, sólo ante el caso concreto y siempre que la ley lo remita a dicho concepto.

### La Analogía.

#### A. Funcionamiento.

En los casos de insuficiencia o incertidumbre de la voluntad legislativa, es necesario desterrar la interpretación propiamente dicha y recurrir a otra rama del método de - capital importancia en la elaboración del sistema jurídico - positivo como lo es la analogía, cuyo funcionamiento consiste en "un proceso lógico que tiende a inducir de soluciones particulares el principio que los explica, para buscar en seguida las condiciones del mismo principio en otras hipótesis y - aplicarlas por vía de deducción." <sup>1/</sup>

El procedimiento analógico representa el traslado de ciertas reglas a casos extraños al texto debido a la semejanza de situaciones jurídicas. Tal misión la coloca dentro de los medios que nos sirven para suplir lagunas parciales y totales de nuestras leyes, traspasando así los límites de la interpretación de la ley.

#### B. Su Fundamento Sociológico.

El deseo íntimo de igualdad jurídica, nos conduce a reclamar iguales sanciones jurídicas a las mismas situa-

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 55b.

ciones de hecho, es decir, aplicar la misma prescripción dictada para tal caso, a otro caso análogo.

Para encontrar la identidad esencial entre el caso legal regulado y otra situación de hecho no regulada, deberemos comprender el principio que se desprende de la solución positiva conocida, y encuadrar en esa misma hipótesis al segundo de los casos enunciados.

Dicho principio lo debemos desprender del espíritu de la ley derivado de las consideraciones de política legislativa, tales como los motivos de orden moral, social o económico que inspiraron la regla conocida.

#### C. Distinción entre Analogía e Interpretación.

Como dijimos anteriormente, interpretar la Ley es buscar el contenido de la voluntad legislativa, con ayuda de la misma fórmula que lo expresa.

La analogía debe trabajar sobre la ley, considerada ésta como elemento objetivo de nuestra organización social, con propio valor y desprendida de la voluntad legislativa.

Según la moderna doctrina Alemana, contenida en las Pandectas de Dernburg y Regelsberger, la analogía no es una obra de pura interpretación de los textos, ya que no razona sobre la voluntad presunta o impuesta por el legislador y solo toma las disposiciones legales como un punto de apoyo para construir, en las lagunas visiblemente abandonadas por las fuentes formales.

Algunos autores han querido comparar a la analogía con la interpretación extensiva, la cual se sirve de elementos extrínsecos de la ley que descubren la voluntad del legislador para con base en ello ampliar la fórmula de su texto concebido respectivamente. En cambio la analogía se dirige a crear una nueva regla fundada bien sea en la identi -

dad de la razón jurídica, bien en la coincidencia del caso legal.

Al respecto, Geny opina que "Interpretar puramente la ley no es otra cosa que inquirir el pensamiento del legislador, bien en su texto, bien en las circunstancias externas que pueden aclarar su sentido. Por el contrario, razonar mediante la analogía con el derecho escrito, es tomar de éste un elemento positivo, que el intérprete emplea, según las inspiraciones de su propio pensamiento, para utilizarlas en construcciones independientes. Y no estando obligado a atenerse a la inflexible dirección marcada por una voluntad superior, el intérprete maneja la analogía y los demás procedimientos de investigación que no son fuentes formales, con una muy superior libertad de apreciación, no limitada más que por las exigencias objetivas de la justicia y de la utilidad social." <sup>1/</sup>

#### D. Conclusiones sobre la Analogía.

La analogía desenvuelve los principios contenidos en las disposiciones legales positivas y multiplica sus consecuencias, tanto trabajando sobre los textos especiales y concretos, como buscando las reglas latentes que animan todo el sistema legal en su conjunto.

La analogía constituye una reunión de disposiciones dispersas que en nuestra organización jurídica llenan verdaderas lagunas legales.

Sin embargo, Geny no acepta como Savigny y Puchta, que ella baste para llenar todas las lagunas que dejan las fuentes formales en el sistema jurídico positivo.

En efecto, Savigny y Puchta, con el deseo de determinar con todo vestigio del derecho natural, no vacila en considerar el sistema jurídico positivo, (la costumbre y la

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 570.

ley), como un organismo completo en el cuál la analogía, basada en la armonía y unidad del conjunto, puede satisfacer todas las necesidades de la vida jurídica.

Menger califica lo anterior como una absurda ficción y Geny manifiesta "Sólo por un simple abuso de palabras, apoyado en una pura concepción del espíritu, se pretende encontrar en el sistema del derecho formal un organismo bastante fecundo para contener en sí solución a todos los problemas jurídicos. La plenitud de poder de la legislación escrita es la peor ilusión de fines del siglo XVIII." <sup>1/</sup>

La analogía ofrece la ventaja de plegarse mejor que la ley a las influencias del tiempo y del medio. Por el contrario, las reglas que se deduzcan de la analogía no podrán tener la misma fuerza imperativa que se le reconoce a los resultados de la interpretación del texto legal.

Finalmente, de acuerdo con Geny, si la analogía no es suficiente para llenar las lagunas de las fuentes formales, "debe figurar, a lo menos, en primer lugar entre los procedimientos de la libre investigación científica, entre los cuáles merece distinguirse, tanto por razón de su modo de obrar, cuanto por la seguridad de los resultados que puede ofrecer." <sup>2/</sup>

---

<sup>1/</sup> Francisco Geny, op. cit., p. 580.

<sup>2/</sup> Francisco Geny, op. cit., pp. 307 y 308.

## CAPITULO TERCERO

### Doctrina Alemana Sobre la Interpretación.

- I.) Savigny.
- II. Surgimiento del "Movimiento del Derecho Libre".- El "Derecho Libre" de Hermann Kantorowicz.- A. El Derecho Libre y el Derecho Estatal.- B. La insuficiencia del derecho y la interpretación.- C. Conclusiones de Kantorowicz.
- III. El Sociologismo de Ehrlich.
- IV. Gustavo Radbruch.
- V. Hans Kelsen.

Doctrina Alemana Sobre Interpretación.

I. Savigny.

Los postulados de la Escuela Histórica no son nuevos. Sus antecesores mas inmediatos son Vico y el profesor Alemán Hugo. El primero sostuvo que el Derecho se revela en la costumbre y el segundo, que el Estado y el Derecho son fruto de una evolución histórica.

Jorge del Vecchio sintetiza las principales ideas de Savigny. Para este autor el Derecho es un fenómeno de la cultura condicionado históricamente, producido por el espíritu nacional ó popular de un modo instintivo, misterioso, obedeciendo a reconditos impulsos y reacciones.

El Derecho, según esta corriente, es una convicción jurídica del pueblo, que es una emanación del espíritu nacional, manifestandose en la costumbre, testimonio de dicha convicción espontánea.

El Derecho no puede ser producto de una especulación de gabinete, sino obra de la convicción jurídica del pueblo.

El jurisconsulto, tiene como misión sistematizar los datos de la convicción jurídica popular expresado en la costumbre, así como investigar la evolución histórica del Derecho para su mejor interpretación.

La tarea del soberano, según esta Escuela, consistirá en traducir fielmente a leyes las normas jurídicas consuetudinarias. No obstante, critica la codificación del Derecho porque lo fosiliza y entorpece su desarrollo.

Esta Escuela constituye la corriente romántica de la ciencia del Derecho. Esta tendencia tiene de común

con una doctrina de tipo filosófico, su pretensión de constituir una concepción del mundo y de la vida pero, se diferencia en que no se fundamenta en razones explicadas intelectivamente, sino que por el contrario, se apoya en el sentimiento y la intuición.

Es así como ve en el pueblo la realización de una individualidad concreta dotado de propio espíritu, concepción que queda vedada a la penetración de la razón, constituyendo únicamente una intuición emotiva.

El animismo es un ingrediente del pensamiento de Savigny. "El Derecho es, pues, una creación del espíritu del pueblo (del Volksgeist): pero no a través de una elaboración conciente y reflexiva, sino merced a oscuros procesos inconcientes e instintivos." <sup>1/</sup>

El beneficio que trajo consigo esta corriente consistió en contrarrestar los excesos racionalistas de los escritores del Derecho Natural, además de que dió auge al estudio de la historia del Derecho y por último atribuyó al Derecho mismo su carácter de producto social.

En cambio sus errores, se resumen en lo siguiente: la afirmación romántica de esta Escuela en el sentido de que el Derecho se desarrolló pacíficamente y sin obstáculos, contradice la realidad. Ihering en su libro La Lucha por el Derecho, pone de manifiesto cuan grande es el alcance de la lucha contra los intereses creados en el desarrollo del Derecho. Además la referencia al espíritu del pueblo o alma nacional que es el eje principal de su teoría, es una afirmación mística e inexplicable.

---

<sup>1/</sup> Dr. Luis Recasens Siches. Estudio de Filosofía del Derecho. pp. 503. Ed. Bosh, Barcelona, 1936.

En cuanto a la interpretación, dice Savigny, que su naturaleza consiste en "una operación intelectual que tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad."<sup>1/</sup>

Por la misma naturaleza de la función judicial, le esta prohibiendo al juez dejar de administrar justicia. Cuando haya incertidumbre en los hechos del proceso o la ley sea oscura, Savigny dice, que el intérprete deberá de poner en operación su intelecto para resolver esos problemas.

A la operación intelectual le llama éste autor, interpretación doctrinal y dice que la misma es libre en tanto no exista interpretación auténtica o legal, pues una vez surgida se debe aceptar aunque se considere equivocada.

Tanto la interpretación auténtica o legal, como la doctrinal, tienen como objeto conocer el contenido de una ley.

Toda ley para recibir su aplicación en la vida, necesita de un proceso intelectual, pues no es normal que la ley vaya seguida de otra que la aclare. Aún suponiendo este último caso, también para aplicar esa ley aclaratoria sería necesario recurrir a la acción libre de la inteligencia, motivo por el cual afirma Savigny, que la interpretación legal no es tal interpretación, sino mas bien, un contrasentido que excluye la inteligencia verdadera.

Por lo que se refiere a las leyes aisladas, para que sean percibidas eteramente por aquellos a quines se refieren y éstos esten en situación de cumplir el objeto que las mismas se proponen, es necesario colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y comprender el sentido de la ley. Tal procedimiento de -

---

<sup>1/</sup> Savigny, "Sistema del Derecho Romano Actual." Ed. Góngora y Cía., trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1878, t. I, p. 116.

interpretación, puede definirse como la reconstrucción del pensamiento del legislador contenido en la ley.

La interpretación de la ley, revela un carácter particular cuando se descompone en sus partes constitutivas.

"Cuatro elementos se distinguen en ella, a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático".

"El elemento gramatical de la interpretación 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 descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes."

"El histórico tiene por objeto el estado de Derecho existe sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es lo que precisamente el elemento histórico debe esclarecer."

"Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de Derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tiene 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 acción ejercida por la ley sobre el sistema general del Derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema."<sup>1/</sup>

El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley.

Son cuatro operaciones distintas cuya reu -

<sup>1/</sup> Savigny, op. cit., t. I, p. 150.

nión es indispensable para interpretar la ley, por mas que alguno de éstos elementos tenga mas importancia. En ocasiones es posible omitir alguno cuando su mención sea inútil.

Su buen éxito depende de dos condiciones esenciales: El intérprete debe reproducir la operación intelectual en virtud de la cuál se determinó el sentido de la ley y en segundo lugar, deberá tomar en consideración los hechos históricos y el sistema entero del Derecho para ponerlos en inmediata relación con el texto que tratamos de interpretar.

También estudia Savigny la interpretación de las leyes defectuosas.

El sentido multívoco de las palabras, la obscuridad de las ideas del legislador, la torpeza en el manejo de la lengua y la impropiedad en el uso de los términos, puede conducir a la embiguedad de la ley, lo cuál también puede presentarse en los contratos.

El intérprete para resolver esos problemas, deberá examinar la legislación en su conjunto, ver el motivo de la ley y apreciar los resultados que produce su interpretación, buscando que ésta sea racional, atienda a las necesidades de la práctica y sea humana y pacífica.

En caso de una redacción clara que constituya un uso indebido de términos que difieran del pensamiento del legislador, el intérprete deberá descubrirlo con ayuda del conocimiento previo que tenga del mismo.

"La expresión dice una vez más y otras veces menos que el pensamiento; . . . Trátase entonces de rectificar la expresión, en el primer caso por medio de una interpretación restrictiva y en el segundo caso, por una interpretación extensiva, y ambos tienen por objeto poner en armonía la forma con el pensamiento." <sup>1/</sup>

<sup>1/</sup> Savigny, op. cit., t. I, p. 160.

Analiza Savigny las fuentes del derecho común en Alemania. Dice que ellas son las leyes de Justiniano, el Derecho Canónico, las leyes Imperiales y el Derecho Consuetudinario Científico establecido, es decir, la jurisprudencia de los tribunales.

Si existe en el seno del derecho, una contradicción insoluble, el principio es que la fuente mas moderna se sobrepone a la mas antigua, pues como tal contradicción se refiere al desenvolvimiento progresivo del derecho, tal regla nueva lleva consigo la anulación de la antigua.

El principio general anotado, se aplica de la siguiente manera: Se coloca en primer lugar a la jurisprudencia de los tribunales por ser modificadora de las fuentes de derecho mas antiguas, despues vienen las leyes imperiales, después el Derecho Canónico y por último el Derecho Romano. Estas dos últimas fuentes datan de la misma época, son contemporaneas y por lo tanto tienen el mismo poder. Para dilucidar su jerarquía se precisa la intervención de la jurisprudencia.

Quando hay dos textos contradictorios que pertenecen a diferentes épocas, se considera que el mas antiguo es un simple documento para la interpretación histórica del nuevo.

En cambio la conciliación no es admitida cuando los textos contradictorios pertenecen a la misma época y emanan de un mismo jurisconsulto ó de dos jurisconsultos contemporáneos, o siendo de diferentes fechas, no se pueden conciliar debido a la posición radicalmente opuesta de cada autor.

Por otra parte, según Savigny, la analogía se nos presenta como un método de interpretación pura cuando una nueva relación de derecho o una cuestión nueva surge ante los tribunales.

La determinación del derecho por analogía es susceptible de dos grados: En primer lugar puede presentarse una relación de derecho nueva que no este regulada por el Derecho Positivo, en cuyo caso se crea una institución que sea armónica con el derecho existente.

Otra segunda posibilidad de encontrarnos con la analogía, se presenta cuando una cuestión nueva es semejante a una institución ya preestablecida, en cuyo caso deberá resolverse conforme a los principios y a la naturaleza de esa misma institución.

La analogía deja de ser aplicable cuando el conjunto que tomamos como punto de partida, presenta el carácter de una excepción de la regla, pues en este caso falta una condición esencial como lo es la existencia de la regla.

Diferencia por su objeto, la analogía de la interpretación extensiva. La analogía tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, supone la ausencia de toda disposición legislativa.

La interpretación extensiva, en cambio, tiene por objeto rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley.

## II. El surgimiento del Movimiento del Derecho Libre.

Debido a varios factores, a principios del siglo XVIII, se produce en Alemania el Movimiento del Derecho Libre o Libre Jurisprudencia, cuyo camino fué abierto por Hermann Kantorowicz.

Las sentencias del buen juez Magnaud, que se apartaban del estrecho criterio de la ley son el antecedente mas importante de este movimiento, aunque no constituye el origen del mismo, sino mas bien un testimonio del problema.

Aparentemente viola la obediencia que el juez debe al Derecho. Sin embargo, lo que pasaba es que Mag - naud tenía una certera intuición práctica que le ponía de manifiesto tanto la esencia de la función judicial, como lo que debe considerarse orden jurídico positivo, aunque nunca consiguió justificar sus fallos.

### Derecho Libre de Hermann Kantorowicz.

#### A. El Derecho Libre y el Derecho Estatal.

Para este autor la ley no es la única - - fuente del derecho sino que también concede una gran importancia a las normas que brotan espontáneamente de los grupos sociales. Esas normas son producto de las convicciones sociales, las cuales efectivamente regulan la vida de esas gentes.

Lo anterior es lo que llama Derecho Libre, el cual tiene como punto común con el Derecho Natural, el no ser emanación del Estado. Sin embargo, Kantorowicz considera que si es Derecho Positivo porque está sostenido por la - - voluntad y el poder de la sociedad.

Este Derecho Libre así entendido, constituye la fuente de donde emana el Derecho Estatal, e inclusive, las lagunas de la Ley Estatal, estima que pueden ser llenadas por los tribunales mediante el Derecho Libre.

Tampoco quiere decir con esto que el Derecho libre no tenga lagunas, pues acepta que el mismo no se desenvuelve conforme a un plan fijo sino que sus normas se prestan al jurista desordenadas por haber surgido en épocas diferentes y emanadas de diversos círculos de vida.

La ciencia jurídica tiene por objeto colmar las lagunas del Derecho Libre.

Una ventaja encuentra Kantorowicz en el Derecho Libre, la cuál no se presenta en el Derecho Estatal:

La gente está lejos de conocer el Derecho Estatal contenido en los códigos y reglamentos, sin embargo, tiene mas posibilidades de conocer el Derecho Libre, cuando menos - en aquella parte que les afecte.

Por último afirma que si la ciencia del Derecho reconoce el Derecho Libre, entonces la jurisprudencia ya no será mera servidora de la ley y en consecuencia no se fundará exclusivamente en el Derecho Estatal.

#### B. La Insuficiencia del Derecho y la Interpretación.

Kantorowicz ataca el método tradicional que pretende sacar de principios jurídicos, otros principios generales que supuestamente constituyen su fundamento, desprendiendo de ellos no solamente las normas ya existentes sino todas las imaginables.

La jurisprudencia tradicional, agrega intentó crear un sistema jurídico que fuese aplicable a todos los casos de la vida valiéndose para ello de fragmentos legislativos. Erigió construcciones forzadas incompatibles con el texto legal. A este respecto remito al lector a otra parte de este trabajo (ver página No. 22).

En materia de interpretación a la utilización de estos principios generales abstractos les llamaba jurisprudencia de conceptos, inaceptables en la ciencia del Derecho, por ser imposible suponer que el autor de la proposición hubiese imaginado todos los casos subsumibles ó pretendido resolverlos de acuerdo con la misma proposición.

Lo primordial para Kantorowicz, consiste en encontrar un criterio que escoja entre las premisas posibles solamente aquellas que proporcionen conclusiones justas y esta elección no es un problema de racionalidad, sino de voluntad.

Afirma también que el jurista opera con su voluntad, buscando en cada caso, entre varios principios, - - aquel que le sirva para justificar su propia decisión. Según - - convenga al jurista, puede utilizar la interpretación extensiva o restrictiva.

En vista de que en la ciencia jurídica la voluntad del jurista juega un papel importante, la jurisprudencia no podrá desoir los sentimientos tales como la buena fé, - el prudente arbitrio y las buenas costumbres, como sucedaneos de las normas jurídicas positivas.

### C. Conclusiones de Kantorowicz.

Como resultado del análisis del trabajo - del autor que nos ocupa, resumido por el Dr. Luis Recasens - - Siches en su libro "Panorama del Pensamiento Jurídico en el - - Siglo XXI", se llega a la conclusión de que nos propone las - - siguientes directrices en materia de interpretación:

1. La función Jurisdiccional es función del Estado.
2. El juez debe resolver con apego a la norma legislativa, pero está facultado para prescindir de ella:
  - 1o. Cuando la aplicación del texto la ley hiera los - sentimientos de la comunidad, en cuyo caso debe - deshechar la norma legislativa en forma absoluta.
  - 2o. Cuando la Ley ofrezca soluciones diversas. En este supuesto el Juez debe resolver discrecionalmente.
  - 3o. Cuando según la honrada convicción del Juez la aplicación del texto conduzca a resultados opuestos a aquellos que hubiese querido el Legislador si - - hubiese conocido el caso legal. En este último - - supuesto, el juez según su convicción, deberá - - decretar el fallo que hubiese decretado el poder - del Estado si dicho poder hubiese conocido dicho - caso.

Si el juez no puede formarse esa convicción entonces deberá aplicar el Derecho Libre.

Para terminar estima Kantorowicz que la convicción judicial no significa un completo libre arbitrio del juez, sino que éste arbitrio está limitado por la seriedad de sus convicciones en vista de su juramento el cual significa una garantía.

### III. El Sociologismo de Eugenio Ehrlich.

Niega que la lógica jurídica usual en la escuela tradicional, suministre al juez normas jurídicas aplicables a cualquier cosa que se le planteé ante su jurisdicción.

Los diferentes matices del caso concreto con sus correspondientes singularidades, traen consigo dificultades al juez que pretende salvarlos por medio de construcciones lógicas, las cuales constituyen meras piruetas.

El juez que utiliza en su función jurisdiccional el procedimiento lógico tradicional, se divorcia de la realidad, principalmente, porque por ejemplo, algunos usos sociales, formas de posesión, de contratos o de testamentos, no los toma como material con el cual ha de resolver sus fallos, sino mas bien como hechos, los cuales hay que subsumir bajo los conceptos genéricos establecidos por las leyes, tomando estos conceptos como única fuente para formular su sentencia.

Considera Ehrlich que el objeto principal de la función jurisdiccional consiste en resolver conflictos de intereses.

Acepta que las normas jurídicas generales contienen criterios abstractos para resolver dichos conflictos determinando esquemas jerárquicos y señalando cual de ellos tiene prioridad sobre otros.

Comúnmente, dichas reglas definen cuales son las clases de ataque ante los cuales está protegido el interés. "Estas determinaciones tienen que hacerse mediante palabras y las palabras tienen que referirse a conceptos. El concepto jurídico designa el interés protegido por la ley,"<sup>1/</sup>

Por último es importante dejar sentado que Ehrlich sometió a crítica el dogma de la suficiencia de la ley y aclaró que cuando ésta no contiene precepto alguno que resuelva el caso concreto, entonces existe una laguna que el intérprete es libre de llenar.

Además le es lícito al juez apartarse de las leyes vigentes y aún ir en contra de ellas cuando lo requieran las circunstancias del caso sometido a su jurisdicción.

#### IV. Radbruch.

Radbruch sostiene que la ciencia jurídica es aquella que se ocupa del sentido objetivo de una ordenación jurídica.

Como tal, tiene por objeto el derecho vigente, no el derecho justo; trata de ordenaciones jurídicas, no de hechos y precisa de que manera hay que entender el derecho.

Contrariamente a lo que afirmaba la Escuela Exegética, este autor sostiene que la interpretación jurídica se dirige al sentido objetivamente válido del precepto jurídico y no es una reconstrucción del pensamiento del legislador, porque la voluntad de la ley, no es la voluntad del Estado no es la suma de las voluntades individuales de los autores de la ley, no habla por medio de ellos, sino que lo hace por la ley misma.

---

<sup>1/</sup> Ehrlich, cit. por Recasens Siches. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, t. 1, primera edición, Ed. Porrúa, México, 1963, p. 106.

La voluntad del legislador no es medio de interpretación sino resultado de la misma. Además, el intérprete puede entender la ley, mejor que el propio legislador, la ley "tiene que ser mas inteligente que su autor." <sup>1/</sup> El pensamiento del legislador tiene lagunas y contradicciones, lo que no puede permitírsele a la ley.

Para aclarar lo anterior, compara la interpretación propiamente dicha con la interpretación filológica caracterizada por Augusto Boeckh como un conocimiento de lo conocido; como un pensar posteriormente lo ya pensado en un momento anterior.

En cambio la interpretación jurídica, no tiene por misión únicamente analizar lo que pensó el legislador al crear la ley, sino analizar el precepto jurídico objetivamente válido.

La interpretación jurídica es lógica y como tal, ante determinada situación jurídica, se debe preguntar, que es lo que en relación con la misma, se desprende del tenor literal de la ley.

La interpretación no tiene por objeto precisar lo que realmente pensó el legislador, sino precisar de lo que la ley se deduce aunque no haya sido puesto precisamente en ella.

La interpretación, por tanto, no tiene por objeto precisar el pensamiento del legislador, dado que este es variado en vista de la multiplicidad de opiniones de los partícipes de la ley; multiplicidad, que debemos encausar en una fingida unidad de conciencia, con vista a la aplicación del derecho que requiere una explicación única de la ley.

---

Gustavo Radbruch, Filosofía del Derecho, primera edición, Ed. Rev. de Der. Priv., 1933, Madrid, trad., José Medina Schavarría, p. 148.

La interpretación jurídica, tiene por finalidad fijar la voluntad del legislador así entendida, voluntad que no debe tener un contenido concreto y permanente, -- sino variable, "capaz de contestar con nuevas aclaraciones a las nuevas necesidades y problemas jurídicos suscitados por las transformaciones de los tiempos." <sup>1/</sup>

En resumen, Radbruch sostiene que el objeto de la interpretación es la voluntad de la ley.

En contra de lo que decía la doctrina tradicional, Radbruch afirmó que el intérprete debe buscar el sentido de la ley no en lo que el legislador ha querido expresar, sino aquello que en la ley parece objetivamente querido, la mens legis y no la mens legislatoris.

Apoya lo anterior en el hecho de que hay una gran variedad de personas que intervienen en la formación de la ley y por lo tanto es imposible determinar cuál sea la voluntad del legislador.

En contra de esta teoría se afirma que el hecho de que intervengan varias personas en la elaboración de las leyes, facilita la tarea interpretativa, pues existen -- proyectos, discusiones, actas, justificaciones y críticas que esclarecen la mens legislatoris.

"En sí --apunta Geny--, la ley es la expresión de una voluntad, emanada de un hombre o de un grupo de hombres a la luz de su inteligencia. Por consiguiente, y para asegurar toda su eficacia, se le debe interpretar siguiendo -- la voluntad inteligente que la ha producido y colocándose en el momento en que ha sido formulada. Ningún otro criterio es aceptable, si se quiere permanecer fiel a la naturaleza de la ley y mantener sus ventajas. Especialmente, no se podría admi

---

<sup>1/</sup> Gustavo Radbruch, op. cit., p. 149.

tir que la ley, una vez formada, constituya una entidad independiente, que se desligaría del pensamiento de su autor y se desenvolvería aparte, siguiendo una suerte propia, de manera que su significación pudiera cambiar merced a las circunstancias del ambiente y la evolución de la vida social. Semejante concepción se parecería a una verdadera ficción, y, lejos de estar justificada por la práctica, se encuentra, a priori, -- condenada por el carácter técnico y, en algún modo, utilitario de la legislación escrita." <sup>1/</sup>

Ahora bien, a nuestro juicio, el problema del objeto de la interpretación se resuelve sustentando una posición ecléctica.

Para que la interpretación llene su función es preciso tener en cuenta dos momentos; el de su publicación y el de su aplicación.

El intérprete no debe desligar a la ley de su origen ya que así conocerá las circunstancias que determinaron la voluntad del legislador y al tomar en cuenta la realidad en el momento de su aplicación, podrá adaptarla a las circunstancias sociales.

#### V. Hans Kelsen.

Considera este autor a la interpretación como una apreciación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho, al pasar de una norma superior a una norma inferior.

Para comprender lo anterior, primero debemos establecer en que consiste la estructura jerárquica del orden jurídico, idea de Adolf Merkl, que Kelsen ha hecho suya.

<sup>1/</sup> Francisco Geny, Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Positivo, Ed. Reus, Madrid, 1925, 2a. ed. p. 405.

Limitándonos al campo del orden jurídico nacional, Kelsen estima que dicha estructura está formada por un conjunto de normas que en orden jerárquico van descendiendo desde la más general como lo es la Constitución, hasta la más individual y concreta como lo es la sentencia o acto de ejecución. Sus normas se distribuyen en diversas estructuras superpuestas.

Fundamenta la validez de la norma inferior en una norma de grado superior que regula su creación. Pero como dentro de la pirámide jurídica la norma superior que encontramos en primer término es la Constitución, fundamento de todo orden jurídico positivo, se llega al momento de preguntarse, cuál será el fundamento de validez de esta Constitución.

Kelsen no nos hace esperar con la respuesta. Afirma que el fundamento de validez de la primera Constitución es la anterior Constitución y así sucesivamente, hasta llegar a la primera, o sea, la más antigua, establecida por un usurpador o por un grupo de personas cuyas voluntades son poseedoras de un carácter normativo.

Es aquí cuando surge en la Teoría Pura del Derecho, la norma fundamental hipotética, a la cual se le atribuye el papel de una hipótesis básica.

Es una norma supuesta necesaria de todo estudio positivista del derecho; no es una norma del Derecho Positivo por no haber sido creada por medio de un procedimiento jurídico, pero constituye el supuesto lógico que establece el principio de que debe estarse a lo dispuesto por el primer legislador.

La ciencia del derecho se limita a declarar que "si la norma jurídica es supuesto válido, el estableci-

miento de la primera Constitución y los actos cumplidos con -  
forme a ella tienen la significación de válidos."<sup>1/</sup>

Es así como en último análisis se llega a -  
la conclusión de que el derecho regula su propia creación, -  
pues una norma determina como otra norma debe ser creada, - -  
además en una medida variable, determina cual debe ser su con-  
tenido.

En la medida que el proceso de creación y -  
aplicación del derecho desciende en grado en la jerarquía del  
orden jurídico, la norma debe ser interpretada.

La norma superior regula el acto por medio -  
del cual la norma inferior es creada. La norma que se encuen-  
tra al final del proceso, regula el acto por el cual debe ser  
ejecutada, sin que una norma nueva sea creada.

La norma superior determina también el con-  
tenido de la inferior, pero no en todos sus detalles, y que  
la primera supone que la segunda continuará el proceso de -  
determinación del derecho, de acuerdo con el sentido de la es-  
tructura jerárquica.

Precisamente aquí es cuando surge la inter-  
pretación que se presenta en los siguientes casos:

1. Cuando la norma superior no determina en forma deta-  
llada el contenido de la norma inferior. Esto se pre-  
senta porque la norma superior no puede determinar -  
ciertas circunstancias imprevisibles. Por ejemplo, -  
la pena mínima y máxima que el código penal estable -  
ce para ciertos tipos de delitos y que no determina -  
a priori sino que deja en libertad al juez, para que

---

<sup>1/</sup> Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, trad. por Moisés Nil-  
ve, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 4a. ed., 1965, p. -  
139.

en vista de las circunstancias de hecho en que se haya cometido el delito, determine en cada caso la importancia de la pena.

2. Cuando el texto de la norma tiene varias significaciones ya sea porque utiliza frases o palabras equívocas, con varias significaciones o porque hay motivos suficientes para pensar en una discrepancia entre la voluntad del autor de la norma y su texto, discrepancia que sólo puede ser parcial, cuando dicha voluntad corresponde cuando menos a una significación que el texto puede tener.

El primer problema, o sea cuando se utilizan palabras o frases equívocas, Kelsen lo soluciona diciendo que el intérprete puede quedarse con una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede ofrecer.

En el segundo supuesto, o sea cuando la voluntad del autor de la norma no coincide con su texto, según motivos fundados, Kelsen aclara que la ciencia jurídica tradicional no ha propuesto de manera objetivamente válida, un método que sea el único capaz de explicar y fundamentar la adhesión ya sea al texto exclusivamente, o, por el contrario, atienda a la voluntad probable del legislador. "Desde el punto de vista del derecho positivo, estas dos actitudes son por completo equivalentes."<sup>1/</sup>

A este respecto, cabe aclarar que como la interpretación es la determinación del sentido objetivo de la norma y que como la norma es un marco abierto a varias posi-

---

<sup>1/</sup> Hans Kelsen, op. cit., p. 168.

bilidades, la actividad del intérprete se reduce a la comprobación de las distintas maneras de llenarlo, lo que lógicamente no conduce a una solución única que sería la única justa.

Entre las varias posibilidades de llenar ese marco de la norma, una sola se convertirá en Derecho Positivo para el caso concreto, una vez que sea declarada por el órgano competente.

Desde el punto de vista jurídico, Kelsen dice que todas esas posibilidades tienen el mismo valor, si están de acuerdo con la norma por interpretar.

Eduardo García Maynez no coincide en este punto con el maestro de la escuela Vienesa. "Es cierto que en determinados casos tratándose, por ejemplo, de elegir los medios idóneos para el cumplimiento de un deber jurídico (la regla técnica), puede ser indiferente cuál de los medios lícitos e idóneos de realización se escoja; pero cuando no se trata simplemente de optar entre varios igualmente aceptables, sino de fijar el sentido de una disposición legal, no es lícito admitir que tiene varios correctos; los sentidos pueden ser múltiples, pero sólo uno de ellos corresponderá a la norma expresada. La interpretación no consiste en encontrar, bajo la fórmula legal, un gran número de significaciones, sino en descubrir la norma que ha de aplicarse al caso."

<sup>1/</sup> Sin embargo, Kelsen considera que cualquier solución que pretenda, a través de una actividad puramente intelectual, señalar entre las diversas soluciones, la única correcta, es una solución de carácter político, pero de nin-

---

<sup>1/</sup> Eduardo García Maynez, Introducción al Estudio del Derecho, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1958, p. 364.

guna manera, de carácter científico.

La teoría del Derecho Positivo, no señala ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma.

Respecto a la seguridad jurídica, la ciencia jurídica tradicional acepta la existencia de un método científico que permita establecer una sólo interpretación correcta, de tal manera que la conducta de los tribunales encargados de aplicar el derecho, garantizaría la seguridad jurídica. Pero la Teoría Pura del Derecho se ve obligada a deshechar este concepto ilusorio, independientemente de los efectos útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

Así mismo, continúa Kelsen, en materia de interpretación, las reglas que establecen la analogía y el argumento a contrario sensu, nos conducen a resultados opuestos y no aportan ningún criterio que permita dar preferencia a uno u otro. También, la regla que establece la necesidad de tomar en cuenta los intereses en juego, no aporta ningún criterio objetivo que permita evaluar los intereses opuestos y dar preferencia a uno de ellos para resolver el conflicto en cuestión.

3. La no determinación de un acto jurídico puede resultar de una contradicción parcial o total entre dos normas que pretenden ser concurrentes, por ejemplo cuando pertenecen a la misma ley.

Cuando dos normas válidas se contradicen, el intérprete puede elegir entre tres posibilidades; aplicar la primera norma; aplicar la segunda, o considerar que se anulan recíprocamente. "Sería vana tarea buscar una que fuera

la única jurídica con exclusión de las otras dos." <sup>1/</sup>

Otra cosa diferente, pero no menos importante, es el conflicto entre normas pertenecientes a estratos diferentes que parece poner en entre dicho la unidad de orden jurídico.

Este se presenta cuando la creación ó el contenido de una norma inferior no se adecúa a las prescripciones que la norma superior dispone, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto ó de un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional ó administrativo, contrario a una ley ó decreto.

Respecto a lo anterior, Kelsen acepta que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales sino también las denominadas inconstitucionales. "En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener ó no tener tal ó cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera ó que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal ó por un órgano competente de acuerdo con el procedimiento establecido en la Constitución."  
" <sup>2/</sup>

En éste caso no se trata de leyes inconstitucionales sino de leyes defectuosas que pueden ser anuladas por medio de un procedimiento especial.

Algunas constituciones no establecen el procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales y sólo se limitan a condenar a un órgano determinado que

---

<sup>1/</sup> Hans Kelsen, op. cit., p. 168.

<sup>2/</sup> Hans Kelsen, op. cit., p. 156.

la haya sancionado.

También lo mismo sucede cuando la decisión judicial ó administrativa es contraria a una ley ó a un reglamento. La ley no solamente determina el contenido de la decisión judicial ó administrativa, sino también dispone que cuando su contenido sea diferente, dicha decisión permanecerá válida y tendrá fuerza de ley hasta en tanto no sea anulada según un procedimiento especial. En caso de que la ley no disponga nada respecto a ésto, Kelsen se apega a la misma solución.

En cuanto a la norma, es válida si ha sido establecida conforme a la norma superior. Esta establece el órgano competente y la forma en que la norma inferior debe ser creada, así como su contenido.

Si el órgano competente da a la inferior un contenido diferente al establecido por la norma superior, entonces la primera será anulable, aunque permanecerá válida hasta en tanto no sea anulada por el órgano competente establecido por la ley misma.

A este respecto afirma también que un orden jurídico no puede facultar a cualquier individuo a declarar que una norma es nula, porque tal situación no estaría alejada de la anarquía. "La usencia de un órgano decentralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos." <sup>1/</sup>

Hans Kelsen, después de establecer lo anterior, explica que la esencia de la interpretación consiste en un acto de voluntad del órgano encargado de crear la norma en la medida en que dicho órgano debe llenar el marco establecido por la norma superior.

---

<sup>1/</sup> Hans Kelsen, op. cit., p. 168.

La creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente, en la medida en que no se haya determinado por la norma superior. Es aquí en donde los principios relativos a la moral, a la justicia, a bien común o al interés del estado son tomados en cuenta por el intérprete.

Así mismo, Kelsen también se ocupa del problema de las lagunas, que consisten en la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto, porque ninguna norma establece la conducta debida. Las divide en lagunas lógicas, técnicas y aquellas que acepta el legislador.

En cuanto a las lagunas lógicas, Kelsen las explica de la siguiente manera:

Supone que en todo litigio, una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona.

El órgano judicial encargado de resolver el litigio, deberá analizar el derecho vigente para ver quien tiene la razón.

Pero al recurrir al citado derecho, se da cuenta que no existe una norma que concretamente resuelva el caso planteado.

Ahora bien, Kelsen afirma que en éste caso, el intérprete deberá desprender la resolución, del siguiente principio jurídico: Todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido.

De acuerdo con lo anterior, si el actor está exigiendo el cumplimiento de una obligación al demandado, que no está expresamente sancionada por el derecho vigente, desde luego que deberá absolvérsele conforme al principio de que ninguna persona puede exigir de otra que se conduzca de una manera determinada, si ésta última no está jurídicamente obligada a ello.

Las lagunas lógicas no existen. Se presen -  
tan ficticiamente cuando la decisión logicamente posible, pa -  
rece injusta al órgano encargado de aplicar el derecho, de -  
tal manera que se inclina a admitir que el legislador no ha -  
regulado el caso concreto y que de haberlo pensado, habría re -  
suelto dicho caso de manera diferente a la que resulta del -  
derecho vigente.

Sin embargo el derecho debe aplicarse aún -  
cuando el órgano encargado de hacerlo lo considere injusto. -  
"Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de -  
verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positi -  
vo y otro derecho considerado mejor o más justo. Sólo la com -  
paración de estos dos "derechos" hace aparecer una insufi -  
ciencia del derecho positivo." <sup>1/</sup>

La interpretación en este caso, tendrá por  
objeto, no facilitar la aplicación de una norma, sino des -  
plazar el derecho vigente considerado injusto, razón por la -  
cual no puede admitirse.

En cambio las lagunas técnicas pueden lle -  
narse por vía de interpretación. Se presentan cuando el -  
legislador ha omitido expedir una norma necesaria para la -  
aplicación técnica de la ley. Por ejemplo, cuando establece -  
la elección de un órgano pero no prescribe el procedimiento -  
de la elección. En tal caso tal procedimiento podrá señalar -  
se por la parte interesada, con base en los principios emana -  
dos del orden jurídico.

Por último, Kelsen se ocupa de las lagunas  
que admite el legislador debido a que este no puede preveer -  
sino los casos promedio, de tal manera que se ve obligado a -  
determinar las ocasiones en que el juez deberá substituirlo.

---

<sup>1/</sup> Hans Kelsen, op. cit., p. 173.

El legislador deberá tener mucho cuidado al regular la autorización para que el juez lo substituya. Este último podrá utilizar dicha facultad, únicamente en el caso de que la situación planteada no esté regulada por la ley.

Pero los intereses y los ataques son tan variados que muchos son imprevisibles, dado que la vida es incomparablemente mas rica que los conceptos contenidos en las normas jurídicas generales.

Sin embargo, cuando determinando caso concreto, tenga que decidirse de acuerdo con la ley, la resolución judicial de los intereses en conflicto, debe llevarse a cabo de acuerdo con lo que establezca la misma. Para tal efecto el juez deberá tomar en cuenta si el caso planteado corresponde o nó al resuelto en términos generales por la ley, sin ser necesario que haya una total coincidencia.

Al juez mismo compete decidir, cual de los intereses en juego es el tipo de interés protegido por la ley, así como también, decidir si el ataque es o nó de la misma especie del previsto por la norma.

Por último, una vez captado lo anterior, la sentencia emitida por el juez deberá contener el interés protegido, los supuestos de la protección, el ataque que debe ser rechazado y el modo y el alcance de la protección jurídica.

En resumen, el autor que nos ocupa, trata de dar a la ciencia positiva del derecho, un método puro, libre de elementos extraños.

Para Kelsen no hay mas derecho que el positivo.

Expulsa del ámbito de la ciencia jurídica todo pensamiento finalista.

La ley al ser aplicada por el juez lleva consigo una actividad creadora, pues la ley es una especie de disposición en blanco que el juez ha de llenar de contenido concreto.

El criterio por el cual ha de decidirse el juez por una u otra interpretación de una norma jurídica, de acuerdo con el margen de libertad que toda norma deja al intérprete, pertenece al campo de la política y no al de la ciencia jurídica.

El profesor argentino, Carlos Cossio, afirma que, en cuanto a la interpretación, Kelsen es ametodico, toda vez que no nos dice a que criterio hay que ajustarse, sino que elude el problema remitiendolo a la política.

Kelsen se desinteresa por las realidades sociales que rodean al derecho, pero eso no obsta para que rechaze criterios valorativos.

Así por ejemplo, el tema de la interpretación lo saca de su teoría pura del derecho para ubicarlo en el campo de la metafísica.

Lo anterior lo podemos comprender recordando tres principios sustentados por él:

1. Considera que la interpretación es una creación del espíritu que acompaña el proceso de creación del derecho al pasar de una norma superior a una norma inferior.
2. Las posibilidades de llenar el marco de la norma se rigen por un criterio político.
3. Los principios relativos a la moral, justicia, bien común e interés del estado deben ser tomados en cuenta por el intérprete, al crear la norma inferior en la medida que no esté determinada por la norma superior.

## C A P I T U L O   C U A R T O

### El Tema de la Interpretación en el Derecho Norteamericano.

- I. Antecedentes históricos del Derecho Norteamericano en materia de interpretación.
- II. La actitud de los tribunales Norteamericanos en materia de interpretación.
- III. La función del Juez en Los Estados Unidos.
- IV. La filosofía Norteamericana sobre la interpretación jurídica. Etapas.- Derecho Moral o Superior.- Derecho Natural.- La Experiencia Práctica de Oliver Wendell Holmes.- La Jurisprudencia Sociológica.- Representantes.- El Realismo Jurídico.- Representantes.- Crítica.- Crítica a la Estimativa Jurídica en General.

## El Tema de la Interpretación en el Derecho.

### Norteamericano.

#### I. Antecedentes Históricos del Derecho Norteamericano en materia de Interpretación. <sup>1/</sup>

Una aportación Inglesa a las ideas jurídicas medievales de occidente, que en los siglos XVII y XVIII, los colonos Británicos llevaron al nuevo mundo y que fue recibido oficialmente en Estados Unidos, después de la revolución de este país, fué el establecimiento de los Tribunales de la Cancillería, distintos de los pertenecientes al derecho o reales, que eran rígidos y severos en la interpretación de sus funciones y Ordenanzas, durante los siglos XIV y XV.

Los Tribunales de la Cancillería atendían demandas que los tribunales regulares del soberano no podían o no querían escuchar o remediar adecuadamente.

La jurisdicción del Tribunal de la Cancillería era cuestión de conciencia o equidad. Sus procedimientos eran mas flexibles. No procedía en todos los tipos de litigio, sino sólo en aquellos casos en que la solución del derecho común era inadecuada.

En el siglo XIX se fundieron ambos sistemas, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, aboliéndose en general los Tribunales de la Cancillería y Administrando justicia de derecho y equidad los mismos jueces.

Algunas resoluciones recibieron el nombre de providencia equitativas fundadas sobre las normas de equidad desarrolladas en los Tribunales de Cancillería antes de su abolición.

---

<sup>1/</sup> Resumido de la obra Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos, Ed. Letras, S. A., Compilación Harold J. Berman, México, 1965.

Esta es una característica que distingue al derecho Británico y Norteamericano de los demás sistemas jurídicos del mundo, distinción explicada a la luz de la historia y que todavía sigue persistiendo, pese a sus numerosos cambios.

Algunas características del siglo XVIII han persistido hasta nuestros días en el derecho Norteamericano.

Un ejemplo de lo anterior, es la existencia de las Constituciones Estatales y la de la Federación, que pusieron límites a los gobiernos de los unos y de la otra, cuya interpretación corresponde al poder judicial, el cual desempeña una función decisiva en la conservación del equilibrio entre la Federación y los Estados.

También se ha caracterizado el derecho Norteamericano desde principios del siglo XIX por una mayor flexibilidad en las sentencias judiciales que las que ha mostrado el derecho Británico en los últimos tiempos. Aunque aceptando la doctrina Inglesa sobre los precedentes judiciales, según la cual un tribunal tiene que ajustarse a lo fallado en causas análogas anteriores, los tribunales Norteamericanos han sido en general más creadores al interpretar casos anteriores con objeto de adaptar el derecho a las condiciones cambiantes.

Por otra parte, los tribunales Norteamericanos, no han aceptado la teoría Inglesa de que un tribunal superior nunca puede invalidar o revocar los precedentes que haya señalado.

Por los vastos cambios económicos, políticos y sociales de los últimos cien años, el derecho Norteamericano, hubo de hacerse más complejo, al mismo tiempo que se sistematizaba y racionalizaba más.

En el derecho Norteamericano, considerado

cial y de los abogados.

Durante los decenios de 1920 y 1930, cuando el poder judicial era hostil muchas veces a la nueva legislación social, se puso de moda en muchos sectores propugnar la formación del estado administrativo que realizase la justicia social sin apelar a procedimientos jurídicos tradicionales. Sin embargo, el tiempo ha demostrado que la prueba judicial de disposiciones estatutarias administrativas por analogía con casos anteriores tiene que desempeñar un papel vital, no sólo en la protección de los individuos contra los abusos de los funcionarios, sino en contribuir a la viabilidad de la reglamentación oficial.

## II. La Actitud de los Tribunales Norteamericanos en Materia de Interpretación.

La actitud de los tribunales Norteamericanos es variable. Va desde la actitud Inglesa clásica, actualmente rechazada, hasta la actitud continental.

La primera parte del principio de que la ley debe interpretarse literal y restrictivamente, sin negar que en ciertos casos se de preferencia a la intención del legislador, aunque se aparte del texto legal.

Según opinión acertada de André y Suzanne Tunc, la interpretación literal de la ley tiene como fondo un espíritu de chicana. "Un litigante Inglés, no tenía dificultad para sostener que una ley o un contrato redactado con un "he", era inaplicable a una persona del sexo femenino, y creía que contaba para ello con la fuerza de la evidencia."<sup>1/</sup>

La interpretación restrictiva, parte de la creencia de que toda disposición que no sea del Common Law es un exepción que como tal debe ser interpretada restrictiva -

<sup>1/</sup> André y Suzanne Tunc, El Derecho de los Estados Unidos, Tercer Univ., México, 1967, p. 146.

mente.

Escribe el decano Roscoe Pound: "Una ley es una cosa excepcional algo introducido en el cuerpo general del Common Law sin ninguna relación de necesidad o de sistema, a fin de remediar una situación especial y, por tanto, gobernando sólo esa situación. Para nosotros, una ley, a no ser que declare el Common Law, no da mas que una regla. También las leyes que derogan el Common Law, deben ser interpretadas restrictivamente." <sup>1/</sup>

Otro factor que sentó el principio de que la ley debe ser interpretada restrictiva y literalmente, es el conservadurismo habitual de los juristas anglosajones, así como su apego al Common Law.

Consideraban a la ley como una innovación peligrosa y sospechosa que tiende a derogar las reglas de la razón escrita, como lo son las reglas del Common Law.

La actitud moderna de los tribunales Norteamericanos, respecto a la interpretación de la ley, "consiste en mirar a la ley sin precaución y, sobre todo, sin prejuicio en su contra, es decir, en asegurarle una libre interpretación. En hacerle producir en consecuencia, los efectos que un jurista razonable puede atribuir a su texto y, al mismo tiempo, en tanto que sea posible, los que desearía el legislador, principalmente concediendo una importancia primordial a su razón de ser. En considerar en fin, que las soluciones que dá se relacionan con otras soluciones legislativas para formar principios mas o menos generales, susceptibles de ser aplicados a una situación que no ha sido expresamente prevista por ella." <sup>2/</sup>

---

<sup>1/</sup> Roscoe Pound, The Theory, p. 647, cit. por Tunc, op. cit., p. 397.

<sup>2/</sup> André y Suzanne Tunc, op. cit., p. 399.

Este autor apoya su afirmación en el artículo 18 del código civil de Luisiana que a la letra dice: "El medio mas universal y mas eficaz para descubrir el verdadero sentido de una ley, cuando las expresiones son dudosas, es el de considerar la razón y el espíritu de esta ley ó la causa que ha determinado a la legislatura a dictarla."

Actualmente es una máxima aceptada de que el deber fundamental de los tribunales es el de hacer prevalecer la intención del legislador, lo que, a la vez, condena la interpretación literal y restrictiva.

La actitud moderna se desarrolló en tres períodos:

El año de 1801 señala la fecha del ascenso de John Marshall a la presidencia de la Suprema Corte. Le da flexibilidad a las normas constitucionales y apoya la interpretación extensiva. Su corte moderna consiste en la consideración de que el texto de una disposición, se alía a la de su espíritu.

En 1902, la Suprema Corte, bajo la influencia de Holmes, declara que la ley no tiene carácter excepcional y no deroga necesariamente el Common Law puesto que puede tener un objeto totalmente ajeno a este. Holmes, sin embargo, declaraba que el juez no tenía que preocuparse de la intención del legislador y que su misión era investigar lo que las palabras significaban.

A partir de 1937, la Suprema Corte ordena a los tribunales que interpreten la ley libremente con la finalidad de promover sus objetivos y de ayudar a los particulares a obtener justicia.

Aún antes de este año, varias constituciones y códigos contienen disposiciones rechazando la regla del Common Law, según la cual, las leyes que lo derogaban debían ser interpretadas restrictivamente.

En Estados Unidos el intérprete utiliza los trabajos preparatorios si han sido publicados o más ampliamente se refiere a la historia de la disposición. Holmes es el que más habituó a la Suprema Corte a tomar en cuenta los trabajos preparatorios.

El estudio de éstos recae principalmente sobre el informe de las comisiones encargadas de elaborar la ley y también sobre las declaraciones presentadas ante ella.

Difícilmente se han aceptado las discusiones en el parlamento. Sin embargo se han utilizado para indagar la finalidad de la ley.

Las declaraciones de los presidentes de las asambleas y las de los responsables del proyecto de ley son utilizadas para la interpretación de una disposición ambigua.

Por lo general los tribunales rechazan los informes de los órganos administrativos que tomaron la iniciativa en la elaboración de la ley. Sin embargo, algunos tribunales inferiores más liberales utilizan la opinión dada por un órgano administrativo, una frase dada por los legisladores, o sus desiciones en cuanto al objeto de una disposición legal.

#### Principales Aspectos de las Relaciones Entre la Ley y el Common Law.

La ley no se aplica sino en el marco del Common Law y ese hecho implica diversas consecuencias:

1. Sólo la existencia de una ley puede evitar la aplicación del Common Law. La derogación de la ley, hace revivir el Common Law, mientras que la abrogación de una ley que derogaba a otra, no hace revivir a esta última.
2. Los principios contenidos en el Common Law sobre determinada materia, en el momento de la adopción de -

una ley, pueden, y en ocasiones, deben, ser tomadas en consideración para la interpretación de una ley.

3. Existe colaboración entre una ley y el Common Law en forma de una aplicación sucesiva, de los principios de la ley y, después, del Common Law, en determinada situación jurídica. Así por ejemplo, una ley que permite proceder en contra de una persona responsable de la muerte de un tercero, se ha considerado aplicable indirectamente al patrón de esa persona, en virtud de los principios derivados del Common Law sobre responsabilidad del amo por hechos de su servidor.

### III. La Función del Juez en los Estados Unidos.

Lo que mas asombra al mundo es el hecho de que gran parte del derecho norteamericano se encuentra en registros de sentencias judiciales. Los jueces toman parte en la creación del derecho al aplicarlo. Toda sentencia judicial contribuye a crear el derecho para el futuro.

Los norteamericanos piensan que los jueces de cualquier sistema jurídico forzosamente tienen que adaptar las doctrinas jurídicas a las nuevas situaciones y darles, en consecuencia, nuevo contenido.

Desde tiempos primitivos los jueces Ingleses discutieron libremente y sin sujeción a reglas procesales con los abogados que acudían a sus tribunales.

En el siglo XIX se estableció la costumbre de que los mismos jueces escribiesen la declaración completa de las razones de sus fallos judiciales.

Hoy es esencial que los jueces de los altos tribunales de apelación hagan públicas sus opiniones, para que todo el mundo pueda estudiar y criticar los motivos en

que se apoya la sentencia. Esto es una salvaguarda en contra de las resoluciones arbitrarias.

Esas mismas sentencias razonadas servirán de guía y establecerán una continuidad para el futuro.

Un mismo conflicto que se resuelve de manera distinta es considerado injusto por la doctrina norteamericana tradicional. Los casos parecidos deben de fallarse de manera parecida.

En Estados Unidos los juristas no están de acuerdo con la crítica extranjera en el sentido de que la doctrina de los precedentes amplía demasiado los poderes de los jueces. Consideran que la misma obligación de dictar sus fallos con base en los precedentes, es una limitación de su poder.

De acuerdo con este orden de ideas, un tribunal no puede pronunciar sentencia en un caso nuevo, siguiendo el impulso del momento, sino que debe proceder de acuerdo con los fallos anteriores, siempre que no haya razones nuevas que justifiquen una sentencia distinta.

Este sistema que pertenece al campo de las tradiciones Británicas, compara el caso concreto con el fallado en sentencias anteriores. Si estas tienen algo que ver con el caso en cuestión, pero por motivos convincentes se considera que estuvieran equivocadas, puede seguirse un criterio distinto, aunque esto no ocurra con frecuencia.

En la práctica legal del sistema norteamericano, el voto judicial no sólo debe explicar sus motivos, sino también tiene presente las razones de otras sentencias análogas. "Nuestros jueces -dice John P. Dawson- <sup>1/</sup> participan de la tarea de preservar la lógica y continuidad del

---

<sup>1/</sup> Las funciones del Juez, Diversos Aspectos del Derecho, en Los EE. UU., Ed. Letras, 1965, p. 37.

derecho, en medio de la creación de algo nuevo."

En consecuencia, el principio esencial es - que las causas iguales o semejantes deben fallarse de manera igual o semejante.

El punto principal de coincidencia debe - consistir en las razones expuestas por el tribunal en su fallo. Puede prescindirse de estas razones cuando son demasiado generales. Sus votos no son leyes promulgadas solemnemente ya que la responsabilidad primordial de la elaboración de las - leyes corresponde a la legislatura.

La legislatura ha introducido muchos cam- - bios importantes en la sociedad norteamericana. Al aplicar - las leyes, los tribunales de ese país, tienen que reconocer - que las legislaturas expresan las necesidades y deseos del - pueblo norteamericano. "Cuando esta clara la intención de la legislatura y no se rebasan los límites constitucionales, los tribunales deben, ante la voluntad legislativa, ceder y poner en cumplimiento sus decisiones." <sup>1/</sup>

En contra del derecho codificado, manifies- ta la doctrina tradicional norteamericana, que la previsión - humana no puede llegar lo suficientemente lejos, ni el len- - guaje, ni la lógica tienen los recursos necesarios para regu- lar con detalle las enormes complejidades de la sociedad.

Consideran que los jueces pertenecientes a esta clase de sistemas, proceden cada día mas como los jueces de Estados Unidos, en el sentido de que para ellos tienen cada día mas importancia los precedentes judiciales y su labor- creadora se acredita cada día mas.

---

<sup>1/</sup> John P. Dawson, op. cit. p. 30.

"Podía parecer sencillo el método puramente deductivo, según el cual se explican las sentencias a base de citar algunas cláusulas del código, pero encubre las decisiones verdaderas que inevitablemente se adoptan. Por tanto, en grandes partes de nuestro derecho, seguiremos usando los métodos del cambio gradual, causa por causa, según dicte la experiencia." <sup>1/</sup>

#### IV. La Filosofía Norteamericana sobre la Interpretación.

Hay muchos juristas Norteamericanos que desconfían de la filosofía del derecho. Muchos autores creen que tanto el Derecho Norteamericano como el Británico, son empíricos en su método, que procede según los casos y los problemas, buscando soluciones prácticas sin referencias a un cuerpo sistemático de doctrina o a una teoría comprensiva.

"La vida del derecho, afirmó el jurista Oliver Wendell Holmes no ha sido la lógica, sino la experiencia."

La opinión de que el derecho es expresión de la naturaleza racional y moral del hombre, y de que cualquier ley particular, debe interpretarse a la luz de los fines racionales y morales que se propone alcanzar, es causa de grandes polemicas en los Estados Unidos, pero es indudable que ha ejercido poderosa influencia en el desarrollo jurídico norteamericano.

A fines del siglo XVIII y principios del XIX, la mayor parte de los principales juristas norteamericanos, adoptaron la idea de que hay un derecho superior o un derecho moral, que tienen que acatar las legislaturas, los tribunales y los funcionarios administrativos y esta por encima de leyes positivas, precedentes judiciales y costumbres.

---

<sup>1/</sup> John P. Dawson, op. cit., p. 30.

Influidos por autores Europeos como Grocio y Puffendorf, los jueces norteamericanos declararon que la legislación debía interpretarse de acuerdo con la razón y la justicia natural, y sostuvieron la doctrina de que los tribunales tenían que negarse a imponer el cumplimiento de leyes que estimasen contrarias a los principios constitucionales. A este respecto cabe aclarar que el poder judicial puede anular disposiciones anticonstitucionales de la legislatura, sin recurrir a la doctrina del derecho natural.

La teoría de los derechos naturales propugnaba la existencia de normas y conceptos fijos por los cuales debían juzgarse las disposiciones legales.

Sin embargo, según tantas veces ha ocurrido en la historia de los sistemas jurídicos, a una era de equidad, siguió otra de justicia estricta, aceptando como axioma de que "la ley es la ley."

Los tribunales norteamericanos, adoptaron una adhesión estricta a los precedentes judiciales aunque pareciesen injustos. Deducían conclusiones silogísticamente lógicas del cuerpo de normas legales sin atender a las consecuencias sociales.

El magistrado Holmes, en cierta carta escrita a un amigo suyo escribió: "He dicho muchas veces a mis hermanos (de la Suprema Corte) que aborresco la justicia, lo cual quiere decir que, cuando un hombre empieza a hablar de ella, sé por uno u otro motivo, que está evadiendo pensar en términos jurídicos." <sup>1/</sup>

Es indudable que Holmes, al que mas adelante veremos en detalle, fué el que influyó para que tres generaciones de juristas aceptaran la teoría positivista; estuvo luchando durante 50 años (20 en la Suprema Corte Judicial de-

---

<sup>1/</sup> John P. Dawson, op. cit., p. 28.

Massachusetts y 30 en la Suprema Corte de Estados Unidos) contra toda posible confusión entre derecho y moral.

Dos efectos principales aportó la doctrina positivista en el derecho Norteamericano: Limitó el campo de la interpretación exclusivamente a la interpretación de las normas legales y despertó el ímpetu de sistematización de la doctrina jurídica. Por ejemplo, en el campo comercial, los tipos de crédito quedaron codificados y en materia de procedimiento, se sistematizaron y racionalizaron los sistemas de confesiones juicios y apelaciones.

La lucha entre la teoría positivista y la ley natural, continuó. A partir del año de 1920, el pensamiento jurídico Norteamericano, tendió a interpretar las normas legales y dictar las sentencias judiciales, atendiendo a las consecuencias sociales.

El concepto de Jurisprudencia Sociológica, sostenido principalmente por Roscoe Pound y al que mas adelante estudiaremos, ha roto con el mito de que las normas legales pueden considerarse aparte de las consecuencias sociales.

A partir de este momento se consideró que el derecho debía entenderse como un equilibrio de intereses, tanto de individuos como de grupos. El ajuste razonable entre los intereses en conflicto, esta determinado por los intereses de la sociedad y el bienestar público.

En 1930, surgió otra escuela que va mas allá de Pound.

El realismo legal fue el lema, con que muchos juristas norteamericanos, apelaron a los factores económicos, psicológicos e ideológicos en su búsqueda de las causas íntimas que determinan el proceder de los jueces y otros funcionarios que tienen que tomar decisiones.

Los que pertenecen a esta corriente han seguido a Holmes; sostienen que las reglas de derecho son declara-

ciones generales de las normas a que debe ajustarse la conducta de los funcionarios que deben aplicarlas. Pero la fuente de estas normas esta fuera del derecho y radica en los criterios, prejuicios y preferencias de los mismos funcionarios.

Durante este período quedaron eliminadas muchas reglas establecidas, lo que antes era sagrado, quedó convertido en etiqueta.

Esta filosofía simpatizó con la idea de que la administración tiene en sus manos más medios con que resolver conflictos económicos y sociales que el juicio y la sentencia.

La corriente que nos ocupa, también ha ejercido influencia en el proceso judicial, puesto que el hincapié que hace en la política social, ha conducido a la expansión del campo de consideraciones en la discusión y decisión de las causas legales.

A partir de la 2a. Guerra Mundial se ha advertido nuevo hincapié en los fines racionales de los conceptos e instituciones jurídicas.

Ya no se toma el derecho, como un conjunto de dogmas emanados de la autoridad política, considerada esta como un ente superior cuyas decisiones son absolutas e inquestionables.

Uno de los principales autores del resurgimiento del derecho natural es Karl Llewellyn, profesor de Chicago, quien en materia contractual, ya no se conforma con estudiar el contrato simplemente, sino que se pregunta para que es el mismo. En cuanto a las disposiciones del derecho mercantil sugiere estudiarlas a la luz de sus funciones sociales.

Sin embargo, el derecho natural no es lo que predomina en los Estados Unidos. La filosofía jurídica de este país esta influida por diversas doctrinas, sin deshechar su tradición histórica.

## Etapas de la Filosofía Norteamericana en Materia de Interpretación.

Después del previo análisis general de la filosofía norteamericana en materia de interpretación, en seguida pasamos a estudiarla concretamente dividiéndola por razón de método, en cuatro etapas.

Primera Etapa: Predominio del Derecho Moral o Superior y del Derecho Natural; Fines del Siglo XVIII y Principios del XIX.

En esta época, los juristas adoptaron el punto de vista de que existía un derecho moral o superior que esta por encima de las leyes positivas. De acuerdo con esta idea, el derecho debía interpretarse conforme a la razón y la justicia natural.

Esta creencia en una ley moral o superior, por la cuál se guiaban las decisiones judiciales, se transformó en fé en ciertos derechos naturales inmutables, principalmente los de propiedad privada y libertad de contrato, que los tribunales de entonces consideraban que estaban contenidos en la constitución y, por lo tanto, por encima de toda legislación.

La teoría del derecho moral o superior, habla en función de la conformidad de las disposiciones legales con unos modelos de justicia mas amplios y flexibles, lo que traía como consecuencia la impartición de una justicia de equidad. Fué la época de los Tribunales de la Cancillería.

Desde los decenios de 1920 y 1930, el pensamiento jurídico norteamericano ha tendido a establecer la necesidad de interpretar las normas legales y de dictar las sentencias judiciales teniendo presente las consecuencias sociales de las mismas.

Segunda Etapa: La "Experiencia Práctica"  
de Oliver Wendell Holmes.

En la creación y evolución del derecho, así como en el proceso judicial, Holmes (1841-1935) aportó algunas ideas muy importantes.

Su obra constituye una de las principales críticas contra la lógica deductiva en la creación e interpretación del derecho.

En contra de la creencia que predominaba -dice éste autor- "la vida real del derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia. Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones en que la acción política se ha inspirado bien - aquellas confesadas explícitamente o bien otras inconscientes e incluso los prejuicios que los jueces tienen al igual que todas las otras gentes, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres." "La lógica no es la única fuerza operante en el desenvolvimiento del derecho. El papel de la lógica en la formación y en el desarrollo del derecho ha sido -- exagerado, porque esto satisface el anhelo de certeza y tranquilidad que late en toda la mente humana. Pero esta idea de plena certeza generalmente es una ilusión, y la tranquilidad no constituye el destino del hombre." <sup>1/</sup>

Supone que es necesario dotar a toda decisión judicial de una envoltura lógica para mantener la impresión del principio de seguridad jurídica, pero considera que esta impresión es algo ilusorio.

A este respecto, su crítica no es totalmente negativa; acepta el proceso lógico de extracción de consecuencias de las premisas sentadas.

---

<sup>1/</sup> Oliver Wendell Holmes, The Common Law, 1882, Collected Legal Papers, 1960, cit. por Recasens Siches, op. cit., -

Pero cuando en la práctica se plantea un asunto grave, el problema no consiste en desarrollar premisas - sino sentar las premisas correctas, tanto las premisas relativas a los hechos como las relativas a las normas legales.

Es difícil cumplir con este cometido principalmente por tres causas; porque a menudo es posible elegir en tre varios principios; porque a veces se considera como - principios jurídicos a aquellos que no lo son, tales como - los eventuales prejuicios colectivos y, por último, hay hechos susceptibles de diferente calificación jurídica.

Sin embargo, el juez, en el desarrollo de su función tendrá que sobreponerse a éstos problemas, eligiendo valorativamente aquellos principios y hechos que den como consecuencia una resolución que signifique una ventaja social. Para tal efecto, tendrá gran importancia la experiencia vital y valorativa.

#### Tercera Etapa: La Jurisprudencia Sociológica en los Estados Unidos.

A fines del siglo XIX, Holmes sentó los principios de ésta escuela que continuó Benjamín Cardozo y principalmente Roscoe Pound.

Los estudios de la escuela sociológica se produjeron al calor de los problemas prácticos que se presentaban en la función judicial y sobre todo en la aplicación y dinámica del Common Law.

Estos juristas estimaron que algunas reglas - contenidas en el Common Law no servían para dar una solución justa a los nuevos casos planteados y por lo tanto requerían ser modificadas ó por lo menos ser interpretadas conforme a los nuevos hechos. Para tal efecto era necesario tener una - cabal comprensión de la vida social.

Los resultados justos que se buscan con la - nueva interpretación de la norma jurídica no se pueden obte-

ner por medio de razonamiento deductivo. La labor del jurista teórico no se limita al proceso lógico, sino al conocimiento sociológico de las realidades actuales que sirven de base para la formulación de normas individuales inspiradas en criterios de justicia.

A. Benjamín Cardozo.  
(1870-1938)

Empieza por afirmar que el juez tiene un deber de obediencia hacia el derecho positivo, excluyendo el caso no referido por ninguna norma.

La norma debe ser interpretada incluso cuando cubre perfectamente el caso planteado, pues la función del juez no es mecánica y de mera rutina.

Cuando la norma está redactada en términos vagos, la significación y elaboración de la misma, varía al cambiar las realidades sociales.

En el análisis de su experiencia judicial, descubre que él había utilizado cuatro métodos en el procesamental al dictar sentencia. El método de la deducción lógica; el método de buscar inspiración en la línea del desenvolvimiento histórico de una institución jurídica; el método de atenerse a los datos de las costumbres y convicciones sociales vigentes y, por último, el método de inspirarse en consideraciones de justicia y de bienestar social.

Respecto al método lógico señala sus limitaciones y manifiesta que aunque la congruencia lógica no es el valor supremo del derecho, esto no supone que dicha congruencia carezca de valor. Sin embargo, sería injusto fallar casos iguales sobre la base de principios opuestos.

La función de este método es limitada. Su abuso empieza cuando es considerado como valor supremo y decisivo.

El segundo método que Cardozo utilizó es el histórico.

Hay instituciones que fueron creciendo al impulso de necesidades y situaciones históricas. Su desenvolvimiento está concateando a la historia y por tanto su explicación no se hace por vía lógica, sino mas bien por el accidente de determinados hechos históricos. Por ejemplo, la donación inter vivos, de bienes muebles, se perfecciona por la entrega material de los muebles?. La solución será distinta según esté contenida en el Derecho Romano que en cualquier otro ordenamiento que no pertenezca a su corriente.

En cuanto al método de atenerse a los datos de la costumbre y las convicciones sociales vigentes, mas que servir para la creación de nuevas normas, sirve para averiguar cómo y con qué alcance deben ser aplicadas ciertas normas; por ejemplo, cuando las normas no especifican cuales son los poderes de un socio en una sociedad mercantil, entonces debe interpretarse que tales poderes son los usuales en el comercio.

El cuarto y último método es el consistente en tomar en consideración puntos de vista de justicia y de bienestar social engranados con un concienzudo estudio sociológico de los intereses en conflicto.

No es un simple método, sino también un punto de vista que decide sobre cuál debe ser el método que se emplee en cada caso.

El recurso a la idea de justicia y bienestar social, conjugados al análisis sociológico de los hechos no sólo sirve para resolver los casos en que los tres métodos anteriormente citados, no otorguen una solución satisfactoria, sino también para resolver el conflicto que puede darse entre aquellos tres métodos.

En la individualización del derecho se pueden utilizar los métodos lógicos, históricos o el relativo a la

costumbre y convicciones sociales vigentes, según sea la situación concreta de que se trate.

Esta utilización de métodos esta limitada por el fin supremo del derecho, el cuál consiste en la justicia y bienestar social. Este fin supremo esta por encima de los métodos y debe resolver los conflictos que se presenten entre ellos.

B. Roscoe Pound.  
(n. 1870)

Partió del principio de que en la función legislativa y judicial existe la necesidad de recurrir a criterios axiológicos y de encontrar los métodos o criterios para poner en práctica ese enfoque estimativo.

Considera que la jurisprudencia sociológica es un ensayo de estimativa jurídica, sobre la base de un análisis sociológico de los hechos.

En el campo de la función judicial concretamente, le preocupó el problema de hallar normas justas, adecuadas para las nuevas situaciones sociales que no estaban formuladas en el Common Law ni en los principios filosófico jurídicos del pretérito.

Buscó los medios que produjeran nuevas normas jurídicas que estuvieran en consonancia con las nuevas situaciones sociales.

Creó necesario establecer nuevas normas ó desarrollar una nueva interpretación de las viejas reglas.

Para ello no basta con valerse de métodos deductivos, toda vez que el derecho es un instrumento de la vida social en vista de realizar fines humanos, dentro de las rutas varias y cambiantes de la historia.

costumbre y convicciones sociales vigentes, según sea la situación concreta de que se trate.

Esta utilización de métodos esta limitada por el fin supremo del derecho, el cuál consiste en la justicia y bienestar social. Este fin supremo esta por encima de los métodos y debe resolver los conflictos que se presenten entre ellos.

B. Roscoe Pound.

(n. 1870)

Partió del principio de que en la función -  
legislativa y judicial existe la necesidad de recurrir a -  
criterios axiológicos y de encontrar los métodos o crite -  
rios para poner en práctica ese enfoque estimativo.

Considera que la jurisprudencia sociológica -  
es un ensayo de estimativa jurídica, sobre la base de un -  
análisis sociológico de los hechos.

En el campo de la función judicial concreta -  
mente, le preocupó el problema de hallar normas justas, -  
adecuadas para las nuevas situaciones sociales que no esta -  
ban formuladas en el Common Law ni en los principios filosó -  
fico jurídicos del pretérito.

Buscó los medios que produjeran nuevas normas  
jurídicas que estuvieran en consonancia con las nuevas si -  
tuaciones sociales.

Creó necesario establecer nuevas normas ó -  
desarrollar una nueva interpretación de las viejas reglas.

Para ello no basta con valerse de métodos -  
deductivos, toda vez que el derecho es un instrumento de la  
vida social en vista de realizar fines humanos, dentro de -  
las rutas varias y cambiantes de la historia.

Por otra parte, no diferencia entre la elaboración de una norma jurídica y la aplicación de la misma. Es tima que la actividad judicial comprende una valoración del problema jurídico ó conflicto litigioso. Para tal efecto hay que comprender perfectamente el sentido y alcance de los hechos implicados en tal problema.

A fin de obtener la justa elaboración y aplicación de las normas jurídicas, Pound propone a la Jurisprudencia Sociológica el siguiente programa:

1. Investigar sobre los efectos sociales de las instituciones y doctrinas jurídicas.
2. Previo estudio sociológico sobre las realidades actuales para la preparación de la tarea legislativa.
3. Estudio sobre los medios adecuados para hacer que los preceptos jurídicos tengan eficacia en la realidad.
4. Una historia jurídica sociológica, para averiguar la situación social en el cual se produjo una norma jurídica, con el fin de enterarnos de si esa norma es digna ó nó de sobrevivir.
5. Estudio del método jurídico, es decir, de los factores psicológicos y de otra índole, y de los ideales que actúan sobre la función judicial.
6. Reconocimiento de la importancia máxima que tiene el hallar una solución justa y razonable de los casos concretos, tanto en el ámbito de derecho privado, como también en los campos del derecho penal y del derecho administrativo.
7. El establecimiento de un Ministerio de Justicia encargado de redactar proyectos de ley, con el fin de corregir los anacronismos que persisten en

el campo del derecho privado.

8. Esforzarse en hacer mas eficaz de hecho la realización de los fines del derecho.

La función del derecho tiene como objeto principal, lo que podría llamarse según Pound, Ingeniería Social. Esta se propone conseguir que si los medios de satisfacer las demandas de los hombres que viven en una sociedad políticamente organizada, no son suficientes para hacer llegar en su totalidad a todas las gentes que claman por ellos, por lo menos lleguen en la mayor cantidad posible, al mayor número de personas con el menor grado de pérdida.

Según Pound, el Derecho Positivo puede lograr su finalidad de la siguiente manera: a) reconociendo algunos intereses que demandan protección: b) definiendo los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos eficazmente mediante preceptos jurídicos, que sean aplicados congruentemente por la autoridad judicial ó por la administrativa, en caso necesario: y c) esforzandose en asegurar de manera efectiva los intereses reconocidos dentro de los límites que se haya definido para ellos.

Pound define el interés como "una demanda ó un deseo que los seres humanos, ó bien individualmente, ó bien a través de grupos ó asociaciones ... tratan de satisfacer; demanda ó deseo que tiene que ser tomado en consideración por la ordenación de las relaciones humanas y de la conducta humana." <sup>1/</sup>

El derecho no crea esos intereses sino que los encuentra ante sí, clamando por su protección y seguridad. El derecho los clasifica, delimita la esfera de su validez, frente a la esfera de validez de otros, así como también establece

---

<sup>1/</sup> Roscoe Pound, cit. por Recasens Siches, Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 86. .

ce la prioridad que debe existir de unos sobre otros.

Para saber cuales deben ser los intereses protegidos, en qué medida y de qué manera, es necesario tener un profundo conocimiento sociológico de los intereses.

Pound clasifica los intereses que deben ser protegidos, en tres grupos:

a). Intereses Individuales. A estos corresponden aquellos relativos a la personalidad, tales como la vida y la integridad corporal, la libertad de domicilio y locomoción, los concernientes a las relaciones familiares, demandadas de carácter económico, etc.

b). Intereses Públicos, por ejemplo, los intereses del Estado, en tanto que la organización política puede tener determinadas necesidades.

c). Intereses sociales, por ejemplo, la paz, el orden y la seguridad general.

La tarea de reconocer los intereses y protegerlos no está nunca terminada. Los intereses que no están reconocidos ejercen presión para llegar a serlo y los que ya lo están, se esfuerzan por ampliar el ámbito de su protección. Además al transcurrir el tiempo surgen nuevos intereses.

El legislador y el juez se hayan ante el conflicto entre las fuerzas que pretenden conservar el orden social y las que propugnan por establecer un nuevo orden más acorde con las necesidades del presente.

Este problema y el relativo a la calificación y protección de los intereses, se pueden salvar acudiendo al criterio axiológico, es decir, siguiendo las pautas de valoración.

Cuarta Etapa: El Movimiento del Realismo Jurídico Norteamericano.

En 1930 surgió en Estados Unidos el "Realismo Jurídico" el cual ha llevado a cabo una demoledora crítica en contra de la concepción mecánica de la función judicial como un silogismo.

Este movimiento surge como una reacción contrarias doctrinas, principalmente, como una crítica en contra de la escuela analítica fundada por Austin, quien siguiendo a Hobbes, refiere el Derecho Positivo al mandato del soberano.

A. Johon Chipman Gray.

Este autor fue el que dió el primer paso que mas tarde condujo al realismo jurídico. Distingue entre derecho efectivo y fuentes de derecho.

El derecho efectivo está constituido por las reglas sustentadas por los tribunales y aplicadas por éstos. Una ley por sí sola aún no es derecho mientras no haya sido interpretada y aplicada por los tribunales.

El legislador sólo emite palabras, las cuales entran en acción efectiva, únicamente a través de las sentencias de los tribunales. Es a ellos a los que corresponde decir lo que las palabras significan.

Gray, definió el derecho, como las reglas sentadas por los tribunales.

Distinguió, sin embargo, entre las reglas que el juez establece y lo que decide efectivamente. Las primeras pueden constituir solamente un disfraz justificante del fallo del juez ante la doctrina tradicional, justificante que encubre su verdadera decisión.

Si queremos saber lo que efectivamente es el derecho tenemos que investigar la conducta real de un tribu -

nal y ver como se comportan los jueces, saber que es lo que hacen independientemente de lo que declaran en sus fallos.

Las fuentes del derecho son los materiales con que el juez se inspira para establecer las reglas efectivas de su fallo. Estos materiales son las leyes, los precedentes jurisprudenciales, opiniones doctrinales, costumbres y principios éticos.

Los exponentes de esta corriente, tienen en común que todos ellos poseen una actitud escéptica respecto a la descripción tradicional de la conducta real y efectiva de los tribunales.

En todos ellos no hay unanimidad en cuanto al concepto de realidad, pero la mayor parte la busca en la conducta de los jueces y funcionarios administrativos.

El movimiento del realismo jurídico norteamericano, comprende varios tipos de estudio. En este trabajo nos ocupamos de dos de los mas importantes.

El primero comprende aquellos estudios que manifiestan escepticismo respecto de las normas formuladas, bien sea las contenidas en leyes, reglamentos ó precedentes jurisprudenciales, o bien las reglas sentadas en las propias sentencias. Además tratan de poner de manifiesto las reglas efectivas conforme a las cuales el juez falla.

Este primer tipo de estudio realista se concreta a analizar las sentencias de los tribunales de apelación para saber lo que es efectivamente el derecho.

El otro tipo de estudio, también acepta el escepticismo respecto a las normas jurídicas formuladas, pero vá mas allá. Investigan también cuales son los factores que influyen en los jueces, para que estos elijan las reglas efectivas sobre las cuales fundamentan sus sentencias independientemente de que estas reglas no aparezcan declaradas en sus fallos.

nal y ver como se comportan los jueces, saber que es lo que hacen independientemente de lo que declaran en sus fallos.

Las fuentes del derecho son los materiales con que el juez se inspira para establecer las reglas efectivas de su fallo. Estos materiales son las leyes, los precedentes jurisprudenciales, opiniones doctrinales, costumbres y principios éticos.

Los exponentes de esta corriente, tienen en común que todos ellos poseen una actitud escéptica respecto a la descripción tradicional de la conducta real y efectiva de los tribunales.

En todos ellos no hay unanimidad en cuanto al concepto de realidad, pero la mayor parte la busca en la conducta de los jueces y funcionarios administrativos.

El movimiento del realismo jurídico norteamericano, comprende varios tipos de estudio. En este trabajo nos ocupamos de dos de los mas importantes.

El primero comprende aquellos estudios que manifiestan escepticismo respecto de las normas formuladas, bien sea las contenidas en leyes, reglamentos ó precedentes jurisprudenciales, o bien las reglas sentadas en las propias sentencias. Además tratan de poner de manifiesto las reglas efectivas conforme a las cuales el juez falla.

Este primer tipo de estudio realista se concreta a analizar las sentencias de los tribunales de apelación para saber lo que es efectivamente el derecho.

El otro tipo de estudio, también acepta el escepticismo respecto a las normas jurídicas formuladas, pero vá mas allá. Investigan también cuales son los factores que influyen en los jueces, para que estos elijan las reglas efectivas sobre las cuales fundamentan sus sentencias independientemente de que estas reglas no aparezcan declaradas en sus fallos.

Seguidamente, tratan de investigar cuales son los factores que influyen sobre los jueces para la determinación de los hechos y además muestran que en el proceso judicial, la apreciación y calificación de los hechos, tienen mas importancia decisiva que la referencia a la norma aplicable. En éste caso analizan la conducta de los tribunales de primera instancia, los cuales tienen que establecer los hechos del caso debatido.

#### B. Karl Llewellyn.

Analiza los dos tipos de estudio señalados.

Cuando estudia lo que es la regla, distingue entre reglas en el papel y reglas efectivas.

Las primeras comprenden no sólo las formuladas en leyes y reglamentos, sino también las normas que los tribunales declaran en sus sentencias. Las reglas efectivas son aquellas declaradas o nó, según las cuales deciden realmente un litigio.

El análisis de la conducta judicial nos puede llevar a comprender que algunas reglas en el papel son letra muerta por considerarse caducas y por lo tanto no son tomadas en cuenta por los jueces en sus fallos.

Otras veces, estas normas formuladas, son tomadas por el juez como fundamento de sus decisiones, pero en realidad no las cumple, o si lo hace sólo es parcialmente.

Esta forma de eludir las reglas en el papel, está encubierta por razonamientos interpretativos, los cuales pretenden mostrar que el juez cumple lo dispuesto en tales normas.

Tanto las pruebas como la calificación jurídica de los hechos relevantes, que después veremos, sirven de base para que el juez configure el fallo, en tanto que ambos (calificación de los hechos y de las pruebas, como el fallo mismo)

serven al juez para elegir la norma aplicable, lo que pone de manifiesto la solidaridad que existe entre el fallo y la norma elegida.

A primera vista, afirma Llewellyn, la estructura lógica de tal razonamiento debería ser la siguiente: verificación e interpretación de los hechos, primero, y después se debería buscar la norma y finalmente extraer la consecuencia o conclusión.

Esta observación sirve a Llewellyn para fundar su idea en el sentido de que es necesario analizar lo que los jueces hacen, no lo que dicen que hacen, toda vez que la norma efectiva muchas veces no es alegada en la sentencia, pero es la que efectivamente sustenta el fallo.

Precisamente, el objetivo de la investigación realista consiste en mostrar qué es lo que en realidad hace el juez, independientemente de lo que escribe en la sentencia.

Sin embargo, reconoce que no todo lo que el juez escribe en sus fallos discrepa completamente de las reglas en el papel. En ocasiones su discrepancia es pequeña y en otras es muy grande. Acepta también que en ocasiones las reglas en el papel ejercen influencia decisiva en sus fallos.

Llewellyn también analizó los problemas relativos a las cuestiones de hecho, tanto en lo que atañe a la prueba como a la calificación de los hechos relevantes.

En cuanto a los hechos, jamás se presentan al juez tal como sucedieron. Llegan a éste a través de reproducciones deformadas por las partes en conflicto, quienes los presentan conforme a sus intereses y de acuerdo con las conclusiones que propugnan.

Sucede en ocasiones que las partes en conflicto pueden estar conformes en cuanto a los hechos, sin embargo, difícilmente estarán de acuerdo en cuanto a su calificación

jurídica, pues en caso ya no existiría conflicto.

C. Jerome Frank.

Aparte de los dos tipos de estudio realista, - este autor hace un análisis del sistema jurídico.

En la sociedad de nuestro tiempo, afirma, no - hay un derecho general, uniforme, continuo, igual y puro, - debido a los cambios que cada día aporta la vida moderna.

Sólo existe derecho cierto en el contenido de - las sentencias de los tribunales que fallan un caso concreto. Este es el "derecho efectivo y real."

El derecho puede ser, por otra parte, "derecho - probable", es decir, adivinanza o suposición sobre una sentencia futura, cuando no hay fallo sobre determinado caso - particular.

Considera que mientras no falla un tribunal - respecto de determinado caso, no se puede decir que exista un derecho cierto, todo será mera suposición.

Cuando una persona firma un contrato, afirma - Llewellyn, y pregunta a su abogado cuales son sus derechos y deberes jurídicos emanados del mismo, el abogado no puede contestar con certeza. Los derechos y deberes de un contrato se pueden estar cumpliendo habitualmente sin ser discutidos. Pero nadie puede garantizar que algún día no vayan a - ser impugnados en litigio y nadie puede estar seguro respecto a los resultados del litigio.

Agrega que el abogado no puede contestar con - certeza porque el adversario puede introducir un testimonio insospechado, los mismos testigos en que confía pueden fallar a última hora. Un pleito es una batalla que nadie - puede predecir lo que en la batalla puede suceder.

Generalmente se cree que la sentencia es una -

aplicación de la norma jurídica a hechos determinados, pero Frank cree que las normas no están establecidas de antemano, ni los hechos son entidades objetivamente determinables con plena seguridad.

No acepta que las normas estén establecidas de antemano de un modo estático, sino que son dinámicas, cambiantes de acuerdo con el desarrollo de la vida y por lo tanto flexibles.

Continúa diciendo que en ocasiones hay hechos nuevos que ni siquiera remotamente fueron previstas por las normas preestablecidas. En éste caso el juez tiene que formular la norma aplicable, aunque en ocasiones lo hace aparentando que está aplicando viejas normas.

Hay casos que pueden ser enfocados desde principios diversos y la elección de éstos no está predeterminada. Aquí intervienen juicios de valor que establecen jerarquía entre ellos.

La lógica formal según la cual el juez debe aplicar las deducciones silogísticas, no suministra ningún criterio que se pueda afirmar que es el único cierto, para elegir entre las varias premisas posibles.

Ocurre frecuentemente que el juez en vista de todos los datos pruebas y alegatos aportados en determinado caso, se forma una opinión de lo que para él es justo y en seguida busca las normas legales que habrán de fundamentar su fallo.

Ahora bien, si el derecho efectivo es aquel que el juez declara en su fallo y este está inspirado por intuiciones y sentimientos, el problema consiste en saber como se forma el juez esas intuiciones.

Uno de los factores que según Frank, contribuyen a la formación de la intuición del juez, son los principios jurídicos emanados de las normas jurídicas, precedentes judiciales y la doctrina en boga.

Quando se presenta el problema de escoger entre distintos principios igualmente válidos, el juez elige el de rango superior de acuerdo con sus convicciones personales. - Pero hay ocasiones en que el juez no quiere decidir de acuerdo con sus convicciones personales. Entonces decidirá con -- forme a las convicciones sociales del momento, pero aún así la elección de la norma depende de la interpretación personal del propio juez al aclarar cual es la convicción colectiva - preponderante.

En cuanto a la determinación de los hechos de - mayor alcance práctico. Ellos llegan al juez de modo indirecto a través de las aportaciones de los testigos y de las .-- partes litigantes. De por sí estos hechos, por la interver- ción de diversos factores subjetivos, pueden tener deforma- ciones voluntarias o involuntarias, además de las deformatio- nes inconcientes que el propio juez está en peligro de aportar en la determinación de los hechos, debido a factores emo- cionales propios.

Para que el derecho tuviese plena uniformidad, - continuidad y certeza, sería necesario que todos los jueces fuesen idénticos y tuviesen hábitos emocionales y mentales - iguales. Estima Frank que para que cumpla mejor con la jus- ticia, conviene nombrar como jueces a personas inteligentes, sensibles e ilustradas y no a aquellas que piensen mecánica- mente y estén dispuestas a ignorar los matices individuales- de cada caso concreto.

Esta proposición de Frank desvanece la fé en la seguridad del derecho, el cual es considerada por él mismo, como algo ilusorio; como un valor que algunos tratan de apa- rentar como una realidad para velar lo desagradable que la - vida contiene.

Por otra parte, critica la concepción jurídica predominante en el siglo XIX, que reducía la decisión judi- cial a los límites de la lógica formal, con cuyo uso se dis-

frazó y ocultó el problema de la elección de las premisas, - supuesto que la lógica formal no aportaba ninguna ayuda a la solución de dicho problema.

Jerome Frank no niega que haya reglas jurídicas. Lo que niega es que el derecho efectivo producido por los tribunales, consista exclusivamente en conclusiones sacadas de normas generales. Acepta que las normas generales son un factor que interviene en la elaboración del derecho efectivo.

Sin embargo, esas normas generales, no suministran bases suficientes para poder predecir con exactitud, - fallos futuros.

La personalidad del juez es realmente el factor central en el perfeccionamiento del derecho efectivo. Este no adquiere realidad en virtud de las reglas abstractas, sino - por la acción de los seres humanos concretos.

Su educación, experiencia jurídica, opinión política y otros factores influyen en la decisión del juez.

Por último, aunque haya normas jurídicas generales preexistentes, el juez crea el derecho efectivo al establecer los hechos, sopesar las pretensiones de las partes y formular la calificación jurídica de los hechos. Además, en caso necesario tiene que revisar y en su caso, reajustar las reglas preexistentes para que encaje en ellas el caso planteado.

No asustan las mutaciones del derecho cuando se producen por vía legislativa, asusta que éstas mutaciones se hagan por vía judicial y sobre todo los resultados imprevisibles que pueden causar.

#### Crítica al Realismo Jurídico.

Esta doctrina se concentró en el estudio de los hechos sin siquiera sospechar que los hechos suponen los conceptos. Se limitó a investigar el proceso judicial, revelando

con ello una visión restringida de los mismos hechos.

No se interesó por los conceptos fundamentales del derecho, lo que basta para hacer del realismo jurídico una doctrina insuficiente.

Por otra parte, cuando los realistas llegaban a ser jueces ó funcionarios se complacían menos en subrayar la discrepancia entre los textos y la realidad. "El realismo expresado en primera persona -el derecho es lo que los jueces hacemos en realidad, no lo que decimos-, resultaba menos atractivo. Apenas servía de nada persistir en la definición del derecho como la predicción de la conducta judicial, puesto que ningún juez podía regular su propia conducta tratando de predecirla."

"Si es verdad que la simple presencia de un observador influye la realidad observada, la naturaleza del procedimiento judicial tenía que cambiar cuando los jueces empezaron a filosofar sobre ello ó cuando los filósofos, buscando la realidad del derecho judicial, se convirtieron en la realidad que estaban buscando." <sup>1/</sup>

#### Crítica a la Estimativa Jurídica en General.

La Experiencia Práctica de Holmes, la Jurisprudencia Sociológica y el Movimiento del Realismo Jurídico presentan tres características principales que le son comunes.

1. El abismo que existe entre la norma jurídica como ésta aparece en los textos y lo que es en la realidad.
2. Una falta de correspondencia entre el carácter abstracto de las normas generales y la individualidad del caso concreto.

<sup>1/</sup> Hurtington Cairns, El Actual Pensamiento Jurídico Norteamericano. Ed. Losada, Buenos Aires, 1951, p. 127.

En contra de la afirmación de que los jueces deben resolver los problemas que se les presenten con ayuda de los datos que le proporcionan las ciencias sociales, se dice que quienes deben plantearse la consideración de los datos sociales, serán los legisladores, toda vez que; a) nuestro Estado es de Derecho y no un gobierno de los hombres y por lo tanto debemos ser regidos por proposiciones generales e impersonales formuladas sin considerar personalmente a los litigantes, aplicadas con igual rigor a todos ellos. b) si se deja a los tribunales el poder de plantearse el problema del bienestar estarán tentados a cambiar la solución según los vientos que soplen, o el cambio de moda, lo que pondría en grave peligro la estabilidad del sistema jurídico y c) Si el bienestar del pueblo requiere un cambio en el derecho, este debe ser obra del pueblo mismo por intermedio de sus representantes debidamente electos, quienes integran sus asambleas legislativas.

Por último, se critica la función creadora del derecho que se le atribuye al juez, porque la búsqueda del bienestar que éste hace, no necesariamente lo transforman en un juez creador del derecho, bueno ó mejor.

Como respuesta suficiente a las objeciones señaladas, hace notar Alexander H. Pekelis, profesor de la Universidad de Nueva York, que la jurisprudencia estimativa no intenta en modo alguno, privar a la legislatura de la oportunidad de retener el monopolio de la creación del derecho y de la responsabilidad de proteger el bienestar del país.

"Si los legisladores realmente se duelen de que los jueces crean derecho, para evitar ésto, deberían asumir la responsabilidad de elaborar leyes mas precisas." <sup>1/</sup>

<sup>1/</sup> Alexander H. Pekelis La Tecla para una Ciencia Jurídica - Estimativa, contenida en el libro El Actual Pensamiento Jurídico Norteamericano, de Hurtington Cairns, Ed. Losa - la, Buenos Aires, 1951, p. 163.

## Conclusiones

PRIMERA. La Escuela de la Exégesis tiene por objeto exclusivamente la ley, prescindiendo de las demás -- fuentes, y, además, se atiene a las particulares y expresas -- disposiciones de aquella, sin preocuparse de obtener los -- desenvolvimientos de que la ley misma es susceptible.

SEGUNDA. El respeto absoluto a la intención -- del legislador propuesto por Geny, estrecha el ámbito de -- aplicación de la ley escrita, amén de ser una contradicción a su teoría que parte del principio de que el derecho debe -- atender, ante todo, a las necesidades de la vida social.

TERCERA. El eje de la teoría de Savigny que -- consiste en considerar al espíritu del pueblo como base del -- derecho, es una afirmación mística que no se basa en la ver -- dadera concepción de los hechos.

CUARTA. La falta de fé Filosófica de Savigny, -- al deshechar todo procedimiento que no siga la ruta del cono -- cimiento histórico y de la indagación empírica, lo incapaci -- ta para otorgar al derecho un criterio valorativo.

QUINTA. Nos adherimos a la opinión de Cossio -- que acusa a la Escuela del Derecho Libre de ser ametodica, -- pues en ella todo queda librado a la conciencia del juez, y -- sólo de ella dependen las sentencias.

SEXTA. Kantorowicz al pretender sustituir -- la firmeza de los mandamientos legales por el subjetivismo -- de los jueces, crea un estado peligroso de anarquía e inse -- guridad jurídica.

SEPTIMA. Al conceder al juez una cooperación -- en la creación del derecho, Kantorowicz desconoce las bases -- de la función judicial en algunos países, en donde dicha -- función se limita a la aplicación de las leyes y en defecto --

de ellas, a acudir a las fuentes supletorias.

OCTAVA. El intérprete no debe desligar a la ley de su origen ya que así conocerá las circunstancias que determinaron la voluntad del legislador.

NOVENA. El intérprete al tomar en cuenta la realidad en el momento de aplicación de la ley, podrá adaptar la a las circunstancias sociales.

DECIMA. Estamos de acuerdo con la tesis de Carlos Cossio quien afirma que el concepto de interpretación de Kelsen es ametódico, toda vez que según él mismo la interpretación consiste en escoger, dentro del marco de posibilidades que la ley señala, alguna de ellas, por un acto de voluntad, del juez, y esta teoría no nos dice a que criterio hay que ajustarse.

DECIMA PRIMERA. La operación interpretativa no es puramente una función de voluntad, en la cual el intérprete posea una relativa libertad condicionada por el marco de la norma

DECIMA SEGUNDA. La naturaleza esencial del acto interpretativo no consiste en un acto de puro conocimiento del derecho, en el que el intérprete ponga en juego su conocimiento pero no su voluntad.

DECIMA TERCERA. Consideramos con Radbruch, que la interpretación es una mezcla inseparable de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creadores, productivos y reproductivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos.

## Índice General.

	Págs.
Introducción.	I
Capítulo I	
La Escuela de la Exégesis.	
I. Concepto.	1
II. Nacimiento, fases y representantes.	2
III. Doctrina de la Escuela de la Exégesis.- A. El culto al texto de la ley.- B. El predominio de la intención del legislador.- C. El carácter profundamente estatista de la doctrina exegetica.	6
IV. Los métodos de la Escuela de la Exégesis.	14
V. Crítica del método y principios de la Exégesis.- Crítica con respecto al culto a la ley.- Crítica con respecto a la preeminencia de la intención del legislador.- Carácter anticientífico de la Escuela de la Exégesis.- Crítica del Dr. Luis Recasens Siches.	17
VI. Conclusión.	22

## Capítulo II

### Francisco Geny y la Libre Investigación Científica.

I. Crítica de Francisco Geny al método tradicional de interpretación jurídica.- Crítica al fetichismo de la ley escrita.- Crítica al abuso de abstracciones lógicas.	25
II. Reconstrucción del método de interpretación.- Fuentes principales del derecho privado.- A. La ley escrita, B. La costumbre.	31
III. La Libre Investigación Científica.- Planteamiento.- El método de la Libre Investigación Científica.- La equidad.- La analogía.- A. Su funcionamiento.- B. Su fundamento sociológico.- C. Distinción entre analogía e interpretación.- D. Conclusiones sobre la analogía.	40

### Capítulo III

	Págs.
Doctrina Alemana Sobre la Interpretación.	
I. Savigny.	50
II. Surgimiento del "Movimiento del Derecho Libre". El "Derecho Libre" de Hermann Kantorowicz.- A. El Derecho Libre y el Derecho Estatal.- B. La - insuficiencia del derecho y la interpretación.- C. Conclusiones de Kantorowicz.	56
III. El Sociologismo de Ehrlich.	60
IV. Gustavo Radbruch.	61
V. Hans Kelsen.	64

### Capítulo IV

#### El Tema de la Interpretación en el Derecho Norteamericano.

I. Antecedentes históricos del Derecho Norteamericano en materia de interpretación.	77
II. La actitud de los tribunales Norteamericanos en materia de interpretación.	79
III. La función del Juez en Los Estados Unidos.	83
IV. La filosofía Norteamericana sobre la interpretación jurídica. Etapas.- Derecho Moral o Superior.- Derecho Natural.- La Experiencia Práctica de Oliver Wendell Holmes.- La Jurisprudencia Sociológica.- Representantes.- El Realismo Jurídico.- Representantes.- Crítica.- Crítica a la Estimativa Jurídica en General.	86
Conclusiones.	109

## BIBLIOGRAFIA.

Berman Harold J.

Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos.  
Ed. Letras, S. A., México, 1965.

Blasco Fernández de Moreda Francisco.

Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XI, Ed. Bibliográfica  
Argentina, Buenos Aires Arg., 1960.

Bonnecase Julian.

La Escuela de la Exégesis en el Derecho Civil, trad.  
a la 2a. ed. Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr.,  
Ed. Cajica, Pue., 1944.

Castán Tobeñas J.

Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho,  
Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.

Cairns Hurtington.

El Actual Pensamiento Jurídico Norteamericano, Ed. -  
Losada, Buenos Aires, 1951.

García Maynez Eduardo.

Introducción al Estudio del Derecho, 5a. ed., Ed. - -  
Porrúa, México, 1958.

Geny Francisco.

Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado  
Positivo, 2a. ed., Ed. Reus, Madrid 1925.

Kelsen Hans.

Teoría Pura del Derecho, trad. por Moisés Nilve, Ed.  
Universitaria de Buenos Aires, 4a. ed., 1965.

Mayer M. E.,

Filosofía del Derecho, trad. de la 2a. ed. original -  
de Legaz y Lacambra, Barcelona, 1937.

Pekelis Alexander H.

La Tecla para una Ciencia Jurídica Estimativa, Ed. -  
Losada, Buenos Aires, 1951.

Radbruch Gustavo.

Filosofía del Derecho, 1a. ed., Ed. Revista de Dere -  
cho Privado, Madrid, 1933, trad. de José Medina Echa -  
varría.

Recasens Siches Luis.

Estudio de Filosofía del Derecho, Ed. Bosh, Barcelo -  
na, 1936.

Recasens Siches Luis.

Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, t.-  
I, 1a. ed., Ed. Porrúa, México, 1963.

Recasens Siches Luis.

Nueva Filosofía de la Interpretación de la Norma Jurí -  
dica, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1956.

Rocco.

Principios de Derecho Mercantil, parte general, trad.  
de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.

Santo Tomás.

Suma Teológica, Tratado de la Ley, t. VI, Ed. Católi -  
ca, S. A., Madrid, 1956.

Savigny.

Sistema del Derecho Romano Actual, Ed. Góngora y Cía.,  
t. I, trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, -  
1878.

Tunc André y Suzanne.

El Derecho de los Estados Unidos, Imp. Universitaria,  
México, 1957.