



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

LA INTERPRETACION LEGAL Y CONTRACTUAL EN DERECHO CIVIL

TESIS

que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

CARLOS MENDOZA DOMINGUEZ

MEXICO, D. F.

1967



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

A mi padre, como homenaje póstumo

JUAN CARLOS
M. A. M. U.

*A mi madre, a mis hermanos,
a mi primo, a mis amigos, por
la perseverancia que supieron
infundirme*

*A mi esposa y compañera,
por sus desvelos y estímulo*

*A mis hijos, con
entrañable afecto*

*A mis maestros, sin cuyas
enseñanzas este ensayo no
hubiera tenido culminación*

Esta tesis fue elaborada en el Seminario de Derecho Civil a cargo del señor licenciado Leopoldo Aguilar Carvajal, bajo la dirección del señor licenciado José López Noriega. Para ambos mi efusivo agradecimiento por su amplia y eficaz colaboración



CAPITULO I

EL METODO INTERPRETATIVO DE LA ESCUELA Y SU CRITICA POR GENY

I

TEORIA DE LA ESCUELA EXEGETICA SOBRE LA INTERPRETACION JURIDICA

Comenzaré mi trabajo ofreciendo un resumen de los principales puntos de vista que sobre el tema de la interpretación jurídica se han sostenido dentro de la Escuela de la Exégesis, para lo cual me apoyaré en las exposiciones de Géný y Bonnecase, los dos autores más autorizados sobre dicha Escuela.

La época de apogeo de la misma, conforme al segundo de dichos autores, se extiende de 1830 a 1880.¹ Esa época es dividida por Bonnecase² en varias fases, de las cuales la más importante es aquélla en que figuran "los grandes comentaristas del Código Napoleón": Duranton, Aubry y Rau, Demolombe, Demante, Taulier, Troplong y, en fin, el profesor belga Laurent.

Para el propósito de no presentar más que lo central y decisivo del tema indicado, me bastará con concentrar la atención en el periodo de los grandes comentaristas, haciendo referencias a varios de ellos —a Aubry y Rau, Demolombe, Taulier y Laurent—, ya que figuran entre los que en forma más típica y representativa han plasmado la fisonomía y el estilo de la Escuela. Esto sin perjuicio de comenzar refiriéndome a Blondeau —autor que no figura entre los grandes comentaristas, pero cuya mención resulta inexcusable en un trabajo como el presente— y de hacer, cuando lo juzgue oportuno, algunas eventuales referencias a otros exégetas.

El primero de los principios cardinales del método exegetico apareció enfáticamente proclamado en 1841, en una memoria presentada por Blon-

¹ Julián Bonnecase, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, ed. E. de Bocard, París, 1824, n. 10, pág. 26. La traducción de este dato y la de los posteriores pasajes respectivos de los libros consultados en francés, han sido hechas por el sustentante y autorizadas por el Seminario de la Facultad.

² *Ibid.*

deau³ ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas, acerca de *La autoridad de la ley*, con el subtítulo: "Fuente de la cual deben hoy emanar todas las decisiones jurídicas". Según Blondeau, solamente la ley debe ser en la actualidad el origen de las decisiones jurídicas. Por supuesto que admite la interpretación, pero sólo en tanto que provenga de la ley, del texto o bien del espíritu que la anima, no de elementos extrínsecos a ella. Consiguientemente, rechaza lo que denomina "las falsas fuentes de decisión que con frecuencia suplantán la voluntad del legislador", entre las cuales menciona los precedentes, la autoridad, los usos no aceptados de modo expreso por la ley, la equidad, la utilidad general, etc. A su juicio, únicamente la ley, mediante una interpretación immanente a ella, puede y debe ser suficiente para resolver todos los problemas de la vida jurídica. "Si el juez —dice Gény, exponiendo el punto de vista de Blondeau— tropieza con una ley ambigua, notoriamente insuficiente, o con leyes que se contradigan, y no puede poner en claro el pensamiento del legislador sobre el punto en cuestión, Blondeau llega a decir "que tendrá entonces motivos tan poderosos para abstenerse como para intervenir, que deberá considerar como no existentes estas leyes y rechazar la demanda".⁴

Deslumbrados por el resultado de la codificación,* los comentaristas del Código Napoleón admitieron a manera de axioma la idea de que la legislación basta para la regulación de todas las relaciones sociales. "Se ha legislado tanto, sobre todo en los últimos 70 años —escribía Valette en 1872— que sería muy extraño que quedase un caso al cual no le fueran aplicables en algo las disposiciones legales".⁵ De aquí que, en materia de interpretación jurídica, el esfuerzo de dichos comentaristas se haya concentrado principalmente en la exégesis de los textos. El intérprete —afirma Demolombe—, "siguiendo paso a paso el texto, puede lisonjearse de descubrir más fácilmente el pensamiento del legislador".⁶

Bonnecase apunta que el primero de los principales rasgos definitorios de la Escuela Exegética es el consistente en "el culto al texto de la ley".⁷ Muy ilustrativas al respecto son las palabras atribuidas a Bugnet: "No conozco el derecho civil; no enseño más que el Código Napoleón".⁸ A decir de Bonnecase, esta frase "simbolizará por siempre la doctrina y el método de la Escuela Exegética".⁹ Y asegura también que "el sistema (exegético) entero está contenido en esa frase".¹⁰

³ Citado por Gény en su *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Edit. Reus, S. A., Madrid, 1925, 2a. ed., n. 10, pág. 23.

⁴ *Ibid.* El cursivo es de Gény.

* Alúdese a la resultante del gran movimiento político y social francés de finales del siglo XVIII, especialmente al Código Napoleón. Este apareció como una de las obras capitales de la Revolución. Ya en el decreto de 4-11 de agosto de 1789, la Asamblea Constituyente había anunciado su propósito de fundir todos los privilegios particulares de las provincias en el derecho común de todos los franceses. Aquel propósito vino a cristalizar en 1804, con el Código Napoleón, el cual es el conjunto de las leyes civiles francesas (abstracción hecha de las del procedimiento) reunidas en un solo haz por la ley de 30 ventoso del año XII, titulada: "Ley que contiene la reunión de las leyes civiles en un solo cuerpo de leyes, bajo el nombre de Código Civil de los franceses".

⁵ *Ibid.*, n. 12, pág. 25.

⁶ *Curso sobre el Código Napoleón*. Paris, 4a. Edición, Prefacio, pág. VI.

⁷ *Ob. cit.*, n. 47, pág. 128.

⁸ Citado por Bonnecase y Gény, obras citadas, págs. 29 y 27, respectivamente.

⁹ *Ob. cit.*, n. 12, pág. 30.

¹⁰ *Ibid.*, n. 47, pág. 128.

Otro de los más sobresalientes representantes de la Escuela, Demolombe, a quien se ha llamado "el príncipe de la exégesis",¹¹ declara: "Mi divisa, mi profesión de fe, es también: ¡los textos ante todo! Publico un curso de Código de Napoleón. Mi fin es, por tanto, interpretar, explicar el Código de Napoleón, considerado como ley viva, como ley aplicable y obligatoria. . ."¹²

En ocasiones la tarea de interpretación jurídica es fácil. Ello ocurre cuando el texto que contiene la norma jurídica está redactado en términos claros y precisos. En ese caso el intérprete debe de atenerse al texto. "Cuando una ley es clara, no puede irse contra la letra, so pretexto de penetrar en su espíritu".* Quien más señaladamente ha insistido en el respeto a esta regla es Laurent. "Desearíamos —dice— que esta máxima estuviese inscrita en todas las obras de derecho y se encontrase grabada en todas las aulas donde se enseña la jurisprudencia. No hay otra más evidente y al mismo tiempo más importante y que los intérpretes sean los más dispuestos a olvidarla. Cuántas veces se da tortura al sentido literal para hacer decir al legislador lo contrario de lo que dijo, bajo el pretexto de que no ha querido decir lo que realmente dijo".¹³ Después de invocar lo afirmado por Savigny en el sentido de que el trabajo del intérprete consiste en reconstruir el pensamiento del legislador, se pregunta Laurent en dónde reside ese pensamiento, a lo cual responde que el legislador formula su intención en un texto, y que cuando este es claro, tal intención hállase directamente expresada. En ese caso se conoce la intención del legislador por su propia voz, y el espíritu de la ley se pone de manifiesto en forma directa. "¿Qué necesidad hay de buscar en otras partes este espíritu, ni para qué buscarlo? Para encontrar otro espíritu distinto del que el texto revela. Pero este espíritu es siempre problemático, más o menos dudoso. . . Acábase, pues, por descubrir un espíritu dudoso y, sin embargo, se pone esta voluntad incierta sobre la voluntad cierta y escrita en un texto no dudoso. ¿No se llama esto eludir el sentido de la ley bajo el pretexto de penetrar su espíritu? Y cuando el intérprete elude un texto claro, ¿no busca colocar su pensamiento sobre el pensamiento del legislador?"¹⁴ Esto —concluye el jurista belga— implica una usurpación de la tarea legislativa por parte del intérprete.

Pero puede suceder que el texto no exprese el verdadero propósito del legislador. En semejante caso, si el órgano aplicador de la ley se atiene servilmente al texto de ella, caerá en el extremo que se ha dado en llamar "la interpretación judaica", o sea aquélla que en el empeño por respetar el texto legal, termina por violar el pensamiento del legislador. Esta observación —dice Laurent— es admisible cuando el texto da lugar a alguna duda, siquiera pequeña. Entonces todo el mundo dirá, con los jurisconsultos romanos, que comprender una ley no consiste en conocer los términos en que está formulada; que es necesario penetrar más allá de la corteza para alcanzar la auténtica intención del legislador. "Pero —sigue diciendo Laurent— noso-

¹¹ *Ibid.*, pág. 95.

¹² *Ob. cit.*, Prefacio, pág. III.

* Esta máxima estaba consignada en el artículo 5o. del Libro V. preliminar, del proyecto del Código civil del año VIII, y desapareció en la redacción definitiva.

¹³ *Principios de derecho civil*, la traducción española, edit. por Joaquín Guerra y Valle, 1889, T. I., n. 272, pág. 287.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 388.

tros suponemos... que la ley es clara, es decir, que no deja duda alguna sobre el sentido literal. ¿Puede admitirse en este caso que el sentido no corresponde al pensamiento del legislador?... Decir que el pensamiento es distinto de lo que está escrito en un texto claro y formal es acusar al legislador de una ligereza que no hay derecho de atribuirle. Decir, en efecto, que se sirvió de expresiones que no transmiten su pensamiento, ¿puede esto suponerse en una materia tan grave? ¿No debe creerse, más bien, que el legislador ha pesado sus palabras, y que cuando ha hablado con claridad, su voluntad también está clara?"¹⁵

A menudo sucede, empero, que la intención del legislador no está fielmente consignada en las palabras por él utilizadas. Se requiere entonces apelar a la llamada interpretación lógica, consistente en "buscar el pensamiento de la ley en el espíritu del autor de la misma, pasando por encima de las palabras".¹⁶ Toda vez que la fórmula legal es oscura, hay que echar mano de otros medios para comprobar, rectificar, completar y ampliar o restringir la letra de la ley. Así se persigue por todos los medios averiguar la voluntad del legislador; finalidad que como señala Bonnetcase,¹⁷ constituye otro de los principales rasgos de la Escuela Exegética.

En su discurso de reingreso a la Facultad de Derecho, de Strasburgo, Aubry pronunció unas palabras que por lo ilustrativas sobre el punto de que ahora me ocupo, me permitiré transcribir a continuación *in extenso*, en su parte conducente: "A todos aquéllos que han observado la marcha de la doctrina y de la jurisprudencia, desde la promulgación del Código (Napoleón) hasta nuestros días, les habrá impresionado la extrema timidez de los primeros ensayos interpretativos... Al principio ocurre que los autores y los tribunales se apegan casi exclusivamente a los textos. Algunas veces reina la letra y ella ahoga al espíritu. Poco a poco, sin embargo, el estudio atento de las fuentes y de los trabajos preparatorios conduce a una inteligencia más sana, más juiciosa de las disposiciones legales; se arroja luz en los principios, las teorías se estructuran y el espíritu viene a ocupar el lugar que legítimamente le corresponde. Grandes progresos se han logrado en esta dirección. Por desgracia, el bien y la verdad raramente se encuentran sin mezcla de mal y error. ¿A cuántas desviaciones ha podido dar lugar una interpretación temeraria y osada! So capa de buscar el espíritu, fórmulas sanas y protectoras han sido descartadas como juego inútil. Bajo el pretexto de la equidad, los textos positivos y las reglas jurídicas más ciertas han sido sacrificados en aras de consideraciones erróneas y desprovistas de sentido. Muy frecuentemente... los límites asignados a la interpretación han sido sobrepasados por parte de espíritus impacientes, que más que de buscar el verdadero sentido de la ley, se preocupan por amoldarla a su capricho. La misión de los profesores llamados a impartir a nombre del Estado la enseñanza del derecho es la de protestar, con mesura, sin duda, pero también con firmeza, contra toda innovación que tienda a sustituir con una voluntad extraña la del legislador. Lejos de nosotros está la intención de rechazar las ideas nuevas en vista de la novedad en sí misma. Pero tenemos el derecho y el deber de no admitirlas sino después de haberlas pasado por el crisol de la crítica y de

¹⁵ *Ibid.*, pág. 389.

¹⁶ Frase de Ihering, citada por Gény, ob. cit., n. 15, pág. 29.

¹⁷ Ob. cit., n. 48, pág. 131.

rechazarlas, no importa de dónde vengan, cuando, luego de maduro examen, las juzguemos contrarias a las sanas doctrinas. Toda la ley, tanto en su espíritu como en su letra, con una larga aplicación de sus principios y el más completo desarrollo de sus consecuencias, pero nada más que la ley: Tal ha sido la divisa de los profesores del Código Napoleón. . ."¹⁸

A juzgar por el texto que acabo de transcribir, parecería que es a la determinación de la voluntad real del legislador a donde se dirigen los esfuerzos de los exégetas. Pero, como dice Bonnecase,¹⁹ si admitimos esto, si lo admitimos en forma absoluta, no tendremos una visión completa y enteramente exacta del punto en cuestión. Los partidarios de la Escuela Exegética no exigen en toda circunstancia que la voluntad a desentrañar por la interpretación sea la voluntad *real* del legislador; y tienen para ello —continúa Bonnecase— fundados motivos, pues el legislador no siempre manifiesta una voluntad apropiada a la dificultad que afronta, o esa voluntad puede ser oscura e imposible de develar.²⁰ De esta manera los exégetas en general caen del plano de la búsqueda de la voluntad real al de la voluntad presunta. Taulier, por ejemplo, escribe: "Yo voy al descubrimiento de aquello que la ley ha querido ser, a fin de saber lo que ella es. Con la antorcha de que se sirve el legislador mismo es con lo que yo trato de penetrar en su voluntad escrita y de desnudar el sentido y el alcance más íntimos de esta última. así como se sorprende el secreto de una persona a través de su palabra, e inclusive de su silencio. Pongo al descubierto las cuestiones más graves que nacen de los textos: me esfuerzo por mostrar su verdadero origen y por situar el conflicto en su verdadero terreno. Me pregunto cómo se habría pronunciado el legislador mismo para ser consecuente con sus otras voliciones. . . Trato, así, de pasar de lo conocido a lo desconocido".²¹

Lo anterior conduce a la cuestión de cuáles son los elementos que pueden contribuir a determinar la voluntad presunta del legislador. La Escuela de la Exégesis ha visto en los precedentes históricos un punto de apoyo para la investigación de la voluntad presunta del legislador. Puesto que el autor de la ley no ha hablado expresamente, ello implica para dicha escuela que él ha querido estar a la solución anteriormente consagrada en la materia. Aubry y Rau dicen: "En la duda sobre la intención del legislador, es de presumirse que éste ha querido permanecer fiel a la legislación anterior. Sólo que hay que guardarse de acudir a los viejos principios que no se encuentran invocados, ni explícita ni implícitamente, en el Código Napoleón".²² Obsérvese cómo, con esta restricción, Aubry y Rau ponen en guardia contra los abusos de la interpretación historicista, los cuales se patentizan especialmente en el exagerado culto rendido a Pothier, por parte de varios adeptos de la Escuela.

Para la misma pareja de autores, la interpretación lógica puede ser declarativa, extensiva o restrictiva, según que tenga por objeto establecer el verdadero sentido de un texto oscuro o incompleto, o que se proponga ampliar-

¹⁸ Citado por Bonnecase, ob. cit., n. 48, págs. 133 y 134.

¹⁹ Ob. cit., n. 49, pág. 138.

²⁰ Empero, Laurent no admite esta posibilidad. Véase la nota aclaratoria de Bonnecase, ob. cit., n. 49, pág. 139.

²¹ Citado por Bonnecase, ob. cit., n. 49, pág. 139.

²² *Curso de derecho civil francés*. Imprenta y Librería General de Jurisprudencia. Marchal y Billard, Paris, 1869, 4a. ed., T. 1, n. 41, pág. 133.

lo o restringirlo. Y añaden que los principales procedimientos con cuyo auxilio se puede realizar esa interpretación son los siguientes: "1o. Conectar el texto en cuestión con otras disposiciones legales relativas a la misma materia o materias análogas; 2o. La investigación de los motivos y del fin de la ley (*ratio legis*), sea en los trabajos preparatorios que han precedido a la redacción del texto legal, sea en el derecho anterior; 3o. La apreciación de las consecuencias a que conduciría la aplicación de la ley, según que su alcance sea ampliado o restringido".²³ Tales procedimientos —continúan Aubry y Rau— no poseen el mismo valor ni producen resultados de igual certeza. El más seguro es el primero. Por lo que concierne al último, no hay que recurrir a él sino con gran reserva y sólo hay que considerarlo decisivo cuando lleve a rechazar una aplicación del precepto en la que se contenga una evidente injusticia, o bien cuando ella implique una contradicción flagrante, por parte del legislador.

También han de tomarse con mucha reserva los trabajos preparatorios, cuyo valor depende básicamente de la indole del procedimiento constitucional para la creación legislativa. No puede sentarse la regla de que son el comentario auténtico del código. "Si así fuera —escribe Laurent— tendríamos muy frecuentemente comentarios contradictorios. No hay más que leer los debates sobre una cuestión controvertida y se oirá a cada parte presentarse de la interpretación por analogía. Resumiendo las ideas que sobre tar a su favor la cuestión. Efectivamente, las discusiones, tales como las encontramos en los procesos verbales son muy confusas. Como no había estenógrafos para recogerlas, sucedía lo que sucede en las asambleas en que las palabras de los oradores son resumidas por los secretarios o los periodistas, que muy frecuentemente no contienen la discusión. De allí provienen esa vaguedad, esa incoherencia que desconciertan al lector y que ciertamente no están hechas para iluminarle".²⁴

También proponen los representantes de la Escuela Exegética que para determinar el sentido de los términos de la ley, hay que preferir la significación técnica a la vulgar de los mismos.

Mas el empleo de los recursos interpretativos antes expuestos resultan inoperantes frente a las situaciones que el legislador no pudo razonablemente prever. Sin embargo, la ley podrá todavía ofrecer soluciones, mediante el empleo, por parte del intérprete, de los procedimientos que brinda la lógica formal.*

Cuando un texto legal contiene una solución restrictiva, puede concluirse que los casos no comprendidos en ella son objeto de una solución contraria. Alúdese aquí al "argumento a contrario", mismo que se puede ilustrar con un ejemplo tomado de nuestro derecho. El artículo 8o. de la Constitución política federal mexicana dispone, refiriéndose al derecho de petición, que "en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República"; de donde se sigue, interpretando *a contrario* tal artículo, que los no ciudadanos —un extranjero, v. gr., o un menor— no pueden hacer uso en materia política de ese derecho.

Al anterior procedimiento de interpretación jurídica hay que añadir el sistema de la interpretación por analogía. Resumiendo las ideas que sobre

²³ *Ibid.*, n. 40, pág. 130.

²⁴ *Ob. cit.*, n. 275, pág. 394.

* Apenas si es necesario aclarar que no se trata aquí de la lógica formal a secas, sino de su aplicación al derecho.

el particular han desenvuelto los representantes de la Escuela Exegética, habla Géný del método que se practica mediante los argumentos *a pari*, a *majori ad minus* o a *minori ad majus*. Dichos argumentos, reunidos y combinados, forman el sistema extensivo de la analogía, cuyo eje es la fórmula *ubi eadem ratio, ibi idem jus*. Para el correcto funcionamiento del método en cuestión no basta la mera similitud de dos situaciones —una prevista y otra no prevista por la ley—; se necesita, además, que la razón que alienta en la ley exista también en la situación no prevista. "La identidad jurídica substancial": tal es, para el método exegético, el fundamento de la aplicación analógica. "Las diferentes formas lógicas en que ésta se realiza —agrega Géný— bien se traduzcan en una simple paridad de motivos (argumento *a pari* o de analogía propiamente dicha), bien en una mayor motivación (argumento *a minori ad majus*), o en una disminución de la solución legal (argumento *a majori ad minus*), no constituyen sino diferentes aplicaciones del mismo procedimiento científico, siempre presuponiendo el íntimo análisis de las disposiciones de la ley, con objeto de deducir el principio fundamental (*ratio juris*). Mediante ésta es posible la extensión, siempre que el precepto legal no revista carácter excepcional, anormal (*exceptio est strictissimae interpretationis*)".²⁵

Pregunta Géný si no se podrían encontrar, subsidiariamente, otras fuentes de derecho* como complemento de la ley, a lo cual responde afirmativamente. "Estas fuentes —dice— conocidas y practicadas en todo tiempo, estaban bien a la vista de nuestros intérpretes. Existía la costumbre. . . Y con el nombre de equidad, existía también algo superior a las fórmulas escritas o tradicionales. Un conjunto de principios immanentes, como a manera de la sustancia jurídica de la humanidad, conforme a la naturaleza y fin de ésta, que aunque en el fondo inmutables, plegábanse a las variedades de lugar y de tiempo".²⁶ Sobre este punto no coinciden todos los representantes de la Escuela. En lo concerniente a la costumbre, salvo contadas excepciones,²⁷ la gran mayoría de los comentaristas franceses le niegan la calidad de fuente jurídica directa.²⁸ Se la admite, desde luego, cuando la ley la tiene en cuenta; se reconoce que, además, puede auxiliar a la interpretación de la misma ley, coadyuvando, en algunos casos, a desentrañar la voluntad del legislador. Se acepta, en fin, la acción de la costumbre en determinadas materias, especialmente en la mercantil. Pero exceptuados esos casos, es casi completa la unanimidad en considerar que dentro de un Estado cuya Constitución deposita en manos del poder legislativo la manifestación de la voluntad general y regula detalladamente esa manifestación, no puede la costumbre poseer suficiente fuerza para crear derecho, ni supliendo a la ley ni derogándola en todo ni en parte.

²⁵ Ob. cit., n. 16, pág. 32.

* Kelsen opone cierto reparo a la expresión "fuente de derecho". Véase su *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, 2a. edición, Edit. Eudeba, B. Aires, 1960, págs. 150 y 151. Véase también su *Teoría general del derecho y del estado*, trad. de García Máynez, 2a. edición, U.N.A.M., México, 1958, págs. 155 y 156. Sin embargo, esa expresión hállase tan profundamente arraigada en toda la literatura jurídica, que resulta muy difícil, además de incómodo, prescindir de ella. En todo caso, la observación de Kelsen versa sobre una cuestión terminológica.

²⁶ *Ibid.*, n. 17, pág. 33.

²⁷ Por ejemplo, Ch. Boudant, citado por Géný, *Ibid.*, n. 18, pág. 34.

²⁸ Géný, ob. cit., n. 18, pág. 33.

Igual criterio mantienen los exégetas con relación a la equidad. Esto puede dar lugar a graves cuestiones. Supóngase que surge un conflicto no previsto por el autor de la ley, un conflicto para el que no ofrecen solución alguna las fórmulas legales existentes, ni aun apelando a toda la acción de la analogía. Es verdad que para la doctrina exegética un conflicto semejante es raro; empero, es posible. ¿Qué hace el intérprete en un caso así? ¿Qué hace el juez bajo un régimen como el del artículo 4o. del Código civil francés, donde no puede abstenerse de juzgar? ¿Qué hace si no puede recurrir a la costumbre ni a la equidad? Los más audaces exégetas "contestan que en semejante caso el juez debe rechazar la demanda. . . ya que no puede invocar apoyo ni directo ni indirecto en la ley positiva".²⁹ Eso ha sido, como hemos apuntado, lo que concluye Blondeau, cuyo criterio comparte Demolombe, aunque tal solución extrema no es aceptada por la mayoría de los juristas de la Escuela. "No sólo aquellos que dan a la costumbre su verdadero valor y la acompañan de la equidad, sino que entre los adversarios mismos del derecho no escrito, los más discretos admiten una equidad de orden elevado. . .",³⁰ si bien, a decir del mismo Géný, "no se hace esta concesión sin repugnancia y como una consecuencia inevitable que se intenta aminorar con la persuasión más o menos sincera de que la equidad se encuentra siempre, a lo menos en germen y por vía de inducción, en la ley misma".³¹

En lo que sigue ofreceré un resumen de la crítica de Géný a la Escuela de la Exégesis, resumen que, en tanto que tal, no contendrá sino los puntos medulares de dicha crítica.

2

RESUMEN DE LA CRITICA DE GENY A LA ESCUELA EXEGETICA

Comienza Géný por declarar que reconoce que el método tradicional presenta serias ventajas, pues "este sistema de axiomas y consecuencias lógicas, encadenados unos a otros alrededor del sólido apoyo de textos legales puede dar apariencias. . . de una solidez y fijeza de doctrina que garantiza a las relaciones jurídicas la indispensable seguridad".³² Pero añade: "A cambio de estos méritos innegables, acaso más aparentes que reales, ¿no aparecen. . . los vicios que condenan a primera vista la exageración de sus principios".³³

Se le ha reprochado al método tradicional, como vicio básico, el de que paraliza al derecho y obstruye el desarrollo de las ideas nuevas. De aceptarse las pretensiones de dicho método, todo problema jurídico ha de resolverse mediante las soluciones propuestas por el legislador.

Afirma Géný que el anterior vicio se agrava con la siguiente derivación: bajo la apariencia de mantenerse fiel a la ley, se da lugar al subjetivismo más

²⁹ *Ibid.*, n. 19, pág. 35.

³⁰ *Ibid.*, pág. 36.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, n. 32, pág. 60.

³³ *Ibid.*, n. 33, pág. 62.

caprichoso. Así, cuando se busca en la ley un criterio que el autor de ella no ha manifestado ni concebido, el intérprete propende a sustituir con sus ideas propias las que no encuentra.

El método tradicional, en suma, gira alrededor de los dos siguientes criterios fundamentales, que constituyen, para Gény,³⁴ otros tantos errores básicos:

1o. Bajo una legislación (civil) codificada, toda solución jurídica debe estar ligada directa o indirectamente a la ley;

2o. La adopción de los criterios de decisión proporcionados por los textos sólo se puede realizar mediante una lógica rígida, la cual procede de modo esencialmente deductivo, a partir de un número fijo de conceptos considerados como imposiciones que rigen *a priori* la actividad legislativa.

Lo primero implica la pretensión de que el legislador ha podido dar respuesta a todos los problemas de la vida jurídica. El intérprete, según eso, debe buscar a toda costa en la legislación el remedio a todos los conflictos jurídicos, ya sea en una ley aislada, o si es necesario, tomando como pauta la intención que se deduce de la codificación en conjunto.

Semejante pretensión sintióse respaldada por el prestigio de Montesquieu, en cuya obra *El espíritu de la leyes*, se lee: "Cuanto más se acerca un gobierno a la república, tanta mayor fijeza adquiere la facultad de juzgar. . . En el gobierno republicano, es propio de la naturaleza de la Constitución que los jueces se ajusten a la letra de la ley".³⁵

Ahora bien, contra el aludido primer error del método tradicional, desarrolla Gény una argumentación en el sentido de que es quimérico pretender que el legislador puede preverlo todo. Creo que el pasaje en donde Gény presenta con más concisión esa crítica es el que a continuación transcribo: "Por sutil que se suponga el espíritu del hombre, es incapaz de alcanzar por completo la síntesis del mundo en que vive. Y esta irremediable deficiencia nótase particularmente en el orden jurídico, que para apreciarlo en su totalidad supondría el conocimiento previo de todas las relaciones que puedan entablar los hombres, de todos los conflictos de aspiraciones e intereses. Aun cuando imagináramos. . . un legislador suficientemente perspicaz para penetrar con una amplia y profunda ojeada la totalidad del orden jurídico de su época, hay que reconocer que no podría prever para regularlas, de antemano, todas las relaciones futuras".³⁶

Y si la legislación no puede, ella sola, englobar por entero al mundo jurídico, entonces —concluye Gény— se impone el rechazo de la primera premisa capital del método exegético: la de que toda solución jurídica concreta debe tener su fundamento, cuando menos virtualmente, en la ley.³⁷

Respecto al segundo de los vicios de dicho método, la crítica de Gény no va dirigida contra el empleo de las nociones lógicas dentro del derecho, sino contra el abuso de ellas y contra el carácter que la Escuela Exegética les atribuye. Dice: "El abuso que señalo respecto de los procedimientos lógicos del método tradicional. . . consiste en *considerar DOTADAS DE REALIDAD OBJETIVA PERMANENTE, CONCEPCIONES IDEALES DE*

³⁴ *Ibid.*, n. 34, pág. 64.

³⁵ Trad. de Siro García del Mazo, Edit. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, tomo I, pág. 116.

³⁶ *Ibid.*, n. 57, pág. 115.

³⁷ *Ibid.*, n. 59, pág. 119.

INDOLE PROVISIONAL Y PURAMENTE SUBJETIVA. Y esta falsa manera de ver... conduce al abuso de hacer residir A PRIORI todo el sistema de derecho positivo en un número limitado de CATEGORIAS LOGICAS predeterminadas por esencia, inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles, impropias por tanto, de acomodarse a las mudables y varias exigencias de la vida".³⁸

De entre los ejemplos puestos por Gény para mostrar el abuso logicista que impugna, me limitaré a presentar uno.

A partir de que todo derecho implica un sujeto, se ha fraguado una concepción que presenta como objetivamente necesario, como *a priori*, el principio según el cual "todo derecho exige, como inexcusable condición de su existencia, una persona actualmente existente. Y de ahí, con lógica rigurosa se obtienen, entre otras deducciones, las siguientes: 1a. Que no puede reconocerse un derecho en pro de una persona física que a lo menos no esté concebida al nacer este derecho; 2a. Que a falta de un ser humano en quien fundarse, los derechos privados no se conciben sino a favor de entidades abstractas, ficticiamente asimiladas a las personas, erigidas, como acostumbramos decir, en personas jurídicas, mediante un proceso artificial de la legislación positiva".³⁹

Para el efecto de ilustrar la crítica de Gény sobre el punto en cuestión, bastará con referirme a la primera consecuencia que arroja el principio del ejemplo.

Este carece —dice—⁴⁰ de la validez absoluta que se le ha atribuido. Es cierto que por lo general la jurisprudencia no confiere un derecho sino a un ser humano que ya existe, o por lo menos ha sido concebido en el momento del otorgamiento del derecho; y es que ordinariamente el interés del beneficiado no requiere ir más allá. Pero también es cierto que la situación de un ser humano futuro puede recibir la protección del derecho, sin que una construcción doctrinal jurídica pueda impedirlo. "La misma ley reconoce la existencia de una protección de esa índole, admitiendo en las sustituciones y en las donaciones con ocasión de matrimonio, las liberalidades en favor de los hijos por nacer, así como en el caso de la privación de la patria potestad, permite al juez que provea a la protección de los hijos no nacidos ni concebidos todavía".⁴¹ (Aquí cita Gény varias disposiciones del derecho civil de su país.) Contra la posible objeción de que se trata de meras excepciones al principio, Gény arguye que entonces el principio no posee el rigor lógico que se le atribuye. "Y todavía —añade— hay más: a falta de disposiciones expresas, nada debería impedir a nuestros intérpretes volver a tomar el camino de nuestras antiguas tradiciones... y admitir la creación de ventajas jurídicas en favor de personas futuras, mediante el contrato en favor de terceros; cosa que, por ejemplo, permitiría dar validez indiscutible al seguro sobre la vida en provecho de los no nacidos".⁴²

Lo que en el punto de que me ocupo reprocha Gény al método exegético es que abstrae de la realidad ciertas relaciones jurídicas, para encerrarlas luego en los moldes de una construcción especulativa. Así resultan unas

³⁸ *Ibid.*, n. 61, pág. 127. Los cursivos son de Gény.

³⁹ *Ibid.*, n. 65, págs. 133 y 134.

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 134 y 135.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 135.

⁴² *Ibid.*

entidades aisladas de los hechos, las cuales se desenvuelven dentro de la más pura abstracción. La pretendida lógica de esas entidades no consiste más que en el desarrollo autónomo de la concepción *a priori* que sirvió para formarlas. "Y mientras que las construcciones así formadas deberían permanecer subjetivas, nos las presentan como dotadas de realidad objetiva y necesaria, lo que falsea completamente los resultados del procedimiento".⁴³

¿Habrá que limitarse a considerar que las construcciones jurídicas ideales poseen sólo un carácter teórico y didáctico? Esto es lo que han dicho algunos autores. Gény no lo cree así. Considera que aquéllas, independientemente de su función en la esfera teórica, pueden cooperar a la evolución de la práctica jurídica. Sostiene que pueden ser algo así como ideas motrices, capaces de influir en la acción concreta de las instituciones; que así entendidas, merecen conservar un sitio en el método interpretativo jurídico. Pero para que se mantengan dentro de sus correspondientes límites, hay que limitarse a ver en ellas "meras hipótesis, siempre influidas por los hechos... dispuestas a plegarse y transformarse ante las exigencias de la vida, y en caso necesario, también a ceder sin resistencia al fin práctico que las contradiga".⁴⁴

En íntima conexión con lo anterior, formula Gény contra el método exegético el cargo de haber ocasionado el estancamiento del derecho. Temíase revisar nociones a las que se consideraba impuestas *a priori* por una necesidad inmanente a ellas. Para ilustrar este último aspecto de su crítica, pone Gény varios ejemplos, de entre los cuales también en este caso basta con que me limite a considerar uno.⁴⁵ Comentando una tesis doctoral sobre la institución del seguro de vida, señala cómo hace acto de presencia, a propósito de esa institución, el ideal de la escuela exegética, o sea la pretensión de que toda situación jurídica debe pertenecer a una categoría con características precisas. En la mencionada tesis se exponen las teorías a la sazón principales para explicar la índole jurídica del seguro de vida en provecho de terceros, de las cuales, una lo quiere asimilar a la estipulación en favor de tercero, mientras que otra lo presenta como una gestión de negocios. Según el autor de dicho trabajo, las dos teorías, combinadas con una tercera a la que no es necesario referirme, configuran el régimen de la institución de que se trata, pero para ello —observa Gény— hay que someterla a un como lecho de Procasto, que la deforma: esto es lo que, en suma, quiere decir Gény en el último de los reproches que dirige a los juristas de la Escuela Exegética. Quiere decir, en efecto, que estiran o mutilan las instituciones nuevas a efecto de hacerlas dar, *a fortiori*, la medida de las antiguas. Por cierto que el estudiante de Jurisprudencia está familiarizado con el espectáculo de ese vicio, tan arraigado entre los civilistas. ¿No se ha dado el caso, v. gr., de que se ha querido ver en la expropiación por causa de utilidad pública una "compraventa forzosa"? Pero me apresuro a declarar, a propósito de la observación por mi parte hecha, que en esto, como en todo, hay honrosas y respetables excepciones.

⁴³ *Ibid.*, n. 68, pág. 143.

⁴⁴ *Ibid.*, n. 68, pág. 145.

⁴⁵ *Ibid.*, n. 73, págs. 160 y s.s.

C A P I T U L O I I

LA INTERPRETACION JURIDICA Y LA LIBRE INVESTIGACION CIENTIFICA, SEGUN GENY

1

LA INTERPRETACION DE LAS FUENTES JURIDICAS FORMALES

A. LA LEY

Parte Gény de la idea de que interpretar la ley consiste en determinar la voluntad del legislador, en lo cual coincide fundamentalmente con los juristas de la Escuela Exegética. En efecto, compara la interpretación de un texto legal con la de un acto jurídico, y dice que así como la voluntad que crea a éste es el alma del mismo, así la voluntad del legislador es el alma de la ley, de donde concluye que la averiguación de esa voluntad ha de ser el blanco esencial de toda interpretación propiamente dicha de la norma legal.¹ Afirma también que interpretar la ley es inquirir el contenido de la misma con el auxilio de la fórmula que lo expresa. "*Y en tanto que se permanece en la esfera de la interpretación propiamente dicha de la ley, esta investigación debe hacerse sin prejuicios, ni sobre la perfección más o menos ideal de la norma que se va a descubrir, ni sobre su adaptación más o menos completa al medio social en el cual debe aplicarse*". Esto no significa que el intérprete de la ley deba excluir esos elementos, "pero sí afirmo —continúa Gény— que *aquí* no puede ni debe servirse de ellos más que para aclarar... la voluntad del legislador, no para rectificar esa voluntad".²

Acaso se piense que con lo anterior, Gény no hace sino retroceder al sistema por él mismo combatido. Defendiéndose de tal posible reproche, dice que si se parte de la idea según la cual la ley basta para todas las soluciones jurídicas, es lógico buscar en el texto legal más de lo que allí puso el legislador. Pero "yo mantengo —añade— que la ley no es más que uno de los

¹ *Ibid.*, n. 98, pág. 258.

² *Ibid.*, n. 98, pág. 257. Los cursivos son de Gény.

numerosos elementos de la interpretación jurídica. Insuficiente para satisfacer por sí misma todas las exigencias de las relaciones humanas... admite a su lado otras fuentes formales del derecho positivo, quedando en defecto de ellas, libre espacio todavía a la investigación científica. De modo que al limitar, por una estricta interpretación, el alcance de las decisiones legales, preparo el camino a otras fuentes más dúctiles".³

Se suscita la cuestión de en qué momento ha de situarse el intérprete para realizar su tarea. Antes de proseguir, séame permitido hacer una breve referencia a la Escuela Histórica del Derecho.

Es sabido que para Savigny y Puchta el derecho positivo tiene su raíz en la conciencia popular. El primero, en efecto, dice en su trabajo *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, que "el derecho vive —al igual que la lengua— en la conciencia popular".⁴ Y también: "En todas las naciones cuya historia no ofrece duda, vemos al derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su Constitución política. Todas estas diferentes manifestaciones no tienen, en verdad, una existencia aparte, sino que son otras tantas fuerzas y actividades del pueblo, y que sólo aparentemente se revelan a nuestra observación como elementos separados. Lo que forma un solo todo es la universal conciencia del pueblo, el sentimiento uniforme de necesidades íntimas, que excluye toda idea de un origen meramente accidental y arbitrario".⁵ La misma idea es también sustentada por Savigny en su *Tratado de derecho romano*. En efecto se lee allí que "si se busca cuál es el sujeto en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, se encuentra que ese sujeto es el pueblo. El derecho vive en la común conciencia popular".⁶

La ley "es la expresión de derecho popular", vale decir, es una manifestación de la conciencia popular. Pero, según Savigny, "hay una necesaria desproporción entre el texto legal y la institución jurídica, pues la naturaleza orgánica (de ésta) no puede ser apresada por una regla abstracta", y señala como tarea del intérprete la de "recomponer el conjunto orgánico, del cual la ley no muestra sino una sola fase".⁷

Interesaba presentar las anteriores ideas de la Escuela Histórica por las consecuencias que comportan en relación con la interpretación legislativa. Así, si la voluntad del legislador, tal como se desprende del texto, pugna con lo que se considera el estado del espíritu popular, la Escuela Histórica sostiene que se debe optar por este último. Mas tal opción —teniendo presente que al propio tiempo el texto, por su parte, exige ser respetado— implica un conflicto que algunos tratadistas, sucesores de Savigny*, han intentado resolver del modo que paso a exponer. Después de formulado, el texto legal se emancipa del legislador para desarrollar una vida autónoma. Hay que ver en la ley una entidad independiente, que evoluciona por sí misma, acomodándose a los cambios sociales: esto justifica —según dichos

³ *Ibid.*, pág. 259.

⁴ Trad. de A. Posada, Edit. La España moderna, Madrid, pág. 24.

⁵ *Ibid.*, pág. 23.

⁶ Trad. francesa de M. CH. Guenoux, Librería de Fermin Didot Hnos., París, 1855, t. I, n. 7, pág. 14.

⁷ *Ibid.*, n. XIII, pág. 42.

* Por ejemplo, K. Binding, citado por Gény, ob. cit., n. 97, pág. 250.

tratadistas— que el intérprete violente el texto para obtener algo muy distinto de lo que el legislador ha querido.

Veamos ahora lo que concluye Gény sobre el punto en cuestión: "Bástame consignar —dice— que tratándose exclusivamente de la interpretación de la ley escrita en sí misma, que ésta, para lograr su fin esencial, para conservar toda la fijeza necesaria a sus efectos, debe depender del momento de su origen en todas sus partes".⁸

El estado social del momento de la intervención judicial no debe influir en la interpretación del texto legal, sino cuando éste contiene una noción cambiante por su misma índole, como, v. gr., la de orden público. En casos como éste, empero, el legislador mismo reconoce el carácter mudable de tal noción y deja al intérprete la ponderación de ella. Agrega Gény: "Aun cuando rechace en principio la idea de que la interpretación de la ley debe variar con el tiempo de su aplicación, creo poder hacerle una concesión, o más bien, llego a darle en la justa medida una satisfacción, al analizar a fondo el concepto propiamente jurídico de la ley. Supone ésta, necesariamente, ciertas relaciones sociales, ciertas circunstancias económicas... Supongamos que estas condiciones, expresas o tácitas, de la disposición legal desaparecen o se transforman hasta el punto de perder toda importancia. La prescripción a ella subordinada se modificará por sí misma y cesará de imponerse al intérprete tal cual fue formulada primitivamente".⁹

Refiriéndose a la distinción entre las llamadas interpretación gramatical e interpretación lógica, declara Gény que esa distinción es pueril; que ambas se complementan, pues la gramatical tiene que ser lógica, y ésta, a su vez, ha de partir del análisis de los textos. También considera que peca de ingenuidad el proponer al intérprete la elección entre *la letra* de la ley y el *espíritu* de la misma. Ante un acto de voluntad como lo es la ley, de lo que se trata es de conocer esa voluntad, "pero *la letra* interviene como manifestación auténtica y solemne del *espíritu*..."¹⁰ La única distinción que le parece útil es la que debe hacerse entre la interpretación conforme a la fórmula del texto y la que resulta de datos extrínsecos a ella.

Coincide Gény con la Escuela Exegética en que ante todo es a la fórmula legal a la que hay que pedir la revelación de la voluntad legislativa. Y evocando una idea que ya hemos visto afirmada por Laurent, dice que hay que partir del supuesto de que el legislador ha elegido reflexiva y deliberadamente sus palabras, por lo cual es a éstas a donde procede dirigirse en primer lugar.

Se discute la cuestión de si la fuerza obligatoria de la ley alcanza también a las concepciones jurídicas que han inspirado al legislador, pero sin revestir propiamente la forma de la ley. Basta decir que a esta cuestión Gény responde afirmativamente.

Sucede que establecida una ley mediante una fórmula general, el legislador con frecuencia no se ha representado más que ciertas aplicaciones concretas; pero "sería abuso de las ideas expuestas anteriormente * el que se pretendiera restringir la aplicación del texto a las mismas hipótesis que el

⁸ Ob. cit., n. 99, pág. 263.

⁹ *Ibid.*, pág. 265.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 267. Los cursivos son de Gény.

* *Loc. cit.*, en la ref. 2 de este capítulo.

autor tuvo o pudo tener en cuenta. Su voluntad no ha sido menos general, según el alcance que ha dado a la fórmula legal; y no debe dudarse de incluir en una disposición todo cuanto ésta lleva consigo".¹¹

Gény repite lo que los juristas de la Escuela Exegética dicen sobre la llamada interpretación sistemática; y repite, además, las reglas de dicha escuela sobre el recurso a datos extrínsecos a la ley para determinar el sentido de ésta.¹² Refiriéndose en particular a la historia como instrumento auxiliar de la interpretación jurídica, dice que cuando se da intervención a la historia para esclarecer el significado de un texto legal, lo que ha de buscarse no es la pura verdad histórica, "sino únicamente el estado de espíritu histórico del legislador, en la medida en que ha determinado su voluntad soberana".¹³

Repite Gény las ideas de la Escuela de la Exégesis referentes al uso de los trabajos preparatorios dentro de la interpretación legislativa. Y repitiendo en particular a Laurent y a Aubry y Rau, afirma que dichos trabajos han de tomarse con mucha reserva, que "deben acogerse como ilustraciones autorizadas del texto... en tanto únicamente que las ideas se hayan expuesto sin notable contradicción...".¹⁴ También repite los conceptos de Aubry y Rau sobre la interpretación extensiva y sobre la restrictiva, así como lo dicho por la misma pareja de autores sobre el argumento *a contrario*.¹⁵ Y concluye: "Otras veces, por último, las circunstancias externas a la fórmula legal pueden demostrar que ésta no responde verdaderamente al pensamiento del legislador, y producirá una modificación del texto, la cual sólo con gran circunspección debe admitirse, aun cuando se justifique por responder al fin propio de la ley...".¹⁶

Los anteriores procedimientos tienen aplicación mientras se trata de la interpretación propiamente dicha de la ley, pero resultan inadecuados cuando se tiende a suplir la voluntad del legislador. Según esto, hay que excluir del campo de la interpretación legislativa propiamente dicha toda labor orientada al establecimiento, no de lo que el legislador ha querido, sino de lo que hubiese resuelto, en la suposición de haberse planteado el caso concreto de que se trate. "Con menos razón aún —asevera Gény— puedo admitir como tal interpretación de la ley, esa actividad recomendada por Winscheid, que consiste en inquirir tras de lo que el legislador ha dispuesto, lo que hubiera debido racionalmente querer...".¹⁷ Siguese de aquí que el procedimiento analógico jurídico cae fuera de la órbita de la interpretación legislativa y que ha de ser sometido a reglas metodológicas diferentes.* En su oportunidad veremos el lugar relevante que Gény le asigna a la analogía dentro de la por él llamada "libre investigación científica".

¹¹ Ob. cit., n. 101, pág. 274.

¹² *Ibid.*, n. 102, págs. 276 y s.s.

¹³ *Ibid.*, n. 103, pág. 281. El cursivo es de Gény.

¹⁴ *Ibid.*, n. 104, pág. 286.

¹⁵ *Ibid.*, n. 104, págs. 289 y s.s.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 291.

¹⁷ *Ibid.*, n. 106, pág. 293. Los cursivos son de Gény.

* En la doctrina alemana existían ya ciertos antecedentes de esta distinción de Gény. Véanse las explicaciones de éste al respecto, en su citada obra, págs. 301 y s.s.

B. LA COSTUMBRE

Recoge Gény el concepto tradicional de la costumbre, según el cual ésta contiene dos elementos, expresados en la fórmula: *inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitatis*. El primero de dichos elementos consiste en la práctica prolongadamente repetida de cierto comportamiento; el segundo, en la convicción de que esa práctica es obligatoria.

Ya se ha señalado la actitud que, en general, adopta la Escuela Exegética frente a la costumbre como hecho creador de derecho. Rastreando los antecedentes de esa actitud, se refiere Gény a la idea de los romanistas, según la cual mientras mediante la ley el pueblo manifiesta de modo expreso su voluntad, la manifiesta también, aunque calladamente, a través de la costumbre. Tal idea vino a repercutir, con todas sus consecuencias, en la doctrina tradicional francesa. Reproducida por los glosadores bajo un régimen monárquico absolutista, condujo a no admitir más costumbres que las aprobadas por el monarca, a la sazón único titular de la función legislativa. Y mientras que desde el siglo XVI, principalmente sirvió para hacer que prevaleciera el derecho romano, considerado como derecho escrito, sobre los derechos consuetudinarios locales, en las postrimerias del XVIII vino aquella idea a enlazarse con el criterio entonces imperante acerca de la omnipotencia legislativa y el dominio absoluto de la ley. Pues bien, de esa corriente doctrinal brotaron las modernas codificaciones —la francesa y las que imitan a ésta—. * De ahí que en ella se asigne tan escasa significación al derecho consuetudinario; y de ahí también la actitud que ante el mismo asumen la mayoría de los comentaristas del Código Napoleón. Así, el argumento en pro de semejante actitud es el de que en un sistema constitucional la manifestación de la voluntad general se encuentra encomendada, bajo ciertas condiciones, al poder legislativo, en lugar de estar librada a la comunidad, por lo cual no puede ésta crear normas que excluyan a la ley. Tal argumento implica, ante todo, que no se puede justificar la fuerza obligatoria de las costumbres jurídicas más que considerándolas como leyes tácitamente consentidas.

En cambio la doctrina alemana ha exaltado la función que la costumbre desempeña en el proceso de la creación jurídica. En efecto, para la Escuela Histórica, como ya se ha señalado, el derecho positivo tiene su base en la conciencia popular. Y entre los hechos a través de los cuales se manifiesta dicha conciencia popular figuran los usos y las costumbres.¹⁸ Unos y otras son la revelación inmediata y espontánea del espíritu jurídico del pueblo.

Aunque sin admitir la tesis central que respecto al origen del derecho sostiene la Escuela Histórica, Gény le reconoce a ésta el mérito de haber promovido los estudios sobre el derecho consuetudinario. Afirma que ya es un paso de progreso el haber destacado el papel histórico de la costumbre en la gestación del derecho privado positivo, para inferir de allí la necesidad de reconocerla como fuente jurídica formal. Pero —continúa Gény— por digno de consideración que sea ese argumento, desde el punto de vista empírico,

* Como la nuestra, especialmente en el punto de que me ocupo. En efecto, recuérdese lo dispuesto por el art. 10 del C. civil para el D. y T. F. de 1928: "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario"; artículo este textualmente idéntico al 9o, del Código de 1870 y al del mismo número del Código de 1884.

¹⁸ *Tratado de derecho romano*, loc. cit. También en el n. XII, pág. 33.

resulta insuficiente, hoy que la acción del derecho consuetudinario ha disminuido tanto; de donde se sigue que hay que ahondar en el carácter de la costumbre "y demostrar que ella responde a una verdadera y permanente necesidad social".¹⁹

Defendiendo los títulos del derecho consuetudinario, argumenta Géný que, por una parte, la seguridad y estabilidad de los intereses privados reclaman que una regla acreditada por una larga práctica se imponga con la fuerza obligatoria de la normación jurídica. "Por otra parte, este resultado es eco de un sentimiento profundo de la naturaleza humana, que rodea de temeroso respeto las costumbres de los antepasados y rehúye cambiarlas. Finalmente... suponiendo la costumbre el asentimiento de los interesados... ese reconocimiento general, ese sometimiento voluntario, constituye un síntoma decisivo del valor intrínseco de la regla, y la mayor garantía del equilibrio entre los intereses de que trata".²⁰ Poco más adelante sigue diciendo el mismo autor que si bien las anteriores consideraciones son de índole general y se imponen a todo ordenamiento jurídico, su fuerza varía en relación con las circunstancias sociales, sobre todo, con el desarrollo de la legislación.

En última instancia, la ley "es manifiestamente impotente para apreciar los infinitos matices de la vida y regular en detalle las consecuencias que lleva consigo. Por consiguiente, a lo menos para remediar esta impotencia, para colmar las lagunas de la ley... la costumbre conserva su necesaria misión..."²¹ Trátase aquí de la costumbre *praeter legem*. Así entendida la costumbre jurídica, hay que admitir su aplicabilidad sin vacilación alguna. La dificultad surge "cuando se trata de una costumbre visiblemente contraria a las disposiciones del derecho escrito en vigor (*contra legem*), bien tienda a sustituirlo (*consuetudo abrogatoria*), bien se dirija simplemente a anularlo por un desuso de sus disposiciones (*desuetudo*). Mantener aquí el principio de que la costumbre equivale a la ley, implica la decisión de que entre el derecho consuetudinario y el derecho escrito (*hoc sensu*), sancionadores de reglas contradictorias, debe sobreponerse necesariamente la fuente *más reciente como tal*, y que lo mismo que una ley posterior excluye a la costumbre *más antigua* que la contradice... de igual modo la costumbre más reciente derogará a la ley anterior".²²

Tal principio es motivo de gran desconcierto entre los autores, pues si por una parte responde a la necesidad de rechazar toda legislación aniquilada por la acción irresistible del uso, por otra, entra en conflicto con la no menos imperiosa exigencia del respeto a la ley. Esta exigencia, ¿no se ve gravemente amenazada por una práctica rebelde a las normas legales? Y ¿no hay una especie de contrasentido social en dejar que prevalezca, sobre la autoridad reflexiva y regular de la ley, el imperio inconsciente e inorganizado de la costumbre?

Después de ponderar el pro y el contra de las anteriores consideraciones, se concluye que para solucionar el problema planteado se requiere consultar los hechos, examinando el valor de la ley y la costumbre en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico. Muy juiciosamente asevera Géný que

¹⁹ Ob. cit., n. 116, pág. 336.

²⁰ *Ibid.*, n. 116, pág. 337.

²¹ *Ibid.*, pág. 341.

²² *Ibid.*, n. 125, pág. 384. El cursivo es de Géný.

sobre el particular pueden darse soluciones diversas, según las circunstancias de la sociedad de que se trate.

Dentro del reducido marco de un trabajo como el presente, no hay espacio para ocuparme de las eruditas investigaciones de Géný sobre el tema de la concurrencia de la ley y la costumbre jurídica, por lo que me limitaré a presentar el planteamiento que hace y la conclusión a que llega.

Ninguna objeción sería —dice— puede suscitar la admisión de la costumbre contraria a la ley, cuando ésta simplemente complementa o suple la intención de las partes y tolera ser derogada si se invoca el uso contrario. En cambio, niega Géný la validez de "las costumbres contrarias, bien a la moral universal, bien a las bases esenciales de nuestra civilización".²³ Pero aparte de las leyes susceptibles de exclusión por las partes en el contrato, "hay otras que establecen un precepto reputado por el legislador como necesario o útil, independientemente de todo principio de orden verdaderamente fundamental. Pues bien: en el supuesto no uso de semejantes leyes, o de un uso contrario a sus disposiciones... es donde se halla el punto preciso y verdaderamente delicado de la cuestión".²⁴

Después de un prolijo y sutil examen —del cual no necesito ocuparme— tendiente a indagar si hay en la legislación francesa un criterio sobre el punto debatido, dice Géný que "en Francia la cuestión no ha sido objeto de resolución alguna que pueda imponerse al intérprete, de donde resulta que podemos resolverla en el terreno... de la libre investigación científica".²⁵

Insiste Géný en que esa solución depende del análisis del orden social respectivo, por lo cual no puede ser absoluta, y en conclusión sostiene que en las condiciones culturales de la actualidad, conviene rechazar —con la excepción indicada— la costumbre adversa a la ley.²⁶ Esto es reiterado más adelante por el mismo jurista: "Mantendré... la preeminencia del derecho escrito sobre el consuetudinario, aunque admitiendo la fuerza obligatoria de toda costumbre constituida a la par de la ley y para suplirla (*praeter legem*), mientras rechazaré, por lo contrario, la que tienda a oponerse (*contra legem*), bien sea para eliminarla, fomentando su olvido (desuso), bien sea contradiciéndola, para modificar sus disposiciones formales (costumbre abrogatoria)".²⁷

C. AUTORIDAD Y TRADICION

Con el nombre de "autoridad" designa Géný conjuntamente a la jurisprudencia y la doctrina, y agrega que cuando la autoridad se presenta con el sello de la antigüedad, que le da el prestigio y el carácter venerable de un origen remoto, constituye una "tradición".²⁸

²³ *Ibid.*, n. 128, pág. 395.

²⁴ *Ibid.*, n. 128, pág. 396.

²⁵ *Ibid.*, pág. 400.

²⁶ *Ibid.*, n. 129, pág. 402.

²⁷ *Ibid.*, pág. 409. No obstante que aquí y en otro pasaje antes transcrito de su obra (cita 21) Géný presenta como válida la distinción entre la *consuetudo abrogatoria* y la *desuetudo*, también la rechaza y dice —siguiendo a Savigny— que ambas son aspectos de un mismo problema (n. 129, pág. 401). Se contradice, pues, Géný.

²⁸ *Ibid.*, n. 138, pág. 444.

Como en el presente capítulo todavía he de ocuparme de la llamada "libre investigación científica", me limitaré a ofrecer el resultado a que llega Géný en su estudio sobre la autoridad y la tradición; en la inteligencia de que ese estudio versa principalmente sobre el derecho francés * y, en forma accesoria, sobre el alemán. **

Tal resultado es el siguiente: "La autoridad y la tradición no constituyen al lado de la ley y de la costumbre, una fuente formal independiente y *sui generis*, de derecho privado positivo".²⁹

Según Géný, la autoridad y la tradición —ahí donde las niega el mencionado carácter— pueden, sin embargo, obrar como instrumentos auxiliares de la actividad judicial, sirviendo de inspiración al juzgador y orientando las decisiones de éste.³⁰

2

LA LIBRE INVESTIGACION CIENTIFICA

A. EL IUSNATURALISMO DE GENY

Bajo el signo del iusnaturalismo, propone Géný como primer expediente de "la libre investigación científica", el recurso a "la naturaleza de las cosas". "Yo considero —dice— como *a priori* incontestable, que los más firmes y más seguros preceptos del derecho son los que se desprenden directamente de la naturaleza de las cosas".³¹

Al ocuparme de la concepción iusnaturalista de Géný, véome adentrado de lleno en el escabroso terreno de la filosofía jurídica. Sirva a ello de excusa que en una exposición del método propuesto por Géný, el iusnaturalismo de este autor —como se verá por lo que sigue— es un punto que no se puede esquivar.

Habla Géný de "una escuela poderosa que se constituyó desde el siglo XVII y definitivamente se afirmó en el XVIII, en el sentido de un dominio completo y absoluto de las puras especulaciones racionales sobre toda la esfera del derecho positivo".³² Alúdese aquí a la Escuela Clásica del De-

* Para precisar, Géný designa con el nombre de "tradición" al conjunto de las autoridades (jurisprudenciales y doctrinarias) anteriores a los códigos franceses; mientras que cuando habla de autoridades modernas, alude a la jurisprudencia y la doctrina acumuladas después de aquellos (Véanse n. 140, pág. 455 y 145, pág. 474).

** En cuanto a este otro, Géný refiere su conclusión al derecho que se anuncia en la preparación del Código civil alemán de 1900 (primer proyecto y exposición de motivos, especialmente). (Véase n. 154, pág. 518).

²⁹ *Ibid.*, n. 154, pág. 519. Como no podía menos de ser, Géný admite el importantísimo papel que han tenido la jurisprudencia y la doctrina, como fuentes jurídicas formales, en el *common law* y en el derecho romano clásico, respectivamente. (Respecto a la segunda recuérdese la institución del *ius publice respondendi*). Por lo que concierne a la tradición, como ejemplo notable de un derecho basado en ella, Géný pone el del derecho musulmán (pág. 456. Véase la nota).

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, n. 158, pág. 532.

³² *Ibid.*, n. 160, pág. 540. Dentro de ella los historiadores de la filosofía jurídica mencionan a los siguientes autores: Hugo Grocio (1583-1645), Thomas Hobbes (1588-1679), Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1655-1728) y Christian Wolff (1679-1754). Los tres últimos figuran dentro del movimiento que en Alemania se llamó *Aufklärung*.

recho Natural, según la cual es posible encontrar en la razón humana las leyes de nuestra naturaleza —tanto los principios generales como los menores detalles de ellas—. Bajo esa persuasión, dicha Escuela pretendió construir, con las solas fuerzas de la razón —*ex sola ratione*—, un sistema completo de derecho absoluto, válido para todos los tiempos y lugares, formulable en un Código capaz de atesorar la clave para la regulación absolutamente justa y acertada de las relaciones sociales, hasta en los pormenores de éstas.

Una reacción vigorosa contra tal doctrina se produjo por parte de la Escuela Histórica. En efecto, Savigny menciona, rechazándolas resueltamente, las pretensiones de la Escuela Iusnaturalista Clásica;³³ aunque —a decir de Gény—³⁴ el célebre romanista hace concesiones a la idea de un derecho emanado de la pura razón.

Gény, por su parte, también rechaza la doctrina clásica del derecho natural. "Esta doctrina —dice— no se podía sostener en la forma absoluta que había tomado",³⁵ es decir, resulta insostenible la pretensión de confeccionar un sistema de derecho natural cuyos principios abstractos sirviesen de recetas para las dificultades más minuciosas de la vida social. "Los hechos mismos se han encargado de refutar tan manifiesta utopía, que menospreciaba las más claras enseñanzas de la historia y contradecía la posición incesantemente variable de las relaciones entre los hombres".³⁶

Pero si Gény rechaza la concepción del derecho natural sustentada por la Escuela Clásica, ello no implica que niegue la existencia misma del derecho natural; muy por lo contrario, lo afirma apasionadamente. Después del último texto suyo que he transcrito, declara que pasar al extremo opuesto —al de la negación de todo derecho natural— "y no admitir más reglas que las dependientes de la variedad misma de esas relaciones ¿no es sacrificar el fondo permanente de verdad y de justicia que se nos impone? ¿No es sacrificar el derecho mismo, reduciéndolo a la pura dependencia de los hechos?"³⁷

Se ha hecho la consideración de que la justicia absoluta no es objeto de ciencia, sino sólo de creencia, y como tal queda abandonada a la fe de cada quien. A esto replica Gény: "¿No se oculta bajo esa afirmación un equívoco muy erróneo, y no se desnaturaliza completamente la oposición entre la ciencia y la creencia, a la cual se recurre? ¿Qué es, pues, en definitiva la creencia (fuera de la fe religiosa que tiene sus condiciones especiales de existencia) sino un modo, particular y reducido quizá, de la certeza misma? En otros términos... debemos decir que la verdad total, objeto necesario de nuestras investigaciones, se obtiene tanto por procedimientos que determinan una convicción firme, irresistible, que es lo que denominamos ciencia, cuanto por una vía menos luminosa, aunque no menos segura, quizá, en sus resultados, y que es, en nuestra terminología actual, la creencia".³⁸ Y poco

Al iusnaturalismo iluminista pertenece también John Locke. En Francia el Iluminismo tiene en Rousseau a su más alto representante. Cabe aquí mencionar también a Kant, el filósofo más importante de La Ilustración.

³³ Por ejemplo en "La vocación...", pág. 110.

³⁴ Quien en esto cita a un autor, E. I. Bekker. Ob. cit., de Gény, pág. 541.

³⁵ Ob. cit., n. 161, pág. 544.

³⁶ *Ibid.*, pág. 545.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, pág. 546.

más adelante, sigue diciendo el mismo autor: "En cuanto a mi, no vacilo en pensar que la noción de lo justo, obtenida por nuestras facultades racionales y morales, es susceptible de grados infinitos, según la precisión que nosotros le pedimos, que en su quinta esencia se presenta a nosotros con plena certeza objetiva, y que su energía va gradualmente decreciendo a medida que queremos sacar consecuencias más inmediatas para la práctica, de tal manera que en su aplicación definitiva a los hechos de la vida llega a ser absolutamente verdad el decir que se encuentra inundada de conocimientos subjetivos".³⁹

Mediante dos observaciones adicionales se propone Gény complementar las consideraciones anteriores. En primer término —afirma— si la jurisprudencia tiene que ocuparse del *bien*, no le compete la realización del bien en su totalidad, sino sólo aquella parte del mismo que constituye *lo justo*, en cuanto aparece acompañado de una sanción social, debiendo abandonarse todo lo demás a los usos de la vida y a la moral propiamente dicha. Así podemos distinguir entre los deberes de caridad y los de justicia. En segundo lugar la justicia, por indispensable que sea para la actividad de la interpretación jurídica, no ofrece más que orientaciones generales. "El intérprete debe, pues, guardarse de la ilusión de poder encontrar en las revelaciones de su razón y de su conciencia, una solución rápida para los problemas que la vida presenta. Y la razón es sencilla. El juez, mucho menos que el legislador, no aplica directa e inmediatamente lo justo tomado en sí. Cuanto hace siempre es una adaptación que deforma necesariamente la noción pura".⁴⁰

Después de reiterar su profesión de fe en la noción de la justicia absoluta, declara Gény que "bajo esa noción dominante se ordenarán principios menos absolutos, que la razón nos revela con una generalidad inferior y cuya acción dependerá ya de consideraciones contingentes".⁴¹ Entre ellos cita el principio que reconoce a todo individuo el derecho absoluto de obrar y de emplear sus facultades de acuerdo con la naturaleza humana y el fin propio de ésta. También menciona el principio que propugna la conservación social, así como el predominio de los intereses comunes sobre los intereses particulares, el de la igualdad de todos los hombres en el ámbito jurídico, etc. Y agrega que en un grado todavía más bajo, hay otras reglas aún más dependientes de los hechos, tales como la obligación de cumplir la promesa libremente hecha, la que prohíbe el enriquecimiento ilegítimo, etc.⁴²

B. LA ANALOGIA DENTRO DE LA LIBRE INVESTIGACION CIENTIFICA

Ya he ofrecido el argumento con base en el cual niega Gény que la analogía jurídica pertenezca al campo de la interpretación propiamente dicha

³⁹ *Ibid.*, pág. 547. He puntualizado cómo Gény rechaza la doctrina de la Escuela Clásica del Derecho Natural. ¿Cuál es, pues, la modalidad histórica del iusnaturalismo dentro de la cual cabe clasificar a Gény? Considero que la respuesta nos la da el párrafo correspondiente a la cita que acabo de hacer, en el sentido de que el iusnaturalismo que profesa Gény es el escolástico. En efecto, compárese dicho párrafo con lo que dice S. Tomás en la Suma teológica. Ia. II^{ae} q. 94, arts. 4 y 6.

⁴⁰ *Ibid.*, n. 162, pág. 551.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 552.

⁴² *Ibid.*, págs. 552 y 553.

de la ley. Pero al excluirla de dicho campo, le adjudica —como también lo he indicado— un papel básico dentro de “la libre investigación científica”.

Refiriéndose al procedimiento de la analogía jurídica, expresa Savigny que la base de ella es la coherencia interior del derecho, el cual “no es solamente un encadenamiento de deducciones puramente lógicas, sino también una armonía orgánica, de la que tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de las relaciones jurídicas y de las instituciones que las dominan”.⁴³

Gény dice admitir en principio la tesis anterior, pero le parece muy vaga, y añade que se necesita desarrollarla para extraer de ella una conclusión segura. Pues bien, según él, la analogía arraiga en un instinto profundo de la naturaleza humana. “Nosotros sentimos... en nuestro fondo íntimo, un deseo de igualdad jurídica, en virtud del cual las mismas situaciones de hecho deben reclamar las mismas sanciones jurídicas. Este sentimiento no tiende solamente a hacer aplicar a uno la regla aplicada en las mismas condiciones a otro; requiere que una prescripción dictada para un caso, deba, salvo motivos particulares, ser transportada a los casos análogos, es decir, que presenten con el primero identidad esencial”.⁴⁴

El principio en que descansa la analogía jurídica —es decir, el que sirve de enlace entre la solución conocida y la buscada— no ha de confundirse con la ocasión histórica del precepto legal (*occasio legis*), pues ésta puede influir en la interpretación propiamente dicha de la ley, mas no puede rebasar a esa voluntad, en lo cual consiste precisamente la función propia de la analogía. Tal función tiene su decisivo punto de apoyo en la razón profunda de la ley (*ratio legis*).⁴⁵

Las decisiones obtenidas mediante el método analógico jurídico no pueden poseer la misma fuerza obligatoria que la correspondiente a la interpretación de la ley. En compensación de esta deficiencia, dicho método, en tanto que se presenta separado de las fuentes jurídicas formales, entraña la ventaja de acomodarse mejor que ellas a las circunstancias de lugar y tiempo. En suma, “la analogía constituye como un término medio y ofrece una transición valiosa entre los resultados de la ley, considerada como fuente formal, y los de una investigación científica elaborándose fuera y al lado de los textos”.⁴⁶

Gény hace, en relación con el procedimiento de que se trata, algunas consideraciones más; pero éstas, o consisten en disquisiciones eruditas que no tienen cabida dentro del reducido marco de este trabajo, o son vaguedades y repeticiones de las cuales resulta superfluo ocuparme.

⁴³ *Sistema de derecho romano actual*, obra traducida del alemán al francés por M. Ch. Guenoux, y vertida al español por Jacinto Mesia y Manuel Poley, F. Góngora y Compañía, Editores, Madrid, 1878, tomo I, págs. 197 y 198.

⁴⁴ *Ob. cit.*, n. 165, pág. 568.

⁴⁵ *Ibid.*, n. 165, pág. 570.

⁴⁶ *Ibid.*, n. 166, pág. 575.

C. OTROS MEDIOS DE LA LIBRE INVESTIGACION CIENTIFICA

Para concluir mi resumen expositivo de "la libre investigación científica", me referiré sucintamente a otros medios que propone Gény⁴⁷ como complemento de aquélla. En primer lugar, recomienda tener en cuenta las creencias morales y religiosas —las del área de la civilización occidental—, y habla de la profunda penetración del cristianismo en diversas instituciones jurídicas de Occidente. Aconseja también el conocimiento de la organización política y económica del ambiente social respectivo, así como el cultivo de ciertas disciplinas: la historia, la sociología, la filosofía, la psicología y, desde luego, propone el estudio del derecho de que se trate, acompañado con el de la legislación y la jurisprudencia comparadas.

⁴⁷ *Ibid.*, núms. 167 y 168, págs. 582 y s.s.

CAPITULO III

DOCTRINAS SOBRE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

No abrigo, ni con mucho, la pretensión de hacer un estudio exhaustivo del tema a que se refiere el presente capítulo, sino que me limitaré a ofrecer una visión general de las principales doctrinas que se han elaborado al respecto.

Se define al convenio como un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos. Ese acuerdo implica una concurrencia de voluntades (dos o más). La voluntad, como proceso psíquico en el fuero interno del individuo, no basta. Se requiere que tal voluntad se exteriorice de algún modo, pues es menester que pueda ser constatada por las autoridades encargadas de aplicar el derecho. Este puede establecer para la manifestación de aquélla una determinada forma. La voluntad deberá externarse mediante palabras, gestos u otros signos expresivos. El formalismo constituye un rasgo propio de los ordenamientos jurídicos primitivos, y aunque su importancia disminuye en el derecho moderno, como la técnica jurídica implica un cualquier modo de manifestación de la voluntad, resulta que un mínimo de formalismo es inevitable. Se suscita así la consideración del problema que ocasiona la discrepancia entre la voluntad y su manifestación. Sobre el particular, se han construido principalmente dos doctrinas, de cuya exposición me ocuparé en lo que sigue.

I

TEORIA DE LA VOLUNTAD

El nombre de esta teoría es la designación abreviada de aquella postura según la cual, en la interpretación de los contratos se ha de dar preferencia a la voluntad —a la voluntad de las partes— sobre la manifestación de la misma.

Esta teoría es la adoptada por el Código Napoleón. En efecto, el artículo 1156 de éste dispone: "Se debe, en la interpretación de las convenciones, buscar cuál ha sido la común intención de las partes, más bien que atenerse al sentido literal de los términos". Y el 1163 del mismo ordenamiento establece: "Cualquiera que sea la generalidad de los términos en que

una convención esté concebida, ésta no comprende más que aquello sobre lo cual parezca que las partes se han propuesto contratar".*

Hago mención especial del Código civil francés porque en él ha recibido su consagración clásica la teoría de que se trata. Séame permitido adelantar que ésta es también la adoptada por nuestro derecho civil.

La teoría de la voluntad es la clásica en Francia y todos los civilistas franceses de renombre son partidarios de dicha teoría; lo son, en efecto —para no mencionar más que a algunos de los principales—, Marcadé,¹ Demolombe,² Aubry y Rau,³ Laurent⁴ (aunque éste es de nacionalidad belga, ya sabemos que pertenece a la Escuela de la Exégesis), Baudry Lacantinerie y Barde,⁵ Colin y Capitant,⁶ Planiol, Ripert y Esmein,⁷ así como Bonnecase.⁸

Volviendo a los mencionados artículos del Código Napoleón, ambos están tomados de las reglas de Pothier para la interpretación de las convenciones.**

Para ilustrar la primera de dichas reglas, que es la contenida en el artículo 1156 del aludido ordenamiento francés, pone Pothier un ejemplo. "Si tenía —dice— arrendado a otro un cuarto de la casa que habito, y le renuevo después el arrendamiento con estas palabras: alquilo a fulano por tantos años MI CASA por el mismo precio que antes pagaba, no se podrá pretender que le he arrendado toda mi casa, porque aunque las palabras *mi casa* en un sentido gramatical significa la casa entera, y no sólo un cuarto o estancia de la misma, sin embargo es claro que nuestra intención ha sido tan sólo renovar el arrendamiento en la forma y circunstancias de antes; y debe atenderse más bien a esa intención que a los términos literales del contrato".⁹

La regla del ejemplo, como observan Baudry Lacantinerie y Barde, proviene directamente del principio según el cual "la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos". Pero —según la misma pareja de autores—

* Ambos artículos siguen vigentes en el Código civil francés.

¹ *Explicación teórica y práctica del código civil*, Delamotte e Hijos, Editores, Paris, 1873, 7a. edición, tomo IV, pág. 407.

² Ob. cit., t. segundo, n. 3, pág. 4. Demolombe califica aquí a la regla del artículo 1156 como "la regla de las reglas". Y añade: "Puesto que la convención es producto de la voluntad común de las partes contratantes, la apreciación de las consecuencias del contrato ha de hacerse necesariamente en armonía con esa voluntad común. Y aquí reside asimismo el fin de la interpretación. Lo que ella se propone, en efecto, es descubrir lo que las partes han querido".

³ Ob. cit., t. IV, n. 34, pág. 328.

⁴ Ob. cit., t. XVI, n. 500, pág. 664.

⁵ *Tratado teórico y práctico de derecho civil*. Librería de la Sociedad Recueil y Sirey, L. Larose y L. Tenin, Directores, Paris, 1906, tercera edición, t. 12, n. 554 y s.s.

⁶ *Curso elemental de derecho civil*, trad. al español por Demófilo de Buen, Edit. Reus, Madrid, 1924, t. III, págs. 628-630.

⁷ *Tratado práctico de derecho civil francés*, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, Paris, 1930, t. VI, núms. 373 y 374, págs. 512 y s.

⁸ *Suplemento al tratado teórico y práctico de B. Lacantinerie y colaboradores*, Librería de la Sociedad Recueil y Sirey, León Tenin, Director, Paris, 1924, t. II, n. 407, pág. 489.

** No sólo estos dos, sino todos los artículos comprendidos bajo el rubro de "la interpretación de las convenciones" están tomados de las reglas de Pothier, en la inteligencia de que éste propone doce, mientras que el Código Civil francés contiene sólo nueve.

⁹ *Tratado de las obligaciones*, parte primera, trad. por una sociedad de Amigos Colaboradores (sic), Barcelona, 1839, t. VII, pág. 63.

las palabras en que está redactada dicha regla tienen el defecto de ser demasiado generales y, por ende, sería peligroso tomarlas al pie de la letra. Hay que precisarlas indicando que, en principio, hay que atenerse a las palabras, y sólo cuando no son absolutamente claras, se debe investigar cuál ha sido la común intención de las partes.¹⁰ Añaden Baudry Lacantinerie y Barde que si el sentido literal de los términos basta para fijar la naturaleza y el alcance del contrato, el juez no ha de indagar si la voluntad de las partes es diferente de aquella que los términos suponen necesariamente.¹¹

En este mismo sentido se pronuncia Laurent. Cuando me ocupé de la Escuela de la Exégesis, señalé la insistencia con que el profesor belga sostiene que si los términos de la ley son claros, el intérprete debe atenerse a ellos. Pues bien, esto mismo sostiene Laurent respecto a la interpretación de los contratos. En efecto, se lee en su citada obra: "Ante todo debe verse si los términos (del contrato) parecen contrarios a la intención, es decir, si hay alguna duda sobre lo que las partes han querido. ¿Cuándo existe duda? Cuando los términos del contrato son susceptibles de muchas interpretaciones. Pero si los términos son claros, si no dejan lugar a duda, debe (el intérprete) atenerse a la letra. . . La razón de ello es que la intención de las partes se expresa por los términos de que se sirven, y por tanto, cuando los términos son claros, la intención, por esto mismo, es cierta. Si en este caso se va a buscar la intención de las partes, se pondría en lugar de la intención manifestada claramente por las partes mismas, la intención que el intérprete estableciera por vías más o menos deductivas; es decir, que se preferiría a una intención cierta, una intención incierta".¹² Y vuelve a evocar Laurent la regla a que me he referido sobre la interpretación de las leyes. "En los contratos —dice— como en las leyes, debe aplicarse esta regla tan sabia que los autores del primer proyecto del Código civil habrían formulado en el título preliminar: 'Cuando una ley es clara, no debe eludirse la letra bajo el pretexto de penetrar el espíritu'. . ."¹³

¿Significa lo anterior que el juez jamás puede hacer a un lado la letra del contrato? La respuesta de Laurent es negativa,¹⁴ como lo es también la que dan Baudry Lacantinerie y Barde. Según estos últimos, sería exagerado afirmar que cuando el sentido literal, o como también suele decirse, gramatical, de los términos de una convención no ofrece duda alguna, los tribunales deben ver siempre en esos términos la expresión fiel de la voluntad de las partes. La regla —la del respeto a la letra del contrato— no es absoluta. Puede suceder que los contratantes usen determinados vocablos en sentido impropio, en cuyo caso el juzgador debe corregir la impropiedad.¹⁵

De las consideraciones precedentes se sigue que la naturaleza de un contrato no debe determinarse por la calificación que las partes hacen del mismo, cuando resulte evidente que esa calificación es incorrecta; y a la inversa, el nombre que las partes dan a una convención debe acatarse cuando corresponda al carácter de ella.¹⁶

¹⁰ Ob. y t. citados, n. 554, pág. 571.

¹¹ *Ibid.*

¹² Ob. cit., t. XVI, n. 502, pág. 664.

¹³ *Ibid.*, pág. 665.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 666.

¹⁵ Ob. y t. citados, n. 556, pág. 572.

¹⁶ *Ibid.*, págs. 572 y 573.

Señalan Baudry Lacantinerie y Barde que son escasas las ocasiones en las cuales las partes se expresan con claridad y precisión, es decir, en forma tal que no dejen duda alguna sobre la intención que las anima.

La mayoría de las veces, por consiguiente, esa intención ha de ser investigada por el juzgador, quien, en tales casos, no tiene que circunscribirse al contrato mismo de cuya interpretación se trata; antes bien, puede tomar en consideración las cualidades personales de las partes, la profesión de ellas, las relaciones que han venido manteniendo, etcétera.¹⁷

En cuanto a la regla del otro artículo que he citado del Código civil francés, como observan también Baudry Lacantinerie y Barde, ella es un corolario de la primera, antes estudiada.¹⁸

Para ilustrar esta otra regla, pone Marcadé el ejemplo que paso a exponer. "Supóngase —dice— que entre A y B surgen ciertas dificultades respecto a una sucesión. Con ánimo de transigir, A declara: abandono todos mis derechos en favor de B, si éste me paga 200,000 francos. Evidentemente esa declaración no significa que el primero ceda todos los derechos que integran su patrimonio, sino únicamente los relativos a la sucesión".¹⁹

2

TEORIA DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD

Esta teoría es la que, entre otros autores, sostiene Saleilles. Un resumen de la misma lo ofrece Meynial, en un artículo publicado en la *Revista trimestral de derecho civil*, 1902. Allí dice Meynial lo siguiente: "Según ella (la teoría de la declaración) el fundamento del acto jurídico, lo que preside su nacimiento y da la medida de su alcance, es la declaración del agente y no la voluntad que esta declaración debe traducir. No se tiene en cuenta la voluntad sino en tanto que se manifiesta al exterior mediante una declaración. . . De lo que aquí se trata no es tanto de realizar la voluntad del declarante, cuanto de salvaguardar las esperanzas o los derechos que su declaración ha podido hacer concebir a los otros o hacer nacer en su provecho. No se trata tanto de procurar al declarante la utilidad que ha querido sacar de su acto como de imponerle la responsabilidad frente a los otros".²⁰ Saleilles señala el punto crucial del asunto, en el prefacio de su obra, *De la declaración de voluntad*, en donde se lee: "La cuestión consiste en saber, desde el punto de vista del crédito y desde el punto de vista de los terceros, cuál es, para aquel que hace una declaración jurídica, la responsabilidad resultante de esta declaración, y respecto de esta declaración misma. ¿En qué medida va a ser él obligado a sufrir la interpretación normal de su propia declaración, aun si el sentido aparente no corresponde al sentido real?"²¹ Volviendo al citado

¹⁷ *Ibid.*, n. 558, pág. 573.

¹⁸ *Ibid.*, n. 574, pág. 583.

¹⁹ *Ob.* y t. citados.

²⁰ Citado por Borja Soriano, *Teoría de las obligaciones*, 5a. ed., Edit. Porrúa, México, 1966, t. I, n. 465, pág. 305.

²¹ *De la declaración de voluntad*, Contribución al estudio del acto jurídico en el Código civil alemán, Librería Gral. de Derecho y Jurisprudencia, París, 1929, págs. VII y VIII.

artículo de Meynial, sigue diciendo este autor: "La obligación resulta mucho más del acto material del declarante que de su voluntad. No puede ser cuestión el tener en cuenta esta voluntad si por ello debería resultar un daño o una decepción para otro. . . El juez deberá dedicarse a descubrir, no ya lo que el declarante ha querido en su fuero interno, sino lo que su declaración autoriza a creer que él ha querido. Y resulta notorio que esto no es enteramente la misma cosa. Se sabe bien que una fórmula cualquiera supone siempre un conjunto de nociones anteriores sobreentendidas, que la completan, la explican o la varían en el espíritu de cada uno de nosotros. . . Ahora bien, la teoría de la declaración quiere que se explique la declaración y, por consiguiente, el acto que encierra, que se la colore con ayuda, no de los pensamientos que la han rodeado en el espíritu del declarante, sino con las tradiciones del espíritu comunes a todos".²²

Si atendemos a lo esencial de los dos expuestos sistemas de interpretación de los contratos, vemos que tiene razón Célíce cuando escribe: "Con el sistema de la voluntad real se protege al contratante, puesto que se le evita caer en los lazos de una obligación en la que no ha consentido, y se sacrifica a los terceros, destruyendo compromisos que tenían valor aparente y en los cuales pudieron creer; y, por lo contrario, con el sistema de la declaración, se desconocen, en principio, los intereses del contratante, puesto que se desdeña su intención y se prescinde del resultado que se propuso obtener, para atenderse a lo que pudieron conocer los terceros, que quedan así totalmente amparados".²³

3

CRITERIO DE DANZ

Contra la teoría de la voluntad, argumenta Danz que la adopción de la misma conduce a las mayores iniquidades en las relaciones jurídicas y especialmente en los contratos sinalagnáticos, pues en éstos, al hacer uno de los contratantes una manifestación de voluntad, el otro, por lo general, sólo puede responder con base en la voluntad exteriorizada, y sería injusto hacer que el segundo quede vinculado a lo que sucede en la interioridad del primero.²⁴ El dogma de la voluntad —continúa Danz— es además inoperante en la práctica. Quienes tienen experiencia en el trabajo del litigio jurídico, saben lo complicado que es, la mayoría de las veces, probar lo que sucede en el fuero interno de los individuos. Si las consecuencias del acto jurídico se hiciesen depender de las intenciones, el juez, al no poder adivinarlas, tendría que someterlas a prueba en cada caso, tarea que por su inmensa complejidad, resulta prácticamente irrealizable.²⁵

Después de referirse a que las declaraciones contractuales de voluntad generan derechos y obligaciones, expresa Danz que "para que nazcan estos

²² Citado por Borja Soriano, ob. cit., pág. 306.

²³ *El error en los contratos*, trad. de César Camargo Marín, Editorial Casa Góngora, Madrid, 1875, págs. 17 y 18.

²⁴ *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. de la 3a. edición alemana por Wenceslao Roces, Librería General de V. Suárez, Madrid, 1926, pág. 35.

²⁵ *Ibid.*, págs. 35 y s.

derechos y estas obligaciones, es de todo punto indiferente que las partes hayan... querido en su fuero interno que se produjese ese resultado jurídico".²⁶ Pero Danz se contradice. Hablando sobre los jueces del Antiguo Tribunal Supremo (alemán) de Comercio, afirma que sabían, con su delicado tacto jurídico, "poner siempre en claro los fines económicos perseguidos por las partes, investigar su verdadera voluntad, que es el supremo arte del jurista práctico".²⁷

Considero que esta contradicción es ocasionada por lo siguiente: los autores del Código civil alemán, por una parte, quisieron introducir en éste el sistema de la declaración, como lo demuestra suficientemente el hecho de que a la parte sobre la interpretación de los actos jurídicos la hayan llamado *De la declaración de voluntad*; y, por otra parte, el mismo ordenamiento contiene el parágrafo 133, que dispone: "En la interpretación de una declaración de voluntad ha de investigarse la voluntad *real* y no atender al sentido literal de la expresión".* En presencia de esta norma, resulta desconcertante la siguiente afirmación de Danz: "El Código Civil no dispone en parte alguna que sea necesario en la declaración el momento volitivo interno, para que pueda (la declaración) tener eficacia jurídica".²⁸ Resulta desconcertante, además, porque Danz, en otra parte de su misma obra, dice: "El Código civil (alemán), que en su parágrafo 133... prescribe que cuando se interprete una declaración de voluntad se investigue la voluntad real, sin ceñirse al sentido literal, *participa* del dogma de la voluntad".²⁹

Danz hace esfuerzo por compaginar el parágrafo 133 con su posición de principio, adversa a la teoría de la voluntad. "Lo de que debe interpretarse la voluntad real —arguye— significa sencillamente que el juzgador, cuando se ocupa de interpretar una manifestación hecha en palabras, no debe considerarlas simplemente en la acepción que poseen en el lenguaje ordinario, sino que debe tomarlas en conexión con las 'circunstancias del caso', en relación con su contexto, con el fin económico perseguido. El parágrafo 133... sólo quiere excluir la interpretación al pie de la letra, pero sin que por ello determine que se haya de atender a la voluntad interna".³⁰ Ahora bien, como señala Saleilles, "el artículo 133 es la reproducción literal del artículo 73 del primer proyecto, el cual, a su vez, se inspiró en el 278 del antiguo Código (alemán) de comercio";³¹ y, a decir del mismo Saleilles, "el primer proyecto aceptaba, de manera incontestable, la teoría clásica sobre la preponderancia de la voluntad verdadera (real) del declarante".³² Este dato refuta cualquier argumento de Danz tendiente a demostrar que la disposición del parágrafo 133 no quiere decir que el juez deba atender a la voluntad interna. Por lo demás, el mismo Danz reconoce, como lo he puntualizado, que el multicitado parágrafo participa del dogma de la voluntad. Y en todo caso, es indudable que Danz se contradice.

La declaración de voluntad se produce, la gran mayoría de las veces,

²⁶ *Ibid.*, pág. 25.

²⁷ *Ibid.*, pág. 134.

* El cursivo es mío.

²⁸ *Ibid.*, pág. 26.

²⁹ *Ibid.*, pág. 36. El cursivo es mío.

³⁰ *Ibid.*, pág. 60.

³¹ *Ob. cit.*, pág. 194.

³² *Ibid.*, pág. 6.

por medio de palabras, cuya significación varía conforme a las circunstancias. Mas también hay múltiples ocasiones en que la voluntad se exterioriza mediante actos, por ejemplo, mediante movimientos afirmativos o negativos de cabeza, así como por medio de abstenciones (silencio). En consideración a esto, Danz define la declaración de voluntad "como la conducta de una persona que, según la experiencia del tráfico social y apreciando todas las circunstancias, permite ordinariamente inferir la existencia de tal voluntad".³³

Tratándose de manifestaciones de voluntad hechas mediante palabras, importa tener en cuenta que las palabras no entrañan un sentido fijo, sino que su sentido varía según "las circunstancias del caso". Para ilustrar esto, Danz pone un ejemplo que me atrevo a calificar de pintoresco: Un actor manifiesta en escena a otro que "le vende una casa".³⁴ En la vida real, la expresión "vender a otro una casa" significa transferirle la propiedad de la misma a cambio de un determinado precio en dinero; pero, obviamente, semejante expresión no puede tener ese significado en la situación del ejemplo, dadas "las circunstancias del caso".

4

CRITERIO DE ENNECCERUS Y NIPPERDEY

Según estos autores, "no cabe duda alguna que bajo la expresión 'voluntad real' —usada por el tantas veces citado parágrafo 133— tiene que entenderse la voluntad interna, pues la voluntad que sólo existe en apariencia en la declaración, la voluntad que no existe internamente, no es voluntad real".³⁵ Poco más adelante dicen: "Esta regulación es también conforme a la finalidad e idea fundamental del negocio jurídico. El negocio jurídico es el medio para ordenar nuestras relaciones jurídicas conforme a nuestras necesidades y deseos, y este fin se consigue tanto mejor cuando más el negocio se adapta a la voluntad y no a la declaración, acaso defectuosa. Por esto, aunque la declaración (o sea la exteriorización de la voluntad) constituye un límite para el intérprete, y aunque éste no pueda aceptar como contenido de la declaración nada que no haya sido declarado, *tiene, no obstante, que considerar decisiva la voluntad si el contenido querido puede reconocerse de alguna manera, cualquiera que sea, en la declaración*".³⁶ Y como antecedente del parágrafo 133, la pareja de autores alemanes presenta el artículo 278 del antiguo Código (alemán) de Comercio: "Al juzgar e interpretar los negocios mercantiles, el juez ha de investigar la voluntad de los contratantes y no detenerse en el sentido literal de la expresión".³⁷ artículo éste que, como se ve, es una paráfrasis del 1156 del Código Napoleón.

Volvemos a encontrar en la obra de Enneccerus y Nipperdey una aclaración que ya he apuntado al ocuparme de Danz: "Por 'declaración' se entiende no sólo las palabras empleadas, sino todo aquello a través de lo cual,

³³ Ob. cit., pág. 28.

³⁴ *Ibid.*, pág. 33.

³⁵ *Tratado de derecho civil*, trad. de la 39ava. edición alemana, por Blas Pérez González y José Alguer, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1935, t. I, v. II, parágrafo 192, pág. 395.

³⁶ *Ibid.* El cursivo es de los autores alemanes.

³⁷ *Ibid.*

sea por sí solo, sea junto con otras circunstancias, la voluntad haya llegado a tener expresión".³⁸

La declaración recepticia sólo se consume cuando llega al destinatario, es decir, cuando está de alguna manera al alcance de éste y cabe creer que la ha conocido. Por ende, sólo se la considera llegada con el contenido que el sujeto receptor podía conocer, lo cual implica que únicamente ha de tenerse en consideración un sentido diferente del usual, si el destinatario lo ha conocido, o si, dadas las circunstancias del caso, podía conocerlo. Esto no tiene razón de ser cuando se trata, en cambio, de manifestaciones de voluntad no recepticias, como el testamento. Sabido lo que quiso el testador, su voluntad debe ser respetada, aunque la haya expresado en términos que se aparten del lenguaje común, inclusive en términos que comportan grandes alteraciones respecto al uso ordinario del idioma.³⁹

Tratándose de manifestaciones de voluntad hechas mediante palabras, hay que suponer, por lo pronto, que el emitente las usa y el destinatario las entiende en el sentido que habitualmente se les asigna. Mas el intérprete puede encontrarse ante un lenguaje especial; por ejemplo, ante el *argot* de un círculo de profesionistas, o inclusive ante giros exclusivos de un determinado sujeto, en cuyo caso la interpretación ha de acomodarse a ese lenguaje especial. Esto último es aplicable en general a las declaraciones no recepticias, sobre todo a los testamentos. En cambio, tratándose de declaraciones recepticias, habrá que ver si el vocabulario especial del declarante le es inteligible al destinatario. No procede, empero, sentar una regla rígida para establecer si el lenguaje decisivo es el de la parte declarante o el de la parte receptora, o ninguno de ambos, sino el general; más bien hay que prestar atención a las diversas circunstancias relativas al lenguaje mismo: el conocimiento de éste por parte de los contratantes, cuando se trata de relaciones contractuales; el lugar donde se emite la declaración, más bien que aquel en donde se recibe, o viceversa; la terminología peculiar del negocio, etcétera.⁴⁰

Además de la consideración del lenguaje, el intérprete debe, en fin, tener presentes otros múltiples factores mediante los cuales se puede colegir el contenido de las manifestaciones de voluntad, tales como el comportamiento del declarante y, en su caso, el del destinatario; las conversaciones previas, si las hubo; la condición económica de los interesados, y muy especialmente, la finalidad perseguida, el *status* de los intereses respectivos, así como la conexión con otros negocios o con otras partes del mismo negocio.⁴¹

³⁸ *Ibid.*, pág. 396.

³⁹ *Ibid.*, pág. 397.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 193, pág. 406.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 408.

CAPITULO IV

LA INTERPRETACION LEGAL Y CONTRACTUAL EN NUESTRA LEY CIVIL Y LEGISLACIONES CONEXAS

1

LOS CODIGOS DE 70 Y DE 84

El Código Civil mexicano para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1870, contenía, en relación con el tema de la aplicación e interpretación de la ley, el articulado siguiente: artículo 9. "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario"; artículo 10. "Las Leyes que establecen excepciones a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes"; artículo 20. "Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales del derecho".

El Código Civil de 1884, también para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, reprodujo, con los mismos números y en los mismos términos, los artículos anteriores. Procede hacer también referencia al artículo 21 del segundo de los mencionados ordenamientos: "En caso de conflicto de derechos y a falta de ley expresa para el caso especial, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretende obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observándose la mayor igualdad posible entre los interesados".

Como lo mostré renglones antes, el artículo 20 de los Códigos de 70 y 84 comienza diciendo: "Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley. . ." Estas palabras son una combinación de las disposiciones contenidas en el artículo 15 del Código Civil Sardo y en el 16 del Código Civil portugués.* Comentando este último precepto, escribe Cunha Gonçalves: "Dispone el artículo 16 que el primer factor al que el juez debe atender para resolver una cues-

* Datos tomados del citado libro de Borja, t. I. pág. 60.

ción o controversia judicial, es al texto de la ley. . . Para atender una ley no basta, pues, captar de modo mecánico el sentido aparente que resulta de la conexión verbal, sino que es preciso indagar profundamente la *voluntas legis*. . . Para entender la *mens legis* o la voluntad de la ley el intérprete se sirve, como se dice, de dos procedimientos, conocidos como interpretación gramatical o literal e interpretación lógica o racional. . . No son dos operaciones separadas, ambas tienen el mismo fin, se complementan o se conjugan. La interpretación literal. . . es el primer período de la interpretación. . . La interpretación lógica es un procedimiento más elevado y más complejo de investigar el sentido de la ley; porque el espíritu de la ley tiene que ser inferido examinándose los elementos racional, sistemático e histórico".¹

En la Exposición de Motivos del Código de 70, se lee, a propósito del mismo artículo 20: "Conocidas son, aunque muy numerosas, las reglas que sirven de base a la interpretación. . . Enumerar esas reglas pareció a la Comisión impropio de un Código. . ."²

Así pues, las reglas de interpretación de que habla el legislador de 70 eran las a la sazón conocidas. Ahora bien, como apunta Borja Soriano,³ tales reglas eran las del método clásico o tradicional. Y ellas fueron las adoptadas también por el Código de 1884, pues, según lo he puntualizado, éste, en su artículo 20, reprodujo exactamente al del mismo número del Código de 70.

Como también observa Borja Soriano,⁴ el procedimiento de la aplicación analógica quedó, en el Código de 70, incluido dentro de la expresión "los principios generales del derecho". La observación del civilista mexicano se corrobora con el siguiente pasaje de la Exposición de Motivos del propio Código de 70: "Inclinóse alguna vez la Comisión a establecer una serie de medios supletorios, previendo que a falta de ley expresa para un caso, se apelara a la que se hubiere dictado para otro semejante. . . Pero este sistema está incluido en gran parte en las reglas generales de interpretación, que siendo de derecho común, están reconocidas por todas las legislaciones. En los Códigos modernos encontró la Comisión uniformidad en el principio y discordancia en la resolución; pues que en unos sólo se prohíbe dejar de fallar por falta de ley y en otros se establecen medios supletorios, que todos vienen a reducirse a los principios generales del derecho".⁵

2

NUESTRA CONSTITUCION Y NUESTRO CODIGO CIVIL VIGENTES

Nuestra Constitución, en el párrafo 4o. de su artículo 14, establece: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme

¹ *Tratado de derecho civil con comentarios al código civil portugués*, Coimbra Edit., Coimbra, 1929, v. I, núms. 75, 77 y 78, págs. 470, 477, 482 y 484.

² *Código civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California*. Tip. de Aguilar e hijos, México, 1879, pág. 4.

³ Ob. y t. citados, pág. 61.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Loc. cit.*

a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

Y el Código civil para el Distrito y Territorios Federales, de 1928, dispone en su artículo 19: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho".

En el *Diario de debates del Congreso Constituyente* de 17 obran las actas de las sesiones en que se presentó y discutió el proyecto constitucional, pero como el artículo 14 fue aprobado sin discusión,⁶ resulta que esos trabajos preparatorios no arrojan luz alguna sobre el método de interpretación legislativa que se quiso adoptar, quedando en pie el punto de vista favorable al método clásico.

El artículo 14 constitucional y el 19 del Código de 28 —como dice Borja Soriano— "contienen substancialmente los mismos factores que el artículo 20 de nuestros códigos anteriores y que el método clásico: la letra de la ley, su interpretación jurídica y, a falta de ley, los principios generales del derecho".⁷

El artículo 19 del Código de 28 pertenece, juntamente con el 10, el 11 y el 20, al grupo de artículos relativos a la aplicación e interpretación de las leyes; y los citados 10, 11 y 20 del Código de 28 son iguales a los 9, 10 y 21 del Código de 84, en donde, como ya se indicó, se adoptó el método clásico. Así pues, ligando el contexto del artículo 19 a la conexión histórica de ese contexto, resulta que el propio artículo 19 acoge el método clásico. Tal es también la conclusión de Borja Soriano, quien afirma: "Este (el método clásico) es, a mi juicio, el adoptado por la legislación vigente".⁸

Se suscita ahora la cuestión de si entre nosotros, tratándose de casos no previstos por la ley civil, es posible acudir a la costumbre. Los preceptos relativos de nuestro citado ordenamiento civil vigente ponen de manifiesto que la costumbre sólo puede tomarse en consideración, como regla para la solución de las controversias jurídicas, cuando la ley le asigna expresamente ese papel.

Pero entre nosotros la costumbre no puede derogar a la ley; es decir, está excluida la costumbre *contra legem*.^{*} "La ley —se lee en el artículo 9o. del Código de 28— sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior".

Y el artículo 10 del mismo ordenamiento reproduce exactamente al 9o. de los Códigos de 70 y 84.^{**}

Otros artículos del Código de 28 relacionados con el asunto de que me ocupo son el 18 y el 20. El 18 establece: "El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver

⁶ *Diario de debates del Congreso constituyente*, México, D. F. Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, v. 1, págs. 595 y 596.

⁷ Ob. y t. citados, pág. 68.

⁸ *Ibid.*, pág. 69.

^{*} En lo cual se destaca el decisivo influjo que hemos recibido de parte de la doctrina francesa, especialmente de la Escuela Exegética.

^{**} Respecto a los artículos del Código de 28 que remiten a la costumbre y a los usos, véase la relación que García Máynez hace en su *Introducción al estudio del derecho*, 6a. edición, Edit. Porrúa, México.

una controversia".* Y el 20, en fin, reproduce casi textualmente lo dispuesto por el ya transcrito artículo 21 del Código de 84.

3

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Aunque al referirme a los principios generales del derecho me veo empujado de nuevo dentro del escabroso terreno de la filosofía jurídica, como ocurre que el artículo 20 de los Códigos de 70 y de 84, lo mismo que el 14 de nuestra Constitución vigente y el 19 del Código de 28 hacen mención de dichos principios, me resulta inexcusable ocuparme de éstos.

La presencia, en el Código civil de Italia, de la expresión: "los principios generales del derecho" (art. 12 de las *Disposizioni sulla legge in generale*, anteriormente art. 3o. del Título Preliminar) ha ocasionado en ese país un movimiento doctrinal en torno al sentido de aquella expresión. Pues bien, según el criterio predominante entre los autores que figuran dentro del citado movimiento, el camino para la determinación de los principios generales del derecho consiste en ir ascendiendo, por un procedimiento de abstracción, desde las prescripciones particulares de la ley hasta disposiciones cada vez más amplias, continuando por esa vía de "generalización creciente" hasta lograr que el caso dudoso quede incluido dentro del campo del derecho positivo.** "Semejante método —escribe Del Vecchio— puede parecer tal vez sugerido por el mismo legislador, en cuanto éste invita, ante todo, al intérprete a indagar si en relación a una determinada controversia, existe una disposición legal precisa; después, para la hipótesis negativa, le ordena acudir a las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; y sólo en último término... le remite a los principios generales del derecho. Es, por tanto, fácil percibir que con esto el legislador no ha intentado realmente señalar cómo y dónde se deben buscar los principios generales del derecho, sino sólo precisar el orden de aplicación de los mismos, o sea las condiciones de su entrada en vigor".⁹

Para Del Vecchio, los principios generales del derecho son de carácter iusnaturalista. Declara, en efecto, que "emanan de la razón jurídica natural".¹⁰ Además, considera que "entre los principios generales del derecho ocupa el primer lugar aquel que afirma el respeto debido a la libertad, como expresión del valor absoluto de la personalidad humana";¹¹ y, al propio tiempo, sostiene que el postulado de la libertad es de derecho natural.¹² Cabe indicar que García Máynez aprueba el criterio de Del Vecchio respecto a los principios generales del derecho.¹³

* Esto mismo dispone, como puede recordarse, el artículo 4o. del Código Napoleón, con lo cual vuelve a patentizarse la influencia francesa en nuestra legislación civil.

** Para no caer en una farragosa erudición, me limito a remitir a la bibliografía que sobre el particular ofrece Del Vecchio, en su monografía *Los principios generales del derecho*, trad. de Juan Ossorio Morales, Librería Bosch, Barcelona, 1933, págs. 9 y 10. Véase la nota.

⁹ *Ibid.*, pág. 10.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 82.

¹¹ *Ibid.*, pág. 44.

¹² *Ibid.*, pág. 70.

¹³ *Ob. cit.*, n. 191, pág. 371.

Según el autor italiano, no puede haber contradicción entre los principios generales del derecho y los preceptos particulares de éste. Dice: "Queda excluida *a priori* la posibilidad de aplicar un principio general en contradicción con un principio particular. Este requisito se funda esencialmente en la naturaleza del sistema jurídico, el cual debe constituir un todo único y homogéneo, un verdadero organismo lógico, capaz de suministrar una norma segura —no ambigua y menos aún contradictoria— para toda posible relación de convivencia".¹⁴

La coherencia de los miembros del sistema —prosigue Del Vecchio— ha de corroborarse a cada paso, mediante la confrontación de las disposiciones particulares entre sí y con los principios generales que con ellas se conectan. Solamente así podrá el juzgador cobrar conciencia del espíritu del sistema, lo cual le preservará de los extravíos a que fácilmente le conduciría la consideración aislada de este o el otro precepto particular.

Pero la anterior exigencia formal —la homogeneidad del sistema, o, lo que equivale a lo mismo, la ausencia de contradicción entre los principios generales y las normas particulares— no implica que los primeros hayan de inferirse necesariamente de las últimas. La congruencia lógica del orden jurídico puede acreditarse, en principio, tanto mediante el procedimiento consistente en ir de lo general a lo particular como mediante el procedimiento inverso. No hay fundamento alguno para negar que los dos procedimientos puedan aplicarse recíprocamente al mismo material. Más bien el uso alterado de ambos puede servir de mutua constatación.

Lo antes dicho no ha de inducir, empero, a engaño respecto al valor que a los aludidos momentos del sistema les corresponde dentro de la jerarquía y la lógica del mismo. El conocimiento de lo particular (v. gr., de cierta clase de contrato) presupone un conocimiento más amplio (por ejemplo, el concepto general de contrato); y aunque el primero sea anterior en el tiempo, está, sin embargo, lógicamente subordinado al segundo.

La vinculación mutua entre lo general y lo particular —continúa el autor italiano— no aniquila, pues, la jerarquía respectiva de los valores lógicos; no implica la equivalencia de los dos términos. Las prescripciones jurídicas específicas no son más que fragmentos que pueden, cuando más, sugerir la idea del conjunto, pero no brindarla en forma consumada. "Para esto se requiere la intervención de la razón, la cual, en busca de los principios generales del derecho encuentra cierta ayuda en el examen de las normas particulares, pero ha de referirse también a la fuente viva que tiene en sí misma; puesto que precisamente del propio sujeto emanan originariamente los principios de la verdad jurídica en general, que después se reflejan de distinto modo y con diversa intensidad en las formas concretas de la experiencia".¹⁵

¹⁴ Ob. cit., pág. 17.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 21.

LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS EN LOS CODIGOS DE 84 Y DE 28

A. EL CODIGO DE 84

Según el artículo 1324 de este ordenamiento: "Es nulo el contrato cuando por los términos en que está concebido, no pueda venirse en conocimiento de cuál haya sido la intención o voluntad de los contratantes sobre el objeto principal de la obligación".

A decir de Borja Soriano, este artículo "parece indicar la adopción de la teoría de la declaración de la voluntad, teoría adoptada por el mismo Código en la fracción II del artículo 1296..."¹⁶

"Si la duda recae —se lee en el artículo 1325 del ordenamiento en cuestión— sobre circunstancias accidentales del contrato, y no puede resolverse por los términos de éste, se observarán las reglas siguientes: I. Si las circunstancias, aunque accidentales, por la naturaleza del contrato, revelaran que sin ellas no se habría prestado el consentimiento de los contratantes, se estará a lo dispuesto en el artículo anterior; II. Si el contrato fuere gratuito, se resolverá la duda en favor de la menor trasmisión de derechos e intereses; III. Si el contrato fuere oneroso, se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses". (En este artículo se reprodujo el 1441 del Código de 1870, pero se añadió la fracción I, de modo que las fracciones I y II del de 70 quedaron en el de 84 como fracciones II y III, respectivamente.)

B. EL CODIGO DE 28

a) La buena fe

Antes de avocarme al estudio del régimen de interpretación de los contratos vigente en nuestro derecho civil, conviene referirme al artículo 1796 del Código de 28, en donde se hace mención de la buena fe,* pues esta noción, como es sabido, entraña interés en relación con el tema de que me ocupo.

¹⁶ Ob. y t. citados, n. 472, pág. 309.

* Este concepto fue materia de profunda elaboración por parte de los juristas romanos. Para ilustrarlo, me serviré de un ejemplo que pone Cicerón en el Capítulo XVI de *Los oficios*, Capítulo titulado: *Disposición del derecho romano para establecer la buena fe en los contratos*. El ejemplo es el siguiente: "Debiendo los agoreros hacer sus observaciones en la torre del Capitolio, notificaron a Tito Claudio Centumalo, quien tenía una casa en el monte Celis, que hiciese derribar aquella parte de ella que por su altura les estorbaba la vista. Con esto, Claudio sacó a vender su casa y la compró Publio Calpurnio Lanario. Volvieron los agoreros a dirigir a éste la misma orden, y habiendo Calpurnio demolido el estorbo y llegado a su noticia que Claudio puso su casa en venta después de la notificación de los agoreros, le llamó a juicio delante del pretor para que declarase cuánto debía restituir, obrando con la debida buena fe. Sentenció Marco Catón... y la sentencia fue que, pues sabía cuando vendió la casa la orden de los agoreros y no la advirtió al comprador, estaba obligado a resarcirle el daño originado. Juzgó, pues, que era necesario para la buena fe que el vendedor declare al que compra las faltas de lo que vende".

Dice así el artículo en cuestión: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley".

"Las palabras buena fe —declara Danz— significan confianza, seguridad y honorabilidad basada en ella, por lo que se refiere sobre todo al cumplimiento de la palabra dada; especialmente la palabra 'fe', fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando en que ésta no la engañará".¹⁷

El artículo 1796 habla también de "el uso", por lo cual se enlaza con el 1856, que preceptúa: "El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos". Pero este último artículo será estudiado dentro de su correspondiente contexto, o sea dentro del articulado que contiene las reglas para la interpretación de los contratos, punto del que me ocuparé en lo que resta del presente capítulo.

b) Reglas para la interpretación de los contratos

El Código de 28 adopta el sistema de la voluntad interna,* copiando en sus artículos del 1851 al 1857, inclusive, los del Código español marcados con los números 1281, 1283, 1284, 1285, 1286, 1287 y 1289; artículos, estos últimos, que han sido analizados por Manresa en su obra *Comentarios al Código civil español*.

Borja Soriano sigue el camino consistente en transcribir los artículos relativos del Código de 28, acompañándolos de fragmentos de los comentarios aplicables de Manresa. Como este camino me parece acertado, me permitiré imitarlo:

Artículo 1851. Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. (Artículo 1281 del Código español.)

"En principio la ley coloca la intención de los contrayentes, que es el alma del contrato, sobre las palabras, que son el cuerpo en que aquélla se encierra; y tan es así, que cuando se atiende al sentido literal, es porque, siendo los términos claros, se supone que en ellos está la voluntad de los contratantes; en suma, valen las palabras, no por sí, por lo que dicen. Pero la prevención contra el litigio, el temor de que lo hasta entonces claro quede oscurecido, y el de que lo cierto, las palabras inequívocas, se cambien por lo dudoso, hace que el sentido literal de los términos tenga una influencia extraordinaria, impidiendo, cuando aquéllos son claros, que se planteen problemas difíciles, en averiguación del propósito de los contratantes... Para que pueda hacer valer su supremacía la intención, necesita que pueda surgir

¹⁷ Ob. cit., pág. 191. Para una mayor información, véanse las págs. 192 y s.s. del libro de Danz.

* Borja Soriano hace la observación de que el Código de 28, en su artículo 1813, se aparta de ese sistema. Ob. y t. citados.

el problema de interpretación, bien porque las palabras parecieren contrarias a aquélla, bien por actos opuestos a las mismas en que el propósito de los contratantes se manifestase. Además, para triunfar en contra de los términos del contrato (la intención), necesita ser evidente, o lo que es lo mismo, que a más de exigir su prueba, ésta, si bien podrá intentarse por todos los medios admitidos, deberá proporcionar al juzgador una convicción inequívoca. . . Pero la intención evidente, que triunfa contra su expresión defectuosa, no es la de una de las partes, sino la intención común. . . porque es el fin que quisieron y se propusieron los contratantes. . . La intención puede probarse por todos los medios y reflejarse en diferentes cosas y hechos. . ."¹⁸

Artículo 1852. Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar. (Art. 1283 del Código español.)

"El fundamento está en que no cabe imponer obligaciones contractuales sin un consentimiento cierto a que atribuir las, y el criterio de la ley supone que la interpretación debe ser restrictiva en los casos de duda. . . La inteligencia de la palabra cosas, como equivalente del objeto contractual, no da origen a dificultades. No es tan sencillo el concepto de los casos, que equivalen, en opinión nuestra, a los supuestos u ocasiones en que hayan de producirse las consecuencias convenidas en el contrato, los efectos de éste. Deberán reducirse a los casos que expresara, atribuyendo a la enumeración propósito limitativo, a no ser que tuviera el de explicar, y entonces cabría estimar comprendidos los casos análogos a los enunciados en el convenio. . ."¹⁹

Artículo 1853. Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. (Art. 1284 del Código español.)

"Aquí el fundamento se encuentra en la suposición de que los contratos se celebran con un fin y para que produzcan resultado, sea el que fuere. Por tanto, la ineficacia de lo que se estipuló no puede ser nunca la solución preferida por el derecho. El precepto que comentamos puede tener numerosas e importantes aplicaciones: entre las cosas o servicios posibles y los imposibles, se debe interpretar que aquéllos fueron el objeto del contrato; entre lo lícito y lo ilícito, lo conforme a la moral y lo opuesto a ella. . . el problema habrá de resolverse por la licitud; entre la conexión con la materia del contrato y la falta de relación con ésta debe suponerse aquélla; en suma, cada cláusula, mientras la duda permita diferentes soluciones, debe suponerse que tiende a algún fin o surtir algún efecto, siempre que éste no se oponga a lo que indique el conjunto de las demás estipulaciones. La duda a que la ley se refiere, debe aparecer planteada entre la ineficacia de una cláusula y la eficacia de la misma, y entonces se resuelve por ésta; pero conviene evitar. . . interpretaciones erróneas que pueden hacerse del texto legal. No significa éste que siempre haya de suponerse eficaz toda cláusula, pues cuando no tenga otra interpretación que su inutilidad, ineficaz será. La ley exige que haya duda, y la resuelve en favor de la eficacia; no ampara estipulaciones manifestamente ociosas, imposibles o viciadas. . ."²⁰

¹⁸ *Comentarios al Código civil español*, 6a. edición, corregida y aumentada por D. Santiago Chamorro y Piñero, Edit. Reus, Madrid, 1943, t. VIII, págs. 642 y 643.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 647.

²⁰ *Ibid.*, pág. 649.

Artículo 1854. Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. (Art. 1285 del Código español.)

"La interpretación de las cláusulas aisladas, de lo que pudiéramos llamar artículos en la ley del contrato, es asunto del artículo anterior: el enlace entre esas cláusulas o artículos para que formen una regla armónica de derecho, es la materia propia de éste. El fundamento del que comentamos es bien claro: el contrato, que persigue un fin, debe tener ordenadas entre sí y con relación a éste sus diversas cláusulas, que es racional se completen, y aplica a su interpretación el medio a que espontáneamente acudimos al comprender tan sólo algunas palabras de una frase: inferir de ellas el sentido de las otras. En esta interpretación sistemática, no todas las cláusulas tienen igual importancia: hay alguna o algunas que abarcan la interpretación capital, que reflejan lo esencial del pensamiento y propósito de los contratantes, y alrededor de ella debe girar la interpretación, porque es la base de ésta, el foco de luz que la aclara. Relacionado este precepto con el anterior,* pueden... invocarse con opuesta tendencia por las partes. Lo primero en la interpretación de las cláusulas es que cada una de ellas produzca efecto, y para que así suceda y comprender cuál sea éste, deben utilizarse las demás que no fueren dudosas. Mas si para atribuir eficacia a alguna, no hay más remedio que aceptar como consecuencia la contradicción con otras más importantes, entonces el artículo 1284 no deberá aplicarse, porque entre la eficacia de la cláusula y la del contrato, triunfa éste... Frente a la contradicción de las cláusulas, el intérprete del contrato, como el comentarista de las leyes, debe suponer que en una superior unidad cabe se armonicen, y que para algo fue puesta cada una de ellas; y así, procurando que mientras sea posible tenga general aplicación el artículo 1284, se restringirán recíprocamente los términos y alcances de las cláusulas que parecieran contradecirse, y limitando los casos que abarquen, reduciendo su campo de acción, podrán subsistir sin invadirse. Mas cuando lo terminante de la expresión o lo indudable del propósito no permitieran esas transacciones, el intérprete habrá de reconocer la contradicción, del propio modo que el comentarista de las leyes, tras inútiles tentativas encaminadas a armonizar, confiesa la antinomia en los preceptos legales... Cuando los contratos celebrados entre dos personas son inseparables entre sí, deben entenderse y aplicarse atendiendo al conjunto de los mismos..."²¹

Artículo 1855. Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato. (Art. 1286 del Código español.)

"La naturaleza significa aquí la indole general del contrato y sus fines según la ley, y puede servir mucho, v. gr., para precisar el variadísimo alcance que el verbo dar o el nombre entrega pueden tener, según que se trate de compraventa, mutuo, comodato, arrendamiento, depósito, etc., en que son aplicables aquellas palabras, si bien con un sentido que en cada caso tiene, respecto de los otros, inmensa diferencia. El objeto del contrato supone aquí más bien el propósito de los contratantes; representa lo particular de cada convenio, así como su naturaleza indica lo general en los de cada grupo.

* Es decir, el 1284 del Código español.

²¹ *Ibid.*, págs. 674 y s.s.

Por esto, y en consideración al objeto, es difícil dar reglas determinadas previamente: el caso particular es la guía siempre... El error, las impropiedades del lenguaje, las mismas tergiversaciones del tecnicismo legal, como el cambio frecuente de... arrendador y arrendatario, no pueden... llevar con el rigor de la letra a interpretaciones injustas y a veces absurdas, imposibles. El uso, que da vida al lenguaje e impide quede petrificado, es guía en la interpretación gramatical, debiendo tenerse en cuenta las variaciones que el tiempo supone en los significados, y también los locales, aunque no tengan importancia para constituir dialecto..."²²

Artículo 1856. El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos. (Art. 1287 del Código español.)

"¿Cuál es el lugar cuyo uso o costumbre se aplica? Las dudas que este artículo puede suscitar, se refieren al sentido que tiene la palabra país, y aunque desde luego se comprende que se la usa como equivalente de lugar, no por ello desaparece la dificultad, porque dada la variedad de elementos que en el contrato intervienen puede ser distinto el lugar de residencia de los contratantes, el de la localización del objeto del contrato, el de celebración de éste y el de su cumplimiento. El artículo 1159 del código francés se refiere al lugar de celebración; pero el nuestro ha omitido, y no sin motivo, tal determinación, surgiendo un problema interesante por la variedad de los usos locales. Observamos que, en efecto, el lugar de celebración de un contrato puede estar determinado por el acaso, ser accidental respecto a la permanencia ordinaria de los elementos personales y objetivos que en el contrato intervienen, no volver a tener influencia alguna en la vida de éste. De ahí que el lugar de celebración, por sí solo, tenga escasa influencia, para este efecto... El lugar de residencia de los contratantes, aun siendo el mismo para los dos, no puede tener por sí solo influencia notoria. Se necesitaría una costumbre muy constante y una suposición bastante fundada de aceptarla, para determinar su aplicación, faltando la de otra más preferente. Mucha mayor importancia tiene el lugar en que se encontrara el objeto, pues aparte de la influencia que puede tener para determinar el cumplimiento de las obligaciones, siendo el tal objeto inmueble, su relevancia entre los elementos del contrato y la consideración que hay que prestar al lugar en que está sito, influye necesariamente en cuanto toca al elemento objetivo de las obligaciones, sin duda lo más interesante... Puede observarse que si tanta importancia atribuimos en bastantes casos al lugar en que el objeto se encuentre, es porque o se identifica con el de cumplimiento real, no simbólico, de las obligaciones, o puede influir en la determinación de éste, y con ello dejamos indicado que, en nuestra opinión, el lugar del cumplimiento es el que, teniendo relación mayor con la efectividad del contrato, sirve principalmente para determinar en cuanto al alcance, extensión y forma de cumplir lo pactado, el uso o la costumbre aplicable..."²³

Artículo 1857. Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas re-

²² *Ibid.*, págs. 652 y 653. En relación con esto, cita Mauresa una sentencia de cierto tribunal de su país, en la cual se declaró que cuando los términos del contrato tienen un sentido vulgar y otro técnico jurídico, deben interpretarse en el segundo, a menos que resulte claramente que se usaron en otro sentido distinto.

²³ *Ibid.*, págs. 54 y s.s.

caen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo. (Art. 1289 del Código español.)

"Llegado el caso de ser aplicable este artículo, puede originar dos soluciones: supondrá una regla más de interpretación, o será un precepto que declare la nulidad del contrato. El que tenga una u otra finalidad tan distinta depende de la materia dudosa: si se refiere a cosas accidentales, el contrato recibirá una interpretación; si se refiere al objeto principal, el contrato será declarado nulo. Dentro del objeto principal deben estimarse comprendidos todos los elementos esenciales que cada contrato implique, se refieran a lo objetivo: cosa, precio, etc.; o sean de distinta índole, v. gr., la conformidad entre los interesados que aparezca dudosa. Como regla de interpretación ninguna duda ofrece. Conviene, sin embargo, hacer notar que la mayor reciprocidad de intereses se debe entender dentro de la menor extensión de ambas obligaciones, si acerca de esto hubiere también duda. . ."²¹

CAPITULO V

CONSIDERACIONES CRITICAS SOBRE EL TEMA ESTUDIADO

En la ejecución de la tarea del presente capítulo no me atenderé necesariamente al orden de la exposición anterior, sino que me permitiré seguir el que resulte más cómodo para la mejor inteligencia y la mayor eficacia de las consideraciones críticas siguientes. Además, al presentar esas consideraciones estaré pendiente de los puntos fundamentales de la exposición realizada, en vista de lo cual, espero se me excusará si prescindo de cuestiones que, aunque también interesantes, son subsidiarias de aquéllos.

1

REVISION DEL ALEGATO DE GENY CONTRA LA ESCUELA EXEGETICA

Como quedó puntualizado en la parte expositiva, uno de los rasgos que caracterizan a la Escuela Exegética es el consistente en lo que Gény llama "el dogma de la omnipotencia legislativa". Recuérdese el subtítulo, alusivo a la ley,* de la *Memoria* de Blondeau: *Fuente de la cual deben emanar hoy todas las decisiones jurídicas.*¹ Recuérdese asimismo la célebre frase de Bugnet: "No conozco el derecho civil, no enseño más que el Código Napoleón";²

* Refiriéndose a la ley, García Máynez llega a hacer la afirmación de que ella no es fuente de derecho, sino *producto* de la actividad legislativa. "Así como la fuente de un río —añade García Máynez— no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo, la ley no representa el origen, sino el *resultado de la actividad legislativa*" (ob. cit., n. 26, pág. 52). Pero al hacer esa afirmación, García Máynez está pasando por alto el hecho de que, como lo enseña Kelsen, la ley es, a un tiempo, derecho creado y creación de derecho: lo primero, en cuanto fruto del proceso legislativo; lo segundo en cuanto genera deberes jurídicos *in abstracto*. La ley es, a un tiempo, aplicación y creación de derecho. En todo acto legislativo conforme a los preceptos constitucionales, la Constitución es aplicada; y la ley, a su vez, crea derecho, por cuanto a que de ella manan deberes generales. Ahora bien, cuando se habla de la ley como fuente formal de derecho, se está pensando en el segundo de los expresados momentos.

¹ *Loc. cit.*

² *Loc. cit.*

frase en que —a decir de Bonnacase— se sintetizan la doctrina y el método de dicha Escuela. Pues bien, Géný acierta cuando rechaza el citado dogma. Al pretender que las decisiones judiciales sólo pueden fundarse en las normas legislativas y en las costumbres expresamente consagradas por la ley, es decir, al proclamar el dogma de la omnipotencia legislativa, Blondeau incurre en una *pars pro toto*. Por lo pronto, incluso en regímenes organizados con forme al llamado principio de la división de poderes, es posible —contra lo que sostienen, por ejemplo, Aubry y Rau— la formación de una costumbre opuesta a la ley. Para ilustrar esto me serviré de un ejemplo que pone el jurista suizo Augustó Simonius: "El Código Federal de las obligaciones, de 1881, prohibía a las sociedades anónimas, en su artículo 873, llevar el nombre de personas vivas. Pero en la actualidad se reconoce unánimemente que esta prohibición ha sido suprimida por una costumbre derogatoria. En Suiza hay ahora centenares de sociedades anónimas que llevan el nombre de personas vivas. Ocurrió que diversas sociedades de esa clase empezaron a usar tales nombres. Poco a poco el uso se fue generalizando. No hubo protestas. Las autoridades del registro de comercio inscribieron a dichas sociedades, no obstante su nombre ilegal. Los que formaron el uso procedieron como si las sociedades anónimas tuvieran el derecho a llevar esos nombres. Actualmente, todos tienen la convicción de que el juez llamado a decidir sobre ese derecho, lo reconoce".³

Si en un régimen jurídico como el suizo el juez puede aplicar una costumbre *contra legem*, resulta erróneo lo dicho por Montesquieu en el sentido de que "en el gobierno republicano es propio de la naturaleza de la Constitución que los jueces se ajusten a la letra de la ley".⁴

Como ya sabemos, Géný admite la costumbre que aclara o complementa a la ley, mientras que rechaza, en principio, la costumbre *contra legem*. No se puede, empero, oponer a Géný el ejemplo ofrecido, pues precisamente cuando formula tal rechazo, se cuida de advertir que el problema —el de la concurrencia de la ley y la costumbre— no es susceptible de resolverse en términos absolutos, sino que la solución puede variar de un régimen jurídico a otro, dependiendo la misma, en cada caso, del ordenamiento de que se trate.

Géný sostiene que la costumbre puede ser una fuente jurídica formal, independientemente de la ley.⁵ Cita, entre otros ejemplos, el de la costumbre en Francia de que la esposa llevara el nombre patronímico del marido.⁶ Este ejemplo prueba que Blondeau se equivoca al rehusarle a la costumbre el carácter de fuente jurídica autónoma.

Antes de continuar, séame permitido volver una vez más a la tesis contenida en el repetido texto de Montesquieu. Un país que tiene y siempre ha tenido una forma republicana de gobierno es Estados Unidos de América. Ahora bien, aunque hay la circunstancia de que en el derecho estadounidense

³ Citado por García Máynez, ob. cit., n. 29, pág. 64. Se dirá, tal vez, que el ejemplo es una excepción escogida *ad hoc*, que "una golondrina no hace verano". Con todo, el dato está allí; el caso a que se refiere no es imposible.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ Ob. cit., pág. 357.

⁶ Ob. cit., págs. 319, 354, 371, entre otras.

ha disminuido considerablemente la autoridad de los precedentes judiciales,* éstos, en todo caso, subsisten. Y prescindiendo de aquella circunstancia, es un hecho que ha habido un tiempo en que en el derecho norteamericano fue importantísima la institución del precedente judicial con su carácter de fuente jurídica formal; y ese hecho constituye la más clara refutación de la tesis de Montesquieu, pues nos ofrece el caso de un orden jurídico republicano, en donde ha habido una importantísima fuente jurídica formal distinta de la ley.

En relación con el segundo de los errores básicos en que incurren los juristas de la Escuela Exegética, recordemos que para ilustrarlo escogí, de entre varios ejemplos que pone Gény, el del principio fraguado en el seno de dicha Escuela, según el cual todo derecho supone a un individuo humano actualmente existente. Ese principio entra en contradicción con instituciones como las que señala Gény, especialmente con la facultad otorgada en ciertos casos al juez para que provea a la protección de los hijos no nacidos, e inclusive de los aún no concebidos. El principio del ejemplo entra en contradicción con la experiencia jurídica, por lo cual es inadmisibles.

Llegado a nosotros el conocimiento de la rigurosa separación hecha por Kelsen entre el individuo psicofísico y el sujeto de derecho, vemos con la máxima claridad el error del referido principio. Ese error proviene de la confusión entre el individuo psicofísico y la persona de derecho. El primero es objeto del conocimiento psicobiológico; la segunda, en cambio, es un objeto estrictamente jurídico. El sujeto de derecho es un centro de imputación normativa jurídica; es la unidad de una pluralidad de normas jurídicas; es, en suma, un orden normativo jurídico.** Si el individuo psicofísico y el sujeto de derecho son conceptos diferentes, se comprende que el segundo pueda existir sin el primero.

En su impugnación a lo que también llama el segundo vicio del método exegético, Gény, por lo que pude entender, hace a quienes propugnan ese método el reproche de que abstraen del mundo del derecho ciertas nociones; luego las hipostatizan, es decir, las presentan como entidades inmutables y, por último, quieren que todo el derecho positivo encaje a *fortiori* dentro de los rígidos moldes metafísicos así formados.

Gény llama abusos lógicos a los referidos procedimientos del método exegético. Llamarlos así, empero, puede pasar acaso como una *façon de parler*. No es que ellos sean un abuso de la lógica, sino que son el uso de una lógica formal y especulativa, revuelta con metafísica. En todo caso, como quiera que se llame a tales procedimientos, son decididamente inadmisibles.

Cuando Gény impugna las especulaciones lógicas del método exegético, dice rechazarlas en principio, y añade que las admite a título de "meras hipó-

* Véase la obra de Oscar Rabasa, *El derecho angloamericano*, 1a. ed., Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1944, pág. 549. Sobre todo, André Tunc y Suzanne Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América*, trad. de Javier Elola, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1957, Segunda parte, cap. I, sec. III, parágrafo 2, n. 95, pág. 248; parágrafo 3, *passim*.

** Desgraciadamente tratase de uno de esos puntos que, como ha ocurrido antes y seguirá ocurriendo con otros hasta la conclusión de esta tesis, no puedo presentar con detenimiento, por lo que me limito a remitir al lector a los amplios y precisos desarrollos que sobre el concepto jurídico de persona hace Kelsen en varios de sus trabajos. Véase especialmente su *Teoría general del estado*, trad. de Legaz y Lacambra, Edit. Nacional, S. A., México, 1948, págs. 81 y s.s.

tesis... dispuestas a plegarse y transformarse ante las exigencias de la vida, y en caso necesario, también a ceder sin resistencia al fin práctico que las contradiga".? Yo considero que tales procedimientos especulativos y metafísicos del método exegético deben rechazarse en forma tajante. Gény presenta una vez más la cuestión como si lo que repudiase fuese el abuso de la lógica, por parte de los juristas de tal Escuela; pero insisto en que lo que éstos hacen, a juzgar por los ejemplos aducidos por el propio Gény, es simplemente el uso de una lógica especulativa reñida con la experiencia jurídica. Con su observación que he repetido, Gény propugna otro método. No es que retenga la lógica de los exégetas después de desechar el abuso o las exageraciones de ella; más bien propone un método distinto. Otra cuestión es la de si este último resulta admisible o no. Yo lo considero objetable. Las hipótesis son funciones teóricas, mientras que Gény, tal y como presenta la cuestión, quiere asignarles un papel pragmático; es decir, en lo que propone Gény, teoría y práctica aparecen confundidas e indiscriminadas.

Es cierto, en fin, que la Escuela Exegética ha entorpecido el desarrollo del derecho; vicio éste, por lo demás, que no es exclusivo de dicha Escuela, sino que se ha hecho tradicional dentro de la doctrina civilista en general. Porque, en efecto, hállase harto arraigada en la generalidad de los civilistas la manía de violentar las instituciones nuevas, a fin de hacerlas caber, a *fortiori*, en la cama de Procusto de los esquemas jurídicos antiguos. Recuérdese lo que sobre la expropiación dije al final del primer capítulo de este trabajo.

2

LA CONFUSION PSICOLOGISTA DEL METODO EXEGETICO Y PONDERACION DE LAS REGLAS DEL MISMO

La concepción de la ley como manifestación de la voluntad del legislador ha sido blanco de severas críticas, de entre las cuales me limitaré a presentar la formulada por Kelsen.

Para ilustrar su rechazo a lo que puede llamarse el psicologismo en materia legislativa, hace Kelsen un análisis del procedimiento de creación de la ley en una democracia parlamentaria. "Frecuentemente sucede —dice— que los miembros del Parlamento (o del Congreso) votan una proposición sin estar interiorizados del contenido y ni siquiera de las partes esenciales de la misma. Es imposible querer algo de lo cual no se tiene conocimiento. Otra cuestión es la de saber qué es lo que en realidad quiere el representante que, ignorando el contenido de una proposición, vota por ella. Basta considerar que no es ese contenido lo que se quiere en este caso. Si un proyecto de ley es extenso y complicado, muchas veces sólo es conocido y querido por unos cuantos representantes. En este caso, la mayoría de los que votan en favor del proyecto lo hacen no porque conozcan sus puntos y los quieran, sino porque confían en quienes les piden el voto, o porque siguen las instrucciones de su jefe de partido. Podría replicarse que, en úl-

⁷ Loc. cit.

tima instancia, alguien ha de querer el contenido de la norma legal, lo cual es cierto; pero quienes conocen y quieren tal contenido, a menudo no son aquellos cuyo voto es decisivo para la aprobación del proyecto".⁸

Las voliciones psíquicas pertenecen al campo del ser, regido por el principio de la causalidad, mientras que la ley, como modalidad del derecho, pertenece al campo del deber ser. La expuesta argumentación kelseniana mostró que el hecho de que el legislador quiera el contenido de la ley no es esencial a ésta, pues ese hecho no siempre interviene en la creación legislativa; pero aún en los casos en que interviene no puede fungir como fundamento de la ley. Por supuesto que la ley puede ser efectivamente querida por el autor o los autores de ella, pero ni aun en tales casos las vivencias volitivas pueden constituir el fundamento de la validez de las leyes. Uno es el proceso psíquico a través del cual es creada la ley, y algo muy distinto es la ley misma. Trátase, como dice Kelsen, de dos objetos *toto genere* diferentes. El primero pertenece, repito, al mundo del ser, mientras que la segunda pertenece al campo del deber ser. Pretender fundamentar en el primero a la segunda es incurrir en una de esas impurezas metódicas con todo acierto combatidas por Kelsen.

Pero aunque en el derecho —y esto es algo que conviene tener presente para la recta inteligencia de la crítica aquí desarrollada—; aunque en el derecho —decía— los hechos psíquicos no pueden ser lo fundamentante, pueden ser lo condicionado; aunque no son lo condicionante, pueden ser lo condicionado. Supóngase, a título de ejemplo, el caso de una ley civil que si es conocida y querida por el autor o los autores de ella. Pues bien, el acto psíquico volitivo no tiene, *por sí mismo*, la cualidad de crear la ley, sino que sólo tiene esa cualidad en cuanto el ordenamiento jurídico —concretamente la Constitución de ese ordenamiento jurídico— se la atribuye. Aquí se ve cómo los hechos psíquicos pueden ser el contenido del derecho. En alguna parte en donde Kelsen afirma que la ciencia jurídica se ocupa de normas —de normas jurídicas— cuídase de añadir que también se ocupa de hechos, pero sólo en cuanto éstos son contenido de aquéllas,⁹ sólo en cuanto poseen significación jurídica.¹⁰

En un régimen como el nuestro en donde —según se hizo notar— se adopta el método clásico de la interpretación legislativa, si los términos de la ley son claros, hay que estar a lo que ellos expresan; pero pueden no serlo, el texto puede ser confuso, oscuro o ambiguo. Pues bien, como quiera que la voluntad del legislador es un contenido posible del derecho; como quiera que la misma es un posible ingrediente del contenido del precepto legal, el intérprete debe esforzarse por averiguarla, no porque —entiéndase bien— la interpretación legislativa consista propiamente en tal averiguación; la interpretación legislativa consiste en determinar el sentido o significado de la ley, es decir, lo que la propia ley establece como debido, y para ello el intérprete deberá avocarse a la tarea de dilucidar lo que el legislador ha

⁸ *Los juicios de valor en la ciencia del derecho*, trad. de Guillermo García Máynez, en *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Edit. Losada, B. Aires, Argentina, 1946, págs. 249 y 250.

⁹ *La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica*, en *La idea del derecho natural...*, pág. 215.

¹⁰ *Teoría pura...* pág. 37.

querido. Semejante tarea puede resultar en ocasiones harto difícil, ciertamente, y los mismos juristas de la Escuela Exegética están conscientes de esto. Admiten, como puede recordarse, que en ocasiones la intención del legislador es oscura e inclusive imposible de develar. Reconocen que cuando es así, la interpretación no puede consistir en la búsqueda de la voluntad "real" del autor de la ley. Antes de continuar con este punto de la doctrina exgética, procede hacer una observación respecto a los casos de creación legislativa como el presentado por Kelsen. Cuando el contenido de la ley no es conocido por quienes votaron en favor de la misma, tampoco puede ser querido por ellos. Pese a esta circunstancia, la ley es debida y la función del intérprete de la misma consiste en inquirir el deber ser legislativo. La búsqueda de la voluntad del legislador es *uno* de los, pero no es *el* medio para el desempeño de aquella función. Si, pese a la aludida circunstancia, se habla de "la voluntad del legislador", lo que cabe decir es que allí hay una inexactitud. Los juristas, en general, y el intérprete de la ley en particular, habituados a la expresión "la voluntad del legislador", la emplean incluso cuando ese empleo resulta inexacto. Pero la inexactitud es jurídicamente irrelevante, pues si la interpretación de la ley consiste en el esclarecimiento del deber ser legislativo —para lo cual la búsqueda de la voluntad del legislador es un expediente no necesario, sino solamente posible— y si el mencionado esclarecimiento puede lograrse inclusive en ausencia de tal voluntad, no importa que cuando ésta no exista el intérprete hable de ella.

Volviendo a lo que decía sobre el método exegético, recuérdese que los partidarios del mismo pasan de la búsqueda del querer real a la del querer presunto del legislador. Pues bien, allí donde —como ocurre entre nosotros— se adopta dicho método, el intérprete puede tratar de inquirir, en defecto de la voluntad real del autor de la ley, la voluntad presunta o probable del mismo. Con este fin, deberá acudir a cualquiera de los recursos que para ese caso propone el método de que se trata. Puede acudir a los antecedentes históricos, especialmente a la legislación anterior como quieren Aubry y Rau, así como a los procedimientos lógicos que dichos autores proponen, debiendo tomarse en cuenta las reservas que hacen al respecto. En cuanto a los trabajos preparatorios, el intérprete —tal como recomienda Laurent— ha de manejarlos con gran circunspección, pues sin duda son acertadas las observaciones que sobre ellos hace el jurista belga.

Como asimismo se hizo constar, entre los procedimientos que propone la lógica formal para la solución de los conflictos jurídicos figuran el argumento *a contrario* y la analogía.* En relación con el primero, me permitiré insertar aquí la crítica a que lo somete Laurent. Evoca este autor una disposición del Código Civil francés según la cual los inmuebles, aun los poseídos por extranjeros, se rigen por la ley francesa. "Argumentando con el silencio de la ley —observa Laurent—, podría decirse: el legislador habla de los inmuebles y los somete a esa ley; no habla de los muebles, los cuales no somete a esa ley: lo que dice de unos, lo niega de otros... Una interpretación semejante conduciría a esta consecuencia soberanamente absurda: que la ley

* A ésta haré alusión más adelante.

francesa no rige para los muebles poseídos en Francia por los franceses".¹¹ ¿Quiere decir lo anterior que el argumento a *contrario* ha de ser desechado siempre? Laurent no lo cree así. Cita otra disposición del ordenamiento francés, misma que, después de haber definido la condición resolutoria tácita, agrega: en este caso el contrato no está disuelto de pleno derecho. "Se infiere de allí que la condición resolutoria expresa obra de pleno derecho, aunque la ley no lo diga de manera formal. He aquí un argumento deducido del silencio de la ley y que todo el mundo acepta".¹² Trátase, según esto, de una regla que a veces es acertada y a veces desacertada. ¿Cuándo lo es y cuándo no? "El silencio del legislador —prosigue Laurent— nada prueba por sí mismo... Para que se pueda decir que el legislador quiere cualquier cosa, es necesario que haya hablado; cuando calla, no dice ni sí ni no. Su silencio solamente puede hacer suponer que quiere en un caso lo contrario de lo que él ha dicho en otro. Pero nada hay más vago y que parta de algo más peligroso que esta suposición. Se corre el riesgo, efectivamente, de hacer decir al legislador lo que no ha querido... Con razón, pues, la argumentación deducida del silencio de la ley goza de tan poco favor".¹³ Por mi parte considero que el argumento a *contrario* —*qui de uno dicit, negat de altero*— es jurídicamente válido cuando y en la medida en que es acogido por el derecho positivo: por el legislador o, en su defecto, por el juez. Supóngase el caso de un ordenamiento jurídico como el nuestro, en donde hay la disposición de que las sentencias civiles deberán ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, disposición que —como lo he reiterado— adopta el método clásico de la interpretación legislativa. Pues bien, en un ordenamiento tal, se autoriza al juez a recurrir a cualquiera de las reglas interpretativas que propone el multicitado método, entre las cuales figura, aun con las referidas reservas, la del argumento a *contrario*. Si la ley nada dispone en materia de interpretación legislativa —caso concebible— tácitamente está facultando al juzgador a interpretar la ley del modo que crea más acertado. Es entonces al propio juzgador a quien compete decidir si aplica o no la regla en cuestión; y si la aplica es válida, quedando a salvo, en su caso, la posibilidad de impugnar la resolución respectiva. Por lo demás, en lo que toca a regímenes como el nuestro, nada impide al intérprete tomar en cuenta las juiciosas observaciones de Laurent, a título de "opiniones de calidad", para usar la expresión consagrada.

3

CRITICA DE LAS TEORIAS SOBRE LA INTERPRETACION CONTRACTUAL

Es posible que en el momento mismo de la conclusión de un contrato, v. gr., de uno de mutuo, el mutuuario declare que conviene en devolver el préstamo, sin que al hacer tal declaración tenga realmente la intención de

¹¹ Ob. cit., t. I, n. 279, págs. 401 y 402.

¹² *Ibid.*, pág. 402.

¹³ *Ibid.*

cumplirla. No obstante, desde luego que el préstamo debe ser devuelto. Así que las consecuencias contractuales consistentes en obligaciones pueden existir sin que exista el querer psíquico de cumplirlas. Veamos ahora la cuestión por el lado de los derechos.

Puede suceder que el acreedor hipotecario no quiera que el préstamo le sea devuelto para poder, después de promovido el remate correspondiente, ocurrir a él y, aprovechando su ventajosa situación respecto a los otros posibles postores, obtener la adjudicación del bien subastado. Sin embargo, el acreedor del ejemplo tiene derecho a la devolución del préstamo. Como se desprende de las brillantes reflexiones de Kelsen sobre la noción del derecho subjetivo, se tiene derecho a la restitución del préstamo aunque no se quiera ejercer ese derecho. "Incluso —para decirlo con las mismas palabras de Kelsen— si a uno le resulta indiferente que su deudor le pague o deje de pagarle o, por alguna razón, desea no ser pagado, conserva, a pesar de ello, el derecho subjetivo de exigir la devolución de su dinero".¹⁴ Por otra parte, se puede querer intensamente que alguien cumpla una obligación, y no tener un derecho subjetivo contra ese alguien.

Una vez más, pues, queda demostrado que el *ius* es independiente de la *psyche* e irreductible a ésta. Las consecuencias contractuales —ya consistan en obligaciones o en derechos— son debidas aunque no sean eventualmente queridas.

La intención de que se produzcan las específicas consecuencias contractuales puede no existir, pero claro está que también puede existir. Inclusive puede suponerse que ordinariamente existe; es decir, puede suponerse que por lo general el comprador quiere adquirir la propiedad de la cosa y que el vendedor quiere el precio correspondiente. Pero las intenciones de los sujetos contratantes, aunque existan, no pueden ser el fundamento de validez del contrato, por la misma razón por la cual la voluntad del legislador, aun suponiéndola existente, no puede ser el fundamento de validez de la ley. La voluntad de las partes, como asevera Kelsen, no tiene por sí misma la cualidad de crear derecho, sino que sólo posee esa cualidad cuando y en la medida en que el derecho —concretamente la ley— se la atribuye.¹⁵

El legislador supone que bajo ciertas condiciones los individuos tienen determinadas intenciones a las cuales trata de proteger. El legislador, al estructurar los diversos tipos de contratos, supone que los sujetos contratantes quieren las consecuencias propias de cada figura contractual. Supone que el comprador, v. gr., quiere la propiedad de la cosa y que el vendedor quiere el precio correspondiente; supone que el arrendador quiere el precio del arrendamiento y que el arrendatario quiere el uso o goce temporal de la cosa arrendada.* Supone que el mutuante quiere la devolución del préstamo, más los

¹⁴ *Teoría general del derecho y del estado*, ed. cit., pág. 93.

¹⁵ *El contrato y el tratado*, trad. de Eduardo García Máynez, U.N.A.M., México, 1943, n. 14, págs. 55 y 56. También pág. 57, véase la nota.

* Por vía de ejemplo, habla Kelsen de un contrato de permuta en que "A" y "B" convienen en que "A" deberá entregar a "B" un determinado caballo y en que "B" entregará a "A" una sortija. Pues bien, para que haya convención —continúa Kelsen— no sólo se requiere que "A" quiera la sortija, sino también que esté de acuerdo en entregar el caballo; y además se requiere no solamente que "B" quiera el caballo, sino también que esté confor-

intereses, en su caso, y así sucesivamente. Pues bien, preocupado por proteger las intenciones de la índole de las mencionadas, el legislador establece —en regímenes como el del Código Napoleón y como el nuestro— que en la interpretación de los contratos se deben tomar en cuenta, sobre todo, las intenciones de los contratantes.

Volviendo al ejemplo del mutuatario que no tiene la intención de restituir el préstamo, el principio del artículo 1156 del Código Napoleón, obviamente no ha de entenderse en el sentido de que en el caso del ejemplo haya de atenderse a dicha intención, poniéndola por encima de la expresión, pues esa intención no cae dentro de aquéllas que el legislador se ha propuesto proteger y el juez la considerará irrelevante.

Supóngase que en un régimen como el del Código Napoleón o como el nuestro, uno de los contratantes arguye en juicio que hay una discrepancia entre su intención y la manifestación de la misma. Es al juzgador a quien compete decidir si esa intención es jurídicamente relevante o no. Pues bien, si concluye lo primero, si considera que la intención es de aquellas que el legislador se propuso proteger, y si, además, estima que efectivamente hay la discrepancia alegada, debe poner esa intención por encima de la manifestación de la misma.

Si, por lo contrario, el legislador dispone que la expresión es más importante que la voluntad, entonces el juez deberá decidir que aquélla tiene prioridad sobre ésta. Si la ley no ha resuelto la cuestión, si no ha establecido cuál de los aludidos métodos es el que se debe aplicar, entonces el juzgador puede elegir entre uno u otro, en cuyo caso el método objetivo de la interpretación contractual es el que dicho órgano elija.

Bajo el supuesto de que el derecho es un orden *objetivo* de la conducta humana —y el jurista no puede menos de partir de ese supuesto—, llégase a la conclusión de que **EL METODO OBJETIVO DE LA INTERPRETACION CONTRACTUAL ES EL CONSAGRADO POR EL DERECHO POSITIVO**. Esta conclusión es la sustentada por Kelsen¹⁶ y a ella me adhiero.

me en entregar la sortija. "El contenido de la norma contractual es el siguiente: 'A' debe entregar a 'B' el caballo y 'B' debe entregar la sortija a 'A'. La voluntad manifestada por 'A', lo mismo que la expresada por 'B', deben referirse a todos estos elementos" (*El contrato y el tratado*, n. 5, pág. 23). A esto alude la expresión "la común intención de las partes". Sin embargo, en los ejemplos arriba presentados me refiero, para simplificar la cuestión y facilitar la inteligencia de lo que digo, nada más a lo que se supone que el sujeto contratante quiere en primer término. Lo que se supone que el comprador quiere en primer término es la cosa; el vendedor el precio, y así sucesivamente.

¹⁶ *El contrato y el tratado*, n. 4, págs. 17 y s.s. Pero tal solución de Kelsen no es congruente con la tesis que sostiene sobre la interpretación legislativa. Me permitiré resumir esta última tesis, tanto para formular algunas observaciones, como para que pueda apreciarse la mencionada incongruencia.

Ante todo, procede tener presentes los desarrollos que en la dirección iniciada por Merkl, hace Kelsen respecto al carácter jerárquico del ordenamiento jurídico. Este posee una estructura escalonada y sus normas se distribuyen en diversos niveles superpuestos. (La presentación amplia de esto se encuentra en varias de las obras capitales de Kelsen: la *Teoría pura del derecho*, ed. cit., págs. 147 y s.s.; la *Teoría general del derecho y del estado*, ed. cit., págs. 146 y s.s., etc.) Pues bien, Kelsen sustenta el criterio de que "la estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación" (*Teoría pura...*, pág. 146); criterio que es sin duda correcto. En el caso de la interpretación de un precepto legal, se trata de saber cómo.

intereses, en su caso, y así sucesivamente. Pues bien, preocupado por proteger las intenciones de la índole de las mencionadas, el degislador establece —en regímenes como el del Código Napoleón y como el nuestro— que en la interpretación de los contratos se deben tomar en cuenta, sobre todo, las intenciones de los contratantes.

Volviendo al ejemplo del mutuuario que no tiene la intención de restituir el préstamo, el principio del artículo 1156 del Código Napoleón, obviamente no ha de entenderse en el sentido de que en el caso del ejemplo haya de atenderse a dicha intención, poniéndola por encima de la expresión, pues esa intención no cae dentro de aquéllas que el legislador se ha propuesto proteger y el juez la considerará irrelevante.

Supóngase que en un régimen como el del Código Napoleón o como el nuestro, uno de los contratantes arguye en juicio que hay una discrepancia entre su intención y la manifestación de la misma. Es al juzgador a quien compete decidir si esa intención es jurídicamente relevante o no. Pues bien, si concluye lo primero, si considera que la intención es de aquellas que el legislador se propuso proteger, y si, además, estima que efectivamente hay la discrepancia alegada, debe poner esa intención por encima de la manifestación de la misma.

Si, por lo contrario, el legislador dispone que la expresión es más importante que la voluntad, entonces el juez deberá decidir que aquélla tiene prioridad sobre ésta. Si la ley no ha resuelto la cuestión, si no ha establecido cuál de los aludidos métodos es el que se debe aplicar, entonces el juzgador puede elegir entre uno u otro, en cuyo caso el método objetivo de la interpretación contractual es el que dicho órgano elija.

Bajo el supuesto de que el derecho es un orden *objetivo* de la conducta humana —y el jurista no puede menos de partir de ese supuesto—, llégase a la conclusión de que **EL METODO OBJETIVO DE LA INTERPRETACION CONTRACTUAL ES EL CONSAGRADO POR EL DERECHO POSITIVO**. Esta conclusión es la sustentada por Kelsen¹⁶ y a ella me adhiero.

me en entregar la sortija. "El contenido de la norma contractual es el siguiente: 'A' debe entregar a 'B' el caballo y 'B' debe entregar la sortija a 'A'. La voluntad manifestada por 'A', lo mismo que la expresada por 'B', deben referirse a todos estos elementos" (*El contrato y el tratado*, n. 5, pág. 23). A esto alude la expresión "la común intención de las partes". Sin embargo, en los ejemplos arriba presentados me refiero, para simplificar la cuestión y facilitar la inteligencia de lo que digo, nada más a lo que se supone que el sujeto contratante quiere en primer término. Lo que se supone que el comprador quiere en primer término es la cosa; el vendedor el precio, y así sucesivamente.

¹⁶ *El contrato y el tratado*, n. 4, págs. 17 y s.s. Pero tal solución de Kelsen no es congruente con la tesis que sostiene sobre la interpretación legislativa. Me permitiré resumir esta última tesis, tanto para formular algunas observaciones, como para que pueda apreciarse la mencionada incongruencia.

Ante todo, procede tener presentes los desarrollos que en la dirección iniciada por Merkl, hace Kelsen respecto al carácter jerárquico del ordenamiento jurídico. Este posee una estructura escalonada y sus normas se distribuyen en diversos niveles superpuestos. (La presentación amplia de esto se encuentra en varias de las obras capitales de Kelsen: *la Teoría pura del derecho*, ed. cit., págs. 147 y s.s.; *la Teoría general del derecho y del estado*, ed. cit., págs. 146 y s.s., etc.) Pues bien, Kelsen sustenta el criterio de que "la estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación" (*Teoría pura...*, pág. 146); criterio que es sin duda correcto. En el caso de la interpretación de un precepto legal, se trata de saber cómo,

No es que haya un método de interpretación contractual que sea objetivo en sí o de suyo, derivado de la naturaleza o esencia del contrato; antes bien, el único método objetivamente válido de interpretación de los contratos es el objetivizado por el derecho positivo; por el legislador o, en su defecto, por la autoridad competente para resolver los conflictos jurídicos.

Es, en fin, infundada la pretensión de que uno de los referidos métodos es el mejor, en el sentido de que es el único que conduce a la interpretación justa del contrato. Semejante pretensión está determinada por juicios subjetivos de carácter ético político. Si se estima que el individuo —especialmente la libertad del individuo— es el valor más importante, entonces se sostendrá que el único método justo es el que pone las intenciones de los contratantes por encima de la manifestación de las mismas; si, por lo contrario, se estima que sobre las intenciones de las partes están los intereses de los terceros y de la sociedad en general, entonces se sostendrá que el único método justo es el que pone la expresión de las intenciones por encima de estas últimas.

Como se ha visto, los adeptos de la teoría de la voluntad hacen comentarios en torno a los artículos del Código Napoleón que consagran el sistema de interpretación contractual respectivo. Ahora bien, como ese sistema es idéntico al vigente en nuestro derecho, aquellos comentarios y consideraciones nos resultan de interés; pero como la doctrina no es entre nosotros una fuente jurídica formal, no tienen, para el juzgador mexicano, más que el carácter de "opiniones de calidad".

al aplicar ese precepto, puede el juez obtener la norma individual que le corresponde emitir. Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, Kelsen explica de qué modo la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. La norma más alta puede también fijar el contenido de la más baja, aunque no en forma completa, pues no puede reglamentar en todos sus pormenores el acto a través del cual es aplicada. Siempre deja un mayor o menor espacio de apreciación y "se presenta de esta manera como una especie de marco que es necesario llenar" (*Teoría pura...*, pág. 164). Todo precepto legal, por detallado que sea, deja un cierto número de puntos que el juzgador debe determinar. Así, cuando el órgano "A" dispone que el órgano "B" debe proceder a la ejecución en los bienes del deudor que no cumplió su obligación, el órgano "B" debe resolver cuándo y cómo llevará a cabo dicha disposición, y sus resoluciones dependerán de circunstancias que el órgano "A" no ha previsto ni ha podido prever.

La indeterminación parcial de un acto jurídico puede también derivar involuntariamente de la defectuosa redacción de la norma que regula ese acto. Muchas veces los términos de una ley son equívocos y el juzgador se encuentra entonces ante varios significados posibles. Acontece lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el texto de la ley y la voluntad del autor de la misma. Finalmente, la aludida indeterminación puede derivar de un conflicto total o parcial entre dos normas que pretenden valer concurrentemente, v.gr., cuando ambas figuran en el mismo código. "En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula ese acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las varias significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma, si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de las dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no se sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles" (*Ibid.*, pág. 166). Si se entiende por interpretación el establecimiento del significado del precepto por aplicar, ella no puede consistir —según Kelsen— sino en llenar el marco de ese precepto. La interpretación, por ende, no lleva a una decisión que sería la única justa; puede ofrecer varias soluciones que poseen el mismo valor si quedan comprendidas dentro del marco normativo legal.

Al desarrollarse la teoría de la voluntad, el método por ella propuesto es el único a la sazón conocido. Pero sus partidarios no sólo lo consideran el único, sino que asumen que es el único justo. Respecto a la Teoría de la declaración de voluntad, sus seguidores entran en polémica con la teoría opuesta. Saleilles, como también se vio, combate la teoría de la voluntad; y al hacerlo, asume también, por su parte, que el método justo de la interpretación contractual es aquel que él propugna. Pues bien, semejantes asunciones no tienen más que el valor subjetivo de que se habló antes.

En cuanto a Danz, su teoría está afectada de contradicciones tan gruesas que acaban por anularla. Sin embargo, sus consideraciones sobre "las circunstancias del caso" pueden valer con el carácter de "opiniones de calidad". Otro tanto puede decirse sobre los juicios de Enneccerus y Nipperdey sobre la distinción entre las manifestaciones recepticias de voluntad y las no recepticias.

Y el mismo carácter poseen, en fin, los comentarios de Manresa a los mencionados artículos del Código Civil español, aunque cabe hacer una observación a lo que ese autor afirma sobre el artículo 1287 del ordenamiento español, artículo del cual está tomado el 1856 de nuestro Código de 28. Re cuérdese que según estos artículos "el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos". Como apunta

En cambio, el órgano competente para aplicar la ley puede asignar a tales soluciones valores diferentes, si se consideran desde el ángulo de la política o la moral. Dicho órgano está facultado para elegir la que considere más acertada. Afirmar que su decisión está basada en derecho, significa sencillamente que la misma se mantiene dentro del marco normativo, que es un modo de llenarlo, más no el único, y ello demuestra que el intérprete no emplea su intelecto, sino sobre todo, su voluntad.

La teoría del derecho positivo no proporciona una pauta ni señala método alguno para saber cuál de las referidas posibilidades es la mejor. "A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una que sea la única correcta. Es posible no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática" (*Ibid.*, págs. 167 y 168).

Ahora bien, es un profundo acierto de Kelsen sostener que el problema de la interpretación jurídica se enlaza indisolublemente con el hecho de la estructura jerárquica del orden jurídico. Pero se precisa separar la cuestión de si hay, entre las varias posibilidades de interpretación legislativa, una que sea la única acorde con el ideal metajurídico de la justicia; se precisa separar, digo, esta cuestión, de otra enteramente distinta: la de si hay o no un criterio para decidir cuál de aquellas posibilidades es la válida desde el estricto punto de vista jurídico positivo. Kelsen, empero, al dar su referida respuesta negativa, revuelve ambas cuestiones de modo que su respuesta aparece dada indistinta y confusamente para ambas. La solución kelseniana es atinada con respecto a la primera cuestión; no así con respecto a la segunda. Supuesta, v.gr., una discrepancia entre el texto legal y la voluntad del legislador, no es correcto sostener, *sic simpliciter*, que el juez goza de libertad para preferir el primero a la segunda o viceversa; antes bien, ello dependerá del ordenamiento jurídico de que se trate. El juez está en dicha libertad cuando el legislador nada ha dispuesto al respecto; pero allí donde, v.gr., rige el método interpretativo clásico, como ocurre entre nosotros, no es cierto que el juez pueda, *a piacere*, preferir el texto legal a la intención del legislador o viceversa, sino que más bien debe atender a la segunda. Si el texto legal entraña varias significaciones, no es cierto que el juez pueda elegir *a piacere* cualquiera de ellas, sino que debe aplicar, v.gr., la regla del método exegetico según la cual se debe preferir la signi-

Manresa, es fácil entender que aquí la palabra "pais" está empleada como sinónima de lugar. Pero dichos artículos no hacen la especificación de si los usos o las costumbres a que aluden son los del lugar de la celebración del contrato, o los de su cumplimiento, o los de la residencia de los contratantes, o en fin, los del lugar de la ubicación de la cosa, en caso de que se trate de un bien inmueble; de donde se sigue que tal especificación queda librada al juzgador. Lo que hay que decir es que el uso o la costumbre a tomarse en cuenta en la interpretación contractual son los del lugar que determine el juzgador, lo cual no impide que éste pueda considerar aconsejable el criterio de Manresa al respecto. En cuanto al comentario de este autor al artículo 1285 del Código español (1854 del nuestro de 28), háblase allí de contradicciones entre cláusulas contractuales y de contradicciones entre leyes, lo cual es inexacto. El orden jurídico es unitario y en él no puede haber, en realidad, contradicciones. Pero este es otro de los puntos cuyo tratamiento cae fuera de las márgenes de este trabajo, por lo que me limito a remitir al lector a los desarrollos de Kelsen sobre el particular.*

4

CRITICA DE LAS IDEAS DE GENY SOBRE LA LEY Y SU INTERPRETACION

Como en su oportunidad se señaló, Geny comparte plenamente con la Escuela Exegética la idea de que interpretar la ley consiste en inquirir la voluntad del legislador. Inclusive llega a sostener expresamente que la ley es un fenómeno psicológico.¹⁷ O sea que también él padece la confusión psico-

ficación técnica de los términos de la ley a la vulgar de los mismos. Inclusive, en regímenes como el nuestro, debe aplicar por analogía la regla respectiva de la interpretación contractual y elegir el significado más acorde con la naturaleza y objeto de la ley.

Yerra, pues, Kelsen, cuando dice que no es posible indicar un método de interpretación legislativa que sea objetivamente válido. Tal método es el consagrado por el legislador. Sólo si éste no ha resuelto la cuestión, el juez es libre para interpretar la ley.

En conclusión, si hay —contra lo que pretende Kelsen— un método objetivo de interpretación legislativa: el consagrado por el derecho positivo, esto es, el establecido por el legislador o, en su defecto, el escogido por el juez. Por eso se equivoca también Kelsen cuando afirma que la ciencia jurídica no puede pronunciarse sobre la cuestión de cuál es el método de interpretación legislativa objetivamente válido. Lo que no puede hacer legítimamente la ciencia jurídica es postular un método de interpretación legislativa, con la pretensión de que éste sea objetivamente válido en sí, fuera o al margen del derecho. Pero esto no significa que nuestra ciencia no pueda dar respuesta a la cuestión de que se trata; si puede darla, y la respuesta es precisamente la de que el método objetivamente válido de la interpretación legislativa es el consagrado por el derecho positivo, a saber: el establecido por el legislador o, en su defecto, el escogido por el juez.

Presento mis excusas al lector por la extensión inusitada de la presente nota, pero para la mejor inteligencia de las objeciones a la tesis de Kelsen sobre la interpretación legislativa, convenía presentarlas después de la consideración crítica del problema de la interpretación contractual; y esas objeciones, a su vez, se entienden mejor si se las presenta a continuación de dicha tesis kelseniana.

* Véase la *Teoría pura...*, págs. 155 y s.s. Véase también la *Teoría general...*, págs. 182 y s.s.

¹⁷ Ob. cit., n. 103, pág. 278.

logista de la Escuela Exegética. Añade Gény, como también se consignó, que la interpretación de la ley "debe hacerse sin prejuicios, ni sobre la perfección más o menos ideal de la norma que se va a descubrir, ni sobre su adaptación más o menos completa al medio social en el que debe aplicarse".¹⁸ Es cierto que la interpretación de la ley debe hacerse en una actitud exenta de prejuicios —de los mencionados o de cualquier otro—; pero este es algo tan obvio que resulta superfluo expresarlo.

Respecto a la cuestión de en qué momento ha de colocarse el intérprete de la ley para realizar su tarea, Gény dice primero que ese momento debe ser el de la iniciación de la vigencia de la ley, pero poco después se desdice. En efecto, poco después sostiene que "si las condiciones expresas o tácitas de la disposición legal desaparecen o se transforman hasta el punto de perder toda importancia, la prescripción a ellas subordinada se modificará por sí misma y cesará de imponerse al intérprete tal cual fue promulgada primitivamente".¹⁹

Es evidente que la segunda idea desvirtúa a la primera y acaba por hacerla nugatoria. Un defecto que encuentro muy acusado en la obra de Gény —dicho sea de paso— es que a menudo, al ofrecer sus puntos de vista, lo hace con tantos escrúpulos y vacilaciones, con tantas reservas y restricciones, que uno acaba por no saber a qué atenerse con respecto a lo que él dice. Podría yo probar esto ejemplificándolo con varios pasajes de su obra, pero el hacerlo me desviaría de los puntos que centralmente interesan en el presente trabajo.

Es errónea, por lo demás, la idea de que un cambio de las circunstancias pueda llegar a producir una modificación de la ley y aun la anulación de ésta. Las circunstancias, como algo fáctico, no pueden derogar a un deber ser. Así como los meros hechos no pueden generar consecuencias normativas, así tampoco pueden los hechos suprimir un deber ser, privar de validez a una norma. Esta sólo puede dejar de ser válida, bien porque es derogada por otra, bien porque expira el plazo de la vigencia de la propia norma, establecido por ella misma o por otra.

Lo que ocurre es que un cambio de las aludidas circunstancias puede producir la ineficacia de la ley; pero —nótese bien— la ineficacia, no la invalidez. Una ley a cuyo cumplimiento se sustraen los destinatarios de la misma no deja de valer por el hecho de su incumplimiento: es válida aunque sea ineficaz. En el caso de la ineficacia prolongada de una ley háblase de "desuso". Pero, por lo pronto, el desuso no priva de validez a un precepto legal en regímenes como el nuestro, en donde, como es bien sabido, ni el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario pueden alegarse contra la observancia de la ley.

¿Significa lo anterior que la idea de Gény es aplicable por lo menos en un régimen —real o posible— en que se consienta el desuso? La respuesta a esto tiene que ir acompañada de una aclaración. Allí donde opera el desuso no son los meros hechos los que poseen la cualidad de privar de validez a la ley, sino que se supone la acción de una *desuetudo* que les atribuye esa cua-

¹⁸ *Ibid.*, n. 98, pág. 257.

¹⁹ *Loc. cit.*

lidad; pero la *desuetudo* es también una norma; una costumbre con efecto inverso.

Pasando a otro de los puntos del estudio de Gény sobre la ley y su interpretación, no es enteramente correcto el juicio de que cuando el legislador se ha representado ciertas situaciones concretas, la interpretación no puede restringirse a tales situaciones; muy bien puede ocurrir que la ley las consigne con carácter limitativo, en cuyo caso no tiene razón Gény; la tiene sólo si aquéllas no figuran con el expresado carácter, pues entonces, efectivamente, la interpretación no debe contraerse a las situaciones mencionadas por el legislador.

Las restantes aseveraciones de Gény sobre la ley y su interpretación son, en lo esencial, una repetición de las ya examinadas ideas sustentadas por los juristas de la Escuela Exegética, con excepción de lo que dice sobre la analogía jurídica. Recuérdese que a ésta la pone fuera de lo que llama "la interpretación propiamente dicha de la ley". Indudablemente cabe distinguir entre la interpretación legislativa y el método de la analogía jurídica, pues en el segundo se aplica una ley a un caso no previsto por la misma.

Por lo demás, de la validez jurídica de dicho método se puede afirmar, *mutatis mutandis*, el criterio antes sustentado respecto a la validez jurídica del argumento *a contrario*; criterio que cobra relieve tratándose de la aplicación analógica, pues ésta, según es bien sabido, está prohibida en materia penal dentro de las legislaciones liberales como la nuestra.*

5

REPLICA A LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO

Uno de los más graves errores de la Escuela Histórica del Derecho es —como dice Gény— el de "descuidar, bajo el influjo sectario, la parte incontestable que toma la actividad consciente y reflexiva del hombre en la formación del derecho".²⁰ En efecto, Savigny desestima la importancia de la ley. Para él, como para la Escuela Histórica en general, la costumbre es superior a la ley en el sentido de que el espíritu popular se manifiesta directamente en las normas consuetudinarias, mientras que la norma legal es una reproducción mediata y, por lo tanto, imperfecta de aquél. Al propio tiempo que se le otorga esa dignidad a la costumbre, se sostiene que ésta no es creadora de

* En cuanto al desarrollo que el mismo Gény hace sobre la costumbre y su cualidad de fuente jurídica formal, ya han sido discutidos los puntos de ese desarrollo que especialmente invitan a la reflexión — es decir, el de si la costumbre tiene de manera autónoma aquella cualidad, así como el que versa sobre la costumbre *contra legem*—. Y por lo que toca, en fin, a los resultados a que llega Gény sobre "la autoridad y la tradición", si hubo de consignarlos fue porque constituyen un tópico de mención obligada dentro del correspondiente contexto expositivo, es decir, al lado de la concepción del propio Gény sobre la ley y la costumbre. Pero como esos resultados versan sobre unas muy específicas fases de la historia jurídica francesa y alemana, son más bien materia de estudio para el devoto de la erudición jurídica, por lo que considero excusable entrar en la crítica de ellos.

²⁰ Ob. cit., n. 97, pág. 255.

derecho, sino sólo una prueba de su existencia. Savigny declara esto de modo expreso. Efectivamente, en su *Tratado de derecho romano*, dice que "la costumbre no engendra al derecho positivo, sino que sólo constituye un signo a través del cual se lo puede reconocer".²¹ Y esto mismo es reiterado por Savigny en su *Sistema de derecho romano actual*.²² Pero si la costumbre no crea derecho, supónese que el mismo es creado por un hecho diferente. El verdadero creador del derecho se encuentra, por decirlo así, detrás de la costumbre; y aquello que está detrás de la costumbre y lo crea es, según la Escuela Histórica, el espíritu del pueblo, el *Volksgeist*. Ahora bien, la existencia del *Volksgeist* no puede ser probada. La tesis de la existencia del *Volksgeist* no está fundada científicamente ni puede estarlo. Esto basta para echar por tierra esa capitalísima tesis de la Escuela Histórica. El *Volksgeist*, como sujeto creador de la costumbre, no es más que la hipóstasis mística y metafísica del hecho consistente en la creación de la propia costumbre jurídica por parte de los miembros de la comunidad respectiva.

6

REPLICA AL IUSNATURALISMO DE GENY

Habla Gény de "la noción de la justicia tal como se traduce en el fondo de nuestra naturaleza moral".²³ La justicia que aquí se menciona es la pretendidamente justicia absoluta del derecho natural. Por otra parte, es obvio que Gény admite la existencia del derecho positivo. Ahora bien, como arguye Kelsen, si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, los iusnaturalistas tienen que aceptar que el hombre es fundamentalmente bueno; pero para justificar la necesidad de un orden coactivo bajo la forma del derecho positivo, tienen que invocar la maldad del hombre. Resulta así que el derecho natural no es inferido de la naturaleza humana tal como ésta es, sino de la naturaleza humana tal como debiera ser o tal como sería si correspondiese al derecho natural. En lugar de que el derecho natural sea inferido de la efectiva naturaleza humana, se deduce una naturaleza ideal del hombre, a partir de un derecho natural cuya existencia suponen los iusnaturalistas.²⁴

Y no se diga que cuando Kelsen hace la crítica del iusnaturalismo está pensando en la Escuela Clásica del Derecho Natural, y que, por ende, su crítica no alcanza a Gény, pues el anterior argumento es también aplicable a este autor. En efecto, Gény propone como uno de los principios del derecho natural "el que reconoce a todo ser humano el derecho absoluto de obrar y desenvolver sus facultades según su naturaleza y en vista de su fin...".²⁵ Así que la naturaleza humana es fuente de derecho natural, pero, al propio tiempo, Gény da por supuesto al derecho positivo, derecho que contiene normas que disponen la coacción. Pues bien, la admisión de estos dos extremos comporta la contradicción apuntada.

²¹ Trad., Edit. y t. citados, n. XII, pág. 34.

²² Trad., Edit. y t. citados, n. XVIII, pág. 70.

²³ Ob. cit., n. 160, pág. 540.

²⁴ *Teoría pura...* pág. 106.

²⁵ Ob. cit., n. 162, pág. 552. El cursivo es mío.

Prosigue Kelsen: "Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural deberá ser considerada nula e inexistente. Esta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos pueden pasar la prueba".²⁶ Y seguramente que Gény no es uno de ellos.

No hay tal derecho natural; lo que hay es una abigarrada variedad de doctrinas iusnaturalistas, entre las cuales la de Gény es una de tantas, desprovista de originalidad y bastante débil, como ha podido verse. No hay, repito, el derecho natural. Pretender que tras del derecho positivo hay un derecho natural absoluto e inmutable; pretender esto es como ver "tras del árbol al fauno y tras de la fuente a la ninfa", para emplear la afortunada metáfora de Kelsen.

Los iusnaturalistas hablan incansablemente del derecho natural, pero no ofrecen ni pueden ofrecer una prueba científica de la existencia del mismo; y al no poder hacerlo, la afirmación de la existencia del derecho natural viene a ser un puro artículo de fe, una mera creencia. Recuérdese que Gény dice: "¿Qué es. . . , en definitiva, la creencia (fuera de la fe religiosa, que tiene sus condiciones especiales de existencia) sino un modo, particular y reducido quizá, de la certeza misma? En otros términos. . . , debemos decir que la verdad total, objeto necesario de nuestras investigaciones, se obtiene tanto por procedimientos que determinan una convicción firme, irresistible, que es lo que denominamos ciencia, cuanto por una vía menos luminosa, aunque no menos segura, quizá, en sus resultados, y que es, en nuestra terminología actual, la creencia".²⁷ A través de sus vacilaciones y titubeos —en el original Gény usa tres veces la palabra "quizá" en escasos quince renglones— es manifiesta en él la tendencia a desdibujar la línea demarcatoria entre la ciencia y la creencia, para, taimadamente, equipararlas o disolver a la una en la otra, como se ve en la expresión de que "la verdad total. . . , se obtiene tanto por. . . , la ciencia. . . , cuanto por. . . , la creencia". Pero yo pregunto a quién trata de engañar Gény. El resultado a que pretende llegar no merece siquiera el honor de la refutación.

En cuanto a los otros medios del método propuesto por Gény, cabe decir que es posible que el derecho positivo autorice —expresa o tácitamente— a recurrir al juez a cualquiera de esos otros medios.

²⁶ *Teoría pura*. . . , págs. 106 y s.

²⁷ *Loc. cit.*

REPLICA A LA CONCEPCION DE DEL VECCHIO SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Antes de presentar mi criterio sobre la cuestión de los principios generales del derecho, desarrollaré una réplica a la concepción que de ellos tiene Del Vecchio.

Para este autor, como se dijo, la coherencia lógica del ordenamiento jurídico puede acreditarse, en principio, tanto descendiendo de los principios —de los principios generales del derecho— a las normas particulares, como siguiendo el procedimiento inverso. "Pero esto —agrega Del Vecchio— no ha de inducir a error acerca del valor de los distintos momentos, ni sobre el lugar que les corresponde en la jerarquía orginaria y en la lógica del sistema".²⁸

Y más adelante agrega expresamente que dentro de esa jerarquía "corresponde lógicamente a la *prioridad y la supremacía*, con relación a las que no son más que las consecuencias".²⁹ Recuérdese también que para el mismo Del Vecchio los principios generales del derecho son de derecho natural. Por otra parte, afirma: "Las normas sancionadas por el derecho positivo pueden también no corresponder de un modo absoluto a los principios derivados de la razón y contradecirlos en parte, o modificarlos o restringirlos de diversas formas. Cuando una de tales contradicciones tiene lugar, es indudable que al reconstruir el sistema jurídico positivo y, en especial, al aplicarlo judicialmente, el intérprete debe atenerse a las leyes tal como son, y no tal como debieran ser según los puros principios".³⁰

Ahora bien, que los principios generales del derecho —los cuales, según Del Vecchio, son de derecho natural— tienen primacia sobre las normas jurídicas particulares, significa que aquéllos son el fundamento de la validez de éstas, *significa que el derecho natural es el fundamento de validez del positivo*; pero, por otra parte, Del Vecchio afirma, como acabamos de ver, que en caso de conflicto entre el derecho positivo y los principios del derecho natural, "el intérprete debe atenerse a las leyes tal como son, y no tal como debieran ser según los puros principios". *Esto último implica ni más ni menos que las leyes son tales, independientemente de su conformidad o incorfomidad con el derecho natural*; que no pueden tener en éste su fundamento. Del Vecchio no tiene precisamente la cualidad de ser consecuente consigo mismo, o mejor dicho, se contradice palmariamente: las leyes sí tienen y no tienen su fundamento en el derecho natural. Para ser consecuente, Del Vecchio debía sostener que en caso de conflicto entre los citados principios y las leyes, las segundas sucumben a los primeros, pero en lugar de esto, sostiene la tesis contraria, la cual implica que el derecho natural sucumbe al positivo. Resulta que "los principios eternos de la Justicia, inherentes a la naturaleza humana" —como también llama Del Vecchio a los principios generales del derecho—³¹ sucumben al mudable, percedero e imperfecto derecho positivo.

²⁸ Ob. cit., pág. 19.

²⁹ *Ibid.*, pág. 85. El cursivo es mío.

³⁰ *Ibid.*, pág. 69.

³¹ *Ibid.*, pág. 87.

La anterior crítica puede hacerse extensiva a García Maynez, quien, como se ha visto, acepta expresamente la concepción de Del Vecchio sobre los mencionados principios.

Si ellos son eternos, no pueden ser de derecho positivo, pues éste es temporal, histórico y mudable. Pero esto no arredra al flamante iusfilósofo italiano, quien declara que "el derecho natural no deja de ser tal, ni pierde su valor intrínseco, porque a veces sea también positivo",³² nueva contradicción ésta, pues si los principios generales de derecho son de derecho natural y de derecho positivo, entonces resulta que son históricos y no históricos, eternos y temporales; es decir, resultan ser lo que simultáneamente no son.

8

CRITERIO DEL SUSTENTANTE SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Inconsecuencias y contradicciones como las padecidas por Del Vecchio se eliminan en cuanto se admite que los aludidos principios son sólo de derecho positivo. Es un sofisma —bastante burdo, por cierto— lo de que comporta una *contradictio in adiecto* hablar de los principios generales de un sistema jurídico particular. Con semejante criterio, no podría hablarse de las normas generales de un orden jurídico particular, v. gr., del mexicano; pero es obvio que en el particular derecho mexicano hay normas generales, principalmente las legislativas. Generalidad y particularidad son, manifiestamente, términos relativos. Las leyes son normas generales por relación a otras normas que son individuales —sentencias, contratos, testamentos—; y éstas, a su vez, son individuales por relación a otras que son generales. Trátase de una cuestión de grados, pues las normas legislativas generales son menos generales que los principios generales del derecho. A éstos se los llama así porque son los más generales de entre los preceptos que integran un determinado sistema jurídico. Es Del Vecchio quien se contradice al sostener que los principios generales de derecho son de derecho natural y de derecho positivo.

Los multitudinarios principios son —repito— exclusivamente de derecho positivo; son los postulados ideológicos básicos contenidos en el orden jurídico de que se trate. Pero *el contenido del derecho positivo es derecho positivo, es ideología positivizada*. Si, v. gr. en nuestro país, el juez, para emitir su fallo, tiene necesidad de invocar los principios generales del derecho, deberá entenderlos tal como se entienden en el derecho mexicano, y no en otro con una ideología diversa y quizá opuesta a la nuestra.

De suyo, dichos postulados no son derecho, sino que tienen carácter ético político; sin embargo, pueden devenir, y de hecho devienen, contenido del derecho positivo. Lo que tienen de jurídico lo reciben de su consagración iuspositiva. Son jurídicos en cuanto el derecho positivo los acoge y consagra. Pero si son de derecho positivo, resultan ser, por ende, históricos, relativos y mudables; es decir, si son de derecho positivo, no son ni pueden ser de derecho natural.

³² *Ibid.*, pág. 25.

Como se ha visto, Del Vecchio hace la afirmación de que el derecho natural no deja de ser tal porque sea o pueda ser derecho positivo. Tal afirmación la hace Del Vecchio en conexión con la idea de que los principios iusnaturalistas generales se han podido positivizar históricamente;³³ es decir, según él, los principios generales del derecho no dejan de ser derecho natural porque sean o puedan ser de derecho positivo. Y esto, en fin, equivale a que los principios generales del derecho positivizados, ya antes de positivizarse eran derecho: derecho natural. Pero semejante tesis es absurda, pues admitirla implica admitir el tránsito de lo eterno a lo histórico: tránsito que nos resulta imposible comprender: es un milagro.

No; los principios generales del derecho, antes de ser derecho positivo, fueron ideología; pero todo ideario ético-político es perfectamente histórico.

9

CRITICA DE LA CONCEPCION TRADICIONAL DE "LAS LAGUNAS DEL DERECHO"

Aunque la cuestión de "las lagunas del derecho", por su enorme complejidad, es más bien objeto de un estudio especialmente consagrado a ella, yo no puedo dejar de tratarla, en vista de la estrecha relación que guarda con el asunto de este trabajo. Pero como, por otra parte, el estudio de las diversas doctrinas elaboradas al respecto rebasaría con mucho el marco de la presente tesis, me limitaré a resumir las teorías de dos de los autores que más señaladamente combaten la teoría tradicional sobre las "lagunas del derecho" —me refiero a Kelsen y Zitelmann—, para después ofrecer mi criterio sobre el particular.

Hay litigio cuando un sujeto asegura que otro tiene determinada obligación, mientras que el segundo niega tenerla. "El órgano encargado de resolver el litigio —dice Kelsen— debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa, dará la razón al demandante; en la negativa, rechazará la demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido (jurídicamente, se entiende), está jurídicamente permitido. . . Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio".³⁴ Continúa Kelsen: "Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente".³⁵ En relación con esto, viene a colación el párrafo primero

³³ *Ibid.*, págs. 23 y s.s.

³⁴ *Teoría pura* . . . págs. 172 y s.

³⁵ *Ibid.*, pág. 173.

del Código Civil suizo: "A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et a défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur". Comentando esta disposición, observa Kelsen que el sentido de la misma es sin duda el de que el juez debe asumir el papel del legislador, si no hay una norma jurídica general que imponga al demandado la obligación reclamada por el actor, y el propio juzgador considera que la ausencia de semejante norma es inoportuna o injusta. Cuando el juez actúa como legislador suplente la actividad judicial "ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma juzgada mejor o más justa. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto".³⁶

Las anteriores ideas no son originales de Kelsen; ya Zitelmann las había formulado. Este último, en efecto, en su famosa conferencia *Las lagunas del derecho*,^{*} había sostenido que en los casos de pretendidas lagunas del derecho, hay normas jurídicas, "las cuales el juez podría aplicar y con las que podría decidir completamente el caso concreto, si bien se trata de reglas de derecho que tiene por impropias e inadecuadas y por lo cual no quiere aplicarlas".³⁷ Cuando no las aplica y, sin embargo, dicta resolución —añade Zitelmann— "no colma ninguna laguna, sino que corrige el derecho existente".³⁸ En conexión con esta tesis suya, pone Zitelmann varios ejemplos de entre los cuales seleccionaré el más claro e ilustrativo. "Existen —dice— reglas diversas para la conclusión de los contratos, según se celebren entre presentes o entre ausentes; reglas que ya existían en el primitivo código alemán de comercio, y en las que se consideraba rechazada la propuesta de contrato entre presentes, de no haber aceptación inmediata, mientras que entre ausentes se concedía cierto plazo. Ahora bien, aparece el teléfono y el primitivo Código de comercio no pudo haber pensado en un caso semejante. Se creyó estar en presencia de una laguna y se consideró la propuesta hecha por teléfono como análoga a la que se hace entre presentes. Así lo ha determinado ahora expresamente el Código civil".³⁹

"Hay aquí —sostiene el mismo Zitelmann, refiriéndose al caso del ejemplo— una regla positiva, a saber, la regla según la cual los contratos entre ausentes han de estipularse en tal y tal forma. No cabe la menor duda de que los contratos por teléfono se realizan entre ausentes: el berlinés, en Berlín, con quien yo trato telefónicamente desde Bonn ¿está en Berlín y no en Bonn! En modo alguno, pues, puede decirse que exista, en el caso, una laguna; pero es evidente que se encuentra impropia la regla relativa a la conclusión de contratos entre ausentes. . . . para este caso especial concreto, y se desearía olvidar para el mismo la regulación jurídica de la contratación entre ausentes; no sólo esto, sino que se querría, al mismo tiempo, aplicar

³⁶ *Ibid.*, pág. 174.

* Cuya traducción al español, por Carlos G. Posada, se publicó en los *Anales de Jurisprudencia*, tomo XII, págs. 735 y s.s. Esta disertación data de 1900, o sea antes de que Kelsen publicara su primera obra.

³⁷ *Ibid.*, pág. 745.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, pág. 739.

también otras reglas positivas que la ley establece para otros casos, esto es, las reglas de contratación entre presentes. . . " 40

Hay casos en los cuales la ley permanece deudora de una respuesta porque omite la determinación de ciertos puntos: Al juzgador le incumbe, entonces, hacer tal determinación, pues de lo contrario no podría emitir su fallo. A este respecto pone Zitelmann nuevos ejemplos, uno de los cuales es el referente al caso en que la ley estipula la elección de un órgano de una sociedad, pero no especifica en qué forma debe realizarse la elección. Otro ejemplo de igual categoría es el del caso en que la ley concede en circunstancias cualesquiera un interés legal, pero sin fijar el monto del mismo.

Llégase en la citada conferencia a la conclusión siguiente: "son de dos especies los casos en que se habla de lagunas. . . En los de la primera especie, se trata más bien en realidad de correcciones; tan sólo en los del segundo, de colmar lagunas". 41 Tratándose de estos últimos, es irrelevante que el juez quiera completarlos o no; antes bien, debe hacerlo, pues de otra manera no podría, en resumidas cuentas, dar su fallo.

En los casos de la segunda especie suele hablarse de "lagunas técnicas", refiriéndose a las cuales afirma Kelsen: "Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley. . . En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco". 42 Como ejemplo de la primera, cita Kelsen el caso en que la ley dispone la obligatoriedad del contrato de compraventa, pero sin especificar quién soporta los riesgos si la cosa vendida perece de modo fortuito antes de la entrega. No es verdad que la ley nada establezca al respecto, pues no exime al vendedor del deber de entregar la cosa o pagar una compensación. El vendedor que quisiera sustraerse a ese deber, alegaría que allí hay una laguna. Esto, empero, no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos corren a cuenta del vendedor cuando no se ha previsto excepción alguna al deber de entregar la cosa.

Respecto a la segunda modalidad de las "lagunas técnicas", pone Kelsen otro de los ejemplos de Zitelmann, ejemplo que ya nos es conocido: "Una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de la mayoría o el proporcional, por voto público o secreto." 43

Tras de presentar las anteriores críticas a la tesis tradicional que sostiene la existencia de las lagunas, séame permitido reformular la cuestión. ¿Hay realmente lagunas en el derecho? En la mencionada disertación de Zitelmann se alude a lo dicho por algunos autores en el sentido de que si el juez debe colmar toda laguna, y si aquello con lo que la laguna debe ser colmada es derecho, entonces el derecho es un todo sin lagunas. 44

40 *Ibid.*, pág. 746.

41 *Ibid.*, pág. 753.

42 *Teoría pura. . .*, pág. 174.

43 *Ibid.*, pág. 175.

44 Conferencia citada, pág. 738.

Por mi parte, y consciente de lo difícil que resulta pronunciarse sobre tan escabrosa cuestión, me parece que independientemente de que pueda haber lagunas en la ley o no, en todo caso no las hay en el derecho. Recuérdese el texto kelseniano poco antes transcrito, en donde se afirma que si el juez rechaza la demanda, "aplica la regla según la cual todo lo que no está prohibido (jurídicamente) está jurídicamente permitido". Ocuparme de lo que se dice en este texto exigiría largas y complicadas incursiones en el campo de la lógica jurídica, las cuales, además de que rebasarían con mucho el marco de este trabajo, darían al presente capítulo una extensión harto desproporcionada en relación con la de los capítulos anteriores. En todo caso, independientemente del juicio que pueda recaer sobre esa tesis kelseniana, creo que no hay lagunas en el derecho. Las habría en caso de que se presentasen litigios no susceptibles de resolverse *sub specie iuris*. Desde luego, el juez, al sentenciar, hace siempre aplicación del derecho adjetivo,* pero lo que interesa aquí es el derecho sustantivo. Pues bien, cuando el juez condena al demandado, con fundamento en una norma jurídica general sustantiva, hace aplicación de la misma y al propio tiempo —como tan enérgicamente lo ha puesto de relieve Kelsen— crea derecho, pues el fallo contiene ingredientes jurídicos que no estaban ni podían estar en aquélla. Por otra parte, cuando rechaza la demanda también crea derecho; e independientemente de que también haga aquí o no aplicación del derecho sustantivo anterior, en todo caso, también resuelve. Para toda situación litigiosa el derecho puede aportar, pues, solución, por lo que se concluye que en él no hay lagunas.

* Véanse al respecto los amplios y precisos desarrollos de Kelsen, en la *Teoría general del derecho y del estado*. Trad. y ed. citadas, págs. 152, 171 y 180.

RESUMEN

Un principio que vino a ser como la divisa de la Escuela Exegética fue el proclamado por Blondeau, en el sentido de que solamente la ley debe ser en la actualidad el origen de las decisiones jurídicas. Los juristas de esa Escuela admitieron, como postulado básico, el de que la ley basta para la solución de todas las controversias jurídicas. De allí que el esfuerzo de ellos se haya concentrado en la exégesis de los textos. El primero de los rasgos del método exegético es el consistente en "el culto al texto de la ley"; otro lo es el empeño por la dilucidación de la voluntad del legislador. Como ésta puede ser oscura, confusa o imposible de develar, los exégetas pasan de la búsqueda de la voluntad real a la de la voluntad presunta o probable del legislador. Para este último efecto, los citados juristas proponen varios recursos. Así, Aubry y Rau, v. gr., recomiendan el estudio de los precedentes históricos, especialmente de la legislación anterior, así como el empleo de la interpretación lógica (declarativa, extensiva y restrictiva), aunque haciendo determinadas reservas al respecto. Uno más de los citados recursos es, en fin, el del uso de los trabajos preparatorios, respecto al cual, empero, reina gran desconfianza, como puede verse sobre todo en Laurent. Los anteriores procedimientos interpretativos son inoperantes frente a situaciones que el legislador no pudo prever; sin embargo, dentro del referido método se le asigna todavía a la ley la posibilidad de ofrecer soluciones, mediante el empleo de los llamados recursos de la lógica formal: el argumento *a contrario* y la aplicación de la analogía jurídica.

En cuanto a la costumbre, la gran mayoría de los comentaristas franceses —a decir de Géný— le niegan el carácter de fuente jurídica directa. Y respecto a la equidad, algunos se oponen enteramente al recurso a ella, por parte del juez, mientras que otros la admiten de algún modo.

Afirma Géný que aunque el método tradicional posee serias ventajas, adolece de graves defectos. Dicho método —dice— gira en torno a dos criterios fundamentales que constituyen otros tantos errores básicos: 1º El de que en una legislación (civil) codificada, toda decisión jurídica debe estar ligada directa o indirectamente a la ley; 2º. El de que la aplicación de los textos legales sólo puede realizarse mediante una lógica rígida, esencialmente deductiva, a partir de un número fijo de conceptos que rigen *a priori* la actividad legislativa. Contra el primer error, arguye Géný que el legislador

es humanamente incapaz de prever, para regularlas, todas las relaciones jurídicas; en cuanto al segundo, declara que no se opone a su uso, sino a su abuso: el abuso de querer encerrar *a priori* todo el sistema de derecho positivo dentro de un número limitado de categorías rígidas e inmutables, incapaces, por lo mismo, de acomodarse a las variadísimas exigencias de la vida. O como también dice Gény, lo que condena del método de los exégetas es que abstraen de la realidad ciertas relaciones para aprisionarlas luego en los moldes de una construcción especulativas, de donde resultan unas entidades arbitrarias, cuya lógica no consiste más que en el desarrollo autónomo de la construcción apriorística que sirvió para fabricarlas. Pero Gény insiste en que no desecha del todo dichas construcciones. Afirma que pueden ser de alguna utilidad, a condición de no ver en ellas más que meras hipótesis, susceptibles de adaptarse a los hechos y, en su caso, de ceder al fin práctico que las contradiga. A los anteriores reproches se suma el de que los exégetas han ocasionado el estancamiento del derecho, por cuanto a que incurren en el vicio de deformar las instituciones nuevas, a fin de hacerlas caber, *a fortiori*, en la cama de Procusto de las antiguas.

Gény coincide con la Escuela Exegética en que interpretar la ley consiste en buscar la voluntad del legislador, y llega a decir que la ley es un fenómeno psicológico. Añade que mientras se permanezca en la esfera de la interpretación propiamente dicha de la ley, aquella búsqueda debe hacerse sin prejuicios, v. gr., sobre lo que sería la norma ideal para el caso. Y después de reiterar que la ley es insuficiente frente a la complejidad de las relaciones humanas, propugna el recurso a otras fuentes jurídicas formales y, en defecto de ellas, a la "libre investigación científica".

En conexión con el problema de en qué momento ha de colocarse el intérprete para efectuar su labor, vienen a colación las ideas de la Escuela Histórica del Derecho, encabezada por Savigny y Puchta, quienes afirman que el derecho es una manifestación del espíritu popular (*Volksgeist*). Sostiene esta otra Escuela que en caso de conflicto entre voluntad del legislador —expresada en la fórmula legal— y el *Volksgeist*, éste debe prevalecer sobre aquélla.

Algunos sucesores de Savigny arguyen que la ley, una vez formulada, se desliga de su creador y deviene una entidad autónoma, lo que justifica, según ellos, el obtener del texto algo distinto de lo querido por el legislador.

A la cuestión planteada, Gény responde primero que la interpretación debe depender del momento de origen de la ley; pero poco después declara que si las circunstancias presupuestas por la ley cambian, ésta se modificará por sí misma y cesará de regir tal como fue formulada primitivamente.

Gény considera pueriles las distinciones entre la interpretación lógica y la gramatical; entre la letra de la ley y el espíritu de la misma. La única distinción que admite es la que hay entre la interpretación conforme al texto de la ley y la resultante de datos extrínsecos a ella. Sostiene que la ley no debe contraerse a las hipótesis concebidas por el legislador, sino que se debe considerar todo cuanto la misma lleva consigo; y, en fin, repite en gran medida a los exégetas, pero vuelve a apartarse de ellos en el punto tocante a la analogía jurídica. Dice que ésta no pertenece al campo de la interpre-

tación propiamente dicha de la ley y la traslada a la por él llamada "libre investigación científica".

Contrariamente al criterio de los exégetas en general respecto a la costumbre, la Escuela Histórica le rinde a la misma un culto entusiasta. Gény le reconoce a esa Escuela, entre otros méritos, el de haber destacado la función de la costumbre en la génesis del moderno derecho y, por su parte, defiende los títulos del derecho consuetudinario; en particular, arguye que ante la mencionada insuficiencia de la ley, la costumbre posee una necesaria misión, por lo menos para colmar las lagunas de aquélla. Trátase aquí de la costumbre *praeter legem*, cuya aplicabilidad se admite sin vacilación alguna. La dificultad surge tratándose de la costumbre *contra legem* (*consuetudo abrogatoria* y *desuetudo*). Gény afirma que no hay inconveniente en admitir las costumbres contrarias a la ley, cuando ésta simplemente suple la intención de las partes y admite ser derogada si se invoca el uso contrario; en cambio, le niega validez a las opuestas a la moral universal, a las bases esenciales de nuestra civilización. Pero hay leyes a las que se considera necesarias o útiles, independientemente de todo principio de orden fundamental. ¿Debe admitirse la costumbre contraria a estas últimas? Gény advierte que la solución a semejante problema depende del análisis del orden social respectivo, por lo cual no puede ser absoluta, y en conclusión sostiene que en las condiciones culturales de la actualidad conviene rechazar —con la excepción apuntada— la costumbre opuesta a la ley.

En cuanto a la autoridad y la tradición, Gény llega a la conclusión de que no son fuentes jurídicas formales; en la inteligencia de que esa conclusión versa sobre ciertas fases concretas de la historia de los derechos francés y alemán.

En sus desarrollos sobre la por él llamada "libre investigación científica", Gény se pronuncia contra la Escuela Clásica del Derecho Natural, pero subraya que a lo que se opone es a la concepción de esa Escuela sobre el derecho natural, no al derecho natural mismo. Y hace del recurso a éste un *principe*, de acuerdo con la naturaleza humana y el fin propio de ésta.

Ante la objeción de que la justicia absoluta proclamada por el iusnaturalismo no es objeto de ciencia, sino sólo de creencia, Gény declara, en suma —aunque con mucha indecisión—, que la verdad total se obtiene tanto por la ciencia como por la creencia. Y después de afirmar que bajo la noción de la justicia absoluta se ordenan varios principios, dice que entre ellos figura el que reconoce a todo individuo el derecho absoluto de obrar y emplear sus facultades, de acuerdo con la naturaleza humana y el fin propio de ésta.

Ocupase Gény del procedimiento de la analogía jurídica, a la cual le adjudica un papel básico dentro de la por él llamada "libre investigación científica". Ese procedimiento —dice— arraiga en un instinto profundo de la naturaleza humana: el de que a iguales situaciones deben corresponder iguales sanciones; y después de distinguir entre la *ocasio legis* y la *ratio legis*, subraya que en la segunda es en donde dicho procedimiento tiene su decisivo punto de apoyo.

Como otros medios del método por él preconizado, Gény recomienda el conocimiento del ambiente social respectivo en los aspectos político, eco-

nómico, religioso, etc.; y, en fin, propone el cultivo de la historia, la sociología y la filosofía, etc.

Son dos, fundamentalmente, las teorías que se han elaborado respecto a la interpretación de los contratos: la llamada teoría de la voluntad y la denominada teoría de la declaración de voluntad. La primera es la imperante en Francia, es la sustentada por todos los comentaristas franceses de renombre. Ha recibido su consagración clásica en el Código Napoleón, cuyos artículos 1156 y 1163 la adoptan en forma expresa. Los comentarios de Baudry Lacantinerie y Barde, así como de Laurent, especialmente al primero de dichos artículos, entrañan interés para nosotros porque la teoría de la voluntad es la acogida por nuestra legislación civil. Según dicha teoría —esquemáticamente presentada—, en caso de discordancia entre la voluntad y su expresión, aquélla debe prevalecer sobre ésta; en cambio, la teoría de la declaración de voluntad sostiene lo contrario. Esta última teoría es la sustentada, entre otros autores, por Saleilles y se la trató de introducir en el Código civil alemán (1900), ordenamiento que, por otra parte, estipula, en su párrafo 133, que "en la interpretación de una declaración de voluntad ha de investigarse la voluntad real y no atender al sentido literal de la expresión"; y tal párrafo tiene antecedentes en disposiciones que consagraban la teoría de la voluntad. Hay aquí un eclecticismo que hace caer a Danz en gruesas contradicciones. Así, dice, v. gr., que el Código civil (alemán) no exige en parte alguna tomar en cuenta —para la interpretación contractual— la voluntad interna; pero, por otra parte, el mismo Danz reconoce que dicho ordenamiento participa de la teoría de la voluntad.

Danz recomienda que para interpretar una declaración de voluntad deben tomarse en cuenta "las circunstancias del caso".

Para Enneccerus y Nipperdey, la voluntad "real" de que se habla en el aludido párrafo 133 es, sin duda alguna, la voluntad interna. Esos autores distinguen entre la declaración recepticia de voluntad y la no recepticia. La primera sólo se consuma cuando llega al destinatario y sólo se la puede aceptar con un sentido diferente del usual si el destinatario lo ha conocido. Esto es inaplicable a las declaraciones no recepticias, como el testamento. Sabido lo que quiso el *de cuius*, su voluntad debe ser respetada aunque la haya expresado en términos que se aparten del lenguaje ordinario.

Enneccerus y Nipperdey dicen, en fin, que el intérprete debe tener en cuenta, además del lenguaje, otros múltiples factores: el comportamiento del declarante y, en su caso, del receptor, la condición económica de ellos, etc.

En nuestros Códigos de 70 y 84, así como en nuestra Constitución (artículo 14) y en el Código de 28, se adopta el método clásico de la interpretación legislativa.

En cuanto a la costumbre, entre nosotros sólo se la toma en cuenta para la solución de las contiendas jurídicas cuando la ley le asigna ese papel. En los tres referidos Códigos civiles se excluye la costumbre *contra legem*.

Con motivo de que en esos mismos ordenamientos, así como en nuestra Constitución vigente, se hace mención de "los principios generales del derecho", me vi obligado a ocuparme de ellos en la presente tesis. Según la doctrina italiana, dichos principios se obtienen por un procedimiento de "gene-

realización creciente", el cual consiste en ir ascendiendo progresivamente desde las prescripciones particulares hasta preceptos cada vez más generales.

Para Del Vecchio los principios generales del derecho son de derecho natural, y este criterio es compartido por García Máynez.

El Código de 28 adopta el sistema de la voluntad interna, reproduciendo en sus artículos del 1851 al 1857, inclusive, varios de los del Código español, que han sido comentados por Manresa.

Borja Soriano sigue la vía consistente en presentar dichos artículos del Código de 28, acompañándolos de fragmentos de los comentarios de Manresa al articulado análogo del Código español. Como esa vía me pareció correcta, me permití imitarla.

El artículo 1851 —1282 del Código español— consagra la teoría de la voluntad y postula la sujeción a los términos del contrato en el caso en que éstos sean claros y no dejen duda respecto a la intención de las partes. Al comentar la prescripción análoga del Código español, Manresa despliega el sentido de la misma. En principio se da, en efecto, la primacía a dicha intención. Pero como hay la preocupación por la certeza en los compromisos contractuales, dispónese que cuando los términos son claros se los debe acatar. Para poder prevalecer sobre éstos, la intención deberá ser evidenciada por cualquiera de los medios de prueba y producir, así, en el juzgador una convicción inequívoca.

Conforme al artículo 1852 —1283 del Código español— los efectos contractuales no deben extenderse —cualquiera que sea la generalidad de los términos— a cosas y casos diversos de aquéllos sobre los que las partes se propusieron contratar. Aquí se insiste en el principio propio de la teoría de la voluntad. No ofrece dificultad —comenta Manresa— la inteligencia de la palabra cosas. En cuanto a la palabra casos —añade—, designa los supuestos u ocasiones condicionantes de las consecuencias contractuales.

Dispone el artículo 1853 —artículo que se tomó del 1284 del Código español—, que cuando una cláusula admite diversos sentidos deberá entenderse en el más apropiado para que produzca efectos. Según el comentarista de la ley española, existe la suposición de que los contratos se celebran con algún fin, por lo cual la ineficacia no puede ser la solución preferida por el derecho. El precepto puede tener las aplicaciones de que habla Manresa, pero —como dice este mismo autor— ello no implica que siempre haya de suponerse eficaz a toda cláusula, pues la ley no ampara estipulaciones manifiestamente ociosas o viciadas.

El artículo 1854 —1285 del Código español— consagra la regla de la interpretación sistemática al establecer que las cláusulas contractuales deben interpretarse combinándolas entre sí, asignando a las dudosas el sentido resultante del conjunto de todas. Observa el comentarista español que si el contrato persigue un fin, debe tener sus cláusulas ordenadas entre sí y en relación con ese fin. No todas tienen igual importancia; algunas son básicas y en torno a ellas debe girar la interpretación. Y aquí surge una restricción al artículo anterior: no debe aplicarse cuando el hecho de infundirle eficacia a una cláusula traiga como resultado la contradicción con dichas cláusulas básicas, pues entre la eficacia del contrato y la de la cláusula, prevalece el primero.

En vista de que las palabras pueden tener diversas acepciones, el artículo 1855 —1286 del Código español— preceptúa que deberán entenderse en el sentido más acorde con la naturaleza y el objeto del contrato. A juicio de Manresa la naturaleza del contrato significa aquí la indole general del mismo, así como el objeto alude más bien al propósito particular de los contratantes.

Al establecer el artículo 1856 —1287 del Código español— que en la interpretación contractual se tendrán en cuenta el uso o la costumbre del país, es obvio que la palabra "país" se emplea como sinónima de "lugar". Pero el lugar de la residencia de los contratantes puede diferir de aquél en que se localiza la cosa; el de la celebración puede ser distinto al del cumplimiento. Manresa considera que el de la residencia de las partes tiene escasa influencia, mientras que el de la ubicación de la cosa —especialmente tratándose de inmuebles— puede ser decisivo.

En caso de ser absolutamente imposible —dispone, en fin, el artículo 1857 (1289 del Código español)— resolver las dudas mediante los artículos anteriores, cuando ellas atañan a circunstancias accidentales del contrato se resolverán: si fuere gratuito, en favor de la menor trasmisión de derechos e intereses; si oneroso, en favor de la mayor reciprocidad posible. Si las dudas conciernen al objeto principal del contrato, éste será nulo. En su comentario a la prescripción respectiva del Código de su país, el multi-citado autor español hace un análisis de las posibilidades que en la misma se mencionan.

CONCLUSIONES

Primera. Gény acierta cuando rechaza el dogma de la omnipotencia legislativa, sustentado por la Escuela exegética. Al fundar ese dogma, Blondeau incurre en una parte por el todo. Incluso en regímenes republicanos hay otras fuentes jurídicas formales diversas de la ley (costumbre —como fuente autónoma— y precedentes judiciales).

Segunda. En tales regímenes, incluso es posible que se forme una costumbre *contra legem*. Al ocuparse Gény del problema de la concurrencia de la ley y la costumbre, concluye rechazando dicha clase de costumbre, pero advierte juiciosamente que el problema no es susceptible de resolverse en términos absolutos.

Tercera. Gény tiene razón en repudiar los procedimientos especulativos y metafísicos del método exegético, a los que llama "abusos lógicos" de ese método.

Cuarta. Pero no es que tales procedimientos sean un abuso de la lógica; más bien son simplemente el uso de una lógica formal y especulativa, revuelta con metafísica. En todo caso son decididamente inadmisibles.

Quinta. Al decir Gény que retiene los repetidos procedimientos a título de hipótesis capaces de influir en la práctica jurídica, creo que está revolviendo la teoría con la práctica.

Sexta. Acierta Gény cuando reprocha a los exégetas que estiran o mutilan las instituciones nuevas para hacerlas caber, a *fortiori*, en la cama de Procusto de las antiguas.

Séptima. Por lo demás, ese vicio no es exclusivo de los exégetas, sino que se halla harto arraigado en los civilistas. ¿No se ha querido ver en la expropiación por causa de utilidad pública una compraventa forzosa?

Octava. Allí donde el método exegético identifica a la ley con la voluntad del legislador, incurre en lo que he llamado el psicologismo legislativo, el cual es refutado de modo aplastante por Kelsen; refutación aplicable también a Gény.

Novena. Las voliciones psíquicas pertenecen al campo del ser —del ser causal—, mientras que la ley, como norma, pertenece al del deber ser. Pero el deber ser no es inferible del ser. Pretender fundamentar a la ley en la voluntad del legislador comporta una impureza metódica, con todo acierto combatida por Kelsen.

Décima. Aunque en el derecho los hechos psíquicos no son lo fundaméntante, pueden ser lo fundamentado, pueden ser contenido del derecho.

Decimaprimera. En regímenes que consagran el método clásico de la interpretación legislativa —caso en el cual se encuentra nuestro derecho—, como quiera que la voluntad del legislador es un contenido posible del precepto legal, el intérprete debe acatarla.

Decimasegunda. Y si esa voluntad es oscura o confusa, el intérprete debe esforzarse por averiguarla, como un medio para determinar el sentido de la propia ley, lo que ella establece como debido.

Decimatercera. Para el efecto de que se habla en la conclusión inmediata anterior, el intérprete puede acudir a los antecedentes históricos, a los trabajos preparatorios, etc., así como a los varios recursos de la interpretación lógica, aunque tomando en cuenta —a título de "opiniones de calidad"— las reservas y restricciones que los exégetas hacen al respecto.

Decimacuarta. Las consecuencias contractuales pueden ser debidas aunque no sean queridas, lo cual prueba una vez más que el *ius* es independiente de la *psyche* e irreductible a ésta.

Decimaquinta. La intención de que se produzcan dichas consecuencias puede no existir, pero, desde luego, puede existir. Sin embargo, ni en el último caso puede ella ser el fundamento de validez de los contratos. La voluntad de las partes sólo puede crear derecho cuando y en la medida en que la ley así lo establece.

Decimasexta. El legislador supone que normalmente las partes quieren las consecuencias contractuales, y bajo ese supuesto dispone —en regímenes como el del Código Napoleón o el nuestro— que en la interpretación contractual debe tomarse en cuenta, sobre todo, ese querer.

Decimaséptima. Obviamente, un sinnúmero de intenciones no caen dentro de aquéllas que el legislador se propuso proteger y el juez las considerará irrelevantes.

Decimaoctava. Cuando se plantea, respecto a un determinado contrato, una discrepancia entre la voluntad y su expresión, el juez decide si la intención es o no de aquéllas que el legislador se propuso proteger.

Decimanovena. Si resuelve lo primero, deberá —en regímenes como el del Código Napoleón o el nuestro— poner la voluntad por encima de la expresión.

Vigésima. Pero si el legislador dispone que la voluntad debe postergarse a la expresión, el juez deberá poner a ésta por encima de aquélla.

Vigesimaprimera. Si el legislador no ha resuelto la cuestión, entonces es al juez a quien compete decidirla.

Vigesimasegunda. El método objetivo de la interpretación contractual es el consagrado por el derecho positivo: por el legislador o, en su defecto, por el juez. Esta es la solución kelseniana y a ella me adhiero.

Vigesimatercera. Pero semejante solución de Kelsen no es congruente con la que sostiene respecto a la interpretación legislativa.

Vigesimacuarta. Tratándose de la segunda, dice que no hay para ella un método objetivo; que en el caso, v. gr., de una discrepancia entre el texto

legal y la voluntad del legislador, no hay un criterio objetivo para resolver esa discrepancia y el juez es libre para elegir entre uno u otra.

Vigesimaquinta. Pero en lo anterior yerra Kelsen. En el caso de la mencionada discrepancia, no es correcto sostener *sic, simpliciter*, que el juez es libre para elegir entre el texto legal y la voluntad del legislador; antes bien, ello depende del ordenamiento jurídico de que se trate.

Vigesimasexta. En regímenes que consagran el método clásico de la interpretación legislativa —como el nuestro— no es cierto que en caso de discrepancia entre el texto legal y la voluntad del legislador pueda el juez elegir *a piacere* entre uno y otra, sino que más bien debe atenerse a la segunda.

Vigesimaséptima. Resulta infundada la pretensión de que sólo uno de los aludidos métodos conduce a la interpretación justa del contrato.

Vigesimaoctava. Esa pretensión está determinada por juicios subjetivos de valor: si se estima, v. gr., que el individuo —especialmente su libertad— es lo más importante, se sostendrá la teoría de la voluntad.

Vigesimanovena. Los expuestos comentarios de Baudry Lacantinerie y Barde, así como los de Laurent, pueden valer como "opiniones de calidad".

Trigésima. Danz comete tan gruesas contradicciones que su teoría acaba por autodestruirse.

Trigesimaprimera. Sin embargo, sus consideraciones sobre "las circunstancias del caso" pueden valer a título de "opiniones de calidad". Otro tanto cabe decir de la distinción de Enneccerus y Nipperdey entre las manifestaciones recepticias de voluntad y las no recepticias.

Trigesimasegunda. Y también como "opiniones de calidad" pueden valer los comentarios de Manresa al articulado respectivo del Código Civil español; ello sin perjuicio de las observaciones hechas a algunos de esos comentarios.

Trigesimatercera. Gény dice que la interpretación legislativa debe hacerse sin prejuicios, pero esto huelga decirlo, pues es obvio.

Trigesimacuarta. Gény se contradice al ocuparse de la cuestión de en qué momento debe situarse el intérprete para efectuar su labor.

Trigesimaquinta. El *Volksgeist* de que habla la Escuela Histórica del Derecho es una hipóstasis mística y metafísica.

Trigesimasexta. El iusnaturalismo implica contradicciones insalvables. Es falso el iusnaturalismo: lo es el iusnaturalismo en general y el de Gény en particular.

Trigesimaséptima. No hay tal derecho natural; lo que hay es una abigarrada variedad de doctrinas iusnaturalistas, entre las cuales la de Gény es una de tantas, desprovista de originalidad y bastante débil.

Trigesimaoctava. Cabe distinguir —como hace Gény— entre la interpretación jurídica y el método de la analogía jurídica.

Trigesimanovena. En cuanto a los otros medios de "la libre investigación científica", la ley puede —expresa o tácitamente— autorizar al juzgador a servirse de cualquiera de esos medios.

Cuadragésima. Al desarrollar su concepción sobre "los principios generales del derecho", Del Vecchio cae en toscas contradicciones.

Cuadragésimaprimerá. Los principios generales del derecho son exclusivamente de derecho positivo.

Cuadragésimasegunda. Zitelmann sostiene que allí donde se habla de la ausencia de una norma para la solución de un determinado caso, no es —en realidad— que no haya la norma, sino que a la existente se la considera injusta o inoportuna. En esto y en otros puntos, Kelsen repite a Zitelmann.

Cuadragésimatercera. Kelsen concluye que el juez hace siempre aplicación de derecho: si da la razón al actor, aplica la norma que impone la obligación al demandado; si rechaza la demanda, aplica la regla según la cual todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido.

Cuadragésimacuarta. Creo que independientemente del juicio que pueda recaer sobre la anterior tesis kelseniana, no hay lagunas en el derecho; es decir, independientemente de que pueda haberlas en la ley o no, no las hay en el derecho.

OBRAS CONSULTADAS

- AUBRY y RAU. Curso de derecho civil francés.
- BAUDRY LACANTINERIE y BARDE. Tratado teórico y práctico de derecho civil.
- BONNECASE. La escuela de la exégesis en derecho civil.
- BONNECASE. Suplemento al tratado teórico y práctico de Baudry Lacantinerie y colaboradores.
- BORJA SORIANO. Teoría de las obligaciones.
- CELICE. El error en los contratos.
- COLIN y CAPITANT. Curso elemental de derecho civil.
- CUNHA GONCALVES. Tratado de derecho civil, con comentarios al código civil portugués.
- DANZ. La interpretación de los negocios jurídicos.
- DEL VECCHIO. Los principios generales del derecho.
- DEMOLOMBE. Curso sobre el código Napoleón.
- ENNECCERUS y NIPPERDEY. Tratado de derecho civil.
- GARCIA MAYNEZ. Introducción al estudio del derecho.
- GENY. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo.
- KELSEN. El contrato y el tratado.
- KELSEN. La idea del derecho natural y otros ensayos.
- KELSEN. Teoría general del derecho y del estado.
- KELSEN. Teoría general del estado.
- KELSEN. Teoría pura del derecho.
- LAURENT. Principios de derecho civil.
- MANRESA. Comentarios al código civil español.
- MARCADE. Explicación teórica y práctica del código civil.
- MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes.
- PLANIOL, RIPERT y ESMEIN. Tratado práctico de derecho civil francés.

- POTHIER. Tratado de las obligaciones.
- RABASA. El derecho angloamericano.
- SALEILLES. De la declaración de voluntad.
- SAVIGNY. De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho.
- SAVIGNY. Tratado de derecho romano.
- SAVIGNY. Sistema de derecho romano actual.
- TUNC. El derecho de los Estados Unidos de América.
- ZITELMANN. Las lagunas del derecho.

I N D I C E

PREFACIO	17
----------------	----

CAPÍTULO I

EL METODO INTERPRETATIVO DE LA ESCUELA EXEGETICA Y SU CRITICA POR GENY

1. <i>Teoría de la escuela exegetica sobre la interpretación jurídica</i>	19
2. <i>Resumen de la crítica de Gény a la escuela exegetica</i>	26

CAPÍTULO II

LA INTERPRETACION JURIDICA Y LA LIBRE INVESTIGACION CIENTIFICA, SEGUN GENY

1. <i>La interpretación de las fuentes jurídicas formales</i>	31
A. La ley	31
B. La costumbre	35
C. Autoridad y tradición	37
2. <i>La libre investigación científica</i>	38
A. El iusnaturalismo de Gény	38
B. La analogía dentro de la libre investigación científica	40
C. Otros medios de la libre investigación científica	42

CAPÍTULO III

DOCTRINAS SOBRE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

1. <i>Teoría de la voluntad</i>	43
2. <i>Teoría de la declaración de voluntad</i>	46
3. <i>Criterio de Danz</i>	47
4. <i>Criterio de Enneccerus y Nipperdey</i>	49

CAPÍTULO IV

LA INTERPRETACION LEGAL Y CONTRACTUAL EN NUESTRA LEY CIVIL Y LEGISLACIONES CONEXAS

1. <i>Los códigos de 70 y de 84</i>	51
2. <i>Nuestra constitución y nuestro código civil vigentes</i>	52
3. <i>Los principios generales del derecho</i>	54
4. <i>La interpretación de los contratos en los códigos de 84 y de 28</i>	56
A. <i>El código de 84</i>	56
B. <i>El código de 28</i>	56
a. <i>La buena fe</i>	56
b. <i>Reglas para la interpretación de los contratos</i>	57

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES CRITICAS SOBRE EL TEMA ESTUDIADO

1. <i>Revisión del alegato de Gény contra la escuela exegetica</i>	63
2. <i>La confusión psicologista del método exegetico y ponderación de las reglas del mismo</i>	66
3. <i>Crítica de las teorías sobre la interpretación contractual</i>	69
4. <i>Crítica de las ideas de Gény sobre la ley y su interpretación</i>	74
5. <i>Réplica a la escuela histórica del derecho</i>	76
6. <i>Réplica al iusnaturalismo de Gény</i>	77
7. <i>Réplica a la concepción de Del Vecchio sobre los principios generales del derecho</i>	79
8. <i>Criterio del sustentante sobre los principios generales del derecho</i>	80
9. <i>Crítica de la concepción tradicional de las "lagunas del derecho"</i>	81
RESUMEN	85
CONCLUSIONES	91
OBRAS CONSULTADAS	95
INDICE	97