

pleados en el estudio del derecho privado y público —que *Ihering* denomina el “alfabeto jurídico”— y que permiten al jurista adquirir los instrumentos adecuados para dominar la multitud y variedad de los fenómenos jurídicos.

- b) Enseguida, la ciencia del derecho se justifica también en razón de la sistematización a la que llega, sin detenerse, por tanto, en una masa amorfa de conocimientos.¹⁸⁶ Por el contrario, ésta se eleva a los principios generales, los cuales, a su vez, en el nudo de las controversias, presentan la aptitud necesaria para suministrar rápidos medios de solución. En definitiva, y según lo escribiera *Francesco Ferrara*, mediante su auxilio el jurista estará en condiciones de «dominar el derecho y ser su noble intérprete y su órgano productor.»
- c) Por último, la ciencia jurídica nos permite alcanzar ese conjunto de predisposiciones y actitudes que constituye la mentalidad jurídica, el criterio jurídico y la habilidad técnica del jurista. En este sentido, una supresión de la dogmática sería equivalente a una derogación de todas las gramáticas, sintaxis y diccionarios de una lengua.

4. HERMENÉUTICA JURÍDICA, “SENTIDO” DE LA LEY Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Conforme lo enseña Tomás de Aquino, es frecuente que los nombres hayan sido desviados de su primitiva asignación, para significar otras cosas. El nombre de “medicina”, por ejemplo, se usó primitivamente para designar el medicamento que se aplica al enfermo para curarle; después pasó a significar el arte de curar. Así también, el vocablo “derecho” originalmente se empleó para significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se

¹⁸⁶ En lo que respecta a su origen, parece indudable que la ciencia jurídica ha nacido como un producto europeo. Ya en la labor de los *glosadores* es posible advertir la existencia de un trabajo propiamente científico. De hecho, bajo el influjo de la escolástica temprana, aquéllos no se limitaron a una tarea exegética siguiendo el orden legal, sino que crearon obras de innegable porte sistemático, procurando comprender exhaustivamente las reglas autoritarias del *Corpus iuris*, y dándoles un orden que permitiera insertarlas en un «sistema». LEGAZ Y LACAMBRA, op. cit., pág. 35.

otorga el derecho, como cuando se dice que alguien “comparece en derecho”; finalmente es llamada también derecho la sentencia dada por aquél a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo (*Suma Teológica II-II Q. 57 a. 1 ad. 1*).¹⁸⁷ Con respecto a esta última acepción, bien vale la pena echar una mirada a lo que ha sido el rol y significación atribuidos a la función jurisdiccional en distintas etapas de la historia, particularmente en lo atinente a las relaciones entre la judicatura y la ley, lo que a su vez nos permitirá contar con un mejor criterio de aproximación a lo que, en nuestra opinión, debiera ser la actitud de los jueces —nuestros jueces— en materia de interpretación jurídica y aplicación de los principios generales que son objeto de este estudio. Para ello, qué mejor que recurrir al análisis de nuestro más preclaro romanista e historiador del Derecho, el profesor *Guzmán Brito*.

Primeramente, nos muestra este autor que si bien la antigua Roma tiene presente el principio de subordinación del juez a la ley, este principio tiene un alcance muy diverso del que hoy día presenta entre nosotros, aun cuando en ocasiones su aplicación deviniera en un excesivo rigor. En efecto, dado que el jurista romano sólo excepcionalmente se enfrentaba con leyes reguladoras de lo jurídico, no era extraño el que las aplicara tal cual eran, porque presumía que los efectos que de ello se seguían eran específicamente queridos y, además, previstos por el legislador con miras a modificar un determinado comportamiento ciudadano. Más tarde, durante el derecho medieval, el magistrado se encontrará ante un cuerpo de derecho preferentemente jurisprudencial (*Corpus Iuris*), el cual le ofrece un amplio marco de posibilidades, fruto a su vez de una acabada discusión de casos concretos y exposición de opiniones. Sin embargo, sólo idealmente el *Corpus Iuris* era la ley aplicable, ya que en la práctica se hacía imposible su utilización por el juez si no hubiera contado, a su vez, con un intermediario: los glosadores y comen-

¹⁸⁷ CONTARDO, op. cit., pág. 447. Cabe recordar, de otra parte, que según expresa el Magisterio de la Iglesia, «la figura del Aquinate desborda el contexto histórico y cultural en que se movió, situándose en un plano de orden doctrinal que trasciende las épocas históricas transcurridas desde el siglo XIII hasta nuestros días». Todavía más, «en el Tomismo se encuentra, por así decir, una especie de Evangelio natural, un cimiento incomparablemente firme para todas las construcciones científicas, porque el Tomismo se caracteriza ante todo por su objetividad; las suyas no son construcciones o elevaciones del espíritu puramente abstractas, sino construcciones que siguen el impulso real de las cosas... Nunca decaerá el valor de la doctrina tomista, pues para ello tendría que decaer el valor de las cosas». En suma, «la Iglesia, para decirlo brevemente, convalida con su autoridad la doctrina del Doctor Angélico y la utiliza como instrumento magnífico, extendiendo de esta manera los rayos de su Magisterio al Aquinate, tanto y más que a otros insignes Doctores suyos». S.S. PAULO VI, “*Santo Tomás de Aquino, Luz de la Iglesia y del Mundo*”. Carta de su Santidad citada en la bibliografía de esta obra.

taristas. Y es por esta razón que también el derecho medieval puede ser calificado como un «derecho de juristas», a pesar de la subordinación que, al menos formalmente, tenía el juez respecto de la ley. Posteriormente, con el advenimiento de la “modernidad”, la sujeción del juez romano y medieval a la ley, más aparente que real según lo visto, fue reemplazada por una sumisión a una ley totalizadora, ley en el sentido que en nuestros días se le asigna a esta palabra y que encuentra su máximo exponente en la *escuela de la exégesis*, la cual, como sabemos, hizo de este “dogma” el centro de su actividad.¹⁸⁸

Concluye Guzmán preguntando y, a la vez, respondiendo, la siguiente interrogante: ¿Cuál es la gran diferencia entre el modo de enfrentar su sino los antiguos, e incluso los medievales, y el modo de hacer lo propio la época que vivimos? Precisamente éste: que mientras aquellos concibieron su ciencia como un sistema abierto, que en definitiva correspondía al juez cerrar, nosotros la concebimos como un sistema cerrado que como tal es entregado al juez. No obstante la evidente verdad que encierra esta proposición, veamos hasta qué punto ella es efectiva y cuánta de su fuerza aún se conserva en nuestro medio.¹⁸⁹

El tema planteado nos exige, primeramente, formular algunas consideraciones generales en torno a la *interpretación*, la cual, en todas las épocas, con mayor o menor énfasis, ha ocupado un lugar preferente en el ámbito de la ciencia jurídica. Sin embargo, en los tiempos actuales la relevancia asignada al fenómeno hermenéutico se ha transformado, quizás como nunca, en el *leit motiv* de la discusión filosófica, atravesando transversalmente todos los cam-

¹⁸⁸ Sobre este particular puede verse el artículo de este autor titulado «La función jurisdiccional...», del cual extractamos algunas de estas ideas y que se cita en la bibliografía de esta obra.

¹⁸⁹ Otra visión histórica que contribuye a explicar la evolución que experimentó el modo de concebir la ley puede leerse en las reflexiones de Legaz y Lacambra en torno a la forma en que los juristas comenzaron a aproximarse al *Corpus Iuris*. Aunque careciendo, a nuestro juicio, de las atinadas sutilezas que destacan en el análisis de Guzmán Brito, nos señala este autor que si bien en su origen se pretendió que aquél fuera un libro dogmático e inalterable, que debía ser venerado y observado, seis siglos después, en virtud de la Recepción, que empieza con la Escuela de Bolonia, dicho cuerpo normativo termina por erigirse en un dogma para todos los juristas. «Y cuando la letra del mismo fue sustituida por los Comentarios, éstos fueron los que adquirieron el rango de dogmas jurídicos. Entonces, la *opinio iuris* se convirtió en *dogma iuris*. Más tarde, cuando el jurista ya no podía pensar que actuaba *ex auctoritate Imperatoris*, buscó el refuerzo de la imperatividad estatal. El Estado terminó por ser el creador del dogma; la *lex* absorbió enteramente al *jus* y el jurista se convirtió en legista». LEGAZ Y LACAMBRA, op. cit., pág. 36. En otro de los pasajes de su obra, el mismo autor concluye que la vigencia autoritaria del *Corpus Iuris* hizo abstracta y racionalista a la ciencia jurídica, mientras que antes el jurista extraía la regla del caso concreto, según la conocida fórmula: *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat* (D. 50, 17, 1). Asimismo, el fenómeno del Estado moderno facilitó la función del legista, el cual se convierte en aliado del Príncipe contra las pretensiones de la nobleza y de la Iglesia. La unidad política, en consecuencia, vino a favorecer la unidad jurídica, pasando el legista a ser el *órgano* de esta unificación (págs. 39 y 40).

pos del pensamiento. En este sentido, su análisis y tratamiento desde y hacia la órbita del Derecho constituye sólo una de las tantas manifestaciones que cabe reconocer en esta nueva tendencia.

Desde la perspectiva jurídica, prácticamente han sido abandonadas todas aquellas formas de aproximación al problema fundadas de un modo exclusivo en la aplicación de la norma como *subsunción*, modelo seguido por las corrientes clásicas y que, sobre la base de un proceso de silogismo infalible, suponía atribuir a la función judicial los caracteres propios de un automatizado procesador de conceptos.¹⁹⁰ Tales posiciones son, más tarde, superadas con la teoría de *Kelsen*, quien critica abiertamente el método del silogismo jurídico y, por ende, la posibilidad de que la decisión judicial pueda ser deducida o inferida simplemente a partir de unas ciertas premisas, sin considerar, al mismo tiempo, que se requiere un acto de voluntad del intérprete para escoger entre una de las posibles soluciones a que dicho proceso cognoscitivo conduce.¹⁹¹ Por otra parte, hace ver Quintana Bravo que, en general, las doctrinas revisionistas del modelo clásico de la aplicación llevan a estimar que ésta se halla inserta en una actividad funcional, que no puede separarse de los seres humanos. «Aun cuando puede hablarse de órganos de aplicación del Derecho, el funcionario en quien recae la tarea aplicadora, es un ser vivo. Por eso, tiene lugar el desplazamiento en la aplicación de las instituciones o entidades formales a los seres humanos. El centro de interés lo constituye ahora la actividad racional, la lógica de los raciocinios y de la decisión, la estrategia en la adopción de opciones, la actitud, la decisión espiritual, que exhiben las diferentes posiciones que se ventilan en la esfera práctica».¹⁹²

¹⁹⁰ «Esta postura se conecta con el positivismo jurídico de la primera mitad de este siglo, especialmente, pues adapta a sus fines el esquema de la estructura de la norma jurídica que se desarrolla en los teóricos del positivismo, con lo cual se produce una superposición, en que los planteamientos de la Escuela de la Exégesis y las tesis positivistas van a coincidir». QUINTANA BRAVO, «Bases para...», pág. 424.

¹⁹¹ «No hay tal deducción, pues la producción de la norma inferior o la realización de los actos finales de cumplimiento son propios de la voluntad, como ya lo venía señalando en su obra anterior. No se desconoce, según se advierte, que la naturaleza de la interpretación sea de carácter cognoscitivo, pero como quiera que la interpretación conduce no a una sola solución, a un conocimiento único, sino a varias posibilidades, quedando abierto un conjunto de opciones posibles, se requiere de un acto de voluntad para optar entre alguna y convertirla en una norma inferior singular, que sería el equivalente a la conclusión del pretendido silogismo jurídico». Ib. Id., pág. 428.

¹⁹² Ib. id., pág. 434. «Kelsen vio la relación de lo general y lo singular en términos de poder. La regla o norma general es un marco que admite varias opciones intelectuales, pero para producir la regla singular del caso hay que volver al fenómeno que para él es determinante: el poder, en cuya realidad está la manifestación de voluntad de un ser humano concreto. Pero esto es desviar el problema a otro terreno. Voluntad y razón se conjugan, y por eso no puede producirse el fenómeno que señala. El mundo práctico, en general, requiere de una armónica conjugación de voluntad

Entre las más actuales tendencias que se han planteado para abordar la materia destaca la llamada visión hermenéutica de la aplicación del Derecho. Ésta, según veremos, ofrece diversos puntos de contacto con nuestra propia concepción acerca del Derecho, de una u otra manera expuesta en los capítulos que preceden. Un muy interesante trabajo de *Patricia Moya* explica la tensión entre la teoría y la praxis en la adquisición de la virtud desde la óptica aristotélica, pero teniendo en cuenta el análisis que realiza a estos respectos *Gadamer* en sus obras *Verdad y Método I y II*. Para este último, «la ética aristotélica constituye un aporte para el problema hermenéutico, particularmente en el caso de la aplicación, pues la ética pone de relieve la tensión entre lo general y lo particular y hace necesaria la aplicación de la ley a la situación concreta, lo cual constituye en cierto modo una corrección de la ley».¹⁹³ Ocurre, así, que para la visión hermenéutica «el objeto del conocimiento jurídico no es la sola regla abstracta y en ese carácter, sino en su posibilidad de relacionarse con un caso determinado ... Mientras la Escuela de la Exégesis privilegiaba la literalidad (*littera*), tratando de mostrar que la sola letra basta, y que ella por sí misma podía ofrecer un conocimiento completo, en una visión hermenéutica se plantea esto otro: que la interpretación (conocimiento) y la aplicación no son operaciones o procesos independientes y separados, sino se interrelacionan, para producir la regla del caso».¹⁹⁴ Como se apreciará, semejante tesis, sostenida ahora con la complicidad de uno de los más fieles exponentes del pensamiento actual, dista con mucho de las concepciones *kelsenianas*

y razón. El sentido mismo de la racionalidad depende de esto. Es cierto que el principio racional para hacerse realidad práctica requiere de un acto de voluntad, pero esto no significa subordinar la razón a la voluntad". (pág. 436).

¹⁹³ MOYA, «*La Tensión entre ...*», pág. 69. «La ética aristotélica tiene en común con la conciencia hermenéutica la tarea de la aplicación que es la dimensión problemática central de la hermenéutica. Esta tarea aristotélica se revela, para Gadamer, plenamente actual para el tema de la hermenéutica y, como ya hemos señalado, esclarecedora de conceptos hermenéuticos fundamentales como son el aplicar y el comprender. Esto se ve en la comprensión aristotélica del saber ético, que es saber sólo en la medida en que pueda aplicarse a un situación concreta; un saber general acerca de la acción humana carecería de sentido por sí mismo y, más aún, ocultaría las exigencias concretas que emanan de una determinada situación si no fuera posible concretarlo por referencia a ella». (pág. 71).

¹⁹⁴ QUINTANA BRAVO, «*Bases para ...*», pág. 435. «Las leyes normalmente se expresan en fórmulas generales, por lo cual siempre se planteará la duda de si algún caso en especial queda o no comprendido en sus términos. Pertenece a la "naturaleza de la cosa práctica", como señalaba Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*, que lo general y lo singular se encuentren en una tensión dialéctica compleja, que no puede resolverse mediante operaciones puramente lógicas o mecánicas». Por tanto, de acuerdo con la perspectiva que comentamos «no hay un conocimiento abstracto que después se concreta, sino se van dando en procesos complejos y graduales las distintas dimensiones. Se busca rescatar el carácter práctico del conocimiento jurídico, sin desconocer todos aquellos aspectos puramente teóricos que se hacen presente». (pág. 436).

que hasta hace muy poco tiempo se jactaban de su primacía en el campo de la teoría jurídica.

Como es sabido, dentro de las distintas clases de interpretación lo está aquella entregada a los jueces, quienes tienen por misión fundamental «*decir el Derecho*» para el caso concreto que les correspondía conocer.¹⁹⁵ Para este efecto, y de manera especial en ordenamientos como el nuestro, será preciso, primeramente, interpretar la ley, lo que se traduce en determinar su sentido y alcance en relación con la situación particular objeto de juzgamiento. En otras palabras, será menester realizar un acto cognoscitivo, de efecto normativo, cuya finalidad es obtener, a partir del texto legal, una regla aplicable a una situación fáctica particular que mantenga la identidad del *sentido* de la norma que fundamenta la decisión.¹⁹⁶ Existe, así, «una tensión entre la generalidad de la legislación vigente y la singularidad del caso que debe ser resuelta por el que aplica la ley para que realmente se dé la justicia. Según esto toda ley debe ser interpretada creando una nueva realidad, del mismo modo que toda interpretación artística es siempre una nueva creación». Incluso si se repara, junto con *Gadamer*, en la evolución que ha sufrido el término "jurisprudencia", concluiremos que en un primer período se utiliza en el sentido que indica su propia significación literal: "prudencia jurídica" y que evoca el legado de la filosofía práctica aristotélica que tiene como virtud principal de la racionalidad práctica a la prudencia. No obstante, a fines del siglo XIX aquella pasa a ser sustituida por la llamada "ciencia del derecho" —expresión tan socorrida por muchos de nuestros académicos del Derecho— que indica la pérdida de la peculiaridad metodológica del saber jurídico y su reemplazo por una concepción racionalista.¹⁹⁷

Sin perjuicio de que ahondaremos más sobre el punto, desde ya adelantamos nuestra adhesión a la tesis para la cual aún el texto legal más "claro"

¹⁹⁵ En su obra «*Instituciones de Derecho Romano*», el redactor de nuestro Código Civil, sin duda inspirado en la desconfianza con que el racionalismo decimonónico miraba a los jueces, a diferencia del culto irrestricto que profesaba a la «omnipotencia» y «majestad» de la ley, define la jurisprudencia en términos bastante más restrictivos, silenciando en general las referencias o comentarios a la Justicia y el Derecho, aunque, como advertimos en otras notas del presente trabajo, no desconoce la primacía de un derecho anterior al Estado. Así, entiende la jurisprudencia como «la ciencia que enseña a conocer, interpretar y aplicar las leyes». Citado por HANISCH, op. cit., pág. 240.

¹⁹⁶ NÚÑEZ, op. cit., pág. 894. La interpretación judicial supone, primero, aplicar el Derecho, es decir, llevar a cabo un acto o proceso intelectual por el cual se establece una relación de correspondencia entre una regla jurídica y un caso singular. QUINTANA BRAVO, «*Bases para ...*», págs. 421 y 422.

¹⁹⁷ MOYA, «*La Tensión entre ...*», pág. 73.

necesita de la interpretación,¹⁹⁸ no sólo porque el lenguaje requiere siempre una interpretación racional, y más si se trata de lenguaje técnico, sino porque es necesario —como nos advierte *De Castro*— averiguar su *sentido normativo*. Por lo mismo, si al formularse una ley se lograra expresar su fin de modo perfecto, podría parecer que a la ciencia jurídica ya nada le cabe hacer. Sin embargo, una tal conclusión no pasaría de ser una mera ilusión desde el momento que el sentido de una ley no está creado sólo por ella, sino que resulta de su puesto y ubicación en el ordenamiento. Y debe advertirse también que esa situación y sentido tampoco son fijos o invariables, sino que pueden cambiar, en función de la situación actual de la norma en el ordenamiento jurídico, lo cual en modo alguno constituye una invención anarquizante de la escuela del derecho libre, sino que resulta de la propia naturaleza del Derecho.¹⁹⁹

Relativamente a la búsqueda y determinación del “sentido” de la ley, *Quintana Bravo*²⁰⁰ advierte que éste comprende diversos aspectos, comenzando con el vinculado al lenguaje, el cual constituye objeto de la interpretación filológica.²⁰¹ Enseguida, el referido a los comportamientos, asunto

¹⁹⁸ Un ejemplo que tradicionalmente se cita a fin de ilustrar este aserto es el siguiente: *Supóngase que tres amigos, A., B. y C., se pasean a orillas de un río. De repente, A. ve en la orilla opuesta asomar un objeto desde el subsuelo; se lo comunica a sus amigos; B., entonces, llama al perro de C. y lo envía a buscar el objeto; el animal desentierra éste, lo trae entre los dientes y se lo presente a su amo, C. La cosa resulta ser una bolsa pequeña con monedas valiosas; se trata de un “tesoro”. Conforme a la ley, supongamos, el tesoro corresponde al que primero lo descubre; el texto es claro: todos saben lo que significa “primero” y “descubrir”. Pero, en la hipótesis, ¿quién es el descubridor? ¿El que primero vio asomar el objeto? ¿El que lo hizo desenterrar? ¿O el que, después de tomar la cosa presentada por el perro, se percató de que realmente se estaba en presencia de un tesoro, y no de un objeto perdido? VODANOVIC, op. cit., pág. 134.*

¹⁹⁹ DE CASTRO, «Derecho Civil...», pág. 462.

²⁰⁰ QUINTANA, «Interpretación, Ratio Iuris y ...», pág. 104.

²⁰¹ Sobre este particular, es menester consignar que dentro de los tópicos predilectos del pensamiento posmoderno, un lugar especial —ya desde *Heidegger*— es aquel ocupado por el lenguaje y su relación con la hermenéutica. A este respecto, observamos que “en el convivir de los seres humanos tiene un papel fundamental el lenguaje; los hombres conviven, sobre todo, hablando. Y de lo que hablan es fundamentalmente de las cosas que traen entre manos. La comprensión del mundo y de los entes del mundo se expresa constantemente en el lenguaje y cobra, gracias a él, un carácter compartido, esto es, se convierte en *comprensión común* o, si se quiere, en comprensión pública. Lo que en la raíz de donde brota el lenguaje es experiencia íntima y propísima, se convierte, en virtud del lenguaje, en posesión común. Pero ahí radica precisamente el peligro: nada garantiza que lo que se dice y se repite proceda efectivamente de una experiencia originaria. (...) Una cosa es la comprensión viviente y ejecutiva del propio ser y del ser de los entes del mundo, y otra, muy diferente, la interpretación (*Auslegung*) hecha lenguaje. No toda interpretación vital, no toda *Auslegung*, es necesariamente lenguaje. Cuando percibo una silla y me siento en ella, o cuando uso el martillo para clavar un clavo, estoy interpretando estos entes sin decir palabra alguna. Ya en el hecho de sentarme en la silla va implicado una comprensión de ese ente *como* algo para sentarse. Esta

propio de la interpretación psicológica (en el caso de los usos y costumbres); en tercer lugar, el inherente a la materia regulada, que se desprende de la naturaleza económicosocial de las relaciones reguladas (*rerum natura*), y en el que centra su atención la interpretación histórica y técnica; y, por último, el relacionado con el tratamiento jurídico propiamente tal, en su doble dimensión sistemática y teleológica, objeto de la interpretación en función normativa y que persigue dejar de manifiesto la coherencia del orden y la correspondencia con el problema práctico resuelto. Todos estos aspectos los considera inescindibles el uno del otro, ya que en definitiva son momentos sucesivos de un proceso inseparable que no logra sus resultados si no se efectúa en su totalidad.²⁰²

Ahora bien, entre los preceptos a que debe sujetarse el juez al interpretar las leyes, y que básicamente se contienen en el Título Preliminar del Código Civil, la primera regla (artículo 19 inc. 1º) viene dada por la necesidad de determinar el “sentido” (*verus sensu*) de la ley, lo cual, como es natural, exige previamente conocerlo.²⁰³

comprensión de un ente *como* algo es, justamente, lo que *Heidegger* denomina *Auslegung*, y que podemos traducir por interpretación o, más exactamente, por “interpretación vital”. Al martillar, no digo posiblemente nada, pero, sin embargo, comprendo (interpreto) el martillo *como* algo para clavar. No toda *Auslegung* es, pues, una interpretación expresada en lenguaje. Pero, a la inversa, todo lenguaje es necesariamente una interpretación, una *Auslegung*, es decir, está apoyado, o mejor, pretende estar apoyado y debiera estar apoyado, en una interpretación vital. De aquí surge una diferencia esencial de dos modos de saber una cosa, una diferencia en la que repararon ya los escolásticos tardíos. En efecto, estos distinguieron entre lo que llamaban la *cognitio in actu exercito*, el “conocimiento en el ejercicio del acto”, y la *cognitio in actu signato*, el “conocimiento en acto sellado”, una distinción que siempre provocaba la admiración y el entusiasmo de *Heidegger*. RIVERA, op. cit., págs. 102 y 103.

²⁰² El mismo autor agrega que, no obstante lo dicho, “se encuentra arraigado el hábito erróneo de ver estos aspectos como separables y desintegrados, como si fuesen diferentes “medios” a adoptar selectivamente para averiguar el sentido. En este respecto se habla de una interpretación gramatical, de una interpretación lógica, de una interpretación histórica, etc. Influye aquí el prejuicio —así lo considera Betti— expresado en la fórmula *in claris non fit interpretatio*, que privilegia en realidad la letra por sobre los otros aspectos. Pero basta considerar la inseparabilidad de la palabra con el pensamiento que expresa y considerar que la ley no es letra muerta sino *forma representativa* de un contenido espiritual, para comprender el absurdo de todo intento de tratar esos aspectos como separables, pues se trata de momentos sucesivos que coadyuvan a un solo y mismo fin y que son llamados a cooperar a un resultado unitario”. En esta línea —y citando a Betti— concluye: Dado que el precepto legal no consiste en un enunciado cognoscitivo, sino que en un principio regulativo de la vida social, se hace necesario ver en cada caso cómo funciona y si se adapta al fin a que debe responder; “en suma, si sirve para resolver el problema práctico que se tuvo en vista. El intérprete que se limitara a la sola fórmula legislativa y prescindiera de indagar qué valoración normativa constituye su *ratio*,” mostraría tener una noción bien mísera del sentido de la ley y no cumpliría con su tarea” QUINTANA, «Interpretación, Ratio Iuris y ...», págs. 105 y 106.

²⁰³ Lo anterior, en todo caso, supone considerar, como nos advierte *Von Hippel*, que “el problema de la interpretación del Derecho está decisivamente afectado por la concepción misma del Derecho.

Aun aceptando el indudable interés que presentan, no corresponde tratar aquí sobre las precisiones que pueden predicarse respecto de los términos “intención” o “espíritu” de que se vale el mismo artículo 19 del Código Civil,²⁰⁴ como tampoco acerca de los “métodos” de que se puede servir el tribunal a fin de desentrañar el “sentido” de un determinado precepto o norma legal. Para los efectos que aquí se analizan, baste por ahora recordar que el “sentido” de la ley dice relación con la búsqueda y determinación de su mismo fundamento objetivo, lo cual obviamente supone conocer también su propia finalidad, “espíritu” o *ratio legis*.²⁰⁵ En este plano, los principios generales del derecho nos permiten adentrarnos en la “intimidad” de las normas legales, de modo tal de apreciar el sentido del ordenamiento y, por vía de consecuencia, el significado de los preceptos que lo integran.²⁰⁶

Ya que, evidentemente, la interpretación del Derecho para la que sea predominante el llamado interés clasista o la primacía de la utilidad pública no puede ser igual que aquella otra para la que la verdad y la justicia constituyan el módulo”. VON HIPPEL, op. cit., pág. 555.

²⁰⁴ Sobre este particular recomendamos dar lectura a la notable conferencia que, con la erudición y agudeza que lo caracterizan, presentara el profesor Guzmán Brito bajo el título de “La Historia Dogmática de las Normas sobre Interpretación Recibidas por el Código Civil de Chile”, en el Congreso sobre “Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos” realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de Mayo de 1991. En ella, el eximio profesor nos previene diciendo que la regla del inciso primero del artículo 19, en cuanto a que siendo claro el sentido de la ley no se es dable prescindir del tenor de las palabras (“*in claris non fit interpretatio*”), debe situarse en su real contexto, que no es otro que el hecho de impedir al intérprete ampliar o restringir la letra de la ley, si el sentido coincide plenamente con ella. De igual modo, al comentar el aforismo según el cual “*Quando verba sunt clara non recipiunt interpretationem*” señala que aquél “sólo se entiende en el contexto del sistema terminológico de aquellos juristas que distinguían entre *significativo verborum* e *interpretatio*, y que limitaban esta última a la extensión y a la restricción de la letra según el sentido de la ley. En consecuencia, si la operación llamada “significación de las palabras”, conducía a verificar que los términos de una ley no tenían más que un sentido y sólo uno, es decir, que eran enteramente unívocos, y ni la *ratio legis* ni ningún otro instrumento hermenéutico existían que hicieran sospechar que esos términos unívocos habían sido empleados en sentido impropio, entonces no quedaba más que detenerse en ese estadio del proceso, y atenerse al sentido propio y unívoco de las palabras legales, sin ninguna ampliación o restricción posibles; porque de procederse a ellas, ya se trataría de *interpretatio*, indebida, por lo demás, y del todo arbitraria”.

²⁰⁵ Así, todavía en nuestros días podemos parafrasear a Cicerón y decir que el magistrado es una “una ley que nos habla” (de leg. III, I, 2), citado por D’ORS, «La Ley Romana, ...», págs. 137-148. En este mismo orden de ideas, recuérdese que interpretar la ley no significa deducir certijos lógicos jurídicos de naturaleza unívoca, sino que conducir un proceso que se traduce, en el nivel que le es propio, crear Derecho. ALFARO, op. cit., pág. 222.

²⁰⁶ URBANO S., op. cit., pág. 148. También a estos mismos propósitos, parece oportuno destacar la necesidad que enfrenta el intérprete de actuar con “sutileza” en su labor. Sobre este punto, nos recuerda Beuchéot que en una de sus oraciones —la que solía decir antes de estudiar o enseñar o escribir— el Aquinate le pide a Dios: “Dame capacidad para retener, agudeza para entender, sutileza para interpretar (*interpretandi subtilitatem*), gracia y abundancia para hablar”. BEUCHEOT, op. cit., pág. 15.

Sin perjuicio de existir un orden formal de las reglas de interpretación que recoge nuestro Código Civil, la experiencia nos demuestra que aquellas situadas al final de su enumeración, esto es, el “*espíritu general de la legislación*”—que por nuestra parte asimilamos a los principios generales del derecho— y la “*equidad natural*”, en los hechos son las primeras que considera el juez al momento de interpretar la ley. En efecto, resulta impensable para nosotros imaginar que al representarse —y por ende *interpretar*— el Derecho aplicable a un caso el tribunal relegará a un plano secundario los criterios de unidad y fundamentación del ordenamiento jurídico en que se halla inmerso, así como las exigencias que se derivan de su función primordial e indelegable de hacer justicia. Confirmando esta misma idea Esser constata que el medio de la interpretación no es elegido sino cuando se ha decidido ya el resultado, consignando el que los llamados instrumentos de interpretación en verdad sólo sirven para fundamentar sobre el texto lo que ha sido ya hallado gracias a un acto creador de complementar el “texto”. Por lo mismo, para Radbruch el error de creer que la regla singular dormía ya en el texto “*como la estatua en el bloque de mármol*”, únicamente puede aceptarse como un intento de evitar a priori una temida arbitrariedad judicial, pero que no encuentra un correlato efectivo en la realidad.²⁰⁷

Las circunstancias anotadas nos permiten afirmar, basados exclusivamente en los datos que aporta el funcionamiento real y práctico de la actividad judicial, que el carácter *subsidiario* que se le pretende atribuir a los principios generales del Derecho únicamente se restringe —como por lo demás se infiere del propio tenor literal del artículo 24 de nuestro Código— a las hipótesis en que existe un *vacío* o *laguna legal*, en cuyo caso resulta imperativo fallar conforme al “principio constitucional de inexcusabilidad”. Empero, ello no importa de manera alguna que, en los restantes casos, los tribunales deban prescindir del espíritu de la legislación, ni menos de la equidad, la cual, en definitiva, identificándose con lo justo del caso concreto, constituye pre-ocupación esencial de toda jurisdicción.²⁰⁸ En definitiva, no debemos perder

²⁰⁷ Citado por ESSER, op. cit., pág. 327. Asimismo, según Esser “la investigación jurídica no es nunca un mero trabajo de subsunción, por lo que aun cuando consiste en aplicar la ley dentro de los límites del texto, necesita de principios positivos superiores que faciliten los criterios para entender los textos a la luz de los fines o según el sistema. Desde que hemos aprendido a distinguir la interpretación sistemática de una norma de la comprensión filológica de las fuentes, aparece también en la aplicación textual la necesidad de determinar la función, o sea, de ordenar objetivamente un instituto, que históricamente había sido ordenado de un modo completamente distinto, dentro del actual conjunto del ordenamiento, destacándolo cada vez más como una misión autónoma del juez que no puede llevarse a cabo con una simple reconstrucción de lo que podía haber sido la voluntad del legislador”. (págs. 323 y 324).

²⁰⁸ En un sentido contrario al nuestro, pueden verse, v. gr. BASCUÑAN, Antonio, op. cit., pág. 76

de vista que el modelo y el símbolo mismo de la justicia no es Justiniano manejando su Código, sino San Luis bajo su encina, dando al más poderoso y al más humilde lo que es suyo, y, como juez inspirado, encontrando más allá de las costumbres inciertas, ese verdadero derecho y esa pura justicia, de la cual decía Cicerón que apenas poseíamos las sombras y las imágenes.²⁰⁹

En la misma línea que hemos expuesto, pero referido al sistema anglosajón —y aunque no participemos de esa suerte de “positivismo judicial” que notamos en su teoría—, *Esser* nos dice que “el razonamiento jurídico no se realiza oficialmente en el plano de los principios, y se diría que los principios no son ni patrón ni objeto de la resolución judicial, *quoad auctoritatem iuris*. Pero aunque el juez “prudente” procura y sabe evitar las exposiciones y formulaciones de principios, no es menos cierto que para él y para sus críticos los principios están siempre en el fondo del caso. Ellos son los que determinan el tratamiento dado al caso particular, aunque en lugar de “principles” se citen “precedents”. Y aunque sólo la masa de éstos constituya oficialmente el Derecho, ocurre lo mismo que con la masa textual de nuestros códigos: “aplicables” lo son sólo los textos, pero lo que decide su aplicación en derecho son los principios que existen antes y más allá de los textos; sólo que el fanático del texto oculta tal estado de cosas con su intento de encontrar también los principios en el texto, “sin mirar más allá de las cuatro esquinas del Código”.²¹⁰ En lo que respecta a nuestro medio jurídico, en análogos

y *NOVOA*, Eduardo, op. cit., pág. 125. El primero, en cuanto afirma que “es así como el Código Civil Chileno, no liberado suficientemente de la “divinificación” de los códigos, recepcionada por la línea napoleónica, relega “al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”, “como fuentes de interpretación de los pasajes oscuros o contradictorios” de la ley, “esto es, como últimas fuentes supletorias para el Juez” en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes”; y, el segundo, cuando expresa que “los principios generales de hermenéutica que rigen en Chile (Arts. 19 a 24 del C. Civil) acuden también a los principios generales de Derecho, designándolos “espíritu general de la legislación y equidad natural” y mandan que a ellos ajuste el tribunal su interpretación cuando no puedan aplicarse otras reglas hermenéuticas...”.

²⁰⁹ ANCEL, op. cit., pág. 101.

²¹⁰ ESSER, op. cit., pág. 251. Por su parte, ejemplos de lo dicho pueden hallarse en precedentes judiciales que comenta *Dworkin*, v. gr., en el caso “*Riggs y Palmer*”, que versó sobre un heredero que había dado muerte al causante. El tribunal que conoció del mismo razonó, entre otras consideraciones, de la siguiente manera: “todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”. *DWORKIN*, op. cit., pág. 73. En definitiva, creemos urgente no perder de vista que “lo que busca el abogado y el juez es lo justo, la justicia implícita en toda controversia sometida al dictamen de un tribunal, y ésta no se logra, necesariamente, a través de la aplicación estricta de la ley. Se logra aplicando el derecho en la amplitud y coherencia que, la más de las veces, implica encontrar esta justicia fuera de los alcances de una ley o de leyes determinadas y particulares”. *FUENTES*, op. cit., pág. 801.

términos se expresa *Squella*, quien escribe: “Es cierto, entonces: Bello dijo que el juez es esclavo de la ley. También es cierto que la mayoría de nuestros magistrados continúa repitiendo esta frase, o bien parapetándose tras ella. Pero una cosa puede ser lo que una autoridad dice que hace, y otra lo que hace realmente. Y ello no porque esa autoridad —en este caso los jueces— sea redondamente mentirosa, sino porque ninguna autoridad se hace por lo común plenamente consciente de los verdaderos motivos que guían sus decisiones”.²¹¹

Examinado el mismo tema, ahora desde otra perspectiva, creemos que en este imperativo que enfrenta el intérprete en orden a desentrañar el “sentido” de una norma cualquiera, necesariamente —ya que no de un modo “subsidiario”— habrá de recurrirse, como nos previene el artículo 22 del C° Civil, al “contexto” de la ley, el cual precisamente es tal en cuanto se fundamenta en determinados principios generales. Sin éstos —según se ha visto— no cabría, pues, hablar de “contexto” y menos aún de un “sistema” legal.²¹² A

²¹¹ Op. cit., págs. 254 y 255. El mismo *Squella* nos invita a reflexionar sobre las motivaciones que pudo tener el autor de nuestro Código Civil para prodigar tal desconfianza a la magistratura, planteando, a modo de interrogante, una interesante hipótesis. Dice el profesor nacional: ¿Se podría considerar la posibilidad, a juicio de ustedes, de que la insistencia y el rigor de Bello en orden a insistir, en la primera mitad del siglo pasado, que el juez es esclavo de la ley, tiene antes una explicación histórica, y no, en cambio, una justificación propia y exclusivamente doctrinaria? ¿No implicará dicha expresión, en nuestro país y en ese tiempo, la expresión también de una atendible desconfianza en un poder judicial de reciente gestación en una nación que había conseguido su independencia sólo pocos años antes y que se hallaba, en consecuencia, en los inicios de un proceso de definición y consolidación de sus instituciones públicas? Similar planteamiento hallamos en *Olgiati*, para quien no es extraño que al momento de aplicar las normas legales, concebidas en su origen como preceptos generales y abstractos, a la realidad concreta de los hechos, se de un contraste: por un lado, entre la justicia, que constituye la esencia natural del derecho; y, por otro, en la aplicación del derecho tal como ha sido establecido por el legislador. “Entonces —se pregunta *Giulio Battaglini*— ¿qué ocurre en la práctica? El magistrado, en primer lugar, interpela a su conciencia y busca luego en la ley escrita alguna base para justificar la sentencia. Una vez emitida la sentencia en el tribunal, nada podrá hacerse contra ella. Bien pensado, al establecerse el principio de que la cosa juzgada tiene valor de ley, el poder del juez es amplio, aun en el sistema actual de la formulación legislativa del derecho. Por ejemplo, en el caso de un robo minúsculo, que por la circunstancias concomitantes parece digno de perdón, podrá suceder que el juez absuelve basando su sentencia en la falta de dolo o de lucro por parte del acusado, o en que existe un estado de necesidad, o presuponiendo el acuerdo tácito del propietario. En esta sentencia, en realidad, antes que la ley se tiene en cuenta el derecho natural, es decir, un criterio de justicia, fuente del derecho. Sólo mediante un artificio metódico se vincula la solución dada a la letra de la ley. La palabra del código sirve de pasaporte a un principio no escrito. Aun mediante el código, el magistrado trasciende el código. Tanto es así que sentencias de este género acaban por imponer reformas en el derecho positivo”. *OLGIATI*, op. cit., 320.

²¹² En el Capítulo X de sus «Principios de Derecho Internacional», al tratar de las reglas de interpretación, tanto de tratados como de leyes, Bello nos dice que “es necesario considerar todo el discurso o razonamiento para penetrar el sentido de cada expresión, y darle no tanto el significado que en general

propósito de ello, dirá *De Castro* que para determinar la regla jurídica aplicable es menester tener en cuenta la unidad del ordenamiento jurídico toda vez que ni los artículos de un texto ni las leyes pueden entenderse ni aplicarse aisladamente, prescindiendo de la circunstancia de que todo el Derecho positivo vigente se encuentra en relación y dependencia respecto a los *principios jurídicos fundamentales*. En definitiva, la esencia de la ley y uno de los factores fundamentales que le otorga valor jurídico es su *ratio*, que determina su *vis directiva*, la cual no puede petrificarse junto a la situación vigente al instante de su promulgación, sino que continuar sirviendo a los fines mismos de su existencia: la consecución del bien común y la concreción de la justicia en el ámbito de las relaciones humanas. Por ello —agrega— la labor de interpretación no puede nunca detenerse en el texto legal. La letra de la ley puede ser el punto de partida de la interpretación y los propósitos del legislador servir para aclarar su sentido, pero ni una ni otros son un límite infranqueable que impida llegar a “la médula de su razón”.²¹³ Dicho en otros términos, la letra de la ley sólo adquiere plenitud de sentido dentro del discurso en el que se integra el precepto aislado. Como la palabra por sí sola, la letra de un precepto aislado no expresa nada, del mismo modo que “la huella única, simultáneamente planteada en cien senderos, no conduce a parte alguna”. Y es que en el ámbito jurídico ninguna disposición aislada, ningún precepto por sí solo, tiene plenitud de significado. Al decir de *Celso*, “*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*”.²¹⁴

A la luz de lo comentado, nos parece, pues, que resulta de toda evidencia el que la determinación del *sentido* de la ley reclama, de un modo indispensable, recurrir a los principios generales del derecho. Son precisamente éstos lo que a la postre permiten incardinar la ley dentro del sistema jurídico, dotando a sus diversas partes de la necesaria unidad y coherencia que demanda cualquiera concepción que se adopte respecto al Derecho.²¹⁵

podría convenirle, cuanto el que le corresponde por el contexto”. BELLO, «Obras Completas», Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885, Santiago de Chile.

²¹³ Op. cit., pág. 462. El mismo autor expresa que la repetición por la jurisprudencia de que “no hay lugar a la interpretación cuando el precepto legal no ofrece duda” tiene otro sentido: el que “no se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición”; el temor de que “cabezas oscuras oscurezcan textos claros”. (pág. 468).

²¹⁴ HERRERO DE MIÑÓN, op. cit., pág. 1237.

²¹⁵ Confirmando algunas de estas ideas, nuestra Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que las normas sobre exégesis legal necesariamente importan determinar el *sentido* de la ley, lo que implica, además, que el alcance de cualquier precepto jurídico debe ser confrontado con el resto del “ordenamiento” (dentro del cual obviamente se insertan los *principios*) y, muy especialmente, con el “conjunto de prescripciones de la misma naturaleza o que se refieran a una misma institución”. Así, se ha fallado que “acudiendo al elemento lógico de la interpretación, cabe examinar cuál ha debido ser, o, con más

Sin embargo de lo expuesto, es importante prevenir que la concepción a que adherimos en materia de interpretación no puede nunca importar una vía de acceso para la mera subjetividad de los jueces o, lo que es lo mismo, el reconocimiento de una discrecionalidad absoluta que implique consagrar la arbitrariedad judicial. En efecto, si bien tal concepción atribuye al juez una función de creación jurídica, por cuanto al interpretar la leyes determina el sentido normativo de las mismas, sus decisiones jamás podrán basarse en particulares sentimientos de justicia o en personales ideales de legislador, por legítimos u honestos que fueren. “Se le confiere el *officium* de *cooperar* en la realización del Derecho y en su cumplimiento está sometido a las leyes y guiado por los principios generales del Derecho”.²¹⁶ Si no lo entendiéramos así, nos parece del todo comprensible la crítica y desconfianza que los positivistas profesan hacia categorías jurídicas como los principios generales de que tratamos. Por lo mismo, mientras resultaría a nuestro juicio atendible —aunque no la compartamos— la negativa a reconocer vigencia a tales principios, estimaríamos, en cambio, ilógico el calificar de general a lo individual y arbitrario, o el “convertir en libre actividad creadora a la que ha de ser

propiedad, cuál ha sido la voluntad de la ley, y aún más exactamente el motivo de la ley (ratio legis), en relación con lo cual se ha dicho con razón que es la voluntad de la ley en última instancia (valga en la especie este giro procesal) el criterio que debe presidir la labor interpretativa, siendo sólo medios para buscar aquella voluntad los demás elementos o reglas de hermenéutica legal, el gramatical inclusive. Si el legislador ha dicho que prima el tenor literal cuando la ley es clara, es naturalmente entendiendo que armonice con la interpretación globalmente considerada”. Casación en el fondo, Corte Suprema, sentencia de 09.10.46 en autos caratulados “Molina con Ortúzar”. Por otro lado, y no obstante su reconocida naturaleza de “ley”, en muchas oportunidades se olvida que los señalados principios de hermenéutica son plenamente aplicables a la Constitución Política —aun cuando existan también otros propios de esta disciplina—, en especial la necesidad de interpretar sus disposiciones en el contexto de un todo coherente y homogéneo. Consecuente con ello, nuestro Tribunal Constitucional ha fallado, por ejemplo, que “el sentido de una norma de la Constitución no deriva de la simple consideración aislada de un artículo o parte de él, sino del conjunto de prescripciones que se refieren a una misma institución, regla que, por lo demás, constituye una simple aplicación de un principio elemental de hermenéutica” (Fallo Rol N° 43, de fecha 24 de Febrero de 1987, Consid. 5°); así como el que “la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía...” (Fallo Rol N° 33, de fecha 29 de Septiembre de 1985, Consid. 19°).

²¹⁶ DE CASTRO, «Derecho Civil...», pág. 465. En otras palabras, no cabe confundir la arbitrariedad judicial con el arbitrio judicial. Estamos ante la primera cuando el juez se halla dotado de una indefinida latitud para fallar; en cambio, en el segundo caso la latitud del juez aparece regulada por el derecho, como sucedió antes de la codificación, en el derecho de juristas. BRAVO LIRA, «Arbitrio Judicial y Legalismo...», pág. 67. El mismo autor hace ver que, en último término, “para la vigencia efectiva del derecho importa más la autoridad que la potestad. Importan más buenos jueces que buenas leyes. Porque los buenos jueces pueden hacer buenas las malas leyes. Así como el legalismo sólo triunfó cuando los jueces se plegaron a él, así también en manos de los mismos jueces está superarlo, en cuanto se decidan a usar su autoridad para poner el derecho a salvo de los excesos de la potestad”.

meramente ejecutora". En consecuencia, el juez está obligado a acudir a los principios generales, a aplicarlos y obedecerlos; la decisión individual, cuando se permite al juez "aplicar la norma que considere más racional, la norma que dictaría como legislador", no puede ser calificada sin error como principio general del Derecho, es precisamente lo contrario, el abandono del criterio objetivo en aras del subjetivismo.²¹⁷

Dicho lo anterior, veamos cómo se sustentará la función de garantía que en el ámbito de la interpretación jurídica asignamos a los principios generales de derecho.

Si se tiene presente, de un lado, que tales principios, como su nombre lo indica, constituyen propiamente Derecho y, por el otro, se acepta que en muchas ocasiones las prescripciones que llevan envueltos tienen su origen y fundamento último en la propia naturaleza humana, o bien en la propia estructura de la institución que se trata de aplicar, se deberá concluir también que toda interpretación de la ley, particularmente la judicial que nos ocupa, necesariamente habrá de recurrir a ellos; y esto, para un doble propósito o finalidad: por una parte, para determinar el verdadero alcance o "genuino sentido" de una norma y, por la otra, con el objeto de confrontar su aplicación con los preceptos derivados de esa misma ordenación natural.²¹⁸ Así, con acierto Valdecasas observa que los principios generales del Derecho fijan un límite al arbitrio judicial, garantizando que su decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico;²¹⁹ idea que también expresa Osuna al afirmar que "la ciencia del Derecho no se agota en la pregunta de si la ley es "legal", sino que debe responder también a si es conforme a la naturaleza de las cosas y si es justa. Y el fundamento de esto no lo encontramos (frente a la postura positivista) en la suprema voluntad del Estado, ni en la coherencia con todo el cuerpo legal, ni en la legitimidad de la autoridad que lo dicta, sino sólo en la aceptación de valores fundamentales derivados de la condición del hombre y del sentido de las cosas".²²⁰

²¹⁷ DE CASTRO, «Derecho Civil...», pág. 414, quien a su vez cita una nota a la traducción española de Ennecerus.

²¹⁸ Creemos, por lo demás, que así también lo entendía Bello, quien, refiriéndose al derecho natural, expresa que «toda lei supone una autoridad de que dimana. Como las naciones no dependen unas de otras, las leyes o reglas a que debe sujetarse su conducta recíproca, solo pueden serles dictadas por la razón, que, a la luz de la experiencia, i consultando el bien comun, las deduce del encadenamiento de causas i efectos que percibimos en el órden físico i moral del universo. El Sér supremo, que ha establecido estas causas i efectos, que ha dado al hombre un irresistible conato al bien o la felicidad i no nos permite sacrificar la ajena a la nuestra, es, por consiguiente, el verdadero autor de estas leyes, i la razon no hace mas que interpretarlas». BELLO, Andrés, op. cit.

²¹⁹ VALDECASAS, op. cit., págs. 333 y 334.

²²⁰ Citado por ARCE Y FLÓRÉZ VALDÉS, op. cit., pág. 47. En el contexto de que tratamos, no deja

Ahora bien, el hecho de advertir aún una cierta resistencia de nuestros tribunales para dar efectiva aplicación a los principios generales de derecho, considerándolos como verdadera fuente normativa, puede en alguna medida ser explicada en función de dos realidades. En primer lugar, pensamos que algunos jueces, permanentemente enfrentados a la necesidad de establecer "lo justo", pueden ceder a la tentación de querer buscar refugio en la "literalidad" de la ley, adoptándola como un medio eficaz para aligerar su conciencia ante los requerimientos que implica tan grave misión. De este modo, es posible que procurando sortear las consecuencias que en su fuero interno les provocarían ejercer en plenitud el alto cometido que se les confía, prefieran renunciar al ejercicio de tal libertad, delegando en el legislador las culpas que eventualmente derivarían de un error en sus juicios. Esta probable tendencia, típicamente humana por lo demás, ha quedado brillantemente plasmada en la obra del genial *Dostoievski*, cuando nos relata aquella "historia" que tiene por protagonista al Gran Inquisidor de Sevilla. Increpando duramente a su prisionero —Jesucristo— por haber regresado a "estorbar" a este mundo, le manifiesta aquel cardenal que "para el hombre

de ser interesante transcribir la posición que incluso corrientes positivistas, como aquéllas en que reconoce sus raíces Ferrajoli, se ocupen de mitigar los extremismos a que llevaría una posición extrema de sus postulados científicos. Así, el autor aludido se ocupa de criticar lo que el mismo denomina "dogmas del iuspositivismo dogmático: la obligación del juez de aplicar la ley y la avaloratividad de la ciencia jurídica." El primero de estos dogmas consiste en la afirmación de la existencia para el juez de una obligación jurídica de aplicar las leyes vigentes, que desde Bentham a Kelsen es un postulado teórico del positivismo"; haciendo ver que "cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe ni siquiera para los jueces —incluso aun menos para los jueces— una obligación jurídica de aplicarlas... Que una ley se haya aplicado siempre sólo quiere decir que es efectiva y no que también es válida, dado que la validez y la invalidez son calificaciones jurídicas del todo independientes del hecho de la aplicación. Ni siquiera es relevante que aquella no haya sido nunca sospechosa de invalidez, ni que haya sido declarada válida en anteriores ocasiones: la invalidez, en efecto, no está sujeta a prescripción, sino que puede ser alegada y declarada en cualquier momento; y la validez no se da nunca por descontada de una vez por todas... El segundo dogma, conectado con el primero, hace referencia a la actitud del jurista y a la función de la ciencia jurídica en su relación con el derecho positivo. Una idea común a las doctrinas positivistas es el carácter avalorativo de la ciencia jurídica y que las leyes no pueden criticarse desde dentro —sino sólo desde fuera, en sede moral y política— de las leyes vigentes. Sobre esta base Kelsen configura la teoría del derecho como "pura", es decir, exenta de "juicios subjetivos de valor"; y Bobbio critica como iusnaturalista toda subordinación de los juicios de validez a juicios de valor". Sobre la base de lo expuesto, concluye nuestro autor señalando que "al confundirse con la tesis de la avaloratividad de la ciencia jurídica, impiden en efecto al jurista la valoración y la crítica del derecho vigente no sólo desde el punto de vista externo o político de la justicia, sino también desde el punto de vista interno o jurídico de la validez. Precisamente cuando es tarea del jurista —no sólo cívica y política, sino antes incluso, científica— valorar la validez o la invalidez de las normas conforme a parámetros de validez tanto formales como sustanciales establecidos por las normas jurídicas de rango superior". FERRAJOLI, op. cit., págs. 872, 873 y 874.

y la sociedad humana no hubo nunca nada más insoportable que la libertad".²²¹

Una segunda explicación al fenómeno podría tal vez inferirse de un examen histórico de aquellas doctrinas de las cuales nuestra tradición jurídica fue tributaria, en especial a partir del proceso emancipador que la llevó a adoptar —a veces con un desenfadado frenesí— los modelos que le ofrecían los juristas de la Ilustración. En efecto, fueron ellos quienes primero aparecieron prodigando un culto casi fetichista hacia la omnipotencia de la ley, el cual ciertamente también ejerció su influjo sobre el autor de nuestro Código Civil. Tal mirada hacia la historia puede ser resumida en la descripción que nos hace *Sancho Rebullida*, la cual parte por considerar que el derecho objetivo deja de ser concebido como un producto histórico en evolución, o bien una encarnación de principios inmutables de raíz ética o teológica, mirándose como un producto de la razón o resultado de unos principios filosóficos abstractos, válidos para todos los tiempos y para todos los lugares, y fijados definitivamente por el oráculo de la voluntad general, el poder legislativo, que todo lo prevé. Con el "iluminismo" la única fuente de Derecho es la ley, concebida en el momento cumbre de su exaltación, como el establecimiento *ex novo* de un sistema de reglas inmutables obtenidas deductivamente de unos pocos axiomas teóricos. En este contexto, la función del juez se reduce a aceptar la ley tal cual le es ofrecida por el legislador y a sacar de ella, mecánicamente, las consecuencias particulares. De no limitarse a ello, el juez estaría usurpando las atribuciones del legislador y, por lo mismo, violando el principio de la separación de poderes. Amén de que ideas como éstas implican claramente una evidente confusión de conceptos esencialmente distintos (la interpretación auténtica, en abstracto, y la interpretación jurisprudencial en concreto), su aceptación conduce a desnaturalizar a los poderes judicial y

²²¹ A. Rosmini habla de un "misterioso vértigo que el hombre experimenta cuando vive profundamente la libertad, mejor aún, el descubrimiento de la libertad. La observación es interesante. Si la libertad radica así profundamente en la persona, de la cual es la suprema revelación; si la libertad revela profundamente a la persona, porque muestra la absoluta singularidad (todos pueden tomar mi lugar, pero no cuando debo hacer una decisión libre), entonces la libertad es la capacidad de afirmarse a sí mismo y por sí mismo". CAFARRA, op. cit., págs. 168 y 169. Gialdino expresa similar idea diciendo que "cada pisada, cada paso, enfrenta al juez consigo mismo y, a veces, con sus pasiones, que tampoco habrán de ser pocas ni pequeñas, pero sí resultar buenas o malas según qué sea lo que las guíe y las ordene ... Una de dichas pasiones es el temor, que puede torcer el rumbo del juzgador al restarle fuerza en el ejercicio de dar, rectamente, a cada uno lo suyo. Pues no es el temor a una enfermedad lo que aquí cuenta, sino a los peligros que entrañe la búsqueda del verdadero bien del que el juez debe ocuparse cotidianamente ... Es por ello que el juez, en su interior, debe conceder asiento grande a la fortaleza, que da firmeza al alma ante la amenaza de los poderosos ... Uno teme por lo que ama. Así, el juez puede amar sea a su cargo o a su eventual carrera, y verlos peligrar salvo que pague con inequidad y complacencia". GIALDINO, op. cit., pág. 120.

legislativo cuya independencia se pretende salvar: al negar a los jueces la facultad de interpretar las leyes, impide, por una parte, al poder jurisdiccional su funcionamiento práctico, pero, por otra, al atribuir al poder legislativo esta interpretación en concreto, atenta contra el carácter de generalidad y abstracción que deben tener las disposiciones emanadas de él.²²²

Con todo, es menester advertir que el hecho de que los tribunales, al dictar sentencia, se valgan de los principios generales del derecho, o los utilicen, no implica sostener que éstos sean creación de la jurisprudencia, aunque, como hemos dicho, al fallar estén de cierto modo creando derecho, en cuanto establecen "lo justo" o "lo suyo" de alguien. Así pues, cuando el juez resuelve un caso aplicando tales principios, actúa del mismo modo que cuando lo hace aplicando una ley expresa; y así como en este supuesto sería insensato decir que el juez creó la ley, igualmente resulta inadmisibles sostener que alcanzando la solución a base de un principio general del derecho, el juez haya creado tal principio. En los dos casos el juez no hace sino aplicarlos, ya sea la ley o el principio general de derecho, actuando ambos como una *fuentes jurídica*.²²³

A estas alturas, más de alguno podrá sentirse tentado a enarbolar las banderas del escándalo, imputándonos desde la introducción de la anarquía por la vía de alzarnos con categorías "suprareleales" en contra de la "voluntad soberana", o bien por propugnar doctrinas tan ajenas a nuestra cultura y tradición como las postuladas por las escuelas de exégesis legal del "derecho libre" o de la "libre investigación científica". ¡Nada más ajeno a nuestra intención y a la naturaleza de nuestros argumentos!

En primer término, recuérdese que el recurrir a los principios generales del Derecho, o incluso directamente al derecho natural en su sentido más amplio, en modo alguno implica "canonizar" el Derecho²²⁴ o abandonar categorías propiamente jurídicas para consultar reglas exclusivamente morales o religiosas.²²⁵ Muy por el contrario, servirse de estos "instrumentos" supone emplear los conceptos más jurídicos que podamos encontrar, desde

²²² SANCHEZ REBULLIDA, op. cit., págs. 46, 47 y 48.

²²³ ALTAMIRA, op. cit., págs. 51 y 52. Diez-Picazo y Gullón expresan la misma idea al manifestar que no parece ser misión de la jurisprudencia la de crear o producir los principios generales del derecho, puesto que éstos, en cuanto fuente autónoma, preexisten a la jurisprudencia, la cual, a lo más, se limitará a "consagrarlos". DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, «Sistema de ...», pág. 180.

²²⁴ En esto, seguimos a los discípulos de Anselmo, que no obstante su carácter monacal, exigieron a su prior que les escribiera una Teología en la que ni un solo argumento fuera tomado de la Biblia. PIEPER, «Filosofía Medieval y ...», pág. 274.

²²⁵ Entre nosotros, García-Huidobro hace ver que la regla legal recoge una indicación natural, la transforma y le da una nueva fisonomía. Pero ella misma se elabora por una acción prudencial que trabaja, entre otros factores, con aspectos naturales. GARCÍA-HUIDOBRO, «Razón Práctica y ...», pág. 214.

el momento que en ellos radica el fundamento y la base del ordenamiento legal. Y no es ésta, como pudiera pensarse superficialmente, una mera "tautología dogmática", ya que la razón misma de ser del Derecho consiste en procurar una solución "justa", esto es, "adecuada" al caso. Pues bien, "lo adecuado" o "lo justo" será tal en la medida que ello, a más de racional, se conforme con la naturaleza y no la contrarie.²²⁶ De lo expuesto concluimos también la muy estrecha relación que se da entre la razón, por una parte, y las normas legales, por la otra; vinculación que lleva a Tomás de Aquino a sostener que uno de los modos de valorar las leyes consiste en determinar si éstas han sido dictadas conforme al orden de alguna razón o no; en el primer caso tienen fuerza de ley, en el segundo caso son inicuas o corruptas (S.T., I-II, q. 90, a.1 ad 3; cf. Q. 95, a. 2.).²²⁷

²²⁶ Sobre este particular, son elocuentes las palabras de *Orrego Sánchez*, quien nos recuerda al Estagirita señalando: "La respuesta de Aristóteles —según hemos leído— es que la causa de la vigencia del derecho (su "fuerza") es aquello que hace que una solución se considere y sea adecuada o justa, y le da su fuerza precisamente porque es adecuada. Esa adecuación trae su origen de la naturaleza de la cosa, del caso, del hombre —de este hombre concreto— implicado en el caso, y entonces esa solución tiene la misma fuerza en todas partes y no depende de la opinión de los hombres. Otras veces, las más, lo adecuado podría ser una u otra cosa, indistintamente, pero como las cosas han de estar repartidas, los hombres con su voluntad deciden qué cosa ha de ser adecuada a quién. Esta decisión —privada, como en un contrato, o pública, como en una ley o decreto de la autoridad— crea derecho y hace que algo pase a ser justo, y Aristóteles lo llama "lo justo legal". Pero no son dos derechos separados, sino dos fundamentos de vigencia del derecho (de que lo justo sea lo debido), ambos tienen fuerza, más uno la tiene allí donde aparece la misma razón natural (la misma conveniencia independiente de la opinión humana) y en la medida en que aparezca (por lo cual lo justo natural podría cambiar en tanto en cuanto la naturaleza del hombre y de las cosas y situaciones puede cambiar); en cambio, el otro fundamento —que es la voluntad humana— tiene fuerza allí donde esa voluntad creadora de derecho se extiende y en la medida en que a ello se extienda y durante el tiempo que permanezca. Por eso tiene más fuerza (mayor extensión espacio-temporal) lo justo por naturaleza que lo justo por ley, y la decisión u opinión humana que intentase "hacer justo" lo que por una fuerza natural no lo es, sería ineficaz y no vigente. No digo que no pudiera de hecho hacerse —por los medios del poder político o privado— lo que no es justo, e incluso declararlo así el juez, mas ello sería tan erróneo —o más— como, por ejemplo, que el juez o cualquiera dejase de cumplir lo justo positivo por consideraciones ideológicas de cualquier especie. Si la mafia logra imponer a comerciantes o turistas una serie de reglas "vigentes" sobre pago de tributos, eso no es Derecho Tributario, aunque se le parezca externamente". *ORREGO S., Cristóbal, «El lugar del Derecho Natural en ...»*. Ponencia presentada en el Congreso sobre "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos" realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de Mayo de 1991.

²²⁷ *SKARICA*, op. cit., pág. 38. En esta misma línea, pero refiriéndose a la indisoluble "trilogía" racionalidad-naturaleza-moral, son sustanciales los aportes que proporciona el pensamiento de autores como *Finnis*, para quien "la primera condición de la acción humana para que sea efectivamente tal y sea susceptible de una valoración ética es la de su racionalidad. Para que un tipo de conducta sea incluida como mínimamente racional, es decir, para que sea considerada como una acción humana, se requiere que esta acción esté dirigida hacia un bien, y aquí ya encontramos la expresión más básica de la regulación que ejerce el primer principio de la razón práctica: "El bien debe ser perseguido y el mal evitado". La dificultad se plantea al intentar dar contenido a este principio

En segundo lugar, la posición que defendemos tampoco importa prescindir de las disposiciones legales que gobiernan la interpretación, antes bien creemos que se inspira precisamente en ellas a la hora de formular este llamamiento a los fundamentos del Derecho y, agreguemos, de todo derecho.²²⁸

Veamos por qué.

Una primera aproximación a la respuesta surge de considerar que la

básico de la acción: ¿Cómo sabemos que lo que consideramos un bien es verdaderamente un bien para el hombre? La respuesta a esta cuestión no se puede ni debe plantear desde una teoría metafísica de la bondad o de alguna antropología específica, pues estaríamos realizando una ética de tipo inferencial o deductivista y desperdiciaríamos la evidencia que nos presta la experiencia ética, que es expresión de la misma racionalidad humana". *MOYA, «Dos posibles Acercamientos ...»*, pág. 96. La misma autora comenta: "El intento de *Finnis* y *Grisez* es establecer que la acción moral es racional en el más pleno sentido posible, mientras que la inmoral es irracional, aunque en algún aspecto retenga algo de racionalidad como para ser considerada una acción y, por eso, no hace falta recurrir a una explicación metafísica, sino que basta con mostrar la intrínseca racionalidad de una determinada conducta, que la convierte en una acción deseable por sí misma, justamente porque realiza la condición más relevante y propia de la persona humana, que es su racionalidad... El criterio o la conformidad con la naturaleza humana se debe a la racionalidad. Lo que sea contrario al orden de la razón es contrario a la naturaleza humana. Según esto podríamos enunciar el siguiente principio: "El bien del ser humano es estar de acuerdo con la razón, y el mal humano es estar fuera del orden de la racionalidad". Por lo tanto, la virtud humana, la que hace bueno al hombre y a sus obras, está de acuerdo con la naturaleza humana en tanto en cuanto esté de acuerdo con la razón; y el vicio es contrario a la naturaleza en tanto en cuanto es contrario al orden de la racionalidad... En este sentido es positivo advertir que desde este enfoque se destaca mejor, tal como lo hace *Finnis*, el carácter intrínseco de la obligatoriedad moral. Establece el autor un contrapunto entre la teoría moral de Aquino y la de Vázquez y Suárez en quienes se acentúa más el carácter de obediencia a una autoridad —en este caso la divina— que tiene la ley moral, mientras que Tomás de Aquino enfatiza más la búsqueda del bien como aquello que es dictado por la propia razón, porque realiza al hombre en sus diversas manifestaciones personales y sociales. De esta manera, la acción moral surge del mismo agente y está dirigida por su entendimiento práctico. Para los otros autores que hemos mencionado la obligación es esencialmente el efecto de un acto que proviene de la voluntad de un superior y que mueve a la del agente inferior". (págs. 97 y 107).

²²⁸ Aun cuando no se contemplara explícitamente en el Código Civil, su autor tenía claro tanto el hecho de que el intérprete no puede desconocer la existencia de un derecho natural que le es anterior y superior. Así, al comentar las reglas de interpretación en su obra "Principios de Derecho Internacional", transcribe, haciendo suyas, aquellas ilustradas por *Vattel*, afirmando que "no debe estarse al rigor de los términos cuando éstos en su sentido literal envolverían alguna cosa contraria a la equidad natural, o impondrían condiciones demasiado duras, que no es presumible hayan entrado en la mente del que habla". *BELLO, Andrés*, op. cit. Por otra parte, indagando en la historia legislativa de la precodificación, *Topasio* comenta que la ley relativa al Modo de Acordar y Fundar las Sentencias, del año 1851 evoca el pensamiento aristotélico fundamental sobre la equidad, contenido en la *Ética* a *Nicomaco*, conforme al cual "... toda ley es universal y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal"; en estos casos "el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es desde luego la índole de las cosas prácticas". En el terreno de la praxis, "la ley toma en consideración lo más corriente" y en virtud de esta situación, cuando algo "queda fuera de la formulación universal", lo correcto resulta "corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido". *TOPASIO, «La Equidad en el Período de ...»*, págs. 102 y 103.

norma jurídica no es algo momificado, absoluto, separado de la concreta realidad. Es un precepto abstracto que intenta, en la elasticidad de una forma comprensiva, abarcar mil casos, siendo, sin embargo, incapaz de abarcar toda la múltiple riqueza de la vida cotidiana, con sus variadísimas e imprevisibles contingencias. Por eso, nacida como expresión de la justicia, puede alguna vez ocurrir que, si la norma se aplica mecánicamente, al haber cambiado las circunstancias en el transcurso de la historia, acabe por conculcar la justicia misma.²²⁹ Un criterio que contribuye a identificar —y a la postre solucionar— semejante situación, en cuanto mediante él se hace posible conjugar los mandatos legales con la razón de justicia que debe cautelarse al momento de su aplicación, precisamente viene dado por la apelación a los principios generales del derecho. De esta manera, creemos que si una ley contradice alguno de éstos, vulnerando con su aplicación ya sea un precepto de ley natural, o bien un factor consustancial de la institución jurídica de que se trata, precisamente en razón de conducir ello a una solución “injusta” o “absurda” deberá llevar al intérprete a concluir que el “sentido” de esa ley —con la significación que tiene este término en el artículo 19 del C°. Civil— es “oscuro”, puesto que no cabría predicar “claridad” respecto de una regla que se rebela contra su propia razón de existir.²³⁰

Incluso más, la propia redacción del precepto pareciera prevenirnos de no caer en los falsos dilemas que a veces se plantean a estos respectos, en cuanto impone la necesidad de indagar *siempre* por el “sentido” de la ley, independientemente de la mayor o menor “claridad” que nos ofrezca su “tenor literal”²³¹. Y ello es así debido a que el “tenor literal”, en sí mismo, no

²²⁹ OLGUATI, op. cit., pág. 319.

²³⁰ Con lo dicho en este párrafo, atribuímos a los principios generales de derecho la función que Guzmán Brito reclama para la “equidad” y el “espíritu general de la legislación” a que alude el artículo 24 del Código Civil. En este sentido, dice el citado jurista: “... a mí me parece que normalmente la injusticia de que una ley puede adolecer es algo oculto, que es necesario descubrir y cuya puesta en evidencia determina una necesaria oscuridad de la ley, cuando se la pone en relación con el resto del ordenamiento o simplemente con el derecho, aunque no sea éste el legal. Por ello la Ley se hace objeto de esa interpretación distinta de la gramatical o verbal, que obliga a acudir a su ratio (a su intención o espíritu como la llama el Código Civil de Chile) y en definitiva a los principios generales de la legislación y a la equidad natural. Con ayuda de ambos, pues, el juez puede llegar a reajustar una ley demostrada injusta reconduciéndola a lo que es en sí justa. Incluso más, una tal interpretación podría llegar hasta descubrir una insuficiencia de Ley o laguna, caso en el cual, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, el juez chileno está autorizado, más que a interpretar según equidad, a fallar directamente según ésta”. GUZMÁN B., Alejandro, «El Juez entre la Equidad y la Ley: Un Estudio Histórico-Dogmático como ...».

²³¹ Lo anterior ha de entenderse, como advierte Frossini, sin perjuicio de presentarse el caso de que el principio de justicia perseguido por el juez se materialice mejor aplicando la letra de la ley. Así, por ejemplo, ocurre en *El mercader de Venecia* de Shakespeare, en el que se le ordena a Shylock que se

constituye elemento de interpretación alguno, sino que un punto de partida en la labor hermenéutica, puesto que el legislador —y por ende la ley— jamás podrá ni aún indicarnos cuándo nos revela con “claridad” su “sentido”.²³² Como fácilmente se advertirá, no es posible “atender” o “desatender” la letra de la ley si previamente no hemos determinado su “sentido” y, consecuentemente, la “claridad” del mismo.²³³ Debido a ello, expresa Quintana, el oficio del intérprete no debe quedar condicionado a si los enunciados son claros u oscuros, pues la “claridad” no es un “dato preexistente y presupuesto”, sino más bien un resultado al que se llega en la interpretación. De ahí también que el hecho de admitir la interpretación sólo en caso de “oscuridad” implica renegar de la función normativa de la interpretación jurídica.²³⁴ Ocurre, pues, que la “palabra”, si bien se alza con el primado entre las formas de comunicación, necesariamente es inhábil o incapaz de transmitir, por sí sola, su verdadera significación, y menos aun cuando habla-

resarza cortando una libra de carne, pero sin derramamiento de sangre; es decir, respetando la cláusula contractual tal y como se prescribe en la ley, pero amenazando con la aplicación de una ley aún más severa. FROSSINI, op. cit., pág. 145. Por otra parte, vale la pena recordar, con Hans Reichel, que la observancia detallista y a la letra de una ley, a menudo muy casuística, es adecuada para embotar poco a poco el sentido jurídico originario del que la aplica. “Cuanto el juez se contenta y ha de contentarse con que su sentencia sea un medio para seguir la ley, pierde lentamente la agudeza de sentido para el problema de determinar si su resolución está también justificada en su interior, de suerte que pueda considerarla justa ante su conciencia. Nada hay peor para la práctica del Derecho que ahogar y matar el sentimiento jurídico”. Citado por Castán y éste, a su vez, por RODRÍGUEZ ITURBE, op. cit., pág. 149.

²³² El texto escrito —nos dice Jacques— “es un objeto materialmente fijado en su letra por la tradición que lo trasmite. Pero sólo sería un simple montoncito de hojas sin vida, si no fuera por ese gran movimiento que a veces se apodera de él. Ese movimiento no está desprovisto de estructura, cualquiera lo sospecha. Antes que todo una estructura dinámica y singularizante, que el lector tiene que aprehender e incluso abrazar”. JACQUES, op. cit., págs. 165 y 166.

²³³ Nos manifestamos, por ello, radicalmente en contra de aquella opinión que ve en este inciso 1° del art. 19 un “resabio de positivismo excluyente”, v. gr., RÍOS ÁLVAREZ, op. cit., pág. 63.

²³⁴ QUINTANA BRAVO, «Interpretación, Ratio Iuris ...», págs. 105 y 106. Sobre este particular, Perelman nos recuerda que “a menudo se ha dicho y repetido que la interpretación se detiene cuando el texto es claro: *interpretatio cetera in claris*. Pero, ¿cuándo se puede decir que un texto es claro? ¿Cuándo es claro el sentido que el antiguo legislador le ha dado? ¿Cuándo el sentido que se le da actualmente es claro para el juez? ¿Cuándo esos dos sentidos claros coinciden? En efecto, esto no es suficiente, porque una regla de derecho se interpreta necesariamente en el contexto de un sistema jurídico, y éste nos puede obligar a introducir en la lectura del texto cláusulas generales que restringen su alcance, pero que no son explícitas”. El mismo autor nos propone el siguiente ejemplo: “Supongamos que un reglamento municipal prohíbe la entrada de vehículos en un parque público. ¿Obligaré esta regla al policía de guardia a impedir la entrada de una ambulancia que va a buscar un paseante víctima de un infarto? Si no es así, ello significará que la regla, que no contiene en su enunciado restricción alguna, se considera que contiene una cláusula limitativa, tal como “salvo circunstancias graves o excepcionales, salvo casos de fuerza mayor”, cuyo alcance corresponde precisar, en cada ocasión al intérprete”. PERELMAN, op. cit., pág. 164.

mos de lenguaje escrito. En efecto, muchas veces no es posible conocer con certeza si aquella ha sido empleada, por ejemplo, en su acepción usual o si se ha recurrido a su sentido técnico, o bien determinar si por su intermedio se ha querido dar a entender lo que directamente supone el vocablo o expresar, en cambio, una cierta metáfora.²³⁵

En suma, recordando con *Domat* que las leyes reprimen y castigan no solamente lo que hiere al sentido de sus términos, sino también todo aquello que, pareciendo no ser contrario a sus términos, se opone directa o indirectamente a su espíritu²³⁶, postulamos que no cabe predicar “claridad” de una ley si el *sentido* que correspondería asignarle importa atentar contra el principio general que anima a la institución de que se trata o implica consagrar una situación injusta o inicua.²³⁷ En tales casos, hallándose el juez obligado a fallar, la solución deberá hallarla precisamente en la equidad y en los principios generales del derecho.²³⁸ De este modo, en defini-

²³⁵ No obstante, conviene consignar que, el Derecho es en función de la lengua, la cual no se limita a expresarlo o exteriorizarlo. Aparece aquel alojado en la lengua, fundido e identificado, representando esta última un rol que excede el general de denominar y representar. A diferencia de lo que sucede con una ley física, que existe y se cumple al margen de su enunciación lingüística, en el Derecho ésta la da a conocer, traduciendo y fijando su descubrimiento. Por ejemplo, la ley de gravedad rige independientemente del conocimiento o ausencia de conocimiento que se tenga de ella; en cambio, la ley en su acepción jurídica surge *con o como* lenguaje. Y esto vale no sólo para el derecho escrito, pues alcanza también a la norma consuetudinaria. La costumbre, por tanto, no es simple hábito, inclinación o comportamiento instintivo; requiere, para gozar de valor jurídico, que sea susceptible de enunciarse. De ahí que en la actualidad los problemas epistemológicos y lógicos del conocimiento jurídico hayan adquirido primacía por sobre los metodológicos, antes tan socorridos, aunque resulten inevitables ciertas implicaciones de unos y otros y las demarcaciones y denominaciones no sean siempre estrictas. HERNÁNDEZ GIL, op. cit., págs. 11 y 12 y 69. Relativamente al mismo tema, debe recordarse que junto a la imperatividad “debemos colocar, como propiedad esencial de toda norma de derecho, la cognoscibilidad, entendida ésta como la posibilidad de los ciudadanos de llegar a conocer lo que la norma impera.” (CORRAL, «De la Ignorancia de...», pág. 266), función que precisamente está llamada a cumplir el lenguaje.

²³⁶ DOMAT, op. cit., pág. 114.

²³⁷ Pronunciándose a estos mismos respectos, *Perelman* hace ver que una característica de la interpretación judicial consiste, por una parte, en el respeto que el magistrado debe prodigar hacia las instituciones y su funcionamiento habitual, y por otra, en la búsqueda de la equidad, incluso si ésta o aquél son contrarios a una interpretación plausible de los textos. De esta suerte, los jueces buscarán mil subterfugios y forzarán, si es preciso, las interpretaciones tradicionales, si se trata de salvaguardar el funcionamiento habitual de una institución o de aproximarse a una solución judicial considerada como equitativa, aunque ellos sean incapaces de encontrarle una justificación aceptable sobre la base del texto legal mismo que se trata de aplicar. PERELMAN, op. cit., pág. 168.

²³⁸ Llamamos la atención en el hecho que, para *Guzmán Brito*, los principios generales del derecho no se confunden con el “espíritu general de la legislación” a que se refiere el artículo 24 del C.º Civil. Así lo precisa en «La Historia Dogmática...». Una posición similar a la nuestra, en orden a identificar los principios generales del derecho con el “espíritu general de la legislación”, es sostenida por el profesor *Pablo Rodríguez Grez*, en su libro «Teoría de la Interpretación...», pág. 91. La jurisprudencia, por su parte, también parece confirmar esta opinión, v. gr., en “*Tocornal Ross, Luz con Servicio*

tiva se da una suerte de “reenvío” a los criterios informadores del ordenamiento legal que con carácter general —y en ningún caso por tratarse de “normas” de jerarquía inferior según ya precisamos— enuncia el artículo 24 de nuestro Código Civil.²³⁹

No obstante lo dicho en precedencia, no se crea que las esenciales funciones que hasta ahora se han atribuido a los principios generales únicamente importan asignarles el carácter de límite negativo que se ha comentado; también ofrecen éstos una interesante y fecunda perspectiva en relación con las exigencias que impone el Derecho a fin de arribar a la solución más justa de una determinada y concreta situación.²⁴⁰ Es en esta labor o función

Agrícola y Ganadero”, Considerando N° 33 en relación con su Considerando N° 52, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 81 (1984), 2ª Parte, Secc. 5ª, págs. 88-103. Aunque no suscribimos la concepción que de los “principios” tiene el profesor *Rivacoba*, como tampoco de la reducida función que les asigna, si participamos de su opinión en cuanto a que “va de suyo que, informando estos principios en general un ordenamiento, nunca podrán, si son verdaderamente tales, entrar en colisión u oponerse a ninguna de las normas que los integran. Representan el espíritu más íntimo de un Derecho dado, y, por consiguiente, han de concordar con todos los preceptos particulares del mismo, o, mejor dicho, éstos con aquéllos, de suerte que, al aplicarlos en los casos en que sean necesarios para colmar una laguna, no puede haber contradicción con lo que se disponga en ninguna norma particular”. RIVACOBA, op. cit., págs. 194 y 195.

²³⁹ Comentando un fallo de nuestra Corte Suprema, don *José Joaquín Ugarte Godoy* llega a nuestra misma conclusión, pero por otro camino, cual es adoptar una concepción “amplia” respecto de la noción de “vacío legal”. Así, nos muestra un precedente en el cual se reconoce que hay también un “vacío legal” cuando un caso o un orden de casos está comprendido en la letra de la ley, pero no en su espíritu, en virtud de particulares hechos o circunstancias que harían de su aplicación una injusticia manifiesta, contraria al fin de la norma, y que el legislador no tuvo en consideración al establecerla. UGARTE G., «La Integración de la Ley con la Equidad y la...». En la misma línea, aunque referido al ámbito del derecho penal, el profesor *Cury* enseña que “la equidad natural debe entenderse en el sentido aristotélico, como adecuación del texto de la ley positiva, dada con caracteres de generalidad referidos a situaciones de ordinaria ocurrencia, a casos especiales en los cuales, a causa de sus particularidades, la regulación entregada por esa norma resultaría injusta y, por consiguiente, debe considerarse inaplicable; o bien como formulación de una norma para un caso respecto del cual, en atención a su singularidad, la ley ha guardado silencio. Parte, pues, del presupuesto de que para la situación sometida a la decisión del tribunal *no hay efectivamente un precepto expreso del cual echar mano*, porque la solución ofrecida por los existentes es, en el caso concreto, inaceptable, o porque sencillamente la ley no da una. En cuanto al *espíritu general de la legislación*, se refiere a un conjunto de principios que pueden obtenerse mediante *inducción* a partir de las disposiciones del ordenamiento, y desde los que posteriormente pueden alcanzarse, por *deducción*, la solución para los casos particulares no legislados y sometidos a la decisión del juez”. CURY, «Derecho Penal...», pág. 179.

²⁴⁰ Aplicamos así, analógicamente, lo que para el Aquinate representa el derecho natural a la luz del carácter corrector que asigna a la equidad. Este “nos muestra que para Santo Tomás el derecho natural no es sólo un límite negativo, sino una fuente de inspiración y estímulo en el hallazgo de la solución más adecuada. Esto no obsta a que también tenga ese carácter negativo, puesto de relieve por Tomás cuando trata no de lo justo por naturaleza, sino de aquello que en sí mismo es injusto, aquellas acciones que son siempre y bajo todas circunstancias reprobables”. GARCÍA-HUIDOBRO, «La Recepción de la Doctrina Aristotélica sobre el...», pág. 49.

—conforme se ha pretendido demostrar en otras partes de este mismo estudio— donde aquellos ocupan un destacado lugar junto con la doctrina de los autores, el derecho comparado y el influjo de unos y otros en la jurisprudencia de los tribunales.

Para terminar, nos aventuramos a dejar simplemente planteadas las bases de una posible hipótesis, la cual se nos manifiesta como una consecuencia adicional —y necesaria— a la luz de todo lo que se ha manifestado a propósito del papel que desempeñan los principios generales del derecho en el ámbito de la interpretación judicial. Ella consiste en sostener que el desconocimiento o falta de aplicación de estos principios por parte de un tribunal supondría que éste ha incurrido en una errónea interpretación de la ley que autorizaría, por lo mismo, la interposición del *recurso de casación en el fondo* en contra de la sentencia que los hubiere conculcado o preterido.²⁴¹ En este sentido, creemos que historia fidedigna del recurso acudiría en auxilio de nuestra precedente conclusión, lo que se vería confirmado con el testimonio de don *Cosme Campillo* —y del cual quedó constancia en la pertinente discusión legislativa— en orden a no excluir de sus causales “los casos de más eficaz aplicación”, lo que ocurriría si se lo refiriera sólo a las infracciones de leyes “expresas” y “substantivas” (como rezaba el precepto originalmente propuesto por don José B. Lira), prescindiendo de la infracción “de principios o reglas que de tanta importancia son para el jurisconsulto y para el juez”.²⁴²

5. BREVE REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL EN MATERIA DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Para finalizar este capítulo, a continuación transcribiremos algunos pasajes extractados de fallos pronunciados tanto por nuestra jurisprudencia judicial como *administrativa*, los cuales, junto con hacer referencia explícita a los principios generales del derecho, nos permiten también apreciar las diversas fun-

²⁴¹ Para otros, sin embargo, en tales casos podría estarse en presencia de una “infracción formal de ley” que habilita para deducir el recurso. Así, por ejemplo, para *Infante* concurre esta causal “cuando dada una situación de hecho, el juez al aplicar el derecho ha contradicho su texto, su espíritu o sus motivos”. *INFANTE*, op. cit., pág. 73.

²⁴² Citado por *ORTUZAR L.*, op. cit., págs. 23 y 24.

ciones y el distinto sentido que a éstos le han sido asignados por parte de nuestros sentenciadores.²⁴³

- *Atentaría contra los principios generales del derecho y la equidad natural que un hecho vejatorio, constitutivo no sólo de delito civil sino incluso de uno penal, pueda quedar sin que se indemnice el daño moral sufrido por el ofendido.* (RDJ, Tomo LXXXVIII, N° 1, 1991, Secc. IV, pág. 29, Corte de Apelaciones de Santiago, 1991).

- *En conformidad con los principios generales del derecho corresponde probar un hecho al que lo alega, de manera que en un juicio laboral es obligación del actor probar que su despido fue injustificado.* (Gaceta Jurídica, 59 pág. 128, Corte de Apelaciones Santiago, 1985).

- *Atendida la naturaleza del litigio, en que se ha demandado a un arrendatario pidiendo la restitución de una propiedad, no es posible discutir en él la validez o nulidad de un título invocado por la demandante. Si la sentencia dispone que no corresponde emitir pronunciamiento respecto de determinado asunto, se está haciendo referencia a los principios generales del derecho en que se funda tal decisión.* (RDJ, Tomo LXXXIII, N° 2, año 1986, Secc. II, pág. 34, Corte de Apelaciones, 1986).

- *Según los principios generales del derecho, la ley general, como es el Código del Trabajo, no puede derogar tácitamente un precepto especial.* (RDJ, Tomo XXXIV, N° 3 y 4, año 1937, Secc. I, pág. 151, Corte Suprema, 1936).

- *Durante el periodo de tramitación de las personas jurídicas, las asociaciones se rigen por las cláusulas del pacto que la establece, los principios generales del derecho y las normas que rigen la comunidad de bienes.* (RDJ, Tomo LXIX, N° 5 y 6, 1972, Secc. III, pág. 133, Corte Suprema, 1972).

- *En nuestro derecho positivo predomina el criterio jurídico de proteger la buena fe engañada por las apariencias, como lo demuestran las instituciones del matrimonio putativo, el heredero aparente y la expiración del mandato respecto de terceros de buena fe contra el mandante. De acuerdo al artículo 426 del Código*

²⁴³ La mayoría de los fallos que a continuación se reseñan, así como la doctrina que los mismos encierran, ha sido tomada de la base de datos de jurisprudencia judicial y administrativa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Civil, existe una representación aparente entre el curador que ha dejado de serlo y el pupilo, representación en virtud de la cual el curador tendrá todas las obligaciones y responsabilidades que en tal cargo le correspondan, obligando al pupilo sólo en los actos que a éste le reportaren beneficio, sacrificando en este aspecto la buena fe de terceros, con el fin de proteger al incapaz. Dicha norma al ser una excepción a los **principios generales del derecho**, debe ser interpretada en forma restrictiva. (RDJ, Tomo XXXVI, N° 7 y 8, Secc. Primera, pág. 416, Corte Suprema, 1938).

- Los seguros llamados tontinos, sujetos al pago de una prima fija y periódica, no están sujetos a las disposiciones especiales del Código de Comercio, por lo que las cuestiones que sobre ellos se susciten deben resolverse conforme a las reglas generales sobre los contratos contenidas en nuestra legislación civil, y a los **principios fundamentales del derecho**. Cualquiera que sea la manera de apreciar la naturaleza jurídica del contrato de seguro a prima fija y periódica, puede darse por establecido, con arreglo a los **principios generales del derecho**, que el asegurado que ha cumplido con las obligaciones que se impuso de pagar en los plazos convenidos las primas estipuladas, tiene derecho perfecto para obligar al asegurador al pago del valor del seguro cuando llegue el día fijado de la muerte de aquél. (Gaceta de los Tribunales, 1903, N° 6460, Segundo Semestre, Corte de Apelaciones de Tacna, Secc. Civil, pág. 937, 1903).

- Si hay una actividad de suyo legítima, ella se transforma en ilegítima, arbitraria o ilegal si en su ejercicio se afecta un derecho de un tercero reconocido y garantizado por la Constitución, y no queda, a su vez, incluido dentro de las excepciones que la misma Constitución establece. La conclusión a que se ha arribado es un **principio general de nuestra legislación**, cuya expresión más clara se encuentra en el ... artículo 56 del Código de Aguas... (Corte de Apelaciones de Presidente Pedro Aguirre Cerda, sentencia de 23.01.85, "Romagosa Iriart", recurrente de protección).

- No es posible mantener una expropiación en la que no se ha pagado parte alguna de la indemnización ni se ha cumplido función social alguna o finalidad establecida por la ley, lo que además de constituir un grave perjuicio para el afectado, redundaría en un enriquecimiento sin causa para una institución estatal y pugna contra la equidad más elemental, por lo cual el tribunal estima, de equidad y más conforme con los **principios generales del Derecho**, acoger la acción de retrocesión. (Corte de Apelaciones de Presidente Pedro Aguirre Cerda, sentencia de 12.03.84, "Tocornal con SAG").

- No es exigible el feriado legal, en caso que la empresa ha estado paralizada durante el año que da derecho a este beneficio, ni procede su acumulación, por no darse los supuestos que exige la ley. Situación no reglamentada en la ley pero que fluye de la aplicación de los **principios generales del derecho**, en especial el de equidad natural. (Gaceta Jurídica N° 93, 1988, pág. 127, Dirección del Trabajo, 1988).

- Otro problema que se presenta es el relativo a la acumulación del feriado. Como la ley no resuelve el caso hay que recurrir a los **principios generales del derecho** como la equidad natural. (Ord. 0062, Dirección del Trabajo, 1988).

- Sobre este particular cabe señalar que el artículo 61 del estatuto administrativo, reconocía implícitamente el derecho a renunciar al ascenso al determinar las consecuencias que dicha renuncia producía. Ahora bien, la derogación de esta disposición en caso alguno puede significar que el derecho al ascenso haya pasado a tener carácter de irrenunciable, puesto que la irrenunciabilidad del mismo no emanaba sólo del artículo 61 ni se deriva de ninguna otra disposición del citado decreto con fuerza de ley 338, ya que tiene sus fundamentos en los **principios generales del derecho**. (Dictamen 22275, 30.03.76, Contraloría General de la República).

- La Isapre, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3° del art. 38 de la ley 18.933, puede revisar las condiciones pactadas del plan que actualmente se encuentra vigente entre las partes, no estando facultada para obligar al afiliado a aceptar un plan que no ha contratado previamente. Lo anterior es una aplicación de los **principios generales del derecho**, que establecen que si un contrato es fruto de la voluntad mutua de las partes, la modificación del mismo debe arrancar de la misma fuente, y si por alguna razón el legislador ha conferido a una de ellas la potestad de variar unilateralmente las condiciones su ejercicio debe ser interpretado restrictivamente. (Superintendente de Isapres, 05.11.1993).

- De acuerdo a los **principios generales del derecho** y a las normas de interpretación del Código Civil, el riesgo de la redacción pesa sobre quien haya extendido las cláusulas y se interpretarán en su contra, cuando la ambigüedad u oscuridad de las mismas provengan de la falta de una explicación que haya debido darse por la redactora. (Superintendencia de Isapres, 30.09.1992).

- De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico y a los **principios generales**, una ley derogada no revive por la sola circunstancia de derogarse posteriormente la

ley derogatoria sino que, para que ello ocurra, se requiere necesariamente de una mención expresa del legislador que así lo disponga. (Dictamen 3675, 24.09.81, Dirección del Trabajo).

• La prestación de servicios *ad honorem* a una municipalidad no corresponde, desde que el desempeño de una función pública tendiente a colaborar con la administración tiene estipulado un pago de un sueldo. No obstante, si se han prestado servicios de esa forma al municipio y si éstos no se pagaran, se produciría un enriquecimiento sin causa en favor de dicho organismo, opuesto a los **principios generales del derecho**, por lo que dichos servicios deberán ser pagados imputándose al ítem imprevistos del presupuesto municipal y no al de remuneraciones. (Boletín de Jurisprudencia Municipal, CGR, N° 179, 1991, Secc. Primera B, pág. 23, 1.597, 1991).

CAPÍTULO IV

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN

SUMARIO:

1. "TIPIFICACIÓN" CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. 2. PRINCIPIOS GENERALES DE LOS ÁMBITOS PENAL Y PROCESAL CON ESPECIAL INCIDENCIA EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. 2.1. LOS PRINCIPIOS GARANTISTAS Y LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS. 2.2. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL "DEBIDQ PROCESO". 3. CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y PRINCIPIOS GENERALES CONSTITUCIONALMENTE FORMULADOS. 4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO GUÍA Y LIMITACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. 4.1. CONSIDERACIONES GENERALES. 4.2 PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, AUTONOMÍA PRIVADA Y ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO. 4.3. PRINCIPIOS GENERALES Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. 4.4. PRINCIPIOS GENERALES Y POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. 4.5. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.