

En Pablo Grez et al. (coords.) (2014). Una vida en la Universidad de Chile: 'Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés. Legal Publishing: Santiago de Chile.

EL MITO DE DOMAT*

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Profesor de Derecho

Universidad Adolfo Ibáñez

Universidad de Chile

La generación de profesores chilenos de teoría del derecho que se incorporó a la actividad universitaria en la década de los sesenta, a la que pertenece Antonio Bascuñán Valdés, llevó adelante un proyecto de renovación metodológica del estudio del derecho. En esta empresa, la teoría general del derecho de inspiración analítica debía cumplir una labor crítica y orientadora de las distintas disciplinas dogmáticas, sustituyendo en esa función a la teoría de la ley de la parte general del derecho civil, desarrollada a partir del comentario de los §§ 1 a 4 del título preliminar del Código Civil chileno. Ningún campo reflejó mejor este esfuerzo que el de la interpretación de la ley, donde los estrechos límites exegéticos a los que la doctrina civilista había confinado la discusión debían ser superados por esa renovación¹.

* Este artículo expresa parte de mi posición acerca de la historia dogmática de las reglas sobre interpretación de la ley del Código Civil chileno, expuesta en los cursos de Introducción al Derecho impartidos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1998-2001) y la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (2003-2007, y 2008-2009 como curso de Razonamiento Jurídico). La tesis fue también presentada en el programa de magister de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso el 18 de abril de 2009. La consulta de fuentes exigida para esas clases y para la elaboración de este trabajo habría sido imposible sin el apoyo de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que agradezco en la persona de su jefa del área de referencia, Marion García Arellano, así como de la Biblioteca de la Universidad Adolfo Ibáñez. Cumpro con agradecer también al profesor de la UAI, Adrián Schopf, por su ayuda en la búsqueda bibliográfica en la ciudad de München, y al egresado de derecho de la UAI, Manuel González, por su ayuda con la búsqueda bibliográfica disponible en línea. Agradezco finalmente a la profesora Daniela Accatino (Universidad Austral) y a los profesores Germán Sucar (Instituto Tecnológico Autónomo de México) y Fernando Atria (UAI, Universidad de Chile) por sus comentarios y sugerencias.

¹ Si hubiera que identificar una obra representativa de este proyecto, por su época, método y finalidad, ella sería el libro *La interpretación jurídica*, del filósofo del derecho argentino

Cincuenta años más tarde, la situación parece haber cambiado. La hegemonía de la doctrina tradicional del derecho civil ha disminuido, no por el triunfo redentor de una nueva metodología que haya asegurado una racionalidad superior, sino más bien por la fragmentación debida a la especialidad de los discursos desarrollados por las distintas disciplinas jurídicas, la consolidación del derecho público como marco general de referencia de la cultura jurídica y la irrupción en el derecho privado del discurso de los derechos humanos, adoptado del derecho constitucional y el derecho internacional. En lo que respecta a la interpretación de la ley, la situación es paradójica: el ataque más formidable a la doctrina civilista tradicional ha sido el desplegado por Alejandro Guzmán Brito, quien la acusa no ya de obsolescencia sino de falta de sentido de la tradición, y reivindica una comprensión premoderna de las reglas legales sobre interpretación de la ley establecidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil².

La principal crítica de Guzmán a la doctrina del siglo XX, en esto heredera de Luis Claro Solar (1847-1945), apunta al empleo de la teoría de la interpretación de la ley de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) como marco conceptual para el análisis de las disposiciones del Código Civil. En mi opinión, el rasgo común de la literatura del derecho privado del siglo XX, incluido Guzmán, es haber desatendido la obra de Savigny. No se trata de afirmar que el *Sistema del derecho romano actual* (1840) sea la fuente material de la regulación chilena. Esa afirmación es insostenible.

José Vernengo (México, UNAM, 1977): una aplicación combinada de análisis lingüístico y crítica cultural que permite una valoración más sutil de la exégesis que la de Francois Geny y una consideración del rol de la aplicación judicial de la ley menos escéptica que la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Un eco de ese planteamiento puede verse en Agustín SQUELLA NARDUCCI, "La teoría pura del derecho y el problema de la interpretación de la ley", 18-19 *Revista de Ciencias Sociales* (1981), pp. 65-83; del mismo, "Algunos momentos relevantes en la doctrina sobre la interpretación judicial de la ley", 1 *Cuadernos de Análisis Jurídico* (1987), Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 2-17. El proyecto de revisión de la doctrina civilista de la interpretación de la ley a la luz de una teoría hermenéutica general más desarrollado en Chile se encuentra en la obra de Fernando QUINTANA BRAVO (*Interpretación, ratio iuris y objetividad*, Valparaíso: Edeval, 1994; *Interpretación y argumentación jurídica*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006). Su marco teórico no corresponde, sin embargo, a la teoría analítica del derecho.

² Las disposiciones sobre interpretación de la ley del Código Civil chileno, del proyecto de Código Civil chileno de 1853, del Código Civil de la Luisiana de 1825 y del proyecto de Código Civil francés de 1800 son transcritas al final de este artículo, en un anexo.

Dado que la formulación de la mayor parte de las reglas del Código Civil chileno sobre interpretación de la ley ya estaba fijada en 1825, es absurdo pretender un nexo genético entre el *Sistema de derecho romano actual* y esas reglas. De lo que se trata es de reemplazar el vínculo conceptual establecido por la doctrina chilena entre el texto legal chileno y los cuatro elementos de la teoría de Savigny sobre la interpretación de las leyes “en su estado saludable” por un vínculo conceptual entre el texto legal chileno y los tres medios auxiliares de la teoría de Savigny sobre la interpretación de las leyes “defectuosas”; efectuado ese reemplazo, se dispone de una base plausible para una reconstrucción razonable de las reglas sobre interpretación de la ley del Código Civil. O sea, que en vez de limitarse a leer los §§ 32 y 33 del capítulo IV del libro primero de la obra de Savigny si se lee sus §§ 35, 36 y 37 se advierte la pertinencia de su teoría de la interpretación como marco de análisis de los artículos 19 a 24 del Código Civil chileno³. La reconsideración de la teoría de Savigny y el examen de su recepción por

³ Curiosamente, el propio Claro Solar parece haber sido el único autor de la tradición del derecho civil chileno en establecer una correlación entre la teoría de Savigny de la interpretación de las leyes defectuosas y las reglas del Código Civil chileno, fijándola en el artículo 24 cc (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago: Establecimiento Poligráfico Roma, 1898, núm. 230, pp. 127-128, según la reimpresión de 1931, Santiago: Imprenta Cervantes). El establecimiento de esta correlación plantea naturalmente la pregunta por la justificación del vínculo conceptual postulado entre las demás disposiciones del Código Civil y la teoría de Savigny de la interpretación de las leyes en su estado saludable. La respuesta de Claro Solar consistió en formular una distinción *ad hoc*: según él, una ley oscura en el sentido del artículo 19 cc sería algo distinto de una ley defectuosa en el sentido de SAVIGNY (*op. cit.*, *loc. cit.*). La distinción parece de fundamento: toda oscuridad de una ley en el sentido de Claro Solar corresponde a uno de los dos tipos de defectos de la ley reconocidos por la teoría de Savigny: la indeterminación lingüística de una expresión, frase u oración del texto legal —“expresión indeterminada”— y su incorrección a la luz de consideraciones pragmáticas —“expresión incorrecta”— (*System des heutigen römischen Rechts*, Aalen: Scientia Verlag, 1981, 2ª reimpresión de la edición de Berlin, 1840, en adelante “SRR”, libro I, capítulo IV, § 35, p. 222; *Traité de Droit Romain*, traducido por M. Ch. Guenoux, París: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, en adelante “TDR”, I-iv § 35, p. 214; *Sistema del Derecho Romano Actual*, versión al castellano de la traducción francesa por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid: F. Gongora y Compañía Editores, 1878, en adelante “SDR”, I-iv § 35, pp. 154-155). En las versiones francesa y castellana, el término “expresión incorrecta” —*unrichtiger Ausdruck*— es traducido como “expresión impropia”; la precisión es importante para evitar malentendidos: en la historia de la metodología jurídica, la evaluación de la “propiedad”/“impropiedad” de una expresión se asocia al empleo de criterios lingüísticos, pero el defecto de incorrección de la expresión se evalúa conforme a criterios no-lingüísticos (*infra*, 1.1.iii).

la cultura jurídica chilena a partir de fines del siglo XIX y durante el siglo XX es una tarea pendiente⁴.

No me propongo realizar aquí esa tarea, sino someter a examen crítico la teoría ofrecida por Alejandro Guzmán como alternativa a lo que él considera –con razón– como un mito de la doctrina chilena: el mito de Savigny. Lo que aquí sostendré es que su propuesta no pasa de ser otro mito: el mito de Domat.

Con el fin de realizar mi propósito, primero (1) efectuaré algunas precisiones conceptuales y después (2) presentaré resumidamente la discusión heredada acerca de los artículos 19 a 24 del Código Civil. Luego (3) mostraré la incorrección de la genealogía de las reglas del Código Civil defendida por Alejandro Guzmán, (4) identificaré la razón de su postulación como fuente de la regulación legal y (5) formularé objeciones a su comprensión de Domat. Finalmente (6) ofreceré algunas conclusiones.

⁴ En rigor, la reconsideración de la teoría de la interpretación de la ley de Savigny es una tarea pendiente también para la cultura jurídica europea, pues constituye un malentendido casi universal la creencia de que su teoría se reduce a los cuatro elementos de la interpretación de la ley en su estado saludable –gramatical, lógico, histórico y sistemático (*infra*, nota 11)–, desconociéndose con ello el rol de los tres medios auxiliares de la interpretación de las leyes defectuosas –conexión interna de la legislación, fundamento de la ley (*ratio*), valor intrínseco del resultado–, su orden de prelación –el indicado– y su procedencia diferenciada dependiendo del tipo de problema interpretativo –si determinación de la expresión legal indeterminada o corrección de la expresión legal incorrecta–. Una manifestación brutal de este malentendido se encuentra, por ejemplo, en la afirmación de Hans Hattenhauer en orden a que la teoría de Savigny excluirla la consideración de la *ratio* como criterio interpretativo y privarla por completo de valor a las reglas de interpretación de la tradición del derecho común (“Zur Rechtsgeschichte und Dogmatik der Gesetzesauslegung”, en Reinhard ZIMMERMANN, Rolf KNÜTEL, Jens PETER MEINCKE, *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, Heidelberg: C.F. Möller, 2000, pp. 129-147, especialmente 141-142). Sin duda, lo peculiar de la teoría de Savigny es su insistencia de que la interpretación tiene el carácter de una “libre operación del espíritu” (*freie geistige Tätigkeit*), que sigue un procedimiento regular para el reconocimiento de la “verdad” (*Wahrheit*) de la ley (SRR i-iv § 32 pp. 206-207; TDR pp. 200-201; SDR, pp. 145-147). Pero contrariamente a lo que una concepción positivista podría deducir de ello, esa descripción incluye en la versión madura de la metodología de Savigny –esto es, en el SRR– la operación de la corrección de una expresión legal determinada pero incorrecta, fundada en la *ratio legis* bajo ciertas restricciones (SRR i-iv § 37 pp. 233-238; TDR pp. 222-232; SDR pp. 159-166). Para una versión más reciente y también más verosímil de la teoría de Savigny, Ulrich HUBER, “Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht”, 58 *Juristen Zeitung* (2003), pp. 1-17; Wolfgang Paul REUTTER, “Objektiv Wirkliches” in *Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen- und Methodenlehre*, Frankfurt del Meno: Klostermann, 2011, especialmente pp. 342 y s.

El mito de Domat consiste en la afirmación de que el origen histórico de los artículos 19 a 24 del Código Civil se encuentra en la obra de Jean Domat (1625-1696). Este artículo se concentra en la demostración de la falsedad de esa afirmación y en la identificación de algunas inconsistencias entre la obra de Domat y su presentación por Guzmán. Pero la objeción de fondo a la tesis de Guzmán es metodológica. Pretender que el rastreo de la continuidad de un uso terminológico podría demostrar la continuidad de una determinada concepción del derecho implica desconocer no sólo la dependencia contextual del significado de las palabras sino las condiciones históricas más generales de la formación de la comprensión del derecho⁵. La exigencia metodológica de una atenta consideración a la totalidad del contexto de sentido implicado y de una toma de distancia respecto del objeto de análisis son principios epistémicos de Savigny, compartidos por Antonio Bascuñán Valdés. Hacerlos valer en este ejercicio es una manera de contribuir a su homenaje.

1. PRECISIONES CONCEPTUALES

1.1. La discusión heredada en torno al sentido y alcance de los artículos 19 a 24 del Código Civil es una disputa entre teorías de la interpretación rivales. La evaluación de teorías rivales requiere un marco de análisis que haga conmensurables los términos en disputa de un modo neutral a ellos. Como es bien sabido, ésta es una exigencia cuya posibilidad de satisfacción es objeto de controversia en la teoría de la ciencia; pero que no haya garantía definitiva de neutralidad no implica la futilidad del proyecto. En el marco de la teoría analítica de la argumentación jurídica, el mejor candidato es la

⁵ Incluso restringiendo el contexto a la historia interna de la metodología jurídica, es evidente que los presupuestos políticos y epistémicos del humanismo, el racionalismo y la codificación implican cambios en la comprensión del sentido, función y posición relativa de los criterios de interpretación correspondientes a los términos técnicos heredados de la tradición medieval. Al respecto, Jan SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft – Geschichte der juristischen Methode von Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, München, C.H. Beck, 2011 (2ª ed.) (en adelante “RW”), especialmente pp. 50-80, 132-169, 226-246. Por contraste, Alejandro Guzmán adhiere a una idea de crecimiento por acumulación para la historia de la cultura jurídica: “El significado histórico de las expresiones ‘equidad natural’ y ‘principios de equidad’ en el Derecho chileno”, 18-19 *Revista de Ciencias Sociales* (1981), pp. 111-143, en adelante, “G-1981”, posteriormente publicado en: del mismo, *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005, pp. 9-30.

teoría operativa de la interpretación de la ley de Jerzy Wróblewski⁶, la cual pretende ofrecer un análisis descriptivo de la estructura de la argumentación que corresponde a la interpretación de la ley por un tribunal en el contexto de su aplicación a un caso⁷. En lo esencial, la teoría considera a la justificación de la decisión judicial de un caso mediante la aplicación de la ley como una estructura argumentativa compleja, constituida por decisiones parciales —“decisiones fraccionales” en su terminología—, las cuales a su vez son justificadas mediante argumentos. La decisión interpretativa, que tiene la forma “la regla R tiene el sentido S”, es una de esas decisiones; la interpretación de la ley es la estructura argumentativa que provee su justificación⁸. De esta teoría tomaré dos distinciones: (i) la distinción entre disposición y norma, y (iii) la distinción entre reglas de interpretación de primer nivel, reglas de

⁶ *The Judicial Application of Law*, editado por Zenon Bankowski, Dordrecht/Boston: Kluwer, 1992 (en adelante “JAL”), especialmente pp. 87 y s.; *vid.* también, del mismo, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 1985 (en adelante “CTT”), especialmente pp. 21 y s.; del mismo, *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián: Ediciones de la Universidad del País Vasco, 1998 (en adelante “SHD”), especialmente pp. 79 y s.; Jerzy Wróblewski, D. Neil MacCormick, “On Justification and Interpretation”, 53 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie-Beiheft* (1994), pp. 255-268 (en adelante “JI”). La idoneidad de la teoría operativa de la interpretación de la ley de Wróblewski como marco de análisis para un examen comparativo de teorías rivales de la interpretación se encuentra acreditada por su empleo por el autodenominado “círculo de Bielefeld” en su estudio de derecho comparado sobre interpretación de textos legales; D. Neil MacCormick, Robert Summers (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth: Ashgate, 1991 (en adelante, “IS”), especialmente pp. 9-28 y 461-544. A favor de la adopción de la teoría de Wróblewski habla también su influencia en la filosofía analítica del derecho española e italiana; de esa producción he tomado en consideración para estas precisiones conceptuales las contribuciones de Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: UNAM, 2001 (1ª ed. 1999) (en adelante “EIJ”); *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán: Giuffrè editore, 2004 (en adelante, “IDN”); *Nuovi Studi sull'Interpretazione*, Roma: Aracne editrice, 2008 (en adelante, “NSI”).

⁷ La cuestión de en qué medida una teoría operativa de la interpretación es también aplicable a la interpretación auténtica, o sea, la efectuada por el legislador, y a la interpretación doctrinal es dejada abierta por Wróblewski (JAL, p. 88).

⁸ Los elementos que constituyen el modelo decisional-sustantivo de Wróblewski —un modelo descriptivo de la aplicación de la ley— son: (1) la determinación de la validez y la aplicabilidad de la regla relevante del derecho sustantivo, (2) la determinación del sentido de esta regla de un modo suficientemente preciso para su uso al decidir el caso, (3) la aceptación como probados de los hechos del caso y su descripción en el lenguaje de la regla de derecho sustantivo aplicada, (4) la subsunción de los hechos del caso bajo la regla de derecho sustantivo aplicada, (5) la determinación de las consecuencias jurídicas de los hechos probados de acuerdo con la regla aplicada y (6) la formulación de la decisión final de la aplicación judicial del derecho. Los elementos (1), (2), (3) y (5) corresponden a decisiones fraccionales (JAL, p. 31).

interpretación de segundo nivel y evaluaciones; basado en otra distinción de Wróblewski, agregaré (ii) la distinción entre teorías generales y teorías especiales de la interpretación.

(i) Por “disposición” se entiende una oración prescriptiva fijada en un texto institucionalmente dotado de autoridad; por “norma”, una oración prescriptiva invocada como razón para la acción, en este caso, la decisión judicial. La razón de la distinción se encuentra en la necesidad de articular reflexivamente la justificación de la consideración de la norma como razón práctica pertinente para la decisión judicial. Esa justificación radica en la vinculación del tribunal a la legislación como modo constitutivo del derecho vigente. La satisfacción de la exigencia de vinculación supone como condiciones necesarias la deducibilidad de la decisión a partir de la norma (justificación interna) y la demostración de la correlación entre la norma y la disposición (justificación externa). La decisión interpretativa afirma esa correlación; la interpretación de la ley es la argumentación que justifica esa afirmación.

Por contraste con la práctica del derecho común europeo subordinada a textos necesitados de fijación reflexiva por el intérprete, como el *Corpus iuris civilis*⁹, en las actuales condiciones de la práctica jurídica occidental la identificación de la disposición tiene lugar mediante el uso de criterios en parte lingüísticos y en parte institucionales, conforme al cual se la reconoce como una oración fijada en un texto dotado de autoridad. La atribución a la disposición de un determinado sentido normativo tiene lugar mediante el uso de criterios en parte lingüísticos y en parte pragmáticos, conforme al cual se afirma que esa oración –la disposición– expresa (contiene) una determinada proposición normativa. Esta operación intelectual puede denominarse “interpretación en sentido amplio”. Cuando el sentido normativo atribuido a la disposición legal es impugnado o se lo advierte como impugnable, se genera una controversia interpretativa, ya sea efectiva o especulativa, que debe ser resuelta fundadamente, afirmando la corrección de una determinada

⁹ La fijación reflexiva del texto por parte del intérprete constituye la “crítica”, una operación específica en la teoría de la interpretación del derecho común: “El fundamento de toda interpretación es un texto a ser interpretado, y la fijación de ese texto se llama crítica. [...] La crítica procede en dos niveles: como crítica diplomática (o inferior) y como crítica superior. La tarea de la primera consiste en procurar el material con seguridad y exhaustividad; la tarea de la segunda, en la determinación del verdadero texto a partir del material dado” (SAVIGNY, SRR i-iv § 38, pp. 241-242; TDR, p. 233; SDR, pp. 166-167).

atribución de sentido a la disposición. La justificación racional de la solución de una controversia interpretativa puede denominarse "interpretación en sentido estricto". En uno y otro caso, la proposición normativa afirmada como el sentido de una disposición legal es la norma jurídica. Toda norma jurídica, institucionalmente reconocida y justificada como norma legal, es el resultado de la interpretación en sentido amplio o estricto de (al menos) una disposición. Por eso se define también a la norma, conforme a esta distinción, como la disposición, según interpretada.

(li) La distinción entre una teoría general de la interpretación y una teoría especial de la interpretación se basa en la distinción entre interpretación en sentido amplio e interpretación en sentido estricto expuesta en la sección anterior. Las teorías generales de la interpretación problematizan teóricamente toda atribución de sentido normativo a la disposición en tanto operación intelectual y su objetivo es el análisis de esa operación. Las teorías especiales de la interpretación parten del presupuesto pragmático de que la atribución de sentido a una disposición puede ser o no ser problemática, es decir, que puede o no haber "duda" u "oscuridad" desde la perspectiva de la formulación de la norma aplicable al caso, asumen que si surge un problema en ese contexto debe ser resuelto y suponen que hay razones que pueden justificar su solución como interpretación correcta de la disposición. El objetivo de toda teoría especial de la interpretación es ofrecer un modelo de razones justificatorias de las soluciones a los problemas interpretativos desde la perspectiva de la formulación de la norma aplicable al caso¹⁰.

Las teorías especiales de la interpretación son por lo tanto teorías normativas. Eso vale incluso para las teorías especiales con pretensiones cognitivas, esto es, que consideran a la decisión interpretativa como una afirmación susceptible de verificación, como también para las teorías especiales que tienen de sí mismas una comprensión psicologista, es decir, que presentan los cánones de interpretación exclusivamente como directrices heurísticas. Que las teorías especiales tengan esas pretensiones o esa autocomprensión puede deberse a distintos motivos, desde un déficit analítico hasta una postura epistémica razonablemente contraria al escepticismo radical, o, como

¹⁰ Wróblewski distingue entre una teoría normativa de la interpretación y una ideología de la interpretación atendiendo al grado de exhaustividad y diferenciación de una y otra (JAL, p. 108). En el texto se prescinde de esa distinción.

en el caso de Savigny, a una distinción metodológica entre la interpretación de la ley y la creación de derecho. Lo importante es que conforme a la teoría especial son justificadas (o impugnadas) las pretensiones de corrección (o de verdad) que se entablan en las controversias interpretativas acerca del sentido y alcance de las disposiciones legales como formulaciones de normas aplicables a un caso.

La naturaleza de las teorías generales es una cuestión más incierta. Desde luego, pueden tener el propósito de presentar el acto no problemático de atribución de sentido a la disposición como paradigma de todas las operaciones interpretativas. Ese es el caso, por ejemplo, de la teoría general de Savigny¹¹. En tal caso, son teorías normativas, aunque usualmente encubiertas como teorías descriptivas o analíticas. No es inusual, sin embargo, que la teoría general de la interpretación asuma un carácter crítico de la práctica interpretativa, persiguiendo como finalidad develar sus presupuestos ideológicos¹². Las teorías especiales evidencian sin embargo un importante grado de resistencia frente a todos los intentos de deconstrucción. La razón de esa resistencia se encuentra en el hecho de que el reconocimiento de una controversia interpretativa, o sea, el presupuesto de una situación en que hay interpretación en sentido estricto de la teoría especial, es una cuestión

¹¹ La teoría general de Savigny es la que corresponde a la interpretación de las leyes en particular —por contraste con la interpretación de la totalidad de las fuentes— y en su estado saludable —por oposición a las leyes defectuosas—, entendida como la reconstrucción del pensamiento inherente a la ley conforme a cuatro actividades (elementos): la consideración de las reglas del lenguaje utilizado por el legislador (elemento gramatical), de la articulación de ese pensamiento en relaciones lógicas entre sus partes (elemento lógico), de la transformación de las relaciones jurídicas producida por la ley al momento de su entrada en vigencia (elemento histórico) y de la conexión interna que enlaza todas las reglas e instituciones jurídicas en una gran unidad (elemento sistemático) (SRR § 33, p. 212-214; TDR, pp. 205-207; SDR pp. 149-150). El principal problema metodológico que plantea la comprensión de la teoría de Savigny consiste en descifrar qué implica su tesis de que este modelo gobierna también la interpretación de las leyes defectuosas, que consiste en dos operaciones argumentativas alternativas sometidas a tres medios auxiliares, de los cuales dos no tienen correlación directa con alguno de los cuatro elementos (*supra*, nota 4). Concentrarse exclusivamente en la idea de los cuatro elementos como expresión de adhesión a una teoría hermenéutica general, como es lo usual, constituye en rigor un abandono de la teoría de Savigny.

¹² Así, entre nosotros, Fernando QUINTANA, *Interpretación y argumentación...cit.*, especialmente pp. 109 y s.; lo particular del examen de Quintana es su énfasis no ya en los presupuestos ideológicos de las teorías especiales, sino en sus presupuestos epistémicos, que él reconduce a una dualidad entre el “modelo cartesiano” y el “modelo deliberativo”.

pragmática cuya solución depende de un juicio de plausibilidad basado en evaluaciones determinadas por la propia teoría especial (*infra*, 1.2ii). Por eso, el mero hecho de la impugnación de una determinada comprensión de la disposición no merece reconocimiento como controversia, cuando esa impugnación se basa en razones en abstracto inaceptables para una teoría especial o se basa falazmente en razones que en abstracto son aceptables. Por la misma razón, el develamiento de la complejidad de la comprensión de la ley como operación intelectual no la convierte en interpretación –i.e., en un problema interpretativo– en el sentido de una teoría especial¹³.

(iii) Admitida la existencia de un problema en la atribución de sentido a una disposición, debe resolverse mediante la afirmación de una norma como la interpretación correcta de la disposición. La adjudicación bajo el principio de inexcusabilidad hace necesaria esa afirmación cuando la decisión del caso debe ser justificada como aplicación de la ley. La aceptabilidad racional de una afirmación interpretativa requiere argumentos que la justifiquen¹⁴. La teoría operativa de la interpretación de la ley de Wróblewski distingue tres tipos de operaciones que componen la argumentación justificatoria de una afirmación interpretativa: la aplicación de reglas de primer nivel, la aplicación de reglas de segundo nivel y las evaluaciones.

¹³ Esta es la razón de la inevitable impertinencia de la revisión emprendida por QUINTANA (*supra*, notas 1 y 12): dado que la resistencia a la problematización de ciertas operaciones de atribución de sentido responde a una matriz normativa culturalmente determinada, la crítica a sus presupuestos epistémicos abstractos sólo puede ser pertinente si se asocia a un correlato cultural concreto, es decir, si se vincula a una teoría especial rival. Lo mismo cabe decir del cuestionamiento de la idea de un sentido literal por las teorías contextualistas del significado (John SEARLE, "Literal meaning", 13 *Erkenntnis* (1978), pp. 207-224; François RECANATI, *Literal Meaning*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004): que una teoría especial de la interpretación de la ley distinga entre el sentido literal de una disposición y su sentido conforme a criterios sistemáticos o teleológicos no implica que postule una teoría del significado pragmáticamente descontextualizada, sino que efectúa una distinción densamente contextualizada por los presupuestos normativos de esa teoría especial (sobre el punto, pasando por alto esta consideración, Tecla MAZZARESE, "Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente", 23 *Doxa* (2000), pp. 597-631).

¹⁴ La cuestión de si las afirmaciones interpretativas –las afirmaciones de la forma "la regla R tiene el sentido S"– son enunciados con valor de verdad o proposiciones normativas que carecen de valor de verdad es una cuestión controvertida; Wróblewski y Guastini adhieren a la segunda concepción (JAL, pp. 121-122; NSI, pp. 69 y s.). Como es obvio, las consecuencias de la segunda concepción para el estatus epistémico de las controversias interpretativas dependen de la teoría de la racionalidad a la que ella se vincule.

Las reglas interpretativas de primer nivel corresponden a los criterios que cuentan como buenas razones para justificar decisiones interpretativas. También tienen una función heurística, es decir, orientan la identificación y búsqueda de la información que es relevante para formar una conjetura interpretativa. La estructura lógica y la clasificación de las reglas de primer nivel son cuestiones controvertidas¹⁵. Wróblewski distingue tres tipos: (i) directivas lingüísticas, (ii) directivas sistemáticas y (iii) directivas funcionales, atendiendo a los distintos contextos semánticos relevantes. El contexto lingüístico es el que corresponde al lenguaje en que las disposiciones se encuentran formuladas, y que corresponde ya sea al lenguaje natural —el idioma respectivo— o al lenguaje técnico-legal, incluyendo la consideración del uso de los términos en distintas disposiciones pertenecientes a un mismo texto legal. El contexto sistemático corresponde al sistema jurídico institucionalmente diferenciado al que pertenece la norma como correlato de sentido de la disposición. Un sistema jurídico es considerado como un conjunto de reglas que comparten una dimensión espacio-temporal y que aparece como un todo ordenado y en cierto grado consistente y exhaustivo. Las reglas de interpretación sistemáticas realizan los postulados de consistencia y exhaustividad, principalmente el primero. El contexto funcional corresponde al complejo de todos los factores socio-políticos, culturales y económicos del momento del establecimiento y/o aplicación de la disposición¹⁶.

Dos observaciones merece esta tipología. En primer lugar, que los límites entre una y otra categoría pueden ser fluidos tratándose de ciertas reglas. Por ejemplo, la regla "Un mismo término debe ser en principio interpretado en el mismo sentido en todas las disposiciones de una misma ley que lo

¹⁵ Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt del Meno: Suhrkamp, 1985, pp. 300-301. Wróblewski usa el término "directivas" (JAL, pp. 89 y s.); Alexy prefiere describirlos como "formas-de-argumentos" (*op. cit.*, *loc. cit.*); MacCormick y Summers se refieren a los criterios de interpretación como "tipos de argumentos" (IS, pp. 512 y s.); Guastini considera que las técnicas interpretativas presentan una estructura formada por una conclusión y los argumentos en su favor, los cuales a su vez están formados por un principio metodológico y un argumento que afirma algún hecho o consideración relevante para el principio metodológico (IDN, p. 140). El texto usa indistintamente los términos "criterios" o "reglas" sin presuponer una concepción definida sobre su estructura.

¹⁶ JAL, p. 91, 97-107; MacCormick y Summers identifican 11 tipos principales de argumentos interpretativos y los clasifican como argumentos lingüísticos (2), sistemáticos (6), teleológico-evaluativos (2) y transcategoriales (1) (IS, p. 464-474, 512-525).

utilizan" puede ser clasificada como una regla del contexto lingüístico¹⁷ o como una regla del contexto sistemático¹⁸. De modo análogo, la regla "Las disposiciones que forman una institución deben ser interpretadas de modo consistente con el propósito de esa institución" puede ser clasificada como una regla del contexto sistemático¹⁹ o como una regla del contexto funcional²⁰. En segundo lugar, que el contexto funcional está formado por un conjunto de factores tan variados y difusos que su valor informativo como designación de un tipo o categoría de reglas interpretativas no puede compararse con el valor informativo de los otros dos tipos. La razón de ello se encuentra en que cualquier precisión ulterior en la identificación de esas reglas corre el riesgo de vincularse de modo demasiado estrecho con una teoría especial. Dado que en principio cualquier forma, clase o tipo de razón práctica general puede corresponder a un factor del contexto funcional, la identificación de una forma, clase o tipo específico de razón práctica general como razón justificatoria de la decisión interpretativa implica su consideración selectiva frente al universo de posibles razones prácticas generales; esa consideración selectiva es propia de una teoría especial de la interpretación²¹.

¹⁷ JAL, p. 99.

¹⁸ IS, p. 513.

¹⁹ IS, p. 514.

²⁰ JAL, pp. 105-106.

²¹ En los términos de Wróblewsky, la tematización de las reglas de interpretación funcionales es propia de una perspectiva evaluativa-postulativa de la aplicación judicial del derecho, es decir, de un modelo normativo (JAL, pp. 61 y s.). Asumiendo un cierto margen de ese riesgo, puede decirse que los criterios de interpretación pertenecientes al contexto funcional admiten ser clasificados en cuatro subcategorías: (i) criterios teleológico-subjetivos, esto es, la consideración de la representación de fines del legislador empírico, (ii) criterios teleológico-objetivos, esto es, la atribución de una finalidad a las disposiciones legales, (iv) criterios evaluativos institucionalmente indiferenciados de carácter deontológico, consistentes en la realización de principios o valores morales sustantivos, y (iv) criterios evaluativos institucionalmente indiferenciados de carácter consecuencialista, consistentes en el logro de resultados considerados valiosos por razones distintas de la aplicación de las normas jurídicas. Las razones esgrimidas por Summers y MacCormick para clasificar la apelación a la intención del legislador como un argumento transcategorial (*supra*, nota 16) se refieren en rigor a todas las consideraciones de carácter histórico. Pero más que constituir un argumento interpretativo, las consideraciones de carácter histórico cumplen la función de razones vinculadas a la aplicación de los demás criterios, obviamente de los criterios funcionales del tipo (i) (denominado "argumento genético", por esa conexión), pero también de algunos criterios sistemáticos o de los criterios funcionales del tipo (ii).

Para la historia de la metodología jurídica la tipología más importante es la que contraponen los criterios lingüísticos de interpretación de la ley a los criterios no-lingüísticos o también criterios pragmáticos de interpretación de la ley (*i.e.*, sistemáticos y funcionales). En la doctrina alemana del derecho privado común esa distinción se formulaba como una contraposición entre dos clases de interpretación de la ley: la interpretación gramatical y la interpretación lógica²². La interpretación gramatical, esto es, la justificada conforme a criterios lingüísticos se presenta como realización de la diferenciación institucional del derecho en virtud de su vínculo convencional con el texto

²² La distinción procede de Christian Thomasius (1655-1738), fue recogida por Justus Henning Boehmer (1674-1749) y quedó firmemente asentada en la doctrina del siglo XIX gracias a los ensayos sobre interpretación de la ley de Karl Salomo Zachariä (1769-843), *Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts*, Meissen: bei Karl Friedrich Wilhelm Erbstein, 1805, pp. 21 y 43-44, y Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*, Düsseldorf: Stern-Verlag Janssen & Co., 1966, impresión fotomecánica de la 2ª ed., Altona: Hammerich, 1806, p. 24-25. En la doctrina del derecho civil francés la distinción se encuentra en François Laurent, *Principes de Droit Civil*, Bruselas: Bruylant-Christophe & Comp., París: A. Durand & Pedone Lavirel, 1869, núm. 272, p. 341. Como es bien sabido, Savigny rechazó enérgicamente la distinción entre interpretación gramatical y lógica, así como la concepción de la interpretación asociada a esa distinción, que la entendía exclusivamente como interpretación en el sentido estricto de una teoría especial, o sea, como una operación contingente en el proceso de aplicación de la ley (SRR i-iv § 50, p. 320; TDR pp. 307-308; SDR, pp. 214-215). La pandectística posterior a Savigny aceptó su teoría de la interpretación de la ley en sentido amplio como operación necesaria en el proceso de aplicación de la ley, pero se desentendió de su rechazo de la distinción entre interpretación gramatical y lógica. Apenas dos años después de publicada la obra de Savigny, Carl Georg Wächter sostuvo que la nueva división entre cuatro elementos correspondía a los medios auxiliares de las dos clases tradicionales de interpretación (*Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechtes*, Tomo II, *Allgemeine Lehren*, Stuttgart: Verlag des J.B. Messler'schen Buchhandlung, 1842, § 23, p. 125, nota 14) y medio siglo más tarde esa equivalencia ya ni siquiera requería justificación para Ferdinand Regelsberger (*Pandekten*, Tomo I, Leipzig: Dunker y Humblot, 1893, § 35-37, p. 140-155). Así entendió también Claro Solar la distinción entre interpretación gramatical y lógica, sosteniendo que la primera correspondía al elemento gramatical de Savigny, y que la segunda comprendía los otros tres (*op. cit.*, núm. 223, p. 124). La correspondencia no es sin embargo correcta; como se ha visto, lo que la pandectística denominaba "interpretación lógica" no corresponde en Savigny a tres de los cuatro elementos de interpretación de las leyes en su estado saludable, sino a los tres medios auxiliares para la interpretación de las leyes defectuosas (*supra*, notas 3, 4 y 11). En todo caso, la denominación de la pandectística era puramente convencional y no pretendía caracterizar metodológicamente esas operaciones argumentativas; en palabras de Thibaut, "Acerca de la expresión: interpretación lógica, cabría hacer una prevención, pues ninguna clase de interpretación necesita más la lógica que otra; con todo, carecería de sentido abandonar aquí un uso generalmente aceptado" (*op. cit.*, p. 16-17; de modo prácticamente idéntico, Regelsberger, *op. cit.*, § 36, p. 147).

dotado de autoridad, con independencia de consideraciones pragmáticas. En cambio, los criterios pragmáticos que conforman la interpretación lógica por una parte no pueden prescindir de la interpretación gramatical como paso hermenéutico previo, y por otra parte evidencian grados muy distintos de vinculación con el derecho institucionalmente diferenciado²³. Por esa razón, el tratamiento de la interpretación conforme a criterios pragmáticos constituye la prioridad de las teorías especiales de la interpretación.

Toda teoría especial que admita una pluralidad de reglas interpretativas de primer nivel tiene que responder un cierto número de interrogantes: ¿puede bastar una de ellas para justificar suficientemente el enunciado interpretativo o es necesario someter ese enunciado a revisión por todas las reglas aplicables al caso? Si lo primero, ¿todas o sólo alguna(s) de las reglas interpretativas de primer nivel tienen ese valor? Si varias reglas tienen ese valor, ¿hay un orden de aplicación sucesiva de esas reglas o su elección es una cuestión discrecional? Si, por el contrario, se debe examinar la justificación de los enunciados interpretativos a la luz de todas o de varias reglas de interpretación de primer nivel, simultáneamente, ¿cuál de ellas prevalece en caso de conflicto? ¿O hay un deber de optimización de la aplicación de todas las reglas de interpretación? Las reglas que dan respuesta a estas preguntas son reglas interpretativas de segundo nivel, es decir, reglas cuyo objeto de referencia es la aplicación de las reglas de primer nivel.

Wróblewski distingue dos tipos de reglas de segundo nivel, las que operan como reglas de procedimiento y las que operan como reglas de preferencia, según si configuran un orden de aplicación sucesiva de reglas de primer nivel o bien un orden de preponderancia en caso de conflicto debido a la aplicación simultánea de reglas de primer nivel²⁴. Por definición, toda aplicación de

²³ El grado es máximo tratándose de los criterios sistemáticos, medio tratándose de los criterios funcionales del tipo (i) y (ii) antes distinguidos como subcategorías (*supra*, nota 21) y mínimo tratándose de los criterios funcionales del tipo (iii) y (iv). Por esta razón, el uso crudo de los criterios pertenecientes a los tipos (iii) y (iv), tal como es esperable en el contexto de fundamentación de la decisión legislativa, es inusual en el contexto de aplicación de la ley. En controversias interpretativas, los criterios de los tipos (iii) y (iv) son invocados usualmente con alguna forma de apoyo institucional, lo que acerca el tipo (iii) a las reglas sistemáticas o al tipo (ii) de las reglas funcionales, y el tipo (iv) al tipo (i).

²⁴ JAL, p. 91. La tipología se encuentra asociada a una secuencia práctica ineludible: dado que la formulación de la norma dotada de la autoridad —la disposición— es el punto de partida

una regla de primer nivel reconocida por una teoría especial cuenta como un acto de afirmación de la admisibilidad de ese criterio interpretativo. Una teoría especial puede contener sin embargo reglas de exclusión, es decir, reglas de segundo nivel que declaren inadmisibles ciertos criterios interpretativos.

Las mayores discrepancias entre las teorías especiales rivales de la interpretación se encuentran en las reglas de segundo nivel que ellas postulan. Ello es así porque las reglas de segundo nivel expresan la matriz de principios de justicia política y concepciones institucionales más generales que legitiman la adjudicación. Esto explica que teorías especiales rivales que se encuentran en las antípodas en cuanto a la idea de la legitimación de la adjudicación que ellas expresan puedan no obstante coincidir en su concepción de las reglas de primer nivel, compartiendo incluso una misma terminología. Por esta razón, la demostración de la continuidad de reglas de primer nivel entre distintas épocas históricas —el descubrimiento de Alejandro Guzmán— no implica una continuidad de las reglas de segundo nivel —su pretendida conclusión—.

Finalmente, las reglas de interpretación exigen del intérprete la realización de evaluaciones en tres momentos distintos: necesariamente, en la apreciación de la controversia como una genuina situación de interpretación en sentido estricto (la constatación de una oscuridad o duda); eventualmente, en la apreciación de las condiciones de aplicación de las reglas de primer nivel, y necesariamente, en la justificación de algún orden de prioridad entre las

del intérprete, la prioridad de los criterios lingüísticos respecto de los criterios pragmáticos puede afirmarse mediante una regla de procedimiento; en cambio, la prioridad de cualquiera de los criterios pragmáticos frente a los criterios lingüísticos sólo puede afirmarse mediante una regla de preferencia. Obviamente, el carácter ineludible de esta secuencia presupone que el texto dotado de autoridad se encuentre institucionalmente fijado en términos que no sean susceptibles de problematización. Cuando ello no ocurre, es decir, cuando el intérprete debe asumir además la crítica (*supra*, nota 9), los criterios lingüísticos —filológicos— concurren con y no preceden a (algunos de) los criterios pragmáticos. No debe subestimarse las consecuencias tanto para una teoría especial de la interpretación como para la concepción de las relaciones metodológicas entre exégesis y dogmática de esta diferencia entre la interpretación de textos legales recientes producidos por la propia comunidad política y la interpretación de textos dotados de autoridad originariamente fijados en otros idiomas y en épocas remotas —el *Corpus iuris civilis*, la escrituras sagradas de la religión cristiana—, cuya recepción posterior hace incierta la autenticidad del texto.

reglas de primer nivel bajo una o más reglas de segundo nivel²⁵. Esta última evaluación se encuentra resuelta allí donde las reglas de segundo nivel corresponden a normas jurídicas o reglas firmemente asentadas en la cultura jurídica dominante. Sobre la primera evaluación algo ya se ha dicho (*supra*, 1.1.ii) y se volverá inmediatamente (*infra*, 1.2.ii). En cuanto al segundo tipo de evaluación, su procedencia depende de la formulación de la regla de primer nivel. Usualmente las reglas que corresponden a criterios pragmáticos exigen una evaluación relativa a la disposición y su sentido lingüístico como norma aplicable al caso, o a la existencia de antecedentes que puedan justificar su aplicación al caso en un sentido determinado. También los criterios lingüísticos pueden subordinar su aplicabilidad a condiciones que requieren evaluación, como es usualmente el caso de la cuestión de si seguir una regla semántica general (natural) o una especial (artificial). La diferencia radica en que las evaluaciones exigidas por las reglas de interpretación que corresponden a criterios pragmáticos están más intensamente vinculadas a la idea de legitimidad de la aplicación de la ley que se expresa en las reglas de segundo nivel. De hecho, las reglas de segundo nivel pueden formularse como definición de las condiciones de aplicación de las reglas de primer nivel²⁶.

²⁵ JAL, p. 95-96. En las traducciones al castellano de las versiones en inglés de la obra de Wróblewski se ha impuesto el uso del término "valoración" para referirse a la idea que el autor tiene de este componente de la interpretación en sentido estricto (CTI, pp. 65-68; SHD, pp. 98-99). El uso en su lugar del término "evaluación" me parece preferible, por dos razones: (a) es el equivalente etimológico del respectivo término en inglés *-evaluation-*, (b) no induce al error de suponer un vínculo robusto e inmediato con consideraciones morales sustantivas sin vinculación institucional. En la teoría de Wróblewski las evaluaciones más importantes son las que se encuentran sistémicamente relativizadas, es decir, las que dependen de consideraciones institucionalmente diferenciadas.

²⁶ Por ejemplo, Emmerich de Vattel (1714-1767) formula explícitamente una sola de regla de segundo nivel, consistente en un imperativo de optimización: "Todas las reglas contenidas en este capítulo deben combinarse entre sí, y hacerse la interpretación de manera que se acomode á todas, segun son aplicables al caso. Quando estas reglas parece que se perjudican, se equilibran y se limitan reciprocamente segun su fuerza e importancia, y segun pertenecen con mas particularidad al caso de que se trata" (*Derecho de gentes ó Principios de la ley natural aplicados á la conducta, y á los negocios de las naciones y de los soberanos*, París: Casa de Masson y Hijo, 1824, cap. xvii, §ccxxii, p. 305). Pero su exposición de las distintas reglas incluye definiciones de sus condiciones de aplicación que implícitamente constituyen reglas de segundo nivel. Por ejemplo, la regla que ordena atender a la razón de la ley o el tratado procede en caso de equívocidad o indeterminación del texto (§ cclxxxvii, pp. 264-266), pero también para extender o limitar el alcance de las disposiciones prevaleciendo sobre las palabras (§ ccxc, pp. 268-270), y en ambos casos, a condición de conocerse con seguridad esa razón (§§ cclxxxvii-ccxciii, pp. 264-274).

1.2. La asunción de las distinciones (i), (ii) y (iii) permite considerar que las diversas reglas de primer nivel justifican la calificación de la norma atribuida a la disposición por propuestas interpretativas basadas en dichas reglas como los respectivos sentidos de la disposición. Así, por ejemplo, una propuesta interpretativa basada en criterios lingüísticos postula la pertenencia al sistema jurídico de una norma que corresponde al sentido lingüístico de la disposición; una propuesta basada en criterios sistemáticos postula la pertenencia al sistema jurídico de una norma que corresponde al sentido sistemático de la disposición; una basada en criterios teleológicos, de una norma que corresponde al sentido teleológico de la disposición, y así sucesivamente. Por su parte, las reglas de segundo nivel pueden ser entendidas como reglas relativas a la prioridad de algún sentido sobre otro(s). Como se ha dicho, que se apele a una u otra regla de segundo nivel obedece a consideraciones generales sobre la legitimación de la adjudicación. La articulación sistemática de las reglas de primer y segundo nivel bajo una determinada concepción de la legitimidad de la jurisdicción es lo que se espera de una teoría especial de la interpretación.

Este esquema de análisis permite manejar satisfactoriamente dos cuestiones problemáticas en la discusión jurídica acerca de la interpretación de la ley y potencialmente generadoras de malentendidos: (i) la distinción entre sentido y letra de la ley, (ii) el alcance de la regla de la prohibición de interpretación del sentido claro.

(i) El esquema de análisis implica que la idea de un "sentido de la ley" independiente de criterios de atribución de sentido es una imposibilidad metodológica. Puesto que el sentido de la ley siempre es una proposición normativa afirmada como correlato de la disposición, si esa afirmación pretende ser reconocida entonces tiene que basarse en algún criterio que la justifique, es decir, en una regla de primer nivel. Desde luego, la historia de la metodología jurídica ofrece casos de uso del término que parecieran implicar esa independencia. En todos esos contextos, el significado del término "sentido" (o sus equivalentes, como la "mente" o el "pensamiento" del legislador) requiere elucidación mediante una traducción al esquema de análisis presentado. Por ejemplo, en la altamente diferenciada teoría de la interpretación de la ley de Francisco Suárez (1548-1617), el término "mente del legislador" aparece usado en el libro iii del *Tratado de las leyes y del*

dios legislador (1612)²⁷ como un elemento componente de la ley, junto –y por lo tanto, contrapuesto– a las palabras de la ley²⁸ y a la razón de la ley²⁹. Esta es no es más que una manera hipostasiada de referirse a tres conjuntos de criterios de atribución de sentido al texto legal; así lo demuestra su reintroducción al inicio del libro vi como tres aspectos que deben ser considerados para colegir el verdadero sentido de la ley³⁰.

Es obvio, por lo tanto, que distinción entre “letra” y “sentido” –o, en la tradición de la teología cristiana, entre “letra” y “espíritu” (2 *Corintios* 3,6)– no puede aceptarse en su forma hipostasiada. Es decir, no corresponde a la distinción entre disposición y norma (*supra*, 1.1.i), sino más bien a la distinción entre sentido atribuido conforme a criterios lingüísticos (interpretación gramatical) y sentido atribuido conforme a criterios pragmáticos (interpretación lógica)³¹. La “letra” es un modo de justificar un posible

²⁷ Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967 (reproducción anastática de la edición príncipe de Coimbra, 1612), en adelante “LL”, citado por número de libro, capítulo y sección y número de página del Tomo I para el libro i, del Tomo II para el libro iii, y del Tomo IV para el libro vi.

²⁸ LL iii.xv.1,2, p. 256.

²⁹ LL iii.xx.10-12, p. 284-286.

³⁰ LL vi.1, pp. 625-626. Por otra parte, Suárez hace equivalentes los términos “mente del legislador” y “verdadero sentido de la ley” (LL vi.i.12, p. 627), con lo que el significado propio de las palabras de la ley y la razón de la ley pasan a constituir ahora medios de averiguación de la mente del legislador (LL vi.i.16, 20, p. 628-629, 630-631). No obstante, en este segundo contexto Suárez también apela a la mente del legislador en un mismo nivel de referencia que los otros dos medios; esto debe entenderse como una postulación de modos alternativos de averiguación de la voluntad del legislador: conjeturas relativas a las circunstancias de su manifestación (LL vi.i.13-15, p. 628).

³¹ Según Herman Kantorowicz, la distinción entre interpretación gramatical e interpretación procede de la distinción entre *verba* y *mens* formulada por el glosador Rogerius (Herman Kantorowicz, William Warwick BUCHLAND, *Studies in the glossators of the Roman law: newly discovered writings of the twelfth century*, Cambridge: The University Press, 1938, pp. 139-140). Según Jan Schröder, ya la terminología –“gramatical”, “lógica”– demuestra un impulso metodológico surgido recién en 1630, con la publicación de la obra de Johan Conrad Danhauer (1603-1666), consistente en trascender el horizonte de la hermenéutica especial de la jurisprudencia y la teología jurídica, buscando su fundamentación en una hermenéutica general (RW, pp. 132-133, 142-143). Cualquiera sea la relación constatable entre ambas distinciones, es claro que la distinción de la pandectística alemana no incurre en una hipóstasis de los resultados alternativos (sentidos) del uso de una y otra clase de interpretación: esa es la razón profunda de la equivalencia postulada por Wächter entre la teoría de Savigny de los cuatro elementos y la distinción entre interpretación gramatical y lógica (*supra*, nota 22; *infra*, nota 32). Maxi-

sentido de la ley: el basado en criterios lingüísticos; y “el espíritu”, otro: el basado en criterios pragmáticos (usualmente, teleológicos). Por esta razón, “el sentido” es o bien cualquiera de los sentidos posibles, esto es, cualquiera de los sentidos basados en alguno(s) de los criterios admisibles, o bien es aquél de entre esos sentidos posibles que corresponde considerar como correcto según una (o más) regla(s) de segundo nivel³².

Del mismo modo, la postulación de un “genuino sentido” o “verdadero sentido” no debe entenderse inevitablemente como un compromiso con su preexistencia al resultado de las operaciones interpretativas, haciendo de las reglas de interpretación criterios heurísticos. La idea de que la ley posee un “genuino sentido” o “verdadero sentido” puede traducirse como el compromiso con una teoría de especial de la interpretación que discrimina entre el conjunto de criterios de interpretación reconocidos como admisibles y las demás consideraciones que son rechazadas por la teoría. Así traducido, el uso de ese término implica que solo un sentido justificado conforme a (alguno de) los criterios reconocidos puede contar como “genuino” o “verdadero”³³.

miliane Krieschenbaum sostiene que esta comprensión de la relación entre la letra y el sentido de la ley como conceptos relacionados y no contrapuestos —como habría sido la concepción medieval— proviene de la teoría de la interpretación del humanismo (“*Verba und mens in der Interpretationslehre des Humanismus*”, en: Jan SCHRÖDER (ed.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2001, pp. 47-72).

³² La coincidencia con este principio metodológico es la mejor versión del rechazo por Savigny de la distinción tradicional entre interpretación gramatical y lógica, y su reemplazo por una teoría de la interpretación de las leyes en estado saludable que considera al elemento gramatical como una más de las operaciones que el intérprete realiza para reconstruir el pensamiento del legislador. Para Savigny, la “letra” de la ley —el objeto determinable conforme al elemento gramatical— no es algo contrapuesto a su sentido (*Gedanken*: “pensamiento”), sino una de las posibles maneras de determinarlo: la que se basa en criterios lingüísticos. Que la pandectística alemana posterior a Savigny haya aceptado este planteamiento y haya mantenido no obstante la distinción tradicional entre interpretación gramatical y lógica demuestra que no entendía a la “letra” de la ley en un sentido hipostasiado (*supra*, notas 22 y 31).

³³ Naturalmente, la teoría especial puede adherir algún paradigma que atribuya un sentido más específico a la idea del “verdadero sentido de la ley”. En el caso de Suárez, por ejemplo, desempeña ese rol la tesis de que la ley positiva es un acto más propio de la voluntad que del entendimiento (LL i.v. 11-15, 22-25, pp. 27-28, 30-31). La suposición del acaecimiento previo de un acto de voluntad, manifestado externamente en un texto, es la idea que gobierna la comprensión que Suárez tiene de la interpretación de la ley, y que explica la equivalencia de los términos “verdadero sentido” y “mente del legislador” en ciertos pasajes.

Los distintos contextos de uso de la expresión “sentido de la ley” pueden naturalmente corresponder a otros significados, lo que genera la necesidad de traducción analítica. Lo crucial es no perder de vista que toda atribución de sentido de la ley en una situación de controversia implica una propuesta interpretativa basada en reglas de primer nivel. Cualquier uso de la expresión “sentido de la ley” que pretenda desentenderse de esa implicación es signo de arbitrariedad o sinsentido.

(ii) El esquema de análisis permite elucidar el alcance de la prohibición hermenéutica que se expresa en una máxima recibida en variadas formulaciones—in *claris non fit interpretatio, in claris non admittuntur interpretationes, quando verba sunt clara non recipiunt interpretatio, interpretatio cessat in claris, clara non sunt interpretanda*³⁴. Tal como lo observa Wróblewski la determinación de la situación como una de claridad o de duda (oscuridad, necesidad de interpretación) corresponde a una de las evaluaciones que constituyen la argumentación justificatoria de la decisión interpretativa³⁵. La pregunta metodológicamente relevante consiste en identificar cuál es el estándar evaluativo que le sirve de fundamento y qué relación tiene ese

³⁴ La formulación mejor conocida de la máxima en el siglo xviii se debe a Emmerich de Vattel: “La primera máxima general sobre la interpretación, es que no se permite interpretar lo que no necesita interpretación” (*op. cit.*, § cclxiii, p. 240). La formulación de Vattel fue recogida en el siglo xix por sus seguidores, Andrés BELLO (*Principios de Derecho de Jentes*, Santiago de Chile: Imprenta de la Opinión, 1832, capítulo x, sección 2, máxima general 1, p. 90-91) y Robert PHILLIMORE (*Commentaries upon International Law*, Tomo II, Londres: William J. Benning & Co., 1855, parte v, capítulo viii, § lxx, sección 1, regla 1, p. 84; en la edición norteamericana del mismo año (Philadelphia: T. & J.W. Johnson, Law Booksellers, 1855) se indica entre paréntesis una numeración que corresponde a la paginación de la edición inglesa). La genealogía de la máxima es objeto de controversia. Mientras que Saverio Masuelli afirma que es posible rastrear sus orígenes hasta Cicerón, Quintiliano y Paulo (“In claris non fit interpretatio”. Allí origine del brocardo”, 2 *Rivista de Diritto Romano* (2002), pp. 401-424), Clausdieter Schott estima que el derecho romano a lo más ofrece algunos pasajes relacionados con la idea regulativa, pero que la máxima fue acuñada por la hermenéutica jurídica del humanismo (“Interpretatio cessat in claris”-Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit in der juristischen Hermeneutik”, en Jan SCHRÖDER (ed.), *Theorie... cit.*, pp. 155-189); sobre la controversia, atribuyendo la tesis de Schott a Schröder, Jean-Louis Halpérin, “Legal Interpretation in 18th Century Europe: Doctrinal Debates versus Political Change”, en Yasutomo MORIGIWA, Michael STOLLEIS, Jean-Louis HALPÉRIN (eds.), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the Rule of the King to the Rule of Law*, Dordrecht, Heidelberg, Londres, Nueva York, Springer (2011), pp. 181-187.

³⁵ JAL, pp. 91-92.

estándar con las reglas de primer y segundo nivel. Esa pregunta puede recibir dos respuestas distintas.

Si la evaluación de la situación como duda u oscuridad sólo puede basarse en consideraciones semánticas o sintácticas, entonces la falta de conclusividad de los criterios lingüísticos deviene en condición de admisibilidad de los restantes criterios de interpretación. En tal caso, la valoración sigue una regla de segundo nivel que establece la prioridad del sentido lingüístico sobre los sentidos sistemático y funcional. Si, en cambio, la evaluación de la situación como duda u oscuridad puede basarse en cualquiera de las consideraciones admisibles para el intérprete según la teoría especial en cuestión, entonces el estándar discrimina entre las problematizaciones plausibles del sentido lingüístico y sus problematizaciones implausibles, sin que implique una regla de segundo nivel para el tratamiento de los casos de problematización plausible. La plausibilidad de la problematización depende de la satisfacción de condiciones abstractas y concretas (*supra*, 1.1.ii). Referido a las condiciones abstractas de plausibilidad, el estándar de la evaluación corresponde a una regla de exclusión innominada: declara inaceptables las problematizaciones del sentido lingüístico de una disposición que no se basen en las consideraciones lingüísticas o pragmáticas admitidas por la teoría especial en cuestión. Y referido a las condiciones concretas de plausibilidad corresponde a una regla trivial: la prohibición de invocar falazmente (*i.e.*, como pretexto) las consideraciones en abstracto admisibles para problematizar el sentido lingüístico de la disposición, cuando en concreto no se dan sus condiciones de aplicación. Que se entienda la máxima del primer o del segundo modo depende de la teoría especial de la interpretación en cuyo contexto se la hace valer³⁶. Por eso, ni siquiera la formulación de la

³⁶ Wróblewsky advierte que las "fuentes de la duda" (oscuridad, necesidad de interpretación) pueden ser tanto lingüísticas como no-lingüísticas, dependiendo de la teoría normativa de la interpretación que domine la situación del intérprete (JAL, *loc. cit.*). Pero si las consideraciones no-lingüísticas cuentan como fuentes de duda para la evaluación, entonces lo que importa es la correlación entre tales fuentes y las reglas de primer nivel. Esa correlación se expresa precisamente en la regla de exclusión innominada: sólo las consideraciones no-lingüísticas que corresponden a (alguna de) las reglas de primer nivel admitidas por la teoría normativa pueden contar como fuentes de duda para el estándar que fundamenta esa evaluación. Por cierto, para una teoría especial de la interpretación que admita como regla de primer nivel cualquier criterio pragmático razonable conforme a razones prácticas generales la idea de una regla de exclusión carece de sentido. En tal contexto, la máxima *in claris non fit interpretatio* sólo puede tener el sentido de una prohibición de argumentación falaz.

máxima es suficiente para identificar cuál de los dos sentidos posibles es el que le corresponde. Sólo la identificación de las reglas de segundo nivel del sistema –legal, cultural, teórico– al que ella pertenece permite identificar su sentido.

Puede que para el jurista moderno sea intuitivamente evidente la primera manera de comprender la prohibición. Pero es obvio que en tanto máxima hermenéutica del derecho común la prohibición sólo podía tener el carácter de una regla de exclusión innominada o de una prohibición de uso falaz. Ello, por la sencilla razón de que la tradición del derecho común subordinaba la letra al sentido, es decir, adhería a una teoría especial que contemplaba una regla de preferencia a favor de criterios pragmáticos de atribución de sentido a la disposición legal (*infra*, I.3.iii, 5.2). En este contexto, la máxima ni siquiera pierde su carácter de regla de exclusión innominada por el hecho de que adopte la formulación de una aparente regla de preferencia a favor de los criterios lingüísticos. Por ejemplo, cuando Francisco Suárez afirma como primera regla de interpretación que se debe dar preferencia a la significación propia de las palabras siempre que nada se oponga a ello³⁷, no afirma una regla incongruente (*i.e.*, una regla de preferencia para un caso de ausencia de conflicto) ni afirma una auténtica regla de preferencia referida a reglas admisibles de primer nivel; lo que afirma es una regla de exclusión. La aplicación de la regla enunciada por Suárez depende de qué cuenta y qué no cuenta como ese algo que de oponerse al sentido lingüístico lo haría perder su preferencia. Suárez precisa eso como “circunstancias que ocurran o bien otros derechos que fuercen a ampliar o limitar”³⁸, lo que supone el uso de ciertas reglas de primer nivel que permitan reconocer las situaciones en las cuales es “forzoso” afirmar un sentido más o menos extenso que el lingüístico. En el contexto de su teoría, tales son las situaciones tematizables bajo las reglas que identifican la intención (= voluntad) del legislador³⁹ y la

³⁷ LL vi.i.7, pp. 625-626.

³⁸ LL vi.i.10, pp. 626-627. La fórmula disyuntiva “*circumstantiae occurrentes vel alia iura*” expresa con agudeza los dos tipos de consideraciones no-lingüísticas que cuentan como problematizaciones admisibles del sentido lingüístico: la que atiende a las peculiaridades del caso a que ha de aplicarse la norma lingüísticamente correlacionada con la disposición y la que atiende a sus posibles incongruencias con otras normas jurídicas (la versión española de José Ramón Eguillor Muniozguen, S.J., traduce la expresión “*alia iura*” como “otros textos jurídicos”).

³⁹ LL vi.i.12-18, pp. 627-630.

razón de la ley⁴⁰. Si no se está en alguna de esas situaciones, la significación propia de las palabras de la ley expresa su verdadero sentido⁴¹.

A la duplicidad de alcance ya advertida se suma una tercera posibilidad de entender la prohibición como una máxima que presupone una diferencia metodológica radical entre la comprensión y la interpretación. O sea, como un estándar vinculado al rechazo de una teoría general de la interpretación (*supra*, 1.1.ii). Todas las posturas que insisten en elaborar una teoría general de la interpretación de la ley receptiva de los planteamientos de la hermenéutica general entienden así la máxima, para rechazarla⁴². No es infrecuente, además, que de ese rechazo se deduzca la improcedencia metodológica de una regla de preferencia a favor del sentido lingüístico. Así fue precisamente como Luis Claro Solar entendió la teoría general de Savigny⁴³. Pero es claro que ninguna de las dos maneras antes explicadas de entender la prohibición

⁴⁰ LL vi.i.19-20, pp. 630-631.

⁴¹ El caso de Vattel no es distinto al de Suárez. Inmediatamente después de enunciar "la primera máxima general sobre la interpretación" (*supra*, nota 34), Vattel menciona algunas consideraciones para la apreciación de la falta de necesidad de interpretación: que un acto esté "concebido en términos claros y precisos", que "su sentido (esté) claro", que "no (induzca) a ningún absurdo" (*op. cit.*, loc. cit.), a las que contraponen lo que serían "razones extrañas para sostener que no se puede entender el sentido que presenta naturalmente" (*ibidem*, citando a Wolff). La ausencia de consecuencias absurdas como condición de aplicabilidad de la máxima implica la aceptabilidad de consideraciones que corresponden a criterios pragmáticos de interpretación, los que obviamente no constituyen "razones extrañas". En esa contraposición se expresa una regla de exclusión innominada. Robert Phillimore sintetiza las consideraciones de Vattel en la siguiente fórmula: "Si el sentido es evidente y la conclusión no es absurda, no hay derecho para mirar por encima o por debajo suyo, para modificarlo o añadirle por conjetura" (*op. cit.*, loc. cit.). Andrés Bello eliminó las consideraciones en su transcripción resumida de la obra de Vattel (*op. cit.*, loc. cit.).

⁴² Recientemente, Francesca Zanone, "L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico", en: de la misma y Stefano Fuseli (eds.), *Il Lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, Milán: Franco Angeli, 2011, pp. 39-70.

⁴³ *Infra*, 2.2.i y nota 67. Notablemente, el análisis exhaustivo más reciente de la teoría de la interpretación de Savigny, debido a Stephan Meder, asume la misma tesis de Claro Solar. A juicio de este autor, la teoría de la interpretación necesaria mediante cuatro elementos habría tenido el objetivo de neutralizar la preferencia a favor del sentido lingüístico expresada en la máxima *in claris non fit interpretatio* (*Mißverstehen und Verstehen*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2004, especialmente pp. 17 y s.). Ciertamente, la teoría de los cuatro elementos se vincula al rechazo por Savigny del concepto de interpretación en sentido estricto, es decir, como actividad reducida a la solución de una duda u oscuridad (*supra*, nota 22), y ciertamente ese rechazo implica la total irrelevancia metodológica de la máxima (al respecto, Schott, *op. cit.*, pp. 187-189). Pero en tanto máxima hermenéutica heredada del derecho romano o del humanismo renacentista ella

como parte de una teoría especial implica el rechazo de una teoría general. En el contexto de una teoría especial de la interpretación, la afirmación de que una disposición determinada no necesita interpretación no implica la negación de carácter hermenéutico de la comprensión del sentido de la ley, sino una toma de posición (rechazo) frente a un argumento que pretende controvertir la corrección de la atribución de un determinado sentido a esa disposición. Esa toma de posición puede resultar justificada o injustificada, según el tipo de controversia planteada, según la teoría especial de la interpretación que se siga y según el alcance que se atribuya a la prohibición de interpretación⁴⁴.

1.3. La teoría de Wróblewski requiere tres precisiones para desempeñarse como modelo de análisis verosímil de la práctica jurídica y adecuado para la descripción de la evolución histórica de la metodología jurídica.

(i) La atribución de sentido a las disposiciones legales es una parte del complejo de operaciones argumentativas que conforman la justificación externa de la decisión judicial, en virtud de las cuales se configura el sistema jurídico del caso a partir de algún sistema jurídico institucional. Estas operaciones siguen un orden sucesivo: (a) la formación *prima facie* del sistema jurídico del caso, mediante la aplicación de criterios de pertinencia (*i.e.*, competencia *ratione materiae*), criterios de aplicabilidad temporal y criterios de aplicabilidad territorial, y (b) la formación definitiva o concluyente del sistema jurídico del caso, consistente en la solución de los problemas de interpretación, las antinomias y redundancias, la integración de lagunas y las cuestiones de derrotabilidad que el caso requiera, todo ello en relación con el sistema identificado *prima facie*. Por supuesto, la aplicación de los criterios de aplicabilidad temporal y territorial, que siempre son ellos mismos *lex fori* y *lex praesens*, puede plantear cuestiones interpretativas; asimismo, es obvio que las consideraciones de pertinencia de las normas suponen una atribución de sentido, al menos provisoria, a las disposiciones

nunca pudo haber tenido para Savigny el sentido de una regla de segundo nivel que estableciera alguna prioridad para el sentido lingüístico respecto del sentido pragmático.

⁴⁴ En todo caso, cuando un tribunal ha rechazado una propuesta interpretativa invocando la máxima *in claris non fit interpretatio* una cosa es cierta: o bien el autor de la propuesta interpretativa no satisfacía la exigencias impuestas por las reglas de interpretación del sistema y las evaluaciones a ellas asociadas, o bien el tribunal decidió un genuino problema interpretativo sin justificar su decisión.

legales respectivas. Pero es claro que el paso (a) constituye una operación argumentativa metodológicamente distinguible de la identificación de las normas que corresponden a un sistema jurídico institucional en virtud de criterios de validez (= pertenencia), así como del paso (b), es decir, de la determinación definitiva del sistema jurídico del caso, y que constituye el puente o tránsito entre una y otra concepción de sistema normativo.

(ii) Adoptar la distinción entre disposición y norma como premisa de una teoría de la interpretación de la ley implica comprender la forma de la decisión interpretativa “la regla R tiene el sentido S” como la forma “a la disposición D corresponde la norma N”, donde la norma es la proposición enunciada por la disposición⁴⁵. No hay nada inconveniente en esta comprensión para todo el ámbito de problemas planteados por la determinación del significado de las palabras y el sentido de las frases u oraciones del texto legal. Debe tenerse presente, no obstante, que ese es un ámbito restringido en comparación con el universo de cuestiones de sentido en el que tiene lugar la formulación de una norma válida como razón vinculante para la decisión de un caso, tanto si se entiende la interpretación en su sentido estricto como amplio, arriba expuesto. Esa restricción bien puede denominarse como “sesgo semántico”.

Por ejemplo, la parte del artículo 391 del Código Penal chileno que establece “El que mate a otro...” puede generar problemas interpretativos que corresponden a ese ámbito restringido bajo el sesgo semántico. La definición de la palabra legal “otro” como “un ser humano vivo nacido” exige precisar las propiedades que caracterizan al ser humano, a su condi-

⁴⁵ Guastini, IDN, pp. 99 y s.; el compromiso de Wróblewski con esta concepción de la interpretación es menos nítido, en parte porque usa los términos “disposición” (*provisitan*) y “norma” (*rule*) como sinónimos (JAL, p. 31), y en parte porque su teoría de la determinación de la validez se extiende no sólo a las disposiciones, sino también a sus consecuencias normativas (JAL, pp. 75 y s.); como sea, la disposición legal cuenta como el caso paradigmático de “regla R” en su teoría. Desde luego, en virtud de una precomprensión elemental, una disposición no es simplemente un conjunto de grafemas impresos en un libro o documento sino la formulación de (una parte de) una norma. En esa medida, la distinción entre disposición y norma ciertamente se difumina. Lo que importa es que la disposición es una formulación específica de la norma que se encuentra dotada de autoridad institucional y que por eso tiene existencia pragmática ostensivamente identificable. Eso la distingue de las formulaciones de la norma efectuadas por las propuestas interpretativas. Esta distinción entre la formulación dotada de autoridad institucional y las demás formulaciones de los intérpretes es la base de la teoría de la Interpretación doctrinal de la ley.

ción de ser vivo y a su estado de ser nacido. Asimismo, la definición de la palabra legal “matar” debe correlacionarse con la alteración de las propiedades que caracterizan la condición de ser vivo. Pero la principal decisión interpretativa que exige esa parte del artículo 391 del Código Penal es su comprensión como el frástico de una norma de comportamiento⁴⁶. De esa comprensión depende la respuesta que se dé a la cuestión de si esa norma de comportamiento es sólo la prohibición de matar a otro o también el imperativo de evitar la muerte de otro, así como la cuestión de cuáles sean las condiciones bajo las cuales la causación de la muerte de otro cuenta como comportamiento prohibido, o su evitación como comportamiento mandado, y cuenta además como infracción de esa prohibición o imperativo. O sea, de eso dependen todas las correlaciones sistemáticas del artículo 391 con las condiciones generales de la punibilidad, ya sea las establecidas por las reglas del Libro Primero del Código Penal o las reconocidas por los principios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia. Que el artículo 391 del Código Penal tenga sentido pragmático no sólo como razón para imponer una pena al acusado, sino también y previamente como razón para la acción del individuo, no es algo que pueda ser justificado como determinación del significado de las palabras del texto legal. Se trata de una interpretación de la disposición legal que trasciende el ámbito restringido por el sesgo semántico, como lo demuestra el hecho de que no sea una cuestión relativa al sentido del artículo 391 del Código Penal sino en principio de toda disposición que asocia la imposición de una pena al acaecimiento de un supuesto de hecho⁴⁷. La relevancia de esta interpretación irreductible al ámbito restringido por el sesgo semántico es directamente proporcional al grado de densidad de la matriz disciplinar que sirve de gramática profunda a la praxis legislativa y judicial. Esa densidad varía no sólo de un sistema

⁴⁶ Karl BINDING, *Die Normen und ihre Überbreitung*, Aalen: Scientia Verlag (reimpresión de la 4ª ed. Leipzig, 1922), pp. 35 y s.

⁴⁷ En un sentido análogo a esta distinción entre interpretación bajo el sesgo interpretativo e interpretación que trasciende a ese sesgo, aunque dominado por el sesgo, Guastini distingue entre “tesis interpretativas” (subordinadas al sesgo semántico) y “tesis dogmáticas”, y sostiene que “las tesis dogmáticas no son tesis interpretativas: son doctrinas que los juristas construyen de modo independiente a, y en un momento lógicamente antecedente a, la interpretación de la disposición normativa específica que se quiera (IDN, p. 15; el énfasis es del original). Para un examen de la relación entre la base normativa y el desarrollo sistemático que es propio de la dogmática jurídica, Giovanni Battista Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino: Giappichelli, 2008, especialmente pp. 221 y s.

jurídico a otro, sino también entre las distintas ramas de la legislación de un mismo sistema jurídico. Se puede decir, por lo tanto, que la interpretación de la ley concebida bajo el sesgo semántico corresponde a la superficie de la decisión interpretativa que interviene en la aplicación judicial de la ley. Eso no disminuye la pertinencia de su examen, porque esa superficie es compartida en igual medida por todos los sistemas jurídicos en que la legislación es el modo dominante de creación del derecho y por todas las ramas de la legislación de un mismo sistema jurídico.

(iii) Una cuestión importante de la metodología jurídica es la determinación de la relación que existe entre la interpretación de la ley en sentido estricto y las demás operaciones argumentativas que pueden intervenir en la formación definitiva del sistema jurídico del caso: solución de antinomias y redundancias, integración de lagunas y derrotabilidad, es decir, inaplicabilidad definitiva de la norma *prima facie* aplicable en virtud de una razón surgida de la consideración de la particularidad del caso⁴⁸. Todas estas

⁴⁸ La teoría de la derrotabilidad de las normas puede ser descrita como el redescubrimiento por la teoría analítica del derecho de la doctrina clásica de la epiqueya, es decir, de la necesaria corrección de la ley atendida su generalidad (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, libro v, 10, 1137a-1138a, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 86-87). La idea fue originalmente expuesta (1948) y descartada (1968) por H.L.A. Hart, reintroducida por G. p. Baker (1977) y reconocida por Neil MACCORMICK, "Defeasibility in Law and Logic", en Zenon BANKÓWSKI et al. (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht: Kluwer, 1995, pp. 99-117, y se ha transformado en uno de los puntos críticos de la teoría del derecho y del razonamiento jurídico anglo norteamericano: Andrei MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1992, pp. 135 y s.; Fernando ATRIA, *On Law and Legal Reasoning*, Oxford y Portland Oregon: Hart Publishing, 2001, pp. 101 y s.; para una consideración general, Jaap HAGUE, "Law and Defeasibility": 11 *Artificial Intelligence and Law* (2003), pp. 221-243. El debate acerca de las implicaciones que pueda tener el reconocimiento de la derrotabilidad para la teoría del derecho del positivismo ha generado un importante cuerpo de literatura en castellano: Jorge L. RODRÍGUEZ, Germán SUCAR, "Las trampas de la derrotabilidad", 21 *Doxa* (1998), p. 403-420; Fernando Atria, "Del derecho y el razonamiento jurídico", 22 *Doxa* (1999), p. 79-119; Jorge Luis RODRÍGUEZ, "Lagunas axiológicas y relevancia normativa", 22 *Doxa* (1999), p. 349-369; Fernando Atria, "Las circunstancias de la derrotabilidad", 45 *Revista de Ciencias Sociales-Valparaíso* (2000), p. 437-467; Carlos ALCHURRÓN, "Sobre derecho y lógica", 13 *Isonomía* (2000), p. 11-33; Cristina REDONDO, "Lógica y concepciones del derecho", 13 *Isonomía* (2000), pp. 36-54; Eugenio BULYGIN, "Sistema deductivo y sistema interpretativo", 13 *Isonomía* (2000), pp. 55-60; Pablo NAVARRO, Jorge RODRÍGUEZ, "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas", 13 *Isonomía* (2000), pp. 61-85; Juan Carlos BAYÓN, "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", 13 *Isonomía* (2000), pp. 87-117; el mismo, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", 24 *Doxa* (2001), pp. 35-62; María Inés PAZOS, "Derrotabilidad sin indeterminación", 25 *Doxa* (2002), pp. 441-470; Jorge

operaciones comparten con la interpretación de la ley en sentido estricto justificada conforme a criterios pragmáticos —la “interpretación lógica”— el *input* y el *output*: partiendo de una atribución provisoria de sentido normativo a las disposiciones legales aplicables al caso, todas ellas pretenden justificar la formación de un sistema jurídico del caso que no es idéntico a ese punto de partida. No es de extrañar, en consecuencia, que en la tradición de Pufendorf, Vattel y Bello las reglas para la solución de antinomias fueran tratadas como una sección final de las reglas sobre la interpretación de tratados y leyes⁴⁹. Permanecen sin embargo como preguntas relevantes si es metodológicamente plausible la distinción entre la interpretación de la ley necesaria para su aplicación y la creación judicial de derecho en casos de integración de lagunas y derrotabilidad, cómo haya de formularse

L. RODRÍGUEZ, “El razonamiento jurídico y las fuentes sociales del derecho”, *Analisi e Diritto* (2002-2003), pp. 275-295; Fernando ATRIA, “Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo”, 5 *Revista de Estudios de la Justicia* (2004), pp. 119-141; Carlos A. OLLER, “Obligaciones *prima facie* y derrotabilidad”, 26 *Análisis Filosófico* (2006), pp. 147-155; Ricardo CARACCIOLO, “Normas derrotables: La concepción de Carlos Alchourrón”, 26 *Análisis Filosófico* (2006), p. 156-177; Ricardo GUASTINI, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”, 26 *Análisis Filosófico* (2006), pp. 277-293; Jorge L. RODRÍGUEZ, “La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos”, 26 *Análisis Filosófico* (2006), pp. 242-276. Para un vistazo de este debate, Giovanni BATTISTA RATTI, “The Consequences of Defeasibility”, *Analisi e Diritto* (2007), p. 261-278.

⁴⁹ Samuel PUFENDORF, *Le Droit de la Nature et des Gens*, traducción del latín por Jean Barbeyrac, Basilea: Hermanos E. & J.R. Thourmeissen, 1732, reproducción fotostática de la Universidad de Caen, 1989, libro v, cap. xii, § xxiii, Tomo II, p. 138-140; Emmerich de VATTEL, *op. cit.*, libro ii, cap. xvii, §§ cccxi-cccxxi, p. 298-305; Andrés BELLO, *op. cit.*, parte primera, cap. x, sección 5, p. 94-95. El último eslabón de esta cadena, Robert Phillimore, introdujo una distinción sistemática en el tratamiento de la antinomias, separando el capítulo destinado a la “colisión de tratados” (*op. cit.*, parte v, cap. ix, §§ xcvi-xcix, p. 111-116) del capítulo destinado a su interpretación (*op. cit.*, parte v, cap. viii, §§ lxiv-xcv, p. 79-110). Pese a la influencia de Phillimore, Andrés Bello mantuvo la sistemática heredada de Pufendorf en la tercera edición de su obra (*Principios de Derecho Internacional*, Valparaíso: Imprenta de la Patria, 1864, parte primera, cap. x, sección 5, p. 152). Del mismo modo, en el proyecto de Código Civil de 1853 elaborado por Andrés Bello el criterio de solución de antinomias consistente en otorgar prioridad a la *lex specialis*, que terminó siendo consagrado en el artículo 13 del Código Civil, constituía una regla de interpretación de las leyes: “Art. 22. Las leyes especiales relativas a una cosa o negocio particular prevalecen sobre las leyes generales que parecen extenderse a la misma cosa o negocio” (*Obras Completas de Andrés Bello*, Santiago: Pedro G. Ramírez, Tomo XII, 1888, p. 9). La misma relación entre interpretación y solución de antinomias fue afirmada por Andrés Bello en el artículo 23 del proyecto de Código Civil de 1853, antecedente del actual artículo 24 del Código Civil, que consagra criterios supletorios para resolver “pasajes oscuros o contradictorios” en las leyes (*infra*, nota 110).

esa distinción y cuál sea el estatus normativo de esa creación judicial del derecho.

Para un modelo metodológico como el de Karl Larenz (1903-1993)⁵⁰, por ejemplo, el margen de los posibles sentidos lingüísticos de la disposición legal —su “sentido literal posible”—, constituye el criterio delimitador entre la interpretación y las demás operaciones que eventualmente intervienen en la determinación del sistema jurídico del caso. Esto implica concebir todo problema interpretativo como una cuestión de indeterminación semántica o sintáctica: los criterios lingüísticos operan principalmente como razones para reconocer un margen de indeterminación que, por consiguiente, sólo puede ser resuelto mediante el uso de criterios pragmáticos. La aparente primacía concedida a los criterios pragmáticos —en rigor, al criterio teleológico-objetivo— frente a esta reconocida impotencia de los criterios lingüísticos esconde una regla de segundo nivel favorable al sentido lingüístico: sólo la problematización semántica o sintáctica cuenta como genuino problema interpretativo. Este modelo delimita la interpretación extensiva de la integración por analogía atendiendo al margen del sentido literal posible: dentro de ese margen, la propuesta interpretativa de máximo alcance es interpretación extensiva; más allá de ese margen, se trata de la integración de una laguna —en la terminología de Larenz, “laguna manifiesta”— mediante la generalización del alcance de la norma basada en un razonamiento analógico. Del mismo modo, el modelo delimita la interpretación restrictiva de la operación consistente en la derrotabilidad de la norma —“laguna oculta” en la terminología de Larenz— atendiendo al grado de indeterminación lingüística: si el caso se encuentra inequívocamente cubierto por la norma formulada legalmente, la inaplicabilidad de la norma no puede justificarse como una interpretación restrictiva, sino como una “restricción teleológica”. En ambos casos, la operación argumentativa constituye creación judicial de derecho.⁵¹

⁵⁰ *Metodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, New York: Springer Verlag, 6ª ed. 1991, cap. 4 y 5, pp. 312-428.

⁵¹ El estatus normativo de la creación judicial del derecho en el modelo de Larenz es doble, porque el modelo no reconoce sólo dos, sino tres niveles de justificación externa de la decisión judicial por referencia a la legislación: (i) la interpretación, (ii) la creación judicial de derecho inmanente a la ley —la solución de los dos casos de laguna, la manifiesta y la oculta—, y (iii) la creación judicial de derecho rebasadora de la ley. El criterio delimitador entre las operaciones (i) y (ii), como se ha dicho, es lingüístico: el sentido literal posible. El criterio delimitador entre

Para un modelo metodológico como el de Justus Henning Boehmer (1674-1749)⁵², en cambio, la interpretación gramatical (*i.e.*, interpretación conforme a criterios lingüísticos) no es más que el primer paso de la solución de los problemas de oscuridad o duda que puede plantear un texto legal. Ciertamente es un paso ineludible de la aplicación de la ley, y de particular importancia para la fijación reflexiva del texto, esto es, para la crítica⁵³. Pero la determinación del sentido de la ley tiene lugar con los medios propios de la interpretación lógica (*i.e.*, interpretación conforme a criterios pragmáticos), que averigua el pensamiento del legislador y el fin de la ley mediante conjeturas verosímiles. Dado que la interpretación lógica tiene primacía sobre la interpretación gramatical, puede operar corrigiéndola, ya sea ampliando su alcance en comparación con el sentido lingüístico (interpretación

las operaciones (ii) y (iii) es el marco dado por el "propósito regulativo", el "plan original" o la "teleología de la misma ley". La distinción entre las operaciones (ii) y (iii) tiene importancia práctica. Según Larenz, el principio de la inexcusabilidad obliga al juez a interpretar y a integrar lagunas, pero se requiere razones adicionales de mucho peso para entender que el juez está obligado a/facultado para una creación del derecho rebasadora de la ley (*op. cit.*, pp. 366-367, 370). Desde el punto de vista de la historia de la metodología jurídica, la distinción entre las operaciones (i) y (ii) es característica del pensamiento jurídico posterior a la codificación (al respecto, Jan SCHÄDNER, *Theorie der Gesetzinterpretation im frühen 20. Jahrhundert*, Baden-Baden: Nomos, 2011); la distinción entre las operaciones (ii) y (iii), asociada a una validación metodológica comparativamente más intensa de la operación (ii), es una pervivencia del pensamiento jurídico previo a la codificación. El argumento de Larenz para efectuar esta segunda distinción puede ser válido para la integración de las lagunas manifiestas, en tanto el sistema jurídico no prevea una regla de clausura distinta; pero evidentemente no tiene la misma fuerza respecto de la solución de una laguna oculta, donde el juez puede satisfacer las exigencias del principio de inexcusabilidad aplicando la norma que desde un punto de vista lingüístico cubre inequívocamente el caso. En este punto, Savigny demuestra una conciencia política moderna incomparablemente más aguda que Larenz: salvo que el sistema jurídico prevea una regla de clausura distinta, para Savigny la integración de una laguna mediante analogía –probado que no se trate de una excepción manifiesta, y que no se pretenda aplicar por analogía el *ius singulare*– es un caso indiscutible de legítima aplicación de la ley; por el contrario, la corrección del sentido lingüísticamente determinado de una expresión legal siempre es problemática por el riesgo de insubordinación del juez a la ley que le es inherente (SRR i-iv §§ 37 y 46, p. 230-240, 290-296; TDR p. 222-232, 279-285; SDR p. 159-166, 196-200).

⁵² *Exercitationes ad Pandectas: In quibus praecipua digestorum capita explicantur, antea sigillatim editae, nunc coniunctim secundum ordinem pandectarum digestae*, Tomo I, Hannover y Göttingen, 1745 (*Exercitatio III*, § 2, pp. 23 y s.); sigo aquí la descripción de la doctrina de Boehmer por Regina OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, en: de la misma, *Aufklärung über Justiz*, Frankfurt del Meno: Vittorio Klostermann, 2008, Tomo II, pp. 108-111.

⁵³ *Supra*, nota 9.

extensiva) o reduciéndolo (interpretación restrictiva). Conforme a este modelo, el rango de conjeturas admisibles para identificar el pensamiento del legislador o el fin de la ley es tan vasto, que la interpretación lógica puede entenderse como interpretación de la ley conforme a la equidad. Cualquiera sea el papel que pueda jugar la distinción entre la interpretación de la ley y la creación judicial del derecho en este modelo, es obvio que ella no puede descansar en el sentido literal posible de la disposición legal como criterio delimitador: la corrección del tenor literal por el intérprete es la legítima operación interpretativa más importante del modelo.

La historia de la metodología jurídica entre mediados del siglo XVIII y mediados del siglo XX, que para el derecho privado alemán es en lo esencial la historia del tránsito del modelo de Boehmer al modelo de Larenz, con las vicisitudes de la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses, demuestra que la consideración del sentido literal posible no es el único criterio metodológico idóneo para distinguir la interpretación de la ley de las demás operaciones que pueden intervenir en la formación definitiva del sistema jurídico del caso, incluso bajo el reconocimiento de la relevancia política, jurídica y metodológica de esa distinción como una delimitación entre la legítima interpretación de la ley y un acto de creación judicial del derecho que es ilegítimo o al menos necesitado de legitimación *ad hoc*. El mejor ejemplo se encuentra en la teoría de la interpretación de las leyes defectuosas de Savigny, que siguiendo la tradición del derecho privado previo a la codificación acepta como legítima operación de interpretación de la ley —por contraposición a la ilegítima creación judicial del derecho— la corrección de una expresión legal cuyo sentido lingüísticamente es inequívoco en virtud de consideraciones pragmáticas, y al mismo tiempo somete esa operación a estándares más rigurosos para asegurar su correspondencia con la ley, no ya con sus palabras pero sí con su pensamiento (*Gedanken*). Esos estándares se expresan principalmente como reglas de exclusión: no cualquier razón práctica general justifica la corrección de la expresión legal⁵⁴.

⁵⁴ Esto diferencia esencialmente la corrección de la expresión legal incorrecta de la determinación de la expresión legal indeterminada en la teoría de Savigny: en ambas operaciones los criterios interpretativos se encuentran sometidos a una regla de segundo nivel que favorece la aplicación de los criterios más densamente institucionales (sistemáticos y teleológicos por oposición a otros criterios funcionales), pero los criterios interpretativos para la determinación de la expresión indeterminada no se encuentran sometidos a una regla de exclusión que decla-

La historia de la interpretación lógica es en parte importante una historia del debate acerca de las reglas de exclusión de los criterios pragmáticos que pueden justificar un sentido de la disposición legal al que cabe asignar preferencia respecto de su sentido lingüístico⁵⁵. En un sentido muy general, es un debate acerca de la condiciones de la derrotabilidad de las normas. Cuando se niega esa posibilidad metodológica —como es el caso del positivismo ideológico— o cuando se la admite generosamente —como era el caso del humanismo y del modelo de Boehmer— todas las operaciones que la realizan son metodológicamente equivalentes. En cambio, cuando se la admite bajo restricciones —como es el caso de la doctrina alemana del derecho privado, de Thomasius a Savigny— surge la necesidad de diferenciar las operaciones argumentativas que satisfacen esas exigencias. Entonces se abre la pregunta metodológica por la diferencia entre interpretación extensiva correctiva del sentido lingüístico e integración de una laguna mediante analogía, por una parte, y entre interpretación restrictiva correctiva del sentido lingüístico y derrotabilidad entendida como inaplicabilidad por reconocimiento de una regla implícita de aplicación preferente. Esta segunda distinción reproduce la distinción metodológica entre la interpretación restrictiva (no necesariamente correctiva) de una disposición y la solución de una antinomia bajo el principio de la preferencia de la *lex specialis*. El caso ejemplar de derrotabilidad, el del barbero de Bolonia, es un buen ejemplo de esta cuestión metodológica:

Se cuenta que en Bolonia se encontraba en el pasado prohibido, bajo penas muy rigurosas, derramar sangre de quien estuviera en las calles. Ocurre que un pobre barbero sangra un día a alguien en la calle. Por ello fue acusado y corrió un gran riesgo de ser condenado, porque la ley disponía que sus prohibiciones

ra inaceptables las razones prácticas generales (SRR i-iv §§ 35, 36 y 37, pp. 222-240; TDR, pp. 214-232; SDR pp. 154-166). En esto, Savigny es heredero de Thomasius, que postuló la exclusión de las consideraciones tematizadas bajo la distinción entre lo favorable y lo odioso (*infra*, nota 84), y de Thibaut, que restringió en forma drástica la interpretación lógica al conjunto de criterios que podían demostrar concluyentemente la intención del legislador histórico o la finalidad de la propia ley (*infra*, nota 95).

⁵⁵ Esta consideración presupone obviamente que el objetivo de la interpretación sea la reconstrucción del sentido de un texto que expresa una voluntad dotada de autoridad; según Jan Schröder, esta presuposición es lo que distingue a la concepción (restringida) de la interpretación de la ley a partir de la segunda mitad del siglo xvii frente a la concepción (mucho más amplia) de la interpretación de la ley que tenía el humanismo ("The Concept and Means of Legal Interpretation in the 18th Century", en MORIOWA, STOLLEIS, HALPERIN (eds.), *Interpretation... cit.*, pp. 91-105).

debían interpretarse en toda su extensión, y según el significado propio y literal de los términos, sin explicación ni excepción alguna⁵⁶.

Pufendorf menciona el caso como un ejemplo de la consideración de los efectos y las consecuencias de un cierto sentido provisoriamente atribuido a la ley como base para la formulación de conjeturas que permiten descubrir el verdadero sentido de la ley. Así entendió también el caso del barbero la Corte Suprema federal de los Estados Unidos de Norteamérica en *United States v. Kirby*⁵⁷. Ese es el concepto preciso de derrotabilidad: la consideración de la aplicación de la norma al caso concreto como un absurdo constituye una refutación de la norma entendida como un condicional, que obliga a reformularla incluyendo las propiedades del caso como condición negativa del supuesto de hecho. Pero esa no es la única manera de plantear la operación argumentativa que justifica la absolución del barbero. El barbero podría conceder que ha causado dolosamente una herida grave en la calle⁵⁸ y que

⁵⁶ "On raconte qu'à Bologne il étoit défendu autrefois, sous de très-rigoureuses peines, de tirer du sang de qui que ce fût dans les Rues. Il arriva qu'un pauvre barbier saigna un jour quelqu'un dans la Rue; sur quoi étant accusé il courut grande rumeur d'être puni, parce que la Loi portoit que ces défenses devoient s'entendre dans toute leur étendue, & selon la signification propre & littérale des termes, sans explication ni exception quelconque" (Samuel PUFENDORF, *op. cit.*, libro v, § viii, p. 122).

⁵⁷ 74 U.S. (7 Wall.) 482 (1868); la Corte Suprema invoca la absolución de barbero como demostración de que el sentido común acepta que los términos generales de una disposición legal sean limitados en su aplicación de modo tal que no conduzcan a la injusticia, opresión o consecuencias absurdas.

⁵⁸ Entiendo que el barbero practica una sangría y que en consecuencia causa deliberadamente una herida consistente en el corte de una vena. Así lo entiende William Blackstone, quien citando a Pufendorf describe el hecho como "el cirujano que abrió la vena de una persona que había caído en la calle con un ataque" (*Commentaries on the Laws of England*, Tomo I, Oxford: Clarendon Press, 1765, edición facsimilar de Chicago, Londres: The University of Chicago Press, 1979, p. 60); la frase "abrió una vena en la calle" corresponde a la versión inglesa de la obra de PUFENDORF ("for opening a Vein in the Street": *Of the Law of Nature and Nations*, traducción del latín con las notas de Jean Barbeyrac por Basil Kennett, Londres: I. Walthoe, R. Wilkins, J. y J. Bonwicke, S. Bird, T. Ward y T. Osborne, 1739, p. 540); la Corte Suprema federal norteamericana adopta la versión de Blackstone en su sentencia (*supra*, nota 57), sin mencionarlo; Frederick Schauer sigue la versión de la Corte (*Playing by the Rules*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 213). En su comentario al caso, Fernando Atria entiende que el barbero derrama sangre al afeitar a su cliente en la calle (así, explícitamente en "Del derecho...", *cit.* p. 83, e implícitamente en *On Law...*, *cit.* p. 117 nota 4). Esa comprensión hace del caso del barbero una situación de bagatela, además de una de eventual negligencia como en el caso del barbero de Ulpiano en sus comentarios al Edicto a propósito de la ley Aquilia de daño (D. 9, 2, 11). Jorge L. Rodríguez sugiere que problema del estatuto de Bolonia podría

en esa medida ha infringido *prima facie* la prohibición respectiva, pero al mismo tiempo invocar a su favor como defensas afirmativas una norma de la *lex artis* médica y el principio del *volenti non fit iniuria*. Ciertamente, esto no deja de constituir un problema interpretativo. Por una parte, presupone una determinada comprensión de la finalidad de la prohibición⁵⁹ y por otra parte plantea la cuestión de cómo ha de entenderse la relación entre una prohibición y una autorización, si como una redefinición restrictiva del supuesto de hecho de la prohibición o como una relación entre *lex generalis* (prohibición) y *lex specialis* (autorización). La definición de la relación que existe entre el supuesto de hecho de la norma punitiva y las causas de exclusión de la ilicitud es una pregunta clásica de la teoría del delito, que adquiere particular intensidad tratándose precisamente de la indicación terapéutica y el consentimiento del ofendido⁶⁰. Pero ya no es una cuestión de corrección del sentido lingüístico de una sola disposición en virtud de consideraciones pragmáticas que no tienen la misma ligazón institucional con el cuerpo de normas que forman el derecho aplicable, sino más bien una cuestión de coordinación de varias normas que comparten un criterio o un conjunto de criterios de ligazón institucional, bajo una exigencia de racionalidad sistemática.

consistir en la necesidad de contar con una definición práctica para una expresión metafórica ("El razonamiento...", *cit.*, p. 289); eso rebajaría el caso del barbero de Boloña a una anécdota metodológicamente irrelevante. Lo cierto es que aun si el estatuto usara términos no metafóricos, prohibiendo golpear o herir a otros en las calles de la ciudad, la sangría del barbero seguiría constituyendo un problema de aplicabilidad de esa prohibición.

⁵⁹ Podría pensarse que la finalidad de la norma no es tanto es garantizar la seguridad personal de los transeúntes, prohibiendo por ejemplo duelos y riñas, cuanto proteger su sensibilidad frente a hechos que la ofenden. En tal caso, el *volenti* sería improcedente como defensa afirmativa y la *lex artis* sería insuficiente; el barbero tendría que aducir además una consideración de estado de necesidad.

⁶⁰ Porque además de las consideraciones sistemáticas generales, la cuestión tiene consecuencias reflejas para la calificación jurídico-penal del tratamiento médico no consentido por el paciente; si lesión corporal o coacción; al respecto, Albin Eser, Comentario al § 223 del Código Penal alemán, núms. 27-52, en Adolf SCHÖNKE, Horst SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, München, 2006 (27a. ed.), p. 1909-1929. A las alternativas metodológicas indicadas –autorización prevalente, definición restrictiva del supuesto de hecho– se agrega ahora la consideración del consentimiento del ofendido como una causa de superación o cancelación de la prohibición, que supone una concepción liberal del fundamento de la prohibición (Juan Pablo MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden: Nomos, 2009, pp. 80 y s.; Urs Kindhäuser, "Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el derecho penal", en del mismo, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima: Ara, 2008, pp. 11-38).

La preferencia por uno u otro planteamiento metodológico puede deberse a muchas razones. La más importante para la historia de la metodología jurídica de los siglos xviii y xix es el grado de racionalización sistemática —diferenciación y exhaustividad— del cuerpo de normas al que se remite el intérprete. Mientras menos sistemáticamente racionalizado es ese cuerpo normativo, más necesidad tiene el intérprete de la derrotabilidad —la admisión de la excepción implícita— como interpretación correctiva de las normas institucionalmente reconocibles. Mientras mayor sea el grado de racionalización sistemática del cuerpo de normas, más frecuente es la satisfacción de esa necesidad mediante la solución de la antinomia bajo el criterio de la primacía de la *lex specialis*, porque la excepción requerida vendrá por lo general impuesta por otra norma igualmente perteneciente al sistema normativo de referencia. El propio sistema puede explicitar esa relación hasta volverla una obviedad en el nivel más superficial de su aplicación, como es el caso de las circunstancias que eximen de responsabilidad penal enumeradas en el catálogo del artículo 10 del Código Penal chileno⁶¹. La exigencia intensificada de racionalidad sistemática que impuso el derecho natural moderno a la cultura jurídica europea continental, a la que intentan responder la codificación y la pandectística, y de la que es heredera la dogmática jurídica, provocó el tránsito de un cuerpo normativo deficitario a un cuerpo normativo más satisfactorio bajo ese estándar, ya sea el aprobado por el legislador —codificación— o el reconstruido por el intérprete —pandectística—. Ese tránsito puede explicar la aparición de la distinción entre interpretación extensiva e integración por analogía en el paso del siglo xviii al siglo xix, y quizás pueda explicar la desaparición del reconocimiento de la derrotabilidad como interpretación restrictiva⁶². Esta es una de las claves para

⁶¹ Que corresponden a circunstancias de "cese parcial" o *exceptio* de la ley (i.e., derrotabilidad de la prohibición o imperativo) en la teoría de Francisco Suárez (LL vi.vi.2, p. 652; v.vii.11-12, pp. 658-659; *infra*, 5.1).

⁶² El surgimiento de la distinción entre interpretación extensiva e integración por analogía al inicio del siglo xix ha sido estudiado por Jan Schröder, "Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit", 114 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte-Germanistische Abteilung* (1997), pp. 1-55, atribuyendo su emergencia a una concepción historicista de la interpretación de la ley (para el seguimiento de la distinción hacia fines del siglo XX, *infra* nota 140). Sobre el ocaso del estatus de la derrotabilidad por aplicación de norma alternativa preferente como supuesto específico de la interpretación restrictiva no se dispone de una investigación equivalente. En todo caso, en la teoría de la interpretación de la ley de Savigny, la diferencia metodológica es clara: mientras que interpretación correctiva extensiva e integración mediante analogía son operaciones argumentativas nítidamente diferenciadas por contraste (SRR i-iv § 46, p. 292-293; TDR pp. 281-283; SDR pp. 197-198), la derrotabilidad se diluye en dos operaciones no contrastadas, la interpretación correctiva restrictiva y la "con-

comprender el pensamiento de Jean Domat, y quizás el sentido del artículo 19 inciso ii del Código Civil, en una concepción ciertamente opuesta a la de Alejandro Guzmán⁶³.

2. LA DISCUSIÓN HEREDADA

En la tradición del derecho civil chileno es posible identificar tres teorías especiales de la interpretación de la ley, planteadas como interpretaciones de las reglas de interpretación de los artículos 19 a 24 del Código Civil: (i) la teoría literalista, (ii) la teoría comprensiva y (iii) la teoría indiferenciada.

2.1. La teoría literalista corresponde a la posición de los primeros comentaristas del Código Civil⁶⁴. Su tesis central consistía en considerar que el artículo

ciliación sistemática" consistente en que "cada precepto en contradicción recibe condiciones especiales de aplicación, es decir, un ámbito de dominio propio: o bien en la medida en que dividimos el ámbito de una regla en dos mitades iguales atendiendo a condiciones distintas, o bien en la medida en tratamos un precepto como una regla respecto de la cual el otro precepto se comporta como mera excepción" (SRR i-iv § 44, p. 274; TDR p. 264; SDR pp. 186-187).

⁶³ La misma clave debería advertir acerca de la insuficiencia de una discusión sobre la derrotabilidad que no tome en consideración el contexto específico de la cultura jurídica. Allí donde la principal fuente del derecho es el precedente judicial y el desarrollo del conocimiento experto acerca del derecho es responsabilidad del juez, predomina la operación de la derrotabilidad entendida como interpretación justificada por criterios pragmáticos. Donde, en cambio, esa responsabilidad recae en el profesor universitario, su discurso está inspirado en un ideal sistemático de racionalidad y la legislación como fuente principal tiende también a realizar ese ideal, la operación predominante será la resolución de la antinomia por primacía de la *lex specialis*. La consecuencia metodológica de la diferencia está en que la segunda operación es trivial para cualquier teoría del derecho. Conforme a esta prevención, en el ámbito cultural dominado por el ideal de racionalidad de la dogmática jurídica la pregunta metodológica relevante para evaluar una teoría del derecho no debería estar dada por la necesidad de explicar ese *modus tollens* que tiene lugar en el contexto de la adjudicación cuando el caso exige reconocer una excepción implícita, sino más bien en explicar ese *modus ponens* que corresponde a la explicitación intensificada que es consecuencia del desarrollo de la base normativa institucional bajo una exigencia sistemática (*supra*, 1.3.ii y nota 47).

⁶⁴ Jacinto CHACÓN, *Exposición Razonada y Estudio Comparativo del Código Civil Chileno*, Valparaíso: Imprenta del Mercurio, 2ª ed., 1881, pp. 36-40; Enrique COOD, José Clemente FABRES, *Explicaciones del Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile* (Santiago: Imprenta Cervantes, 1882), pp. 106-115; Juan Antonio DE ARMAS, *Comentario de siete títulos del Código Civil* (Santiago: Imprenta de la Unión, 1886, pp. 45-49); Paulino Alfonso, "Interpretación de la ley", 8 *Revista Forense Chilena* (1892), pp. 9-25. En la cultura jurídica chilena del siglo XIX la defensa más vehemente de la prioridad de los criterios lingüísticos es previa a la dictación del Código Civil. Ella se encuentra en un artículo de Andrés Bello publicado

19 inciso i del Código Civil establece una regla de segundo nivel favorable a los criterios lingüísticos de interpretación por sobre todos los demás criterios. Conforme a esta tesis, la oposición entre "sentido claro" y "expresión oscura", central al artículo 19 del Código Civil, descansa exclusivamente en la aplicación de criterios sintácticos y semánticos. Por tal razón cuando las reglas lingüísticas de los artículos 20 y 21 del Código Civil permiten justificar concluyentemente el sentido de una disposición legal ("el sentido de la ley es claro"), debe excluirse la consideración de cualquier otro criterio interpretativo ("no se desatenderá el tenor literal"). Sin embargo, entre los representantes de la teoría literalista no era dominante la tesis de que esta regla de segundo nivel fuera inderrotable. Quienes advirtieron el punto, coincidieron en estimar que si la aplicación de la norma determinada conforme al sentido lingüístico de la disposición conduce a un absurdo en el caso concreto, entonces debe admitirse excepcionalmente la preferencia del (de los) criterio(s) pragmáticos de interpretación que permiten evitar ese absurdo⁶⁵. La cuestión central de esta teoría, en consecuencia, consistía en determinar bajo qué condiciones cabía reconocer un absurdo. Esa pregunta nunca tuvo una respuesta articulada⁶⁶.

en el marco de una polémica con José Antonio Tocornal acerca de la definición del universo de electores bajo las constituciones de 1828 y 1833 ("Discusión sobre el efecto retroactivo de la lei con ocasión de la reforma del Reglamento de Elecciones", 632 *El Araucano*, de 30 de septiembre de 1842; en *Obras Completas de don Andrés Bello*, Volumen XV, *Misceláneas*, Santiago: Imprenta Cervantes, 1893, pp. 270-318, esp. pp. 282-283, 299-391). El párrafo más expresivo de ese artículo fue introducido por Miguel Luis Amunátegui Reyes como nota a pie de página del artículo 19-i del proyecto inédito de Código Civil en la edición de ese texto a su cuidado (*Obras Completas...*, cit., Volumen XIII, 1890, p. 5).

⁶⁵ Ni Chacón ni Armas reconocen explícitamente excepciones a la regla de preferencia a favor del criterio lingüístico que ellos consideran consagrado en el artículo 19-i cc. Chacón llega incluso a situar en un mismo plano de subordinación al tenor literal los argumentos basados en la intención o espíritu de la ley (artículo 19 inciso ii del Código Civil) que los argumentos basados en lo favorable u odioso de las consecuencias de la regla (artículo 23 del Código Civil) (*op. cit.*, pp. 38-39). Cood y Fabres, en cambio, si bien afirman que el artículo 19 inciso i del Código Civil excluye la epiqueya, incluso en casos en que la aplicación sea manifiestamente inícua, reconocen la posibilidad de una interpretación correctiva para evitar "un monstruoso absurdo" (*op. cit.*, p. 108). Lo mismo puede decirse de Alfonso (*op. cit.*, pp. 11-12). La doctrina del absurdo como excepción a la primacía de los criterios lingüísticos es obviamente el reducido espacio reconocido a la derrotabilidad; sobre el punto, John F. MANNING, "The absurdity doctrine", 116 *Harvard Law Review* (2003), pp. 2387-2486.

⁶⁶ El ejemplo que Cood y Fabres dan de un caso de monstruoso absurdo consiste en aplicar el artículo 1490 del Código Civil a una venta de cosa ajena (*op. cit. loc. cit.*); eso es expresivo de la estimación de los criterios sistemáticos como consideraciones que pueden problematizar el sentido lingüístico. Lo mismo puede decirse de Alfonso (*op. cit. loc. cit.*).

2.2. La teoría comprehensiva fue inaugurada por Luis Claro Solar, en deliberada oposición a la teoría literalista. Su tesis consistió en relativizar la regla de segundo nivel favorable a los criterios lingüísticos, afirmando una regla inclusiva de todos los criterios autorizados por los artículos 19 a 22 del Código Civil, los cuales eran considerados en conjunto como preferentes a los criterios autorizados por el artículo 24 del Código Civil. Con distintas variantes, esta teoría dominó durante el siglo xx.

(i) Claro Solar dotó de autoridad a la regla de inclusión (= la negación de la regla de segundo nivel afirmada por la teoría literalista) vinculando los distintos criterios de interpretación autorizados por los artículos 19 inciso ii a 22 del Código Civil a los cuatro elementos de la interpretación de la ley distinguidos por Savigny—elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático— y a la tesis hermenéutica de ese autor:

[N]o son cuatro clases de interpretación, entre las cuales se pueda elegir, según el gusto y capricho de cada cual: son sólo cuatro operaciones diversas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley⁶⁷.

⁶⁷ CLARO SOLAR, *op. cit.*, núm. 223, p. 124, transcribiendo en términos casi literales a Savigny, SDR i-iv § 33, p. 150. La idea de recoger la teoría de Savigny en el contexto de una impugnación de la regla de preferencia favorable al sentido lingüístico procede de la otra fuente doctrinal de Claro Solar en esta materia, François Laurent (*op. cit.*, núms. 268 s., pp. 339 y s.). La obra de Claro Solar no fue el primer texto publicado en Chile que considerara la teoría de la interpretación de la ley de Savigny. Dos memorias de prueba la precedieron: Alejandro MÉNDEZ EGUIGUREN, "Interpretación de las leyes", 1 *Revista Forense Chilena* (1885), pp. 478-491 y 546-559, y Manuel Amunátegui Solar, *De la interpretación doctrinal de la ley*. Memoria para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Santiago: Imprenta i Encuadernación Barcelona, 1897, 16 páginas. La segunda parte de la memoria de Méndez, desde la página 548 hasta la página 558, consiste en una versión resumida y bastante fiel de los §§ 50, 32-37 y 42-46 del capítulo iv del libro i del TDR o bien del SDR, pero no comparte la finalidad metodológica de Laurent y Claro Solar; la memoria de Amunátegui anticipa fragmentariamente varias de las tesis que Claro Solar publicaría al año siguiente. La apelación a la obra de Savigny (TDR) a través de la obra Laurent para explicar los arts 19 a 24 del Código Civil es también característica de la exposición del ecuatoriano Luis F. BORJA, *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, Tomo I (Título Preliminar), París: A. Roger y F. Chernoviz, 1901, pp. 352 y s. A diferencia de Claro Solar, Borja transcribe de la obra de Savigny tanto los cuatro elementos de la interpretación de las leyes en su estado saludable como los tres medios auxiliares para remediar interpretativamente las dos clases de defectos de las leyes (*op. cit.*, pp. 352-362), pero no precisa de qué modo esos elementos y medios auxiliares corresponderían al texto legal chileno, salvo por el error de identificar el elemento histórico de Savigny con la idea de Andrés Bello de la historia fidedigna del establecimiento de la ley (p. 365).

Aunque Claro Solar afirmó la existencia de una correlación entre los artículos 19 inciso ii a 22 y 24 del Código Civil y los cuatro elementos distinguidos por Savigny, en su obra escrita no elaboró con precisión ese nexo, dejando como tópico obligado de las demás variantes de esta teoría la cuestión de su fijación precisa⁶⁸. En todo caso, Claro Solar no mantuvo una concepción del artículo 19 inciso i radicalmente distinta de la teoría literalista: también le atribuyó el carácter de una regla de segundo nivel favorable al sentido lingüístico. Lo que hizo fue erosionar su fuerza operativa, sosteniendo que "cuando el texto deja la menor duda" el sentido de la ley ya no es claro⁶⁹. La pregunta central de esta tesis, qué cuenta como duda—si sólo la indeterminación lingüística o cualquier incongruencia con algún criterio pragmático de interpretación—, no recibió una respuesta articulada por parte del autor⁷⁰.

(ii) Durante la primera mitad del siglo xx la teoría de Claro Solar se consolidó en la doctrina civilista chilena en virtud de su recepción por Héctor Claro Salas (1887-1964)⁷¹, Alfredo Barros Errázuriz (1875-1968)⁷², Arturo Alessandri Rodríguez (1895-1970) y Manuel Somarriva Undurraga (1905-1988)⁷³. Común a todos ellos es la pretensión de precisar la correlación

⁶⁸ En sus clases de derecho civil, sin embargo, Claro Solar parece haber precisado el supuesto nexo entre los elementos de Savigny y las disposiciones del Código Civil: los artículos 19 inciso i, 20 y 21 corresponderían al elemento gramatical; el artículo 22, al elemento lógico; el artículo 19 inciso ii recogería el elemento histórico "en nuestro mecanismo político" y el elemento sistemático se encontraría consagrado en el artículo 24 (Eduardo VARAS S., Álvaro VERGARA V., *Explicaciones de Derecho Civil. Primer Año. Tomadas de clase de don Luis Claro Solar*, Santiago: Imprenta y Encuadernación Chile, 1908, pp. 60-62).

⁶⁹ *Op. cit.*, núm. 225, pp. 124-125, siguiendo estrechamente a Laurent, *op. cit.*, núm. 273, pp. 343-344. Luis F. Borja reproduce en nota a pie de página el pasaje de Laurent que sigue CLARO SOLAR (*op. cit.*, pp. 363-364).

⁷⁰ De nuevo en sus clases de derecho civil, Claro Solar parece haber privilegiado los criterios teleológicos como consideraciones plausibles para problematizar el sentido lingüístico (VARAS y VERGARA, *op. cit.*, p. 56-58). Luis F. Borja sostiene que el artículo 19 inciso i del Código Civil sólo resulta aplicable cuando (i) el sentido es tan claro que no origina "ni la más leve duda" y (ii) con tal que la norma "no pugne con ninguna otra materia ni con el sistema dominante en la ley de cuya interpretación se trata" (*op. cit.*, p. 363).

⁷¹ *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Santiago: Imprenta Cervantes, 1912, pp. 21-26.

⁷² *Curso de Derecho Civil. Primer Año*, Santiago: Imprenta de Chile, 1915, pp. 28-29.

⁷³ Antonio VODANOVIC H. (redacción y puesta al día), *Curso de Derecho Civil basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile, Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga*, Tomo I, Santiago: Editorial Nascimento, 1939, pp. 181-203.

entre los cuatro elementos de la teoría de Savigny y las disposiciones del Código Civil chileno. Así, los artículos 19 inciso i, 20 y 21 consagrarían el elemento gramatical; el elemento lógico correspondería al artículo 22 inciso i, y según Barros, Alessandri y Somarriva también al artículo 19 inciso ii, en el cual todos ven consagrados el elemento histórico; finalmente, el elemento sistemático se encontraría en el artículo 22 inciso ii, y según Claro Salas, Alessandri y Somarriva también en el artículo 24⁷⁴. En cuanto a las reglas de segundo nivel, todos mantienen la interpretación del artículo 19-i como una regla de segundo nivel favorable de los criterios lingüísticos de interpretación ("elemento gramatical"). Claro Salas y Barros Errázuriz no relativizan su fuerza operativa, como lo hiciera Claro Solar; en este sentido ambos autores constituyen parcialmente un retroceso, por su concesión a la teoría literalista. En contraste, Alessandri y Somarriva consideran que la claridad/oscuridad de la ley se determina no sólo bajo criterios lingüísticos sino también sistemáticos, debilitando en esa medida la regla de segundo nivel favorable al elemento gramatical⁷⁵:

⁷⁴ La exposición más detallada de esta pretendida correlación entre la teoría de Savigny y los artículos 19 a 24 cc se encuentra en la memoria de Manuel VIAL ECHEÑIQUE, *Interpretación de la ley*, Santiago: Imprenta de Chile, 1920. Manejando como referencias a Claro Solar, Savigny y Laurent, Vial distingue cinco elementos: (i) el gramatical, relacionado con los artículos 19 inciso i, 20 y 21, (ii) el lógico, entendido como teleológico y relacionado con los artículos 19 inciso ii y 23, reclamándose un cierto margen justificable para la derrotabilidad y la integración por analogía, operaciones concebidas como aplicación de la ley por contraposición a su interpretación, pero sometidas al tratamiento de interpretación restrictiva y extensiva, (iii) el histórico, relacionado con el artículo 19 inciso ii, (iv) el sistemático, relacionado con los artículos 22, 24 y 13, y (v) el "elemento de la equidad natural", relacionado con el artículo 24.

⁷⁵ Barros Errázuriz estima además que los elementos lógico e histórico, conjuntamente considerados, prevalecen sobre el elemento sistemático (*op. cit.*, p. 29), sin justificar su tesis en el texto legal. Probablemente repetí aquí la observación recogida de las clases de Claro Solar, quien por considerar que el elemento sistemático correspondía al artículo 24 del Código Civil habría sostenido que "[e]ste elemento tiene que entrar a falta del histórico" (VARGAS y VERGARA, *op. cit.*, p. 62). En lo que respecta a Alessandri y Somarriva, sostienen que "[p]ara que el sentido de la ley se estime claro (...) es menester que no haya otro precepto que lo contradiga, porque si lo hay, el sentido de la ley no es claro, ya que éste resulta del conjunto de sus disposiciones y no de una aislada" (*op. cit.*, p. 190); con todo, al momento de analizar el artículo 19 inciso ii del Código Civil, los autores mantienen la idea de que la oscuridad que autoriza el examen de la intención o espíritu de la ley es una indeterminación lingüística. Vial Echeñique adopta sobre esta cuestión el punto de vista de Luis F. BORJA (*supra*, nota 70), transcribiéndolo sin citarlo (*op. cit.*, pp. 25-26). Una consideración de la oposición entre interpretación gramatical ("literal") e interpretación lógica como cuestión superada por la "interpretación positiva" —la versión de la jurisprudencia de intereses expuesta en la tesis doctoral de Paul VANDER EYKEN, *Méthode*

(iii) La variación de la teoría comprensiva que representó la doctrina dominante durante la segunda mitad del siglo XX, cuya exposición más conocida se debe a Carlos Ducci Claro⁷⁶, postuló una diferencia conceptual entre los términos “sentido” y “tenor literal”, de modo que el primero corresponde a la comprensión de la ley mediante el uso de todos los criterios de interpretación y el segundo corresponde a su solo sentido lingüístico. En ese concepto de sentido se encuentra formulada la regla de inclusión: para determinar si el sentido de una ley es o no claro debe atenderse a todos sus posibles sentidos según cada posible criterio de interpretación. Existiendo disparidad o incongruencia entre algunos de esos sentidos, básicamente, entre el sentido determinado conforme a criterios lingüísticos y el sentido determinado conforme a criterios sistemáticos o funcional-teleológicos, no puede afirmarse que la disposición legal posea un sentido claro y por lo tanto no es aplicable la regla de segundo nivel favorable del sentido lingüístico. La correlación establecida por Claro Salas, Barros Errázuriz, Alessandri y Somarriva entre las reglas del Código Civil y los cuatro elementos de la teoría de Savigny es por lo general seguida, pero en cuanto a las reglas de segundo nivel prevalece la idea de un deber de optimización de todos los criterios de interpretación, derivada del concepto de “sentido claro” y la máxima hermenéutica de Savigny.

2.3. La teoría indiferenciada es de reciente data. Fue planteada por escrito en 1992 y desarrollada completamente en 2007 por Alejandro Guzmán Brito⁷⁷. Se compone de una parte crítica y una parte constructiva.

Positive de l'Interprétation Juridique, Bruselas: Librairie Falk Fils, 1907— se encuentra en la memoria de Osvaldo MARÍN UGALDE, *Interpretación de las leyes*, Santiago: Imprenta Juventud Ilustrada, 1919, sin que de ello se deduzca consecuencias para la interpretación de los artículos 19 a 24 del Código Civil.

⁷⁶ *Interpretación Jurídica* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977, 2ª ed.), especialmente pp. 91 y s.; también, Carlos Ducci CLARO, *Curso de Derecho Civil-Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1980, pp. 103-125, especialmente p. 111. La tesis fue originariamente planteada por Avelino León Hurtado y Fernando MUJICA BESANILLA, “El tenor literal en la interpretación de la ley”, 71 *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1968), Sección 1ª, pp. 224-229.

⁷⁷ “Historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en Universidad de Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 41-87, en adelante, “G-1992”; *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*. Santiago, LexisNexis, 2007, en adelante, “G-2007”. La primera exposición de la teoría tuvo lugar en

La parte crítica refuta la tesis de que exista alguna relación genética entre las reglas del Código Civil y la teoría de la interpretación de la ley de Savigny, y sostiene que las reglas del Código Civil corresponden a reglas provenientes de la retórica latina y la cultura jurídica romana, en virtud de su recepción por la cultura jurídica medieval y específicamente en su reformulación por Jean Domat (1625-1696). Basándose en la concepción de la interpretación de la ley de Domat, la parte constructiva de la tesis sostiene que la regla básica se encuentra en la segunda oración del artículo 23, esto es, la exigencia de atribuir a la ley su “genuino sentido”, y que este genuino sentido correspondería a la regla de justicia o equidad en ella expresada. Como esta tesis no es compatible con la condición subordinada de los criterios interpretativos del artículo 24, que constituye un lugar común en todas las variantes de la teoría comprensiva, Guzmán niega dicha subordinación. Para este autor, la consideración del espíritu de la ley y de la equidad no tiene un rol supletorio, sino concurrente e incluso orientador de la aplicación de los demás criterios. Finalmente, la regla del artículo 19 inciso i es entendida por Guzmán no como una regla de segundo nivel, sino como una máxima general de prudencia hermenéutica, que en lo esencial advierte al juez frente a la propuesta interpretativa como un “pretexto” para eludir la ley. La negación de reglas de preferencia entre

una conferencia impartida en invierno de 1982 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción (G-2007, p. 1). Entre 1992 y 2007 Guzmán publicó cuatro obras relacionadas con su teoría de la interpretación de la ley: *Historia de la interpretación de las normas en el Derecho romano*. Santiago: Instituto de Juan Solórzano y Pereyra, 2000; “La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes”, 31 *Revista Chilena de Derecho* (2004), 39-68, en adelante, “G-2004”; “La doctrina sobre interpretación de las leyes de Robert-Joseph Pothier”, en José L. LINARES (coord.), *Liber amicorum Juan Miguel: Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, Pompeu Fabra, 2006, pp. 469-498, en adelante, “G-2006a”; “Las normas sobre interpretación de las leyes contenidas en el ‘Projet de Code Civil’ de l’an VIII (1800)”, en Labruna, LUIGI (ed.), *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, Tomo I: *Tradizione romanistica e costituzione*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 1809-1840 en adelante, “G-2006b”. Con posterioridad a 2007, ha publicado el artículo “Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes del ‘Digeste de lois civiles’ (‘Code civil’) de la Luisiana (1808/1825)”, 31 *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (2009), pp. 171-195, en adelante “G-2009”. La matriz de la teoría de Guzmán se encuentra en su obra *Ratio scripta* (Frankfurt del Meno: Vittorio Klosterman, 1981). El año 1979 Guzmán ofreció una conferencia con el mismo título en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, que se encuentra publicada: “Razón Escrita”, 4 *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (1979), p. 135-155. En una posición de nexo entre esta publicación y su monografía del año 1992 se encuentra, finalmente, G-1981 (*supra*, nota 5).

los distintos criterios interpretativos y la subordinación de la aplicación de éstos a la identificación de "la justicia" expresada en la disposición legal dan a esta teoría su carácter indiferenciado.

Común a la teoría comprensiva y a la teoría indiferenciada es la pretensión de vincular las reglas del Código Civil chileno a una teoría de la interpretación preexistente y dotada de prestigio. La teoría indiferenciada considera además que esa vinculación debe ser históricamente verificable. Eso desautorizaría su vinculación a Savigny y justificaría su vinculación a Domat. Claro Solar nunca sostuvo que la obra de Savigny hubiera constituido una fuente material de la regulación chilena⁷⁸, pero afirmó una correspondencia entre ellas. Alejandro Guzmán afirma ambas proposiciones en relación con la obra de Domat. Lo cierto es que ni las reglas del Código Civil tienen una relación temática directa con los cuatro elementos distinguidos por Savigny, como bien lo observa Guzmán, ni Domat es su fuente histórica, como Guzmán equivocadamente pretende.

3. EL MITO DE DOMAT

Según la versión originaria de la teoría de Alejandro Guzmán, la genealogía del Código Civil chileno tendría esta fisonomía: la obra de Jean Domat habría sido la fuente material del título v del libro preliminar del proyecto de Código Civil francés del año viii (1800), éste habría sido la fuente material del capítulo 4 del título preliminar del Código Civil de la Luisiana de 1825⁷⁹, el cual a su vez habría sido la fuente material del § 4 del título

⁷⁸ El hecho de que los artículos 19 a 24 del Código Civil chileno provengan de la codificación de la Luisiana era bien conocido por la doctrina civilista de fines del siglo xix y principios del siglo XX, debido a las notas de Andrés Bello al proyecto de 1853 (CHACÓN, *op. cit.*, p. 38; ARMAS, *op. cit.*, p. 46; CLARO SOLAR, *op. cit.*, núm. 224, p. 124; VARGAS y VERGARA, *op. cit.*, pp. 57-58). La genealogía es particularmente importante para la variante más moderna de la teoría comprensiva, en razón de una diferencia de redacción entre el artículo 17 inciso primero del proyecto de 1853 y su fuente, el artículo 13 del Código Civil de la Luisiana; ese dato demostraría la falta de equivalencia entre las expresiones "sentido de la ley" y "tenor literal" en el inciso primero del artículo 19 del Código Civil (DUCCI, *op. cit.*, p. 101).

⁷⁹ La relación entre ambos textos fue mediada por la primera versión del cuerpo de normas de la Luisiana, el *Digeste des lois civiles* de 31 de marzo de 1808. La exposición detallada de los dos cuerpos normativos puede verse en G-2009. Para una visión de la regulación del título preliminar en la codificación civil de Luisiana: Louisiana State Law Institute: *Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana*, Louisiana Legal Archives, Volumen 3, Part 1: Baton Rouge,

preliminar del proyecto de Código Civil chileno de 1853, que finalmente habría sido la fuente directa del § 4 del título preliminar del Código Civil chileno de 1855/57.

La línea genealógica falla ostensiblemente.

Es efectivo que los seis artículos que componen el § 4 del título preliminar del Código Civil chileno provienen íntegramente del § 4 del proyecto de Código Civil de 1853. De esos seis artículos, es efectivo que cuatro íntegramente y otro parcialmente provienen de siete artículos del Código Civil de la Luisiana de 1825⁸⁰. De estos siete artículos, sin embargo, cinco provienen de la obra de William Blackstone (1723-1780)⁸¹ y no del proyecto francés. Esta sola circunstancia ya hace fallida la pretendida genealogía⁸².

Pero además es el caso que ni siquiera tienen su origen en Domat los dos artículos del Código Civil de la Luisiana de 1825 que provienen del proyecto francés del año viii. Se trata de los artículos 13 y 20, que respectivamente encabezan y concluyen el capítulo en cuestión. El artículo 13 tiene como fuente al artículo v del título v del libro preliminar del proyecto de Código Civil del año viii, y el artículo 20, al artículo x. Las disposiciones del proyecto francés son del siguiente tenor:

Louisiana, 1940; Rodolfo BATIZA, "The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance", 46 *Tulane Law Review* (1981), p. 165; el mismo, "Origins of the Modern Codification of the Civil Law: The French Experience and its Implications for the Louisiana Law", 56 *Tulane Law Review* (1982), p. 477-601; Thomas W. TUCKER, "Interpretations of the Louisiana Civil Codes, 1808-1840: The Failure of the Preliminary Title", 19 *Tulane European & Civil Law Forum* (2004), pp. 57-182.

⁸⁰ Las disposiciones originales de Andrés Bello son la segunda oración del artículo 23 y el 24 del Código Civil (artículos 22 y 23 del proyecto de 1853).

⁸¹ *Commentaries on the Laws of England*, Tomo I, Oxford: Clarendon Press, 1765 (edición facsimilar de la University of Chicago Press, Chicago, 1979), introducción, sección ii, pp. 59-62.

⁸² El hecho de que los artículos 14 a 18 del Código Civil de la Luisiana de 1825 provienen de la obra de Blackstone y no del proyecto francés del año viii ha sido recientemente reconocido y exhaustivamente documentado por Guzmán Brito (G-2009), remontando la genealogía hasta Pufendorf y observando que la formulación textual del artículo 17 del Código Civil de la Luisiana no encuentra su fuente directa en el pasaje respectivo de Blackstone, sino en una nota del director de la 12ª edición de los *Commentaries* (1793-1795), Edward Christian (1758-1823). Sin embargo, Guzmán no se hace cargo del hecho que esta modificación de la línea genealógica refuta su justificación de la influencia de Domat sobre la codificación chilena, basada en la existencia de "una línea histórica continua desde el Proyecto francés del año VIII hasta el Código Chileno de 1855" (G-2004, p. 41).

V. Cuando una ley es clara, no ha de eludirse su letra bajo pretexto de penetrar su espíritu; y en la aplicación de una ley oscura, se debe preferir el sentido más natural y aquel que es menos defectuoso en la ejecución.

X. La distinción de leyes odiosas y leyes favorables, hecha con el objeto de extender o restringir sus disposiciones, es abusiva⁸³.

El artículo x es obviamente una regla de exclusión: declara inadmisibles un criterio de interpretación. Como es bien sabido, el origen de esta regla se encuentra en la recepción de la doctrina de Christian Thomasius (1655-1728) por Jean Barbeyrac (1674-1744), el traductor al francés del *Derecho natural y de gentes* (1672) de Samuel Pufendorf (1632-1694), en sus notas a esa obra⁸⁴. La doctrina previa a Thomasius admitía el criterio en cuestión, proveniente del derecho canónico, y ofrecía estándares para distinguir entre leyes de una y otra clase⁸⁵. Esa era también la posición

⁸³ "V. Quand une loi est claire, il ne faut pas point en éluder la lettre sous prétexte d'en penetrer l'esprit; et dans l'application d'une loi obscure, on doit préférer le sens le plus naturel et celui qui est le moins defectueux dans l'exécution. (...) X. La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs disposition, est abusive" (*Projet de Code Civil, présenté par la Comisión nommée par le Gouvernement, le 24 thermidor an 8. Imprimé sur l'Edition originale. Première Partie*. A Paris, chez Lemarchand, an 9, pp. 6-7).

⁸⁴ Christian THOMASIUS, *Institutionem Iurisprudéntia Divinae*, Halle: 1688, según la traducción al inglés de Thomas Ahnert, *Institutes of Divine Jurisprudence*, Indianapolis: Liberty Fund, 2011, libro ii, capítulo xi, §§ 160-176, pp. 343-347; del mismo, *Ausübung der Vernunft-Lehre*, Halle: Christoph Salfelden, 1691, reproducido en Hildesheim: Georg Olms, 1968, sección tercera, núms. 116-124, pp. 210-214; Pufendorf, *op. cit.*, libro v, capítulo xii, observación 2 de Barbeyrac al § xii, p. 126; observaciones 1-3 y 8-10 de Barbeyrac al § xiii, p. 126-127 y 128. Las objeciones de Thomasius fueron recogidas también por Robert Phillimore y hechas valer contra la doctrina de Emmerich de Vattel (*op. cit.*, parte v, cap. viii, § xcv, p. 109-110). En nota a pie de página, Phillimore cita a Joseph Story (1779-1845), quien formula objeciones políticas contra aquella regla de Vattel que califica siempre como odioso el cambio de circunstancias. En la primera edición de sus *Principios de Derecho de Gentes* (1832) Bello reprodujo resumidamente las reglas de Vattel para distinguir lo odioso y lo favorable, sin observaciones (*op. cit.*, p. 94). Bajo la influencia de Phillimore, en su tercera edición Bello introdujo una nota al pasaje respectivo, citando aprobatoriamente las objeciones de Barbeyrac, Phillimore y Story (*Principios de Derecho Internacional, cit.*, p. 152, nota 12).

⁸⁵ Hugo GROCIUS, *Del derecho de la guerra y de la paz*, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, Tomo II, Madrid: Reus S.A., 1925, libro ii, capítulo xvi, § x, p. 298-299; Samuel PUFENDORF, *op. cit.*, libro v, capítulo xii, § xii, pp. 126-127; Emmerich de VATTEL, *op. cit.*, libro ii, capítulo xvii, §§ ccc-ccx, p. 280-298.

de Jean Domat⁸⁶. Luego, la existencia de esa disposición en el proyecto francés en lugar de confirmar más bien refuta la pretensión de reconducir las reglas sobre aplicación e interpretación de las leyes a la concepción de Jean Domat⁸⁷.

Sólo resta como posible nexo histórico entre el § 4 del título preliminar del Código Civil chileno y la obra de Jean Domat la primera oración del artículo v del título v del libro preliminar del proyecto francés del año viii⁸⁸. Como se ha dicho (*supra*, 2.1.iii) la crítica a la comprensión usual de la regla en cuestión —artículo 19 inciso i del Código Civil— en la doctrina civilista chilena es uno de los principales componentes de la teoría de Guzmán. A su juicio, no se trata de una regla de segundo nivel favorable al sentido lingüístico, sino de una máxima de prudencia hermeneútica, que distingue entre las razones que permiten identificar válidamente el sentido de la ley y las razones que eventualmente se hagan valer como pretexto para desvirtuar ese sentido. Como también ya se ha dicho (*supra*, 1.1.ii, 1.2.ii), este es un sentido que la máxima puede tener cuando el contexto legal, cultural o teórico al que pertenece no atribuye al sentido de la ley determinado conforme a criterios lingüísticos una prioridad sobre el sentido

⁸⁶ *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public, et legum delectus*. Nouvelle edition, Tómo I, París: Pierre Gandouin, 1723, en adelante "LC", libro preliminar, título i, sección ii, artículos xiv (interpretación extensiva de leyes favorables) y xv (interpretación restrictiva de leyes desfavorables), p. 8. También el *Traité des lois*, en adelante "TL", que sirve de introducción a la obra anterior en el mismo texto, capítulo xii, párrafos x (interpretación extensiva de leyes favorables) y xi (interpretación restrictiva de leyes desfavorables), p. xxiv.

⁸⁷ Alejandro Guzmán reconoce que el artículo x del título v del proyecto del año viii obedece a una ideología de la interpretación —en el sentido de WRÓBLEWSKI (*supra*, nota 10)— diametralmente opuesta a la teoría de Domat (G-2006, pp. 1834-1835). No asigna sin embargo importancia a este hecho como refutador potencial de su tesis sobre el vínculo entre la regulación de ese proyecto y la teoría de la interpretación de Domat.

⁸⁸ La segunda oración del artículo v tiene un claro paralelo en un pasaje de la obra de Domat: "Las oscuridades, las ambigüedades y los otros defectos de expresión de los que pueda estar dotado el sentido de una ley así como todas las otras dificultades de entender y aplicar bien las leyes, deben ser resueltos según el sentido más natural, que más se relacione con la materia, que sea el que se encuentre más conforme con la intención del Legislador, y que la equidad más favorezca" ("Les obscuritez, les ambiguëtez & les autres défauts d'expression qui peuvent rendre douteux le sens d'une loy, & toutes les autres difficultez de bien entendre, & bien appliquer les loix, doivent se résoudre par le sens le plus naturel, qui se rapporte le plus au sujet, qui est le plus conforme à l'intention du Législateur, & que l'équité favorise le plus"; LC lp.i.ii.ix, p. 7). Sin embargo, precisamente esta oración no fue recogida por la codificación de la Luisiana; en su lugar fueron incorporadas las reglas de interpretación de Blackstone.

determinado conforme a criterios pragmáticos. Si pertenece a un contexto que reconoce una regla de prioridad o preferencia favorable sentido de la ley determinado conforme a (algunos de los) criterios pragmáticos, entonces la máxima no puede sino que tener ese sentido. Tal es el contexto del derecho común europeo (*infra*, 5.2), al cual pertenece la teoría de Domat. Por tal razón, es enteramente plausible que Domat la asuma como regla de exclusión innominada o prohibición de argumentación falaz. Con algo de buena voluntad incluso puede reconocerse la máxima, así entendida, en un pasaje de la obra de Domat⁸⁹.

Pero la redacción de la disposición del proyecto francés del año viii, y tras él de la codificación civil de la Luisiana y de Chile, expresa una consideración adicional. La regla rechaza específicamente la problematización del sentido lingüístico en virtud de criterios funcionales teleológicos. Esa formulación la distingue de la máxima del derecho común, pues lo que en esa máxima es consistente —prevenir contra problematizaciones implausibles y justificar su rechazo— aquí resultaría incongruente: prohibir un modo específico de problematización de un modo específico de atribución de sentido para el caso en que no hubiera problematización alguna plausible. No se trata, por lo tanto, de una regla de exclusión de ciertos criterios pragmáticos (los funcionales teleológicos), sino de una regla de segundo nivel que establece algún tipo de prioridad a favor de los criterios lingüísticos respecto de esos criterios pragmáticos. Porque en caso de fallar los criterios lingüísticos, es

⁸⁹ “Si los términos de una ley expresan completamente el sentido y la intención, se debe estar a ellos” (“Si les termes d’une loi expriment nettement le sens & l’intention, il faut s’y tenir”: LC I.p.i.ii.xii, p. 7). Tal como en la formulación de Suárez (*supra*, 1.2.i), la conclusión imperativa —el deber de estarse a los términos— no es contradictoria por el hecho de que no haya controversia interpretativa. Si el antecedente de la regla consiste en la constatación de que no hay una controversia plausible, es decir, una controversia genuinamente basada en un criterio de problematización que corresponda a alguna de las reglas de primer nivel admisibles para el sistema, entonces lo que la regla ordena es desatender consideraciones implausibles. Obsérvese que la contraposición entre los “términos” de una ley y el “sentido” de esa ley es analíticamente inaceptable (*supra*, 1.2.i), por lo que requiere traducción (significativamente, Guzmán no advierte esta dificultad conceptual: G-2004, p. 60). “Sens” puede aquí contar como la totalidad de los sentidos legítimamente identificables (y entonces, la “intención” es un caso particular del “sentido”), o puede contar como “sentido conforme al espíritu o razón de la ley”, en su acepción técnica específica en el contexto de la teoría de Domat, es decir, como principio de justicia que sirve de fundamento objetivo a la norma que corresponde a una ley natural, por contraposición a la “intención”, que es la consideración teleológica propia de las leyes arbitrarias (*i.e.*, *ius singulare* o derecho civil o positivo en sentido estricto: *infra*, nota 124).

decir, si se trata de un problema de indeterminación semántica o sintáctica, no cabe duda de que la regla permite recurrir a esos criterios pragmáticos para determinar el sentido de la disposición.

En su análisis del proyecto del año viii Alejandro Guzmán reconoce que el artículo v del título v añade un contenido específico a la máxima *in claris non fit interpretatio*, pero elude la dificultad que este añadido plantea a su tesis. Guzmán pretende que el artículo v consagra cabalmente la máxima del derecho común (*i.e.*, de Domat) en su parte “Cuando/letra” y que luego añade una regla distinta en su parte, “bajo pretexto/espíritu”⁹⁰. Pero esa división es arbitraria: la segunda parte sólo tiene sentido regulativo como elemento integrante de una única regla formada por ambas partes. Esa regla no es la máxima del derecho común. Guzmán sugiere también que el añadido del artículo v provendría del § 11, capítulo i, primera parte del *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756) (en adelante “cmbc”), que disponía lo siguiente:

La equidad natural que se basa simplemente en la tercera regla de interpretación recién expuesta, no ha de servir de pretexto a autoridad alguna para apartarse de las nítidas letras de la ley, cuando la supuesta *Ratio Legis* es en sí misma dudosa o incierta⁹¹.

Es evidente, sin embargo, que la regla bávara difiere de la regla del proyecto francés. La regla bávara admite la problematización del sentido lingüístico en virtud de evaluaciones basadas en criterios teleológicos, cuando éstos son concluyentes; lo que prohíbe, como mínimo, es su invocación falaz. En cambio, el proyecto del año viii pareciera prohibir toda problematización del sentido lingüístico en virtud de evaluaciones basadas en criterios teleológicos.

⁹⁰ G-2006b, pp. 1824-1828.

⁹¹ “§. 11. Die natürliche Billigkeit, welche lediglich auf tzt gedachter dritter Auslegungsregel beruhet, soll keiner Obrigkeit zum Vorwande dienen, um von den trocknen klaren Buchstaben des Gesetzes abzuweichen, wenn die angebliche *Ratio Legis* selbst noch im Zweifel oder ungewißt ist” (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis oder Baiersches Landrecht*, München: 1821, *Neue unveränderte Auflage, im Verlage der königl. Centralverwaltung des Regierungs- und Intelligenzblattes*, primera parte, capítulo primero, § 11, p. 8). La versión que ofrece G-2006b, p. 1828 contiene errores de transcripción.

La diferencia entre ambos textos queda de manifiesto cuando se compara la disposición del proyecto francés con las disposiciones bávaras que en rigor le corresponden, y que son los §§ 9 y 10 cmbe:

PROYECTO DEL AÑO VIII (1800)

Libro preliminar, título v

V. Cuando una ley es clara, no ha de eludirse su letra bajo pretexto de penetrar su espíritu; y en la aplicación de una ley oscura, se debe preferir el sentido más natural y aquel que es menos defectuoso en la ejecución.

CÓDIGO CIVIL BÁVARO (1756)

Primera parte, capítulo primero

§. 9. Las leyes y regulaciones claras 1º no han de ser interpretadas, sino que debe dejarse a las palabras su significado usual y corriente, sin tergiversación. Las oscuras y dudosas, por el contrario son 2º interpretadas por los juristas, el uso o el mismo legislador. La primera interpretación se llama doctrinalis, la otra usualis, la tercera authentica et legalis. A la última debe acudirse 3º sólo cuando las primeras no son suficientes para remediar in Thesi la gran duda imperante.*

§. 10. Con ocasión de la interpretación doctrinal son 1º explicadas las palabras dudosas ex mente et ratione Legis, 2º es extendida la ley de un caso especial expreso a otros casos no mencionados por la misma razón u otra más fuerte, tanto en las penas como en otros casos, pero a la inversa también 3º se restringe en casos especiales un Termini demasiado general de una Regulación, cuando es manifiesto y evidente que en esos casos la Ratio Legis cesa total y completamente. Todas las demás reglas que se encuentran en los juristas 4º o bien carecen de utilidad o bien están arriba abarcadas**.

⁹² "§. 9. Deutliche Gesetze und Ordnungen soll man imo nicht auszulegen suchen, sondern die Worten bey ihrer gewöhnlichen und Landläufigen Bedeutung ohne Verdrehung belassen. Dunkle und zweifelhafte, hingegen werden 2do durch Rechtsgelehrte, oder durch den Gebrauch, oder den Gesetzgeber selbst ausgelegt. Die erste Interpretation heißt doctrinalis, die andere usualis, die dritte authentica et legalis. Zu der letztern soll man 3tio erst alsdann schreiten, wenn die ersten zur Behebung des obwaltenden großen Zweifel in Thesi nicht hinreichen..." (*Codex... cit.*, p. 7).

⁹³ "§. 10. Bey der Doctrinal-Auslegung werden imo zweifelhafte Worte ex mente et ratione Legis erklärt, 2do wird das Gesetz von einem hierin benannten Spezial-Fall auch auf andere unbekannte Fälle aus der [8] nämlichen oder stärkern Ration sowohl in Strafen als sonst ausgedehnt, hingegen aber auch 3tio ein in allzu generalen Termini lautende Ordnung in besonderen Fällen eingeschränkt, wenn offenbar und augenscheinlich ist, daß Ratio Legis vollkommen und gänzlich hierin cessit. Alle übrige bey denen Rechtsgelehrten findige Regeln sind 4to entweder von keinem Nutzen oder unter obigen schon begriffen." (*Codex... cit.*, pp. 7-8).

Como se puede apreciar, el proyecto francés o bien deja en la indeterminación qué cuenta como una duda u oscuridad de la ley, o bien restringe esa duda u oscuridad exclusivamente a la indeterminación lingüística de las expresiones legales. Si se estima lo segundo, el artículo v es una regla de segundo nivel favorable al sentido lingüístico. En cambio, el Código Civil bávaro, explícitamente va más allá de considerar la indeterminación lingüística como oscuridad o duda (§ 10 regla 1ª), admitiendo también la problematización en virtud de evaluaciones vinculadas a criterios pragmáticos, específicamente funcionales teleológicos (§ 10 reglas 2ª y 3ª). Por esa razón, la máxima *in claris non fit interpretatio*, recogida expresamente y con esa misma formulación en el § 9 (y no en el § 11, como pretende Guzmán) no puede ser una regla de segundo nivel favorable al sentido lingüístico respecto de los criterios de interpretación doctrinal admitidos por el § 10.

Ciertamente, el artículo v del proyecto del año viii y el § 11 cmbe coinciden en un punto: en ambos, la operación argumentativa prohibida es caracterizada como un “pretexto” (*pretexte, Vorwand*). Pero qué cuenta como pretexto, eso depende del sistema –legal, cultural, teórico– de referencia. En contexto del Código Civil bávaro es manifiesto que no cuenta como pretexto la abstracta invocación de argumentos funcionales teleológicos, incluso frente a un texto legal cuyo sentido lingüístico no es problemático –frente a una ley de “letras nítidas”–: ellos son admisibles y preferentes conforme al § 10 reglas 2ª y 3ª cmbe. Bajo el § 11 cmbe obviamente constituye pretexto invocar falazmente un argumento funcional teleológico, cuando en concreto no se dan sus condiciones de aplicación, es decir, cuando la *ratio legis* no es suficientemente conocida. Además, dependiendo de cómo sean interpretados los §§ 10 regla 4ª y 11 bmbc, también puede constituir pretexto la invocación de criterios pragmáticos en abstracto inadmisibles. Según las observaciones del autor del código, el Barón de Kreittmayr (1705-1790), los criterios pragmáticos excluidos por la regla 4ª del § 10 cmbe son los que corresponden a la evaluación del resultado de aplicar la ley como “favorable” u “odioso”⁹⁴. En esta función como regla de exclusión, el principio fue compartido por la

⁹⁴ Wigulaeus Saverius Aloysius Freiherr von KREITTMAYR, *Anmerkungen über dem Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem*, Primera Parte, München: Joahn Jacob Vötter, 1759, p. 32, invocando la doctrina de Thomasius. Kreittmayr también consideraba abarcada por la regla 4ª del § 10 la regla interpretativa conforme a la cual las palabras se debe tomar en su sentido propio en tanto de ello no resulte un absurdo (*op. cit., loc. cit.*); en este caso, sin embargo, no se trataba de una regla incorrecta, sino más bien de una regla superflua o redundante, a la luz de lo dispuesto por los §§ 9 y 10 reglas 1ª a 3ª.

pandectística alemana del siglo xix⁹⁵. Pero así interpretado, el § 11 cmhc es una disposición equivalente al artículo x del título v del proyecto francés del año viii, o sea al artículo 23 del Código Civil. La diferencia es que en vez de ser una regla de exclusión nominativa —como el precepto francés, de la Luisiana y chileno— se trata de una regla de exclusión innominada.

La conjetura de Guzmán, en el sentido de que la mención del § 11 cmhc a la *ratio legis* podría haber inducido a Jean Marie Etienne Portalis (1746-

⁹⁵ El principio fue formulado por Thibaut en la 2ª edición de su sistema de las pandectas, del siguiente modo: "El intérprete primero debe considerar a las palabras, y sólo puede servirse de la interpretación lógica cuando sus fundamentos se manifiestan rigurosamente. Si no le es posible identificar el sentido de las palabras ni el espíritu de las leyes, entonces debe procurar la obtención de una interpretación auténtica. Si por el contrario es posible una interpretación doctrinal, entonces debe estarse estrictamente al resultado de la misma, y no puede apartarse de éste aun cuando así lo requieran ideas de derecho natural o morales, que oscilantemente se pretende abarcar bajo las expresiones de la *aequitas* o la *Billigkeit* (= equidad)" (*System des Pandekten-Rechts*, 2ª ed., Jena: Johann Michael Mauke, 1805, Tomo I, § 43, p. 34). Savigny coincide en estimar que ni la consideración del fundamento general de una ley —"la *aequitas* en la que se basa"— ni la consideración del valor intrínseco del resultado —el tercer medio auxiliar reconocido por su teoría de la interpretación de las leyes en estado defectuoso— pueden justificar la corrección de una expresión pragmáticamente incorrecta pero lingüísticamente determinada (SRR, i-iv, § 37, p. 238-239; TDR pp. 230-231; SDR pp. 161-165). Guzmán indica que el principio del Código Civil bávaro también se encuentra en Robert Joseph Pothier (1699-1762) (G-2006b, p. 1828, nota 49). En efecto, Pothier distingue dos modos de interpretación bajo una fórmula que en su fraseo es muy similar a la del § 11 cmhc: (i) un modo que está prohibido a los juristas y reservado al legislador: el que so pretexto de equidad no admite que en ciertos casos una ley, por lo demás clara, mantenga su vigor, y (ii) otro modo que pertenece al oficio de los juristas: el que consiste en conocer el sentido de la ley, deducir las consecuencias que se derivan de sus palabras, y descubrir el pensamiento o la *ratio* de la ley (*Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae*, con traducción francesa paralela por Bréard-Neuville, libro i, título iii, sección i, artículo iv, § xi, París: Dondery-Dupré, 1819, Tomo II, pp. 248/249-250/251). Hay sin embargo una diferencia importante entre el alcance del principio en el contexto de la obra de Pothier y su alcance bajo Thibaut o Savigny. El tratamiento de la cuestión por Pothier descansa directamente en reglas del derecho romano, conforme a las cuales, entre otras cosas, la extensión en consideración a lo favorable o benigno forma parte de la interpretación consistente en conocer el sentido de la ley (*op. cit.*, artículo iv, § xvi, p. 252/253). Con acierto, Guzmán reconduce la distinción de Pothier a la controversia del siglo xii entre Martinus Gosia y Bulgarus en relación con la concordancia entre las leyes *Inter equitatem* (C. 1, 14, 1), *Placuit* (C. 3, 1, 8) e *In omnibus quidem* (D. 50, 17, 90) (G-2006a, pp. 486-490). Pero precisamente por esa razón es que la interpretación doctrinal reconocida como legítima por Pothier rebasa los límites postulados por Thibaut y Savigny. Conforme a la interpretación de KREITTMAYR (*supra*, nota 94), la comprensión del principio que corresponde al Código Civil bávaro no es la prohibición trivial de la máxima *in claris non fit interpretatio* expresada por Pothier, sino la restricción metodológica de Thomasius, Thibaut y Savigny.

1806) a referir la misma regla al espíritu de la ley, porque “no venía al caso” referirla a la equidad⁹⁶ incurre o bien en un contrasentido metodológico o bien en una petición de principio. Si la mención a la equidad en el § 11 cmhc cumple la función de referirse a los criterios pragmáticos que no pueden justificar la interpretación correctiva de un sentido lingüísticamente determinado, y si la mención al espíritu de la ley comparte esa función, entonces el artículo v del proyecto del año viii es una regla de segundo nivel favorable a los criterios lingüísticos en contra de los criterios funcionales teleológicos. Así entendida la función de la mención, es analíticamente imposible “referir” la máxima a la *ratio legis* y pretender que ella mantenga un sentido compatible con una regla de segundo nivel favorable a los criterios funcionales teleológicos. No se incurre en esa contradicción si se entiende que la mención a la equidad en el § 11 cmhc cumple la función de abarcar toda clase de argumentos que encubren el carácter en concreto falaz de la invocación de criterios funcionales teleológicos en abstracto admisibles y preferentes. Pero para sostener que ésa es exclusivamente su función se requiere que el sistema al que ella pertenece cuente con una regla de segundo nivel que atribuya prioridad a los criterios funcionales teleológicos. Esa exigencia es satisfecha por el Código Civil bávaro y las teorías de Pothier, Thibaut y Savigny⁹⁷. Pero si algo puede decirse con seguridad del sistema formado por las disposiciones del título v del libro preliminar del proyecto francés del año viii es que no consagra semejante regla⁹⁸.

De este modo, el examen textual conduce inequívocamente a refutar la tesis de que las reglas de interpretación del Código Civil chileno provengan de la obra de Jean Domat. El origen del artículo 19 inciso i, más allá del proyecto francés del año viii, es incierto. Los artículos 19 inciso ii, 20, 21 y 22 provienen de la obra de William Blackstone, y la primera oración del artículo 23 proviene de la recepción francesa de una tesis de Christian

⁹⁶ G-2006b, p. 1828.

⁹⁷ *Supra*, nota 95.

⁹⁸ Por esta razón, el artículo v del título v del libro preliminar del proyecto del año viii admite ser interpretado en un sentido precisamente opuesto a los §§ 9 y 10 reglas 2ª y 3ª del capítulo primero de la sección primera del Código Civil bávaro, es decir, como una regla de segundo nivel que establece la prioridad del sentido determinado conforme a criterios lingüísticos respecto de un sentido eventualmente fijado conforme a criterios funcionales teleológicos. Así interpretado, es obvio que invocar un argumento teleológico para problematizar un sentido lingüísticamente no problemático es, por definición, un “pretexto”.

Thomasius, crítica de la concepción de la interpretación de la ley que compartía Jean Domat. La segunda oración del artículo 23 y el artículo 24 son creaciones originales de Andrés Bello.

La única conexión textual constatable entre la cultura jurídica chilena de la primera mitad del siglo xix y la teoría de la interpretación de la ley de Domat se encuentra en la obra de José Joaquín de Mora (1783-1874), a la que no parece verosímil atribuir influencia sobre la fijación del Código Civil⁹⁹.

4. LA RAZÓN DEL MITO

¿Por qué acudir entonces a la doctrina de Jean Domat para explicar el párrafo cuarto del título preliminar del Código Civil chileno? Una buena razón se encuentra en la identificación de un repertorio de conceptos usados para formular las reglas de primer nivel, que permite establecer un nexo entre la tradición del derecho privado común europeo, heredero del derecho privado romano, y la cultura jurídica del siglo xix. Esa es una razón poderosa, especialmente por sus saludables efectos sobre el localismo de la doctrina civilista chilena. En ese abrumador rebasamiento de la exégesis cisandina se encuentra el mérito indiscutible de la contribución de Guzmán. Pero para cumplir ese fin vale tanto remontarse genealógicamente a Domat como a Pufendorf, ya sea por intermedio de Blackstone a través de la codificación de la Luisiana o por mediación de la recepción de Emmerich de Vattel en la obra de Andrés Bello.

De hecho, la lectura atenta de las investigaciones de Alejandro Guzmán demuestra que en rigor ésa es su tesis. Porque es evidente que su entusiasmo por la teoría de Domat ha ido perdiendo fuerza con el tiempo. Primero relativizó su impacto sobre el proyecto francés del año viii, reconociendo otra fuente determinante en la obra de Pothier y formuló apreciaciones críticas sobre los méritos de Domat¹⁰⁰. Luego atribuyó a la recepción de

⁹⁹ *Curso de Derechos del Liceo de Chile*, Santiago, Imprenta Republicana, 1830, pp. 119-120. El pasaje, además, no apoya la propuesta metodológica de Guzmán: ahí se cita con aprobación la idea de Domat de la incorregibilidad del derecho estricto por la equidad general.

¹⁰⁰ G-2004, pp. 41 y 51.

la doctrina de Emmerich de Vattel por Andrés Bello un rol contenedor o moderador de la influencia del Código Civil de Luisiana¹⁰¹. Finalmente, ha reconocido que la línea genealógica del código chileno deriva mayormente de Blackstone¹⁰². Si hoy hubiera que hacer un balance de sus resultados, habría que decir que la extensa y prolífica investigación de Guzmán conduce a la conclusión de que las reglas de interpretación de primer nivel del Código Civil chileno derivan de la obra de Christian Wolff (1679-1774) a través de Vattel, y de la obra de Samuel Pufendorf a través de Wolff-Vattel y Blackstone¹⁰³. A pesar de todo lo anterior, Guzmán nunca ha abandonado la tesis de la influencia de Domat sobre la codificación chilena.

La razón por la cual Guzmán defiende el mito de Domat es otra. Él pretende haber encontrado en Domat precisamente lo que se espera de una teoría especial de la interpretación: la articulación de las reglas de primer nivel en un sistema definido por reglas de segundo nivel bajo una determinada concepción de la legitimidad de la adjudicación. Formulada sintéticamente, esa teoría consiste en postular como principio metodológico fundamental la averiguación del verdadero sentido de la ley implicando con ello dos tesis: (i) que contrapuesto a la letra de la ley, el verdadero sentido debe siempre prevalecer, y (ii) que en última instancia el verdadero sentido no puede ser otro que la expresión de la equidad o justicia universal.

La magnitud de la inconsistencia entre la pretensión metodológica de Guzmán y sus resultados historiográficos no debe ser menospreciada. Toda su teoría consiste en un intento de justificar la plausibilidad de una nueva interpretación de las dos reglas de segundo nivel del Código Civil chileno, los artículos 19 inciso i y 23, y para ello aduce una genealogía que se remonta hasta la teoría de Domat. Pero, como se ha visto, esa genealogía es refutada precisamente por la existencia en el texto legal chileno de esas dos reglas.

¹⁰¹ G-2007, pp. 10-13.

¹⁰² G-2009, pp. 191-192.

¹⁰³ Como se ha visto, ésta es una explicación verosímil de la historia dogmática de la mayor parte de reglas de interpretación de primer nivel del Código Civil chileno (artículos 19 inciso ii, 20, 21, 22). Pero ninguna de las dos reglas de segundo nivel del Código Civil chileno, es decir, ni el artículo 19 ni el artículo 23, se encuentra en Wolff, Pufendorf, Blackstone o Vattel, y menos aún en Grocio –fuente de Pufendorf– o en Suárez, a quien Guzmán reconduce la doctrina de Grocio (G-2007, p. 12).

La primera consecuencia que Guzmán pretende derivar de la adopción de la teoría de Domat como marco de referencia contradice la regla de segundo nivel reconocida por la doctrina civilista chilena mayoritaria, a pesar de todas sus diferencias internas, en el artículo 19 inciso i. Como ya se dijo (*supra*, 3.1) ni el artículo 19 inciso i ni su predecesor, el artículo v del título v del proyecto francés del año viii, admiten ser reducidos a la prohibición trivial asociada a la máxima *clara non sunt interpretanda*. No se trata de que la máxima sea incongruente¹⁰⁴. De lo que se trata es de la incongruencia en que incurriría la regla que la codificación americana tomó del proyecto francés, si se la interpretara como una formulación de esa máxima: no habiendo conflicto entre los distintos sentidos posibles, ¿por qué *preferir* el sentido lingüístico a un eventual sentido teleológico?¹⁰⁵

La segunda consecuencia que Guzmán pretende derivar de Domat contradice la regla de segundo nivel unánimemente reconocida por la doctrina en la conjunción de la segunda oración del artículo 23 y la frase inicial del artículo 24 del Código Civil. En palabras de Guzmán:

Esta cláusula se limita a establecer un principio de ordenación de las operaciones hermenéuticas, consonante con lo que es la labor judicial y doctrinal. (...) Pero se entiende mal esa cláusula, cuando se la considera como si anunciase el paso a un criterio de menor jerarquía. (...) [N]ormalmente el sentido particular de cada ley es equitativo u obedece a una razón de equidad, en la medida en que el derecho efectivamente es equidad constituida; de ese modo se encuentra en la naturaleza de las cosas que normalmente la búsqueda de un sentido consista en la búsqueda de una equidad determinada; y sólo cuando es absolutamente imposible encontrar ese sentido equitativo, entonces se recurre a la equidad general, de la cual se supone que el sentido particular tiene que ser un trasunto. (...) La exacta relación que existe entre el artículo 24 y los anteriores, por lo tanto, es la misma que existe entre una regla general y una regla especial, y no la que existe entre una regla de mayor jerarquía frente a otra de menor¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Alejandro Guzmán defiende la consistencia de la máxima frente al reproche de inconsistencia que característicamente formulan en su contra las teorías generales de la interpretación (G-2007, p. 114). Como se ha dicho (*supra*, 1.1.ii, 1.2.i, 3.1) esa es una defensa correcta.

¹⁰⁵ Naturalmente, esta incongruencia afecta también a la interpretación del artículo 19 inciso i que actualmente hace la teoría comprehensiva (*supra*, 2.1.ii.c).

¹⁰⁶ G-2004, p. 76-77; G-2007, p. 189.

Obviamente, la relación general-especial no puede entenderse en el sentido del principio de especialidad como criterio de solución de antinomias (la regla del artículo 13 del Código Civil). Eso implicaría contradicción entre las reglas especiales y la regla general. Para que la tesis sea consistente, por "regla especial" tiene que entenderse una proposición más particular deducible de una proposición más general. O sea, una relación semejante a la que Tomás de Aquino postula entre la ley natural (proposición general) y la ley humana (proposición particular), cuando ésta se deriva de aquella por conclusión¹⁰⁷. Pero esta es la relación que cabría esperar entre la equidad y las normas legales en una teoría normativa del derecho como la de Tomás de Aquino, mas no entre la equidad y las reglas de interpretación de la ley.

En rigor, la relación postulada por Guzmán entre los artículos 19 a 22 y su artículo 24 no es de deducibilidad auténtica, sino más bien metafórica: sostener que esos criterios de interpretación son reglas particulares de equidad implica exigir en su aplicación la evaluación del resultado como equitativo o inequitativo y atribuir a esa evaluación un rol decisivo. O sea, la tesis de que los artículos 19 a 22 establecen reglas especiales respecto de la regla general establecida en el artículo 24 en rigor postula una relación jerárquica inversa a la que denuncia: los resultados del uso de los criterios interpretativos establecidos en el artículo 24 son preferentes a los resultados del uso de los demás criterios interpretativos. Su caracterización como "reglas especiales" no es más que una manera de postular su carácter subordinado. En palabras del propio Guzmán:

[S]i un texto legal admite dos sentidos, y uno de ellos arrastra a una iniquidad o a la dicha contradicción [*i.e.*, con el espíritu general de la legislación] hay que desecharlo de inmediato, porque de acogerlo no se interpretaría el precepto del modo que más conforme parece con los cánones señalados por la norma.¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Suma de Teología*, I-II, q. 95 a.2, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994, Tomo II, 1989, pp. 741-744; para una contrastación entre la teoría tomista y las categorías usuales de la teoría positivista (Norberto Bobbio), Antonio Bascuñán, "Observaciones sobre la distinción entre derecho natural y derecho positivo en Tomás de Aquino", 41 *Revista de Ciencias Sociales* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso (1996), pp. 301-322.

¹⁰⁸ G-2007, p. 188; anteriormente, en términos semejantes, G-1992, p. 172.

A lo cual observa:

Vale decir, aunque de acuerdo con "*las reglas de interpretación precedentes*" no haya duda de que el sentido inicuo es el de la ley, por esto: porque si un precepto ofrece un sentido contrario a la equidad o al espíritu general de la legislación y otro es cívico y conforme con ese espíritu, por ese solo hecho debe dudarse que el primero constituya el verdadero sentido de esa ley, pese a que haya otros antecedentes que orienten en orden a serlo. Esta es una regla de importancia porque otorga a la equidad una función de contraste permanente durante todo el acto hermenéutico y no sólo en caso de duda¹⁰⁹.

Como resultado, en lugar de las reglas de segundo nivel tradicionalmente reconocidas en el Código Civil chileno Guzmán postula una nueva: la conformidad con la equidad (y el espíritu general de la legislación) prevalece sobre cualquier otro criterio de interpretación. Que la teoría de Guzmán no pueda reconocerla explícitamente como una regla de preferencia, porque ni siquiera reconoce plausibilidad al sentido inequitativo, no hace sino reforzar su posición. Eso es lo que implica postularla como regla general.

Esta inversión de la posición del espíritu general de la legislación y la equidad naturales, de criterios residuales a criterios preferentes, pone a Guzmán en contradicción con todos los autores chilenos. Además, lo pone en contradicción con el único principio fundamental de las reglas de interpretación que permite identificar el examen de la obra de Andrés Bello, cual es el de la prioridad de los criterios institucionalmente más diferenciados sobre los criterios institucionalmente menos diferenciados. La única regla de interpretación original de Andrés Bello, el artículo 23 del proyecto de Código Civil de 1853¹¹⁰, que corresponde al artículo 24, reproduce para este contexto la idea consignada en el artículo 4º del mismo proyecto, relativo al sistema de fuentes del derecho civil¹¹¹. Conforme a este principio, la admisibilidad de

¹⁰⁹ G-2007, p. 188 nota 406.

¹¹⁰ "Artículo 23. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación, i a la equidad natural" (*Obras...*, cit., Tomo XII, p. 9).

¹¹¹ "Artículo 4º. En materias civiles, a falta de lei escrita o de costumbre que tenga la fuerza de lei, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, i a falta de éstas, conforme a los principios generales de derecho i de equidad natural" (*Obras...*, cit., Tomo XII, p. 4). Por cierto, entre esta regla y la regla del artículo 23 existe una diferencia relativa al objeto de referencia: en el artículo 4º se trata de estándares prácticos supletoriamente aplicables

la consideración del espíritu general de la legislación (“principios generales del derecho” en el artículo 4º) y la equidad natural se encuentra subordinada a la falta de conclusividad o inaplicabilidad (“ausencia” en el artículo 4º) de los estándares institucionalmente más diferenciados¹¹². Esta primacía de los criterios de interpretación institucionalmente más diferenciados sobre los menos diferenciados es congruente con el hecho de la diferenciación institucional como el rasgo más importante del derecho moderno¹¹³. Su rechazo por la teoría indiferenciada propuesta por Alejandro Guzmán es expresivo de la ideología jurídica premoderna a la que él adhiere.

5. DOMAT VERSUS GUZMÁN

Aparte de su inconsistencia con el principio moderno de la prioridad de los criterios institucionalmente más diferenciados, la recepción de Domat por Guzmán debe enfrentar tres objeciones internas: (i) la comprensión que Guzmán tiene de la relación entre la legislación y la equidad no coincide

como premisas para la solución del caso —la justificación de la decisión fraccional (1) en el esquema de Wróblewski (*supra*, nota 8)— mientras que en el artículo 23 se trata de estándares prácticos supletoriamente aplicables como premisas para la solución de un problema interpretativo —la decisión fraccional (2) en ese esquema—.

¹¹² La relación entre los artículos 4º y 23 del proyecto de Código Civil de 1853 se encuentra documentada en G-1981, pp. 53-66 y G-2007, p. 183-189; para la comprensión del principio de la prioridad de los estándares más densamente institucionales, María Angélica FIGUEROA QUINTEROS, “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, en autores varios, *Andrés Bello y el Derecho*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 77-104. La coincidencia de este orden de prelación con el moderno derecho comparado puede verse en McCormick y Summers, *IS*, pp. 530-532. Vale la pena advertir que un pasaje de Vattel, relativo a la justificación de la consideración de lo favorable u odioso como criterio de interpretación tiene una estructura semejante a la de las reglas de Andrés Bello: “si sus [i.e., del legislador] expresiones son indeterminadas, vagas, y susceptibles de un sentido más ó menos extenso: si este punto preciso de su intención, en el caso particular de que tratamos, no se puede descubrir ni fijar por las demás reglas de interpretación, es necesario presumirle según las leyes de la razón y de la equidad” (*op. cit.*, § ccc, p. 281). El primer requisito corresponde al artículo 19 inciso i, el segundo corresponde al artículo 23, y la consecuencia, al artículo 24. Obsérvese que se trata de un orden de prelación de criterios de interpretación para el caso de la determinación de una expresión legal indeterminada, o sea, de un problema interpretativo cuyo reconocimiento es consistente con cualquier regla de segundo nivel relativa a la cuestión de la prioridad entre los criterios lingüísticos y los criterios pragmáticos.

¹¹³ Niklas LUHMANN, “Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft”, en del mismo, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt del Meno: Suhrkamp, 1981, pp. 113-153.

con la de Domat, (ii) su demostración del principio de la prioridad del sentido sobre la letra como regla del derecho chileno incurre en una petición de principio, y (iii) su comprensión de las consecuencias prácticas de ese principio es inconsistente. Las objeciones (i) y (ii) impugnan también los rasgos premodernos de su propuesta; en cambio, la objeción (iii) impugna un rasgo drásticamente moderno de su propuesta.

5.1. La afirmación de que el derecho institucionalmente diferenciado es expresión de la equidad universal es constante en la obra de Domat. Pero en la mayor parte de los casos esa afirmación no se relaciona con un principio de subordinación del derecho positivo a principios morales sustantivos con ocasión de su interpretación y aplicación, sino con la cuestión metodológica de la derrotabilidad de las normas (*supra*, 1.3.iii).

Al inicio del tratamiento de la interpretación de la ley en *Les lois civiles* Domat hace la siguiente afirmación:

Hay dos clases de casos en los que es necesario interpretar las leyes. Uno es cuando se encuentra en una ley alguna oscuridad, alguna ambigüedad o cualquier otro defecto de expresión; en este caso se debe interpretar para descubrir cuál es su verdadero sentido. Esta especie de interpretación se limita a la expresión, para hacer comprender que es lo que dice la ley. Y el otro caso es cuando sucede que el sentido de una ley, que parece del todo evidente en los términos, conduciría a falsas consecuencias, y a decisiones que serían injustas, si ella fuera indistintamente aplicada a todo lo que aparezca comprendido en la expresión. Pues en este caso la evidencia de la injusticia que se seguiría de ese sentido aparente obliga a descubrir una especie de interpretación, no de qué dice la ley, sino de qué quiere ella; y a juzgar por su intención, cuál es la extensión, cuáles son los límites que debe tener su sentido¹¹⁴.

¹¹⁴ "Il arrive en deux sortes de cas, qu'il est nécessaire d'interpréter les loix. L'un est, lorsqu'il se rencontre dans une loy quelque obscurité, quelque ambiguïté ou quelqu'autre défaut d'expression; car alors il faut l'interpréter pour découvrir quel est son vrai sens. Et cette espece d'interpretation se borne a l'expression, pour faire entendre ce que dit la loy. Et l'autre est lorsqu'il arrive que le sens d'une loy, tout évident qu'il paroît dans les termes, conduiroit à de fausses consequences, & à des décisions qui seroient injustes, si elle étoit indistinctement appliquée à tout ce qui semble compris dans l'expression. Car alors l'évidence de l'injustice qui suivroit de ce sens apparent, oblige à découvrir par une espece d'interpretation, non ce que dit la loy, mais ce qu'elle veut; & à juger par son intention, quelle est l'entenduë, & quelles son les bornes que doit avoir son sens": LC lp.i.il.proemio, p. 4.

A primera vista, Domat reproduce aquí la distinción entre dos cuestiones interpretativas: las planteadas por eventuales indeterminaciones lingüísticas del texto legal y las planteadas por eventuales incorrecciones pragmáticas del sentido lingüísticamente determinado de un texto legal. Esta era una distinción usual en la tradición del derecho común europeo, que es central a la teoría de la interpretación de las leyes defectuosas de Savigny. Así es como Guzmán entiende el pasaje¹¹⁵. Pero lo que sigue del texto no deja lugar a dudas que Domat concibe a la segunda especie de interpretación como una cuestión de derrotabilidad en su sentido sistemático, es decir, una situación que la regla *prima facie* aplicable es sin embargo preterida por otra regla de aplicación preferente;

Y esta manera de interpretación depende siempre del temperamento que alguna otra regla aporta a la ley que estaría en peligro de ser mal aplicada, si no se la explicara. Pues este temperamento da a la ley su uso y verdad. (...) ¹¹⁶.

Domat observa que la mejor explicación de este principio tiene lugar mediante ejemplos y expone dos. El primero es un caso clásico de la doctrina de la epiqueya y del cambio (inaplicabilidad) de la ley natural en la teoría escolástica: si el propietario ha caído en locura y la cosa entregada en depósito era un arma, el depositario no está obligado a cumplir la norma que le ordena devolver la cosa a su propietario¹¹⁷. El segundo corresponde al caso del socio que fallece: la norma que hace a su heredero sucesor en sus derechos no lo hace socio, porque sobre la condición universal de la sucesión hereditaria prevalece la consideración del carácter personalísimo del contrato de sociedad¹¹⁸. Es a propósito de estos casos que Domat plantea su tesis de la equidad como espíritu universal de las leyes:

Se ve por estos ejemplos, y lo mismo se verá en todos los otros, en los que es necesario interpretar el sentido de una ley, que esta interpretación que asigna a la ley su justo efecto se funda siempre en otra regla que dispone otra cosa que aquella que pareciera estar regulada por ese sentido mal entendido

¹¹⁵ G-2004, p. 57.

¹¹⁶ “Et cette maniere d’interpretation dépend toujours du temperament que quelqu’autre regle apporte à la loy qu’on seroit en danger de mal appliquer, si on ne n’expliquoit. Car c’est ce temperament qui donne à cette loy son usage & sa verité. (...)”: LC Ip.i.ii.proemio, p. 5.

¹¹⁷ DOMAT, LC *loc. cit. supra*, nota 116; Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 94 a. 4 (Tomo II, *cit.*, p. 735), II-II, q. 120 a. 1 (Tomo IV, *cit.*, p. 293).

¹¹⁸ LC *loc. cit. supra*, nota 116.

De esta observación se sigue que para entender bien una regla no basta con concebir el sentido aparente de los términos y contemplarla aisladamente, sino que es necesario considerar también si otras reglas no la limitan de algún modo. Pues es seguro que toda regla tiene su justicia tal que no sea contraria a la justicia de otra regla, cada una la tiene en su extensión. Y es solo la relación de todas en su conjunto la que la hace su justicia, y limita su uso. Más aun, es la equidad natural, al ser el espíritu universal de justicia, la que hace todas las reglas y asigna a cada una su uso propio. De donde se debe concluir que es el conocimiento de esta equidad y la consideración general de este espíritu de las leyes el primer fundamento del uso y de la interpretación particular de todas las reglas¹¹⁹.

En la tradición de la teología moral escolástica la doctrina de la epiqueya tematizaba la operación de la derrotabilidad de las normas, considerada como parte de la interpretación de la ley¹²⁰. Uno de los tantos méritos de la teoría de la interpretación de la ley de Francisco Suárez se encuentra en la nítida distinción que efectuó entre una y otra cuestión: mientras que la interpretación tiene por objeto determinar la clase y grado de la universalidad de la norma legal, la epiqueya justifica el cese parcial (*exceptio*) de la obligación pese a la generalidad de la norma en atención a la peculiaridad del caso¹²¹. En la teoría de Suárez, principalmente dedicada al cese parcial de la ley penal, este cese puede justificarse por tres razones: (a) la consideración de otra norma de comportamiento como preferente (excepción para evitar algo injusto), (b) la consideración de reglas de imputación que eximen

¹¹⁹ "On voit par ces exemples, & il se verra de même dans tous les autres, où il est nécessaire d'interpréter le sens d'une loi, que cette interprétation qui donne à la loi son juste effet, est toujours fondée sur une autre règle qui veut autre chose que ce qui paroît réglé par ce sens mal pris. / Il cs'ensuit de cette remarque, que pour bien entendre une règle, ce n'est pas assez de concevoir le sens apparent des termes, & de la voir seule; mais il faut aussi considérer si d'autres règles ne la bornent point. Car il est certain que toute règle ayant sa justice qui ne sçauroit être contraire à celle d'aucune autre règle, chacune a la sienne dans son étenduë. Et c'es seulement la liaison de toutes ensemble qui fait leur justice, & borne leur usage. Or plutôt, c'est l'équité naturelle, qui étant l'esprit universel de la justice, fait toutes les règles, & donne à chacune son usage propre. D'où il faut conclure que c'est la connoissance de cette équité, & la vûë generale de cet esprit des loix, qui est le premier fondement de l'usage, & de l'interprétation particuliere de toutes les règles."; LC *loc. cit.*, *supra* nota 116.

¹²⁰ Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, q. 96 a.6, II-II, q. 120, a.1, ad. 3, Tomo II, ed. cit., p. 753-754; Tomo IV, 1994, pp. 293-294. Como se ha dicho, la tradición se remonta a Aristóteles (*supra*, nota 48).

¹²¹ LL vi.vi.2, p. 652.

de responsabilidad por la infracción (inexigibilidad por dureza excesiva)-y (c) la consideración de la probable intención benigna del legislador¹²².

Domat no efectúa esta distinción, sino que trata los problemas de derrotabilidad como cuestiones de interpretación, y es precisamente a propósito de ese tratamiento que formula el postulado de la sujeción del derecho a la equidad. De aquí que la apelación a la equidad como fundamento del derecho tenga en Domat el sentido de la primera clase de epiqueya reconocida por Suárez. No se trata, por lo tanto, de un principio de subordinación del derecho institucionalizado a principios morales sustantivos, sino de la expresión de una concepción sistemática de racionalidad que subyace a uno de los principios metodológicos más importantes de Domat: la exigencia del conocimiento de la relación de todas las partes de una ley y de todas las leyes en su conjunto¹²³.

5.2 Dejando de lado la discordancia anterior, es innegable que Domat adhiere al principio de la prioridad del espíritu o la intención sobre la letra de la ley como medio de averiguación de su verdadero sentido¹²⁴. Esto implica una regla de preferencia: en caso de conflicto entre el sentido de la

¹²² LL vi, vii. 11-12, pp. 658-659. La última consideración mantiene el vínculo metodológico con la interpretación.

¹²³ LL lp.3.ii.xxix, p. 10; TL xii.xxii, p. xxvi. En el capítulo xii del *Traité des lois*, la averiguación del sentido de la ley conforme a su espíritu e intención se encuentra asociada en los párrafos vii y viii a consideraciones sistemáticas que exigen la puesta en relación de las partes de la ley con su totalidad; acerca de la insistencia de Domat en este postulado de racionalidad sistemática, Jean Louis Halpérin, "French Legal Science in the 17th and 18th Centuries: To the Limits of the Theory of Law", en Damiano CANALE, Paolo GROSSI, Hans HOFMANN (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900 (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Vol. 9)*, Dordrecht: Springer, 2009, pp. 43-67, especialmente pp. 48-61. Lo dicho no quita, naturalmente, que la teoría del derecho de Domat corresponda a una concepción iusnaturalista, caracterizada además por el intento de fundar el derecho natural en la revelación cristiana (sobre el punto, "Domat", en Gerd KLEINHEYER, Jan SCHROEDER (eds.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, Heidelberg: C. F. Müller, 2008 (5ª. ed), p. 112-116).

¹²⁴ Domat distingue entre leyes naturales y leyes arbitrarias sobre la base de la distinción romana entre *ius commune* y *ius singulare* y la distinción de la teología moral escolástica entre ley natural y ley humana (TL xi, pp. xiv-xxiii) y asocia a esa distinción la distinción entre espíritu de la ley (propio de las leyes naturales) e intención del legislador (propia de las leyes arbitrarias). Naturalmente, ni la condición de ley natural es incompatible con su existencia institucional, ni la condición de ley arbitraria implica un juicio moral adverso (sobre la distinción escolástica, Bascuñán, *op. cit. loc. cit.*).

ley determinado conforme a criterios lingüísticos y el sentido determinado conforme a criterios pragmáticos debe preferirse el segundo. Por supuesto, la regla no es original de Domat: se remonta a un pasaje de Celso en el Digesto y era compartida como principio fundamental de la interpretación de la ley por la cultura de su época¹²⁵.

Pero lo que en Domat no es más que congruencia con la tradición, en Guzmán se convierte en una petición de principio. Guzmán pretende que la regla se encuentra implícita en la adopción de la averiguación del "genuino sentido" como principio rector de la interpretación, conforme a la segunda oración del artículo 23 del Código Civil. Sin embargo, determinar cuál sea el verdadero sentido de la ley conforme al artículo 23 depende de lo que disponen las "reglas precedentes", esto es, los artículos 19 a 22. Indiscutiblemente, ninguna de esas disposiciones establece una regla de segundo nivel adversa al sentido determinado conforme a criterios lingüísticos. Pretender que esa regla se encuentra implícita en el uso de la expresión "verdadero sentido" implica desconocer el artículo 23: en el contexto de esa disposición, el verdadero sentido de la ley es el justificado conforme a los artículos 19 a 22 por oposición a un sentido comparativamente extendido en consideración a lo favorable o restringido en consideración a lo odioso. El artículo 23 es una regla de exclusión.

Luego, la pretensión de Guzmán sólo podría ser comprensible como expresión de la idea de que se puede constatar un sentido de la ley con independencia del uso de reglas de primer nivel. Pero, como se ha dicho, esa idea es un sinsentido (*supra*, 1.2.i).

5.3. La adhesión al principio de la prioridad del sentido sobre la letra plantea como problema metodológico fundamental la determinación precisa

¹²⁵ "Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem" (D. 1, 3, 17); Hugo DONELLUS (1527-1591), *Commentatorium de iure civili*, i. xiii, iii, según *Opera Omnia*, Roma: Joseph Salviucci, 1828, Tomo I, pp. 88-89; Francisco Suárez, LL vi.i.16, p. 628-629. Para todo el derecho común fue determinante la afirmación por Bartolo de Sasosferrato (1313-1357) de la prioridad de los criterios pragmáticos, justificando la interpretación extensiva y restrictiva, con ocasión del tratamiento de la *lex Non dubium* (C. 1, 14, 1); al respecto, Hans Hattenhauer, *op. cit.*, pp. 135-138; Jan Schröder, "Entwicklungstendenzen der juristischen Interpretationstheorie von 1500 bis 1850", en Jorg SCHÖNERT, Friedrich VOLLHART (eds.), *Geschichte der Hermeneutik und die Methodik der interpretierenden Disziplinen*, Berlín: De Gruyter, 2005, pp. 52-64.

dé los criterios pragmáticos que justifican la determinación del sentido de la ley corrigiendo su determinación conforme a criterios lingüísticos. La tradición europea abordaba este problema bajo la distinción entre interpretación declarativa, extensiva y restrictiva. Estos términos designaban las tres situaciones en que el intérprete podía encontrarse al comparar el sentido determinado conforme a criterios lingüísticos y el sentido determinado conforme a criterios pragmáticos: o bien no hay conflicto, o bien el conflicto constatado debe corregirse, ya sea afirmando un sentido de la ley más extenso que el alcance del sentido lingüístico o bien uno más restringido¹²⁶. El problema metodológico principal consistía, pues, en la identificación de los márgenes de la legítima corrección —extensiva, restrictiva— de la formulación textual por el intérprete. De nuevo Francisco Suárez ofrece la versión más sofisticada de esta perspectiva: su teoría especial de la interpretación es en rigor una teoría de ese margen, con énfasis especial en la fijación de límites a la pretensión del intérprete de hacer valer la razón de la ley como justificación para pasar por encima de la significación propia de las palabras del texto legal¹²⁷.

Domat es incomparablemente menos riguroso que Suárez. De hecho, su teoría de la interpretación se basa en un postulado holístico incompatible con diferenciaciones duras y su única diferenciación sistemática relevante —la distinción entre rigor del derecho esencial a la ley y dureza de la ley contraria a la equidad— carece en su exposición de condiciones precisas de

¹²⁶ Obviamente, este uso de los términos extensiva/restrictiva no es más que un caso de aplicación de su sentido más general, analíticamente discernible con independencia de una teoría especial de la interpretación, que es siempre relativo: calificar una propuesta interpretativa como extensiva o restrictiva implica por definición compararla con otra propuesta interpretativa recíprocamente restrictiva o extensiva. Cuando la calificación se hace sólo respecto de una de ellas, como en el uso de la tradición del derecho común europeo, lo que sucede es que la otra es tomada como medida de comparación y por lo tanto eximida de calificación correlativa (en el caso del derecho común, el sentido lingüístico). La noción de interpretación declarativa es fuertemente dependiente del contexto teórico en que se la formula: su sentido va desde ser equivalente a la interpretación gramatical (*i.e.*, sentido lingüístico) hasta expresar que una propuesta interpretativa es tenida por correcta debido a que se encuentra en una situación de ausencia de impugnación.

¹²⁷ LL vi.ii.5, p. 632. De todo su extenso tratamiento de la interpretación de la ley, Suárez apenas dedica un párrafo a la cuestión de la indeterminación lingüística, considerándola resoluble mediante conjeturas contextuales (LL vi.i.11, p. 627). De más está decirlo, los argumentos que según Suárez pueden justificar la corrección de la significación propia de las palabras de la ley también pueden justificar la solución de eventuales indeterminaciones lingüísticas del texto.

aplicación. Con todo, Domat reconoce al menos tres limitaciones a la facultad del intérprete de corregir la formulación textual de la ley: (i) el rigor del derecho que es esencial a la ley no está sujeto a restricciones basadas en la equidad¹²⁸, (ii) las leyes arbitrarias no pueden ser extendidas a lo que no está comprendido por la intención del legislador, aunque en ausencia de ley sea equitativo aplicar la misma regla¹²⁹, y (iii) el verdadero sentido de la ley no puede ser corregido para evitar inconvenientes para la utilidad pública¹³⁰. La primera limitación implica la postulación de reglas inderrotables o menos abiertas a la derrotabilidad; la segunda implica un tratamiento diferenciado de criterios teleológicos; y la tercera, una regla de exclusión.

Alejandro Guzmán pareciera compartir las aprensiones de Suárez frente a la interpretación extensiva basada en la razón de la ley (su "espíritu", en la terminología de Domat). Eso se desprende de su aprobación de la distinción conceptual entre el sentido de la ley y la razón de la ley, que obviamente es el presupuesto de un tratamiento riguroso de la determinación de aquél conforme a ésta, como el que hace Suárez¹³¹. Con todo, no elabora mayormente las restricciones metodológicas a que debe someterse el intérprete

¹²⁸ LL Ip.i.ii.iv, vi, pp. 6, 7.

¹²⁹ LL Ip.I.ii.proemio

¹³⁰ LL Ip.i.ii.xii, p. 7.

¹³¹ G-2004, p. 51. No está de más señalar que esa distinción es central a la teoría de la interpretación de la ley de Savigny, que opera sobre la base de la diferenciación entre el pensamiento (*Gedanken, pensée*) expresado en la ley como su contenido (*Inhalt, contenu*), y el fundamento, razón o motivo de la ley (*Grund, ratio*: SRR § 34, p. 216-221; traducido por Guenoux como "motif": TDR, p. 209-213; SDR p. 151-154). La definición estándar del elemento lógico que la cultura jurídica chilena atribuye a la teoría de Savigny hace imposible reconocer esta diferencia. Según Luis Claro Solar, el elemento lógico reconocido por Savigny sería aquel que "tiene por objeto la intención o espíritu de la ley o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes" (*op. cit.*, núm. 223, p. 124; *supra*, nota 22). La fórmula de Claro Solar se explica como una combinación de la definición del elemento lógico por Savigny y de la definición de la interpretación lógica por François Laurent como aquella que "hace conocer el espíritu de la ley, los motivos que guiaron a sus autores" (*op. cit.*, núm. 272, p. 341). La equivalencia postulada entre ambos conceptos es sin embargo incompatible con la teoría de Savigny, tal como ya se ha visto (*supra*, notas 3, 4, 11, 32, 32 y 54) y como por lo demás lo demuestra la simple confrontación de la fórmula de Claro Solar con la fórmula del propio Savigny: "el elemento lógico se refiere a la articulación del pensamiento, es decir, a las relaciones lógicas en que se encuentran las distintas partes del mismo entre sí" (SRR i-iv § 33, p. 214, TDR, p. 206; SDR p. 150; Guenoux traduce "articulación" -*Gliederung*- como "décomposition", lo que corresponde más bien a la expresión *Zergliederung*; con ello enfatiza el análisis por sobre la síntesis, que es sin embargo lo relevante para la reconstrucción del pensamiento del legislador conforme a la teoría de Savigny).

en esa operación. Aparte de la indesmentible regla de exclusión establecida en la primera oración del artículo 23, las limitaciones que Guzmán advierte para la corrección de la formulación textual por el intérprete son dos. En primer lugar, para la corrección en consideración a la equidad natural, siguiendo la tradición del derecho común Guzmán exige que se trate de equidad constituida y no de ruda equidad¹³². En segundo lugar, para toda corrección exige que la formulación correcta constituya uno de "los sentidos posibles de la dicción legal"¹³³.

La primera exigencia consiste en que la consideración de justicia en base a la cual se extiende o restringe el alcance de la ley no se base exclusivamente en argumentos morales sustantivos, sino primariamente en argumentos que cuenten con apoyo institucional. Según cómo se entienda esta exigencia, puede tratarse de una limitación fuerte o débil; es una restricción fuerte si se considera que el apoyo institucional requerido es tal que transforma el argumento propio de un criterio funcional en un argumento propio de un criterio sistemático¹³⁴; si el apoyo institucional requerido se subordina a estándares más elásticos o indirectos, se trata de una limitación débil, pues a menos que el intérprete adopte una perspectiva revolucionaria la verosimilitud del planteamiento ético ya presupone esos argumentos de apoyo institucional como satisfacción de un test de equilibrio reflexivo.

La segunda exigencia, en cambio, es desconcertante. Pues o bien resulta extremadamente restrictiva en comparación con la tradición a la que Guzmán pretende vincular el Código Civil, o bien es trivial. Si por sentido posible de la dicción legal se entiende cualquier sentido conforme a alguno de los criterios interpretativos admisibles, el requisito es trivial: según la teoría de Guzmán el sentido determinado conforme a la intención o espíritu (artículo 19 inciso ii) o conforme al espíritu general de la legislación o a la equidad natural (artículo 24) es por definición un sentido posible. En cambio, si por sentido posible de la dicción legal se entiende un sentido cubierto por las reglas de la semántica y la sintaxis del lenguaje en que se encuentra redactado el texto legal, entonces la formulación textual impondría un límite a toda

¹³² G-1992, p. 76; G-2007, pp. 195-208.

¹³³ G-2007, p. 188.

¹³⁴ En la concepción de Guzmán, perteneciente al sistema del derecho romano (G-1981, p. 137-140, G-2007, pp. 206-207).

posible formulación de la norma correlativa. Esto implica una redefinición de la regla de preferencia, inicialmente a favor del sentido determinado conforme a criterios pragmáticos y ahora a favor del sentido lingüístico, que impone limitaciones al intérprete incomparablemente más estrictas que las reconocidas por Domat, e incluso por el severo Suárez¹³⁵.

Que es este segundo sentido el que corresponde al pensamiento de Guzmán se desprende del examen de su concepción sobre la analogía. Él distingue entre interpretación extensiva y extensión por analogía atendiendo al sentido literal posible del texto legal como criterio delimitador y sobre la base de ese criterio critica la concepción de interpretación extensiva de Domat por desconocer esa distinción¹³⁶. Pero eso es inconsistente con el principio de la prioridad del sentido (pragmático) sobre la letra (sentido lingüístico). Bajo este principio, o bien se prescinde de la distinción, como es el caso de Domat¹³⁷, o bien la distinción debe trazarse entre la determinación del sentido de la ley más allá de su letra (interpretación extensiva) y la generalización de la norma más allá del sentido de la ley (extensión por analogía), como lo hacen Suárez¹³⁸ y Savigny¹³⁹. Como se vio al contrastar el modelo de Larenz con el modelo de Boehmer (*supra*, 1.3.iii), la consideración del sentido literal posible como límite de la operación interpretativa es propia de la metodología jurídica posterior a la codificación y corresponde a una concepción vinculada a una regla de segundo nivel que confiere prioridad a los criterios lingüísticos¹⁴⁰.

¹³⁵ De hecho, corresponde al nivel mínimo de ampliación (o restricción) del alcance de la ley admitido por Suárez, que es el de aquella que se mantiene dentro de la significación propia de las palabras, ya sea la natural (lenguaje corriente) o la civil (lenguaje estipulativo legal, judicial o doctrinal) (LL vi.ii.1, p. 631).

¹³⁶ G-2004, p. 61.

¹³⁷ LC lp.i.ii.xi, xxi-xxiv, pp. 7, 9.

¹³⁸ LL vi.iii.14,15, pp. 639-640. Esta distinción se expresaba con particular intensidad en la terminología del humanismo que precede a Suárez, donde sólo la generalización de la norma más allá del sentido de la ley era denominada "interpretación extensiva"; la corrección del sentido lingüístico conforme a criterios teleológicos, incluso extendiendo el alcance de la norma más allá del sentido literal posible de la disposición, era concebida como "comprensión de la ley" (Schröder, RW, p. 58-77).

¹³⁹ SRR i-iv, § 46, p. 292-293; TDR p. 281-283; SDR pp. 197-198.

¹⁴⁰ Para un estudio reciente del punto, Christian Baldus, "Gesetzbindung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts", en Karl Riesenhuber (ed.), *Europäischen Methodenlehre* (Berlín/Nueva York, De Gruyter, 2010), pp. 28-112.

En este punto, pues, lejos de impugnar el modelo metodológico posterior a la codificación que subyace a la tradición de la doctrina del derecho civil chileno, la teoría de Guzmán constituye una demostración de su fuerza cultural. Sólo así puede explicarse el hecho de que Guzmán aduzca una tesis historiográfica que reconduce las reglas del Código Civil chileno sobre interpretación de la ley a la tradición del derecho común para revalidar una regla de segundo nivel que prioriza al sentido pragmático respecto del sentido lingüístico, pero que esa revalidación se limite exclusivamente a la elección de la interpretación correcta dentro del margen permitido por sentido literal posible, sin que pueda rebasar ese límite para justificar la interpretación extensiva correctiva de una expresión legal inequívoca. Por cierto, esa limitación no se encuentra establecida por el Código Civil chileno, si es que el artículo 19 inciso i es interpretado como pretende Guzmán. Que Guzmán la asuma como una necesidad conceptual es la mejor demostración de la fuerza de ese modelo metodológico, o, lo que es lo mismo, de la debilidad de su intento de revalidación de un modelo metodológico premoderno.

6. CONCLUSIONES

La genealogía de las reglas de interpretación de la ley establecidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil chileno no se remonta a la obra de Jean Domat.

La apelación por Alejandro Guzmán a la obra de Domat como fuente material de la regulación legal chilena sirve al propósito de justificar una reformulación de las dos reglas de segundo nivel reconocidas por la doctrina chilena: (i) la subordinación del empleo de criterios teleológicos al empleo de criterios lingüísticos (artículo 19 inciso i) y (ii) la subordinación del empleo de los criterios institucionalmente menos densos al empleo de los criterios institucionalmente más densos (artículos 23 y 24).

El rechazo de la regla (ii) enfrenta a Guzmán con la comprensión tradicional y doctrinalmente pacífica del carácter supletorio o subsidiario de los criterios de interpretación autorizados por el artículo 24. Esa comprensión está avalada por el principio básico reconocible en la obra codificadora de Andrés Bello, común a su propuesta de estructuración del sistema de fuentes del derecho privado, consistente en otorgar prioridad a los criterios

institucionalmente más diferenciados. La propuesta de Guzmán en este punto no es verosímil.

El rechazo de la regla (i) pone a Guzmán en tensión con las demás posiciones doctrinarias que participan en la controversia acerca del sentido y alcance del artículo 19 inciso i. Su comprensión de la disposición legal como recepción de la máxima *clara non sunt interpretanda* es inverosímil. Sus razones para identificar en el artículo 23 una regla de segundo nivel opuesta a la reconocida en el artículo 19 inciso i por la teoría literalista son inverosímiles. Pero queda en pie, como cuestión aquí no resuelta, cuál sea el sentido y alcance del artículo 19 inciso i.

Mantener el principio de la sujeción del juez a la ley y postular una regla de preferencia que en caso de conflicto entre el sentido determinado conforme a criterios lingüísticos y el sentido determinado conforme a criterios pragmáticos favorezca a este último presupone una metodología jurídica que distinga entre la crítica moral de la norma legal vigente, operación inadmisibles para el adjudicador, y la corrección vía interpretación del tenor literal de la disposición legal, operación —según esta teoría— admisible para el adjudicador, incluso con efectos extensivos de su sentido y alcance más allá del sentido literal posible. Asimismo, esa metodología debe distinguir entre la extensión del alcance de la disposición más allá de su sentido literal posible y la extensión del alcance de la norma más allá del correcto sentido de la disposición. Pese a su intenso compromiso ideológico con esa regla de preferencia, Guzmán no alcanza a advertir estas exigencias metodológicas. Por el contrario, entiende que la asignación a una disposición legal de una extensión que sobrepasa su sentido literal posible nunca es justificable como operación interpretativa. Esto hace que su propuesta no sea metodológicamente consistente.

Sostener una teoría de la interpretación que prioriza la determinación del sentido de la ley mediante criterios pragmáticos, por oposición a los criterios lingüísticos, implica además un serio riesgo metodológico. Si esa teoría no distingue nítidamente entre la operación consistente en determinar el sentido de una expresión legal indeterminada y corregir el sentido de una expresión legal incorrecta, y no deduce de ello diferencias metodológicas que refuercen el control crítico de la segunda operación, entonces postula la equivalencia entre un uso de los criterios pragmáticos de interpretación que es *necesario* para el adjudicador sometido al principio de inexcusa-

bilidad y un uso de los criterios pragmáticos de interpretación que para el adjudicador es meramente *posible*. Porque frente a una expresión legal lingüísticamente indeterminada el aplicador debe dotarla de un sentido lo suficientemente determinado como para resolver el caso, y por definición sólo puede usar criterios pragmáticos para el logro de ese fin. En cambio, una norma inequívocamente formulada por la disposición, aunque pragmáticamente problemática, es una norma dotada de un sentido lo suficientemente determinado como para resolver el caso.

Desde el punto de vista del principio de la sujeción del juez a la ley esa equivalencia metodológica entre el uso *necesario* y el uso *posible* de los criterios pragmáticos es notoriamente impropcedente. Lo usual es que su impropcedencia sea encubierta por las teorías de esta clase mediante dos estrategias retóricas. Por una parte, se postula la legitimidad del uso posible —la corrección de las expresiones incorrectas— como principio metodológico previo a la admisión de su uso necesario —la determinación de las expresiones indeterminadas—, con lo que el argumento *a fortiori* es trivial¹⁴¹. Por otra parte, se califica la situación de posibilidad también como una situación de necesidad, es decir, se plantea el problema de corrección como uno de determinación, con lo que la equivalencia es trivial¹⁴². La metodología jurídica defendida por Guzmán, si bien conoce la diferencia entre ambas operaciones, no advierte el problema de hacerlas equivalentes. Esto hace que su propuesta sea metodológicamente insuficiente.

La identificación de esa equivalencia como un problema, la crítica a su encubrimiento y su tratamiento reflexivo es lo que caracteriza la teoría de la interpretación de las leyes defectuosas desarrollada por Savigny en los §§ 35, 36 y 37 de su *Sistema del derecho romano actual* (1840). Eso es lo que hace que su lectura siga siendo una tarea pendiente. A diferencia de Domat, la apelación a Savigny no necesita justificarse mediante un mito.

¹⁴¹ Así, Donellus, *op. cit.*, pp. 87-131, que trata primero la interpretación correctiva-restrictiva (capítulo xiii) y la correctivo-extensiva (capítulo xiv), para recién después tratar la oscuridad o ambigüedad de las palabras de la ley (cap. xv). La relativa irrelevancia de la indeterminación lingüística como problema interpretativo en la teoría de Suárez (*supra*, nota 127) también permite clasificarlo como representante de esta estrategia.

¹⁴² Esta es la equivalencia que debe seguir toda teoría especial de la interpretación que asigne al sentido literal posible la función de límite del margen de operaciones argumentativas metodológicamente admisibles como interpretación de la ley y requiera validarlas bajo esa consideración.

ANEXO:
TEXTOS LEGALES Y DE PROYECTOS DE LEY
(CHILE, LUISIANA, FRANCIA)

1. *Código Civil de la República de Chile*

Santiago de Chile: Imprenta Nacional, calle de Morandé, núm. 36.
Mayo 31 de 1856, p. 5-6.

TÍTULO PRELIMINAR

§ 4

INTERPRETACION DE LA LEI

Artículo 19

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

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

Artículo 20.

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

Artículo 21.

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

Artículo 22.

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

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

Artículo 23.

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

Artículo 24.

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

2. *Obras Completas de Don Andrés Bello*, Volumen XII

Proyecto de Código Civil (1853)

Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1888, p. 8-9.

TÍTULO PRELIMINAR

§ 4

INTERPRETACION DE LA LEI

Artículo 17.

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

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

Artículo 17. C. L. 13: La historia fidedigna del establecimiento de una lei sera, por ejemplo, la relacion de los debates ocurridos en el Cuerpo Lejislativo al tiempo de discutirse el Proyecto.

Artículo 18.

Las palabras de la lei se entenderán en su sentido natural i obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero, cuando el legislador las baya

definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Artículo 18a.

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

Artículo 18 i 18 a. C. L. 14, 15. He introducido limitaciones que me parecen necesarias. Una palabra, sea técnica o no, puede emplearse impropriamente en una lei, sobre todo por falta de conocimientos especiales en sus autores. ¿Sería nunca racional tomar esa palabra en diferente sentido que el legislador?

Artículo 19.

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

Los pasajes oscuros de una lei pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, o de costumbres que tengan fuerza de ley; particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Artículo 19. C. L. 16, 17.

Artículo 20.

Cuando la lei declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la lei, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario a la lei.

Artículo 20. C. L. 19.

Artículo 21.

La distincion que se hace de las leyes en favorables u odiosas no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretacion. La estension que deba darse a toda lei, se determinará por su jenuino sentido y segun las reglas de interpretacion precedentes.

Artículo 21. C. L. 20.

Artículo 22.

Las leyes especiales relativas a una cosa o negocio particular prevalecen sobre las leyes jenerales que parecen extenderse a la misma cosa o negocio.

Artículo 23.

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

3. Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana

Prepared by The Louisiana State Law Institute

Louisiana Legal Archives, Volumen 3, Part I: Baton Rouge, Louisiana, 1940, p. 8-12.

LOUISIANA CIVIL CODE OF 1825

PRELIMINARY TITLE

Of the General Definitions of Law and the Promulgation of Law

Chapter 4 — OF THE APPLICATION AND CONSTRUCTION OF LAW

ART. 13. When a law is clear and free from all ambiguity, the letter of it is not to be disregarded, under the pretext of pursuing it.

ART. 14. The words of a law are generally to be understood in their most known and usual signification, without attending so much to the niceties of grammar rules as to the general and popular use of the words.

ART. 15. Terms of art or technical terms and phrases, are to be interpreted according to their received meaning and acceptation with the learned in each art, trade and [or] profession.

ART. 16. Where the words of a law are dubious, their meaning may be sought by examining the context with which the ambiguous words, phrases and sentences may be compared, in order to ascertain their true meaning.

ART. 17. Laws in *pari materia*, or upon the same subject matter, must be construed with a reference to each other; what is clear in one statute may be called in aid to explain what is doubtful in another.

ART. 18. The universal and most effectual way of discovering the true meaning of a law, when its expressions are dubious, is by considering the reason and spirit of it, or the cause which induced the Legislature to enact it.

ART. 19. When to prevent fraud, or from any other motives of public good, the law declares certain acts void, its provisions are not to be dispensed with on the ground that the particular act in question has been proved not to be fraudulent or not to be contrary to the public good.

ART. 20. The distinction between odious laws and laws entitled to favor, with a view of narrowing or extending their construction, can not be made by those whose duty it is to interpret them.

ART. 21. In civil matters, where there is no express law, the Judge is bound to proceed and decide according to equity. To decide equitably, an appeal is to be made to natural law and reason, or received usages, where positive law is silent.

4. *Projet de Code Civil, présenté par le Gouvernement Le 24 thermidor an 8.*
Imprimé sur l'Edition originale.

Première Parte

A Paris, chez Lemarchand, Libraire, place de l'Ecole n° 1. An 9, p. 6-7.

LIVRE PRÉLIMINAIRE DU DROIT ET DES LOIS

TITRE V De l'application et de l'interprétation des lois.

ART. I.^{er} Le ministère du juge est d'appliquer les lois avec discernement et fidélité.

II. Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois.

Il y a deux sortes d'interprétation: celle par voie de doctrine, et celle par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le véri-

table sens d'une loi, dans son application à un cas particulier. L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les doutes par forme de disposition générale et de commandement.

III. Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale est interdit aux juges.

IV. L'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue. Les objets qui sont d'un ordre différent ne peuvent être décidés par les mêmes lois.

V. Quand une loi est clare, il ne faut pas point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit; et dans l'application d'une loi obscure, on doit préférer le sens le plus naturel et celui qui est le moins défectueux dans l'exécution.

VI. Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut en combiner et en réunir toutes les dispositions.

VII. La présomption du juge ne doit pas être mise à la place de la présomption de la loi: il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas; et les exceptions qui ne sont point dans la loi ne doivent pas point être suppléés.

VIII. On ne doit raisonner d'un cas à un autre, que lorsqu'il y a même motif de décider.

IX. Lorsque, par la crainte de quelque fraude, la loi déclare nuls certains actes, ses dispositions ne peuvent être éludées sur le fondement que l'on aurait rapporté la preuve que ces actes ne sont point frauduleux.

X. La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive.

XI. Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive.

XII. Le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de deni de justice.

XIII. Dans les matières criminelles, le juge ne peut en aucun cas suppléer la loi.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- ALCHURRÓN, Carlos, "Sobre derecho y lógica", 13 *Isonomía* (2000), pp. 11-33.
- ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt del Meno: Suhrkamp, 1985.
- ALFONSO, Páulino, "Interpretación de la ley", 8 *Revista Forense Chilena* (1892), pp. 9-25.
- AMUNÁTEGUI SOLAR, Manuel, *De la interpretación doctrinal de la lei*, Santiago: Imprenta i Encuadernación Barcelona, 1897.
- ATRIA, Fernando, "Del derecho y el razonamiento jurídico", 22 *Doxa* (1999), pp. 79-119.
- , "Las circunstancias de la derrotabilidad", 45 *Revista de Ciencias Sociales-Valparaíso* (2000), pp. 437-467.
- , *On Law and Legal Reasoning*, Oxford y Portland Oregon: Hart Publishing, 2001.
- , "Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo", 5 *Revista de Estudios de la Justicia* (2004), pp. 119-141.
- BALDUS, Christian, "Gesetzbindung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts", en Karl RESENHUBER (ed.), *Europäischen Methodenlehre* (Berlín/Nueva York, De Gruyter, 2010), pp. 28-112.
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil. Primer Año*, Santiago: Imprenta de Chile, 1915.
- BASCUÑÁN, Antonio, "Observaciones sobre la distinción entre derecho natural y derecho positivo en Tomás de Aquino", 41 *Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso* (1996), pp. 301-322.
- BATIZA, Rodolfo, "The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance", 46 *TULANE LAW REVIEW* (1981), p. 165.
- , "Origins of the Modern Codification of the Civil Law: The French Experience and its Implications for the Louisiana Law", 56 *Tulane Law Review* (1982), pp. 477-60.

BAYÓN, Juan Carlos, "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", 13 *Isonomía* (2000), pp. 87-117.

———, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", 24 *Doxa* (2001), pp. 35-62.

BELLO, Andrés, *Principios de Derecho de Jentes*, Santiago de Chile: Imprenta de la Opinión, 1832.

———, "Discusión sobre el efecto retroactivo de la ley con ocasión de la reforma del Reglamento de Elecciones", 632 *El Araucano*, de 30 de septiembre de 1842, en *Obras Completas de don Andrés Bello*, Volumen XV, *Misceláneas*, Santiago: Imprenta Cervantes, 1893, pp. 270-318.

———, *Principios de Derecho Internacional*, Valparaíso: Imprenta de la Patria, 1864.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Aalen: Scientia Verlag (reimpresión de la 4ª ed. Leipzig, 1922).

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Tomo I, Oxford: Clarendon Press, 1765, edición facsimilar de Chicago, Londres: The University of Chicago Press, 1979.

BOEHMER, Justus Henning, *Exercitationes ad Pandectas: In quibus praecipua digestorum capita explicantur, antea sigillatim editae, nunc coniunctim secundum ordinem pandectarum digestae*, Tomo I, Hannover y Göttingen, 1745.

BORJA, Luis F., *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, Tomo I (Título Preliminar), París: A. Roger y F. Chernoviz, 1901.

BULYGIN, Eugenio, "Sistema deductivo y sistema interpretativo", 13 *Isonomía* (2000), pp. 55-60.

CARACCILO, Ricardo, "Normas derrotables: La concepción de Carlos Alchoutrón", 26 *Análisis Filosófico* (2006), pp. 156-177.

CLARO SALAS, Héctor, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Santiago: Imprenta Cervantes, 1912.

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago: Establecimiento Poligráfico Roma, 1898; reimpresión de 1931, Santiago: Imprenta Cervantes.

COOD, Enrique, FABRES, José Clemente, *Explicaciones del Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*, Santiago: Imprenta Cervantes, 1882.

- CHACÓN, Jacinto, *Esposición Razonada y Estudio Comparativo del Código Civil Chileno*, Valparaíso: Imprenta del Mercurio, 2ª ed., 1881.
- DE ARMAS, Juan Antonio, *Comentario de siete títulos del Código Civil*, Santiago: Imprenta de la Unión, 1886.
- DE AQUINO, Tomás, *Suma de Teología*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, Tomo II, 1989, Tomo IV, 1994.
- DOMAT, Jean, *Traité des Lois y Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public, et legum delectus*. Nouvelle édition, Tomo I, París: Pierre Gandouin, 1723.
- DONELLUS, Hugo, *Commentatorium de iure civili*, en *Opera Omnia*, Roma: Joseph Salviucci, 1828, Tomo I.
- DUCCI CLARO, *Interpretación Jurídica*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977 (2ª ed.).
- , *Curso de Derecho Civil-Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1980.
- ESER, Albin, *Comentario al § 223 del Código Penal alemán*, núms. 27-52, en Adolf SCHÖNKE, Horst SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, München, 2006 (27ª ed.), pp. 1909-1929).
- EYKEN, Paul Vander, *Méthode Positive de l'Interprétation Juridique*, Bruselas: Librairie Falk Fils, 1907.
- FIGUEROA QUINTEROS, María Angélica, "La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista", en autores varios, *Andrés Bello y el Derecho*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 77-104.
- GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, Tomo II, Madrid: Reus S.A., 1925.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: UNAM, 2001, (1ª ed., 1999).
- , *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán: Giuffrè editore, 2004.
- , "Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación", 26 *Análisis Filosófico* (2006), pp. 277-293.
- , *Nuovi Studi sull'Interpretazione*, Roma: Aracne editrice, 2008.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Razón Escrita", 4 *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* (1979), pp. 135-155.

———, *Ratio scripta*. Frankfurt del Meno: Vittorio Klosterman, 1981.

———, "El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' y 'principios de equidad' en el Derecho chileno", 18-19 *Revista de Ciencias Sociales* (1981), pp. 111-143, en adelante, "G-1981", posteriormente publicado en: del mismo, *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005, pp. 9-30.

———, "Historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", en Universidad de Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 41-87.

———, *Historia de la interpretación de las normas en el Derecho romano*. Santiago: Instituto de Juan Solórzano y Pereyra, 2000.

———, "La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes", 31 *Revista Chilena de Derecho* (2004), 39-68.

———, "La doctrina sobre interpretación de las leyes de Robert-Joseph Pothier", en José L. LINARES (cord.), *Liber amicorum Juan Miquel: Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, Pompeu Fabra, 2006, pp. 469-498.

———, "Las normas sobre interpretación de las leyes contenidas en el 'Projet de Code Civil' de l'an VIII (1800)", en LABRUNA, Luigi (ed.), *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, Tomo I: *Tradizione romanistica e costituzione*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 1809-1840.

———, *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*. Santiago, LexisNexis, 2007.

———, "Las fuentes de las normas sobre interpretación de las leyes del 'Digeste de lois civiles' ('Code civil') de la Luisiana (1808/1825)", 31 *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (2009), pp. 171-195.

HAGUE, Jaap, "Law and Defeasibility", 11 *Artificial Intelligence and Law* (2003), pp. 221-243.

HALPÉRIN, Jean-Louis, "French Legal Science in the 17th and 18th Centuries: To the Limits of the Theory of Law", en Damiano CANALE, Paolo GROSSI, Hans HOFMANN (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil*

- Law World, 1600-1900 (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Vol. 9), Dordrecht: Springer, 2009, pp. 43-67.
- , "Legal Interpretation in 18th Century Europe: Doctrinal Debates versus Political Change", en Yasutomo MORIJIWA, Michael STOLLEIS, Jean-Louis HALPÉRIN (eds.), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the Rule of the King to the Rule of Law*, Dordrecht, Heidelberg, Londres, Nueva York, Springer (2011), pp. 181-187.
- HATTENHAUER, Hans, "Zur Rechtsgeschichte und Dogmatik der Gesetzauslegung", en Reinhard Zimmermann, Rolf Knütel, Jens Peter Meincke, *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, Heidelberg: C.F. Müller, 2000, pp. 129-147.
- HUBER, Ulrich, "Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht", 58 *Juristen Zeitung* (2003), pp. 1-17.
- KANTOROWICZ, Herman, Buchland, WILLIAM Warwick, *Studies in the glossators of the Roman law: newly discovered writings of the twelfth century*, Cambridge: The University Press, 1938.
- KINDHÄUSER, Urs "Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el derecho penal", en del mismo, *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Lima: Ara, 2008, pp. 11-38.
- KLEINHEYER, Gerd, SCHRÖDER, Jan (eds.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, Heildeberg: C. F. Müller, 2008 (5ª ed.).
- KREITTMAYR, Wigulacus Saverius Aloysius Freiherr von, *Anmerkungen über dem Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem*, Primera Parte, München: Joahn Jacob Vötter, 1759.
- KRIECHENBAUM, Maximiliane, "Verba und mens in der Interpretationslehren des Humanismus", en Jan SCHRÖDER (ed.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2001, pp. 47-72.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, New York: Springer Verlag, 6ª ed. 1991.
- LAURENT, François, *Principes de Droit Civil*, Bruselas: Bruylant-Christophe & Comp., París: A. Dirand & Pedone Laureil, 1869.
- LEÓN HURTADO, Avelino, MUJICA BESANILLA, Fernando, "El tenor literal en la interpretación de la ley", 71 *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1968), Sección 1ª, pp. 224-229.

- LUHMANN, Niklas, "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", en del mismo, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt del Meno: Suhrkamp, 1981, pp. 113-153.
- MACCORMICK, Neil, "Defeasibility in Law and Logic", en: Zenon Bankowski et al (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht: Kluwer, 1995, pp. 99-117.
- MACCORMICK, D. Neil, SUMMERS, Robert (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth: Ashgate, 1991.
- MANNING, John F., "The absurdity doctrine", 116 *Harvard Law Review* (2003), pp. 2387-2486.
- MAÑALICH, Juan Pablo, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden: Nomos, 2009.
- MARIN UGALDE, Osvaldo, *Interpretación de las leyes*, Santiago: Imprenta Juventud Ilustrada, 1919.
- MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1992.
- MASUELLI, Saverio, "'In claris non fit interpretatio'. Allí origine del brocardo", 2 *Rivista de Diritto Romano* (2002), pp. 401-424.
- MAZZARESE, Tecla, "Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente", 23 *Doxa* (2000), pp. 597-631.
- MEDER, Stephan, *Mißverstehen und Verstehen*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2004.
- MÉNDEZ EGUIGUREN, Alejandro, "Interpretación de las leyes", 1 *Revista Forense Chilena* (1885), p. 478-491 y 546-559.
- MORA, José Joaquín de, *Curso de Derechas del Liceo de Chile*, Santiago, Imprenta Republicana, 1830.
- NAVARRO, Pablo, RODRÍGUEZ, Jorge Luis, "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas", 13 *Isonomia* (2000), pp. 61-85.
- OGOREK, Regina, *Richterkönig oder Subsumptionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, en de la misma, *Aufklärung über Justiz*, Frankfurt del Meno: Vittorio Klostermann, 2008, Tomo II, pp. 108-111.
- OLLER, Carlos A., "Obligaciones *prima facie* y derrotabilidad", 26 *Análisis Filosófico* (2006), pp. 147-155.

- PAZOS, María Inés, "Derrotabilidad sin indeterminación", 25 *Doxa* (2002), pp. 441-470.
- QUINTANA BRAVO, Fernando, *Interpretación, ratio iuris y objetividad*, Valparaíso: Edeval, 1994.
- , *Interpretación y argumentación jurídica*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- PHILLIMORE, Robert, *Commentaries upon International Law*, Tomo II, Londres: William J. Benning & Co., 1855; Philadelphia: T. & J.W. Johnson, Law Booksellers, 1855.
- POTHIER, Robert Joseph, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae*, con traducción francesa paralela por Bréard-Neuville, París: Dondery-Dupré, 1819.
- PUFENDORF, Samuel, *Le Droit de la Nature et des Gens*, traducción del latín por Jean Barbeyrac, Basilea: Hermanos E. & J.R. Thourmeissen, 1732, reproducción fotostática de la Universidad de Caen, 1989.
- , *Of the Law of Nature and Nations*, traducción del latín con las notas de Jean Barbeyrac por Basil Kennett, Londres: I. Walthoe, R. Wilkins, J. y J. Bonwicke, S. Bird, T. Ward y T. Osborne, 1739.
- RATTI, Giovanni Battista, "The Consequences of Defeasibility", *Analisi e Diritto* (2007), pp. 261-278.
- , *Sistema giurídico e sistemazione del diritto*, Torino: Giappichelli, 2008.
- RECANATI, François, *Literal Meaning*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- REDONDO, Cristina, "Lógica y concepciones del derecho", 13 *Isonomía* (2000), pp. 36-54.
- , "La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos", 26 *Análisis Filosófico* (2006), pp. 242-276.
- REGELSBERGER, Ferdinand, *Pandekten*, Tomo I, Leipzig: Dunker y Humblot, 1893.
- REUTTER, Wolfgang Paul, "Objektiv Wirkliches" en *Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen- und Methodenlehre*, Frankfurt del Meno: Klostermann, 2011.

- RODRÍGUEZ, Jorge Luis, "Lagunas axiológicas y relevancia normativa", 22 *Doxa* (1999), pp. 349-369.
- , "El razonamiento jurídico y las fuentes sociales del derecho", *Analisi e Diritto* (2002-2003), pp. 275-295.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis, SUCAR, Germán, "Las trampas de la derrotabilidad", 21 *DOXA* (1998), p. 403-420.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Aalen: Scientia Verlag, 1981, 2ª reimpresión de la edición de Berlín, 1840.
- , *Traité de Droit Romain*, traducido por M. Ch. Guenoux, París: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855.
- , *Sistema del Derecho Romano Actual*, versión al castellano de la traducción francesa por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford: Clarendon Press, 1991.
- SCHOTT, Clausdieter, "Interpretatio cessat in claris' – Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit in der juristischen Hermeneutik", en Jan SCHRÖDER (ed.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2001, pp. 155-189.
- SCHRÖDER, Jan, "Zur Anaogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit", 114 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte-Germanistische Abteilung* (1997), pp. 1-55.
- , "Entwicklungstendenzen der juristischen Interpretationstheorie von 1500 bis 1850", en Jorg SCHÖNERT, Friedrich VOLLHART (eds.), *Geschichte der Hermeneutik und die Methodik der interpretierenden Disziplinen*, Berlin: De Gruyter, 2005, pp. 52-64.
- , *Recht als Wissenschaft - Geschichte der juristischen Methode von Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, München, C.H. Beck, 2011 (2ª ed.).
- , "The Concept and Means of Legal Interpretation in the 18th Century", en Yasutomo MORIGIWA, Michael STOLLEIS, Jean-Louis HALPÉRIN (eds.), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the Rule of the King to the Rule of Law*, Dordrecht, Heidelberg, Londres, Nueva York, Springer (2011), pp. 91-105.
- , *Theorie der Gesetzinterpretation im frühen 20 Jahrhundert*, Baden-Baden: Nomos, 2011.

- SEARLE, John, "Literal meaning", 13 *Erkenntnis* (1978), pp. 207-224.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, "La teoría pura del derecho y el problema de la interpretación de la ley", 18-19 *Revista de Ciencias Sociales* (1981), pp. 65-83.
- , "Algunos momentos relevantes en la doctrina sobre la interpretación judicial de la ley", 1 *Cuadernos de Análisis Jurídico* (1987), Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 2-17.
- SUÁREZ, Francisco, *Tratado de las Leyes y del Dios Legislador*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967; reproducción anastática de la edición príncipe de Coimbra, 1612.
- THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*, Düsseldorf: Stern-Verlag Janssen & Co., 1966, impresión fotomecánica de la 2ª ed., Altona: Hammerich.
- , *System des Pandekten-Rechts*, 2ª ed., Jena: Johann Michael Mauke, 1805, Tomo I.
- THOMASUS, Christian, *Institutionem Iurisprudentia Divinae*, Halle: 1688, traducción al inglés de Thomas Ahnert, *Institutes of Divine Jurisprudence*, Indianapolis: Liberty Fund, 2011.
- , *Ausübung der Vernunft-Lehre*, Halle: Christoph Salfelden, 1691, redroducido en Hildesheim: Georg Olms, 1968,
- TUCKER, Thomas W., "Interpretations of the Louisiana Civil Codes, 1808-1840; The Failure of the Preliminary Title", 19 *Tulane European & Civil Law Forum* (2004), pp. 57-182.
- VARAS S., Eduardo, VERGARA V., Alvaro, *Explicaciones de Derecho Civil. Primer Año. Tomadas de clase de don Luis Claro Solari*, Santiago: Imprenta y Encuadernación Chile, 1908.
- VATTEL, Emmerich, *Derecho de gentes ó Principios de la ley natural aplicados á la conducta, y á los negocios de las naciones y de los soberanos*, París: Casa de Masson y Hijo, 1824.
- VERNENGO, José, *La interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977.
- VIAL ECHENIQUE, Manuel, *Interpretación de la ley*, Santiago: Imprenta de Chile, 1920.
- VODANOVIC H. Antonio (redacción y puesta al día), *Curso de Derecho Civil basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile*,

- Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga*, Tomo I, Santiago: Editorial Nascimento, 1939.
- WÄCHTER, Carl Georg, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechtes*, Tomo II, *Allgemeine Lehren*, Stuttgart: Verlag des J.B. Messier'schen Buchhandlung, 1842.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, editado por Zenon Bankowski, Dordrecht/Boston: Kluwer, 1992.
- , *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 1985.
- , *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián: Ediciones de la Universidad del País Vasco, 1998.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, MACCORMICK, D. Neil, "On Justification and Interpretation", 53 *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie-Beiheft* (1994), pp. 255-268.
- ZACHARIÄ, Karl Salomo, *Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts*, Meissen: bei Karl Friedrich Wilhelm Erbstein, 1805.
- ZANONE, Francesca, "L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico", en: de la misma y Stefano Fuseli (eds.), *Il Lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, Milán: Franco Angelli, 2011, pp. 39-70.

TEXTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

- Louisiana State Law Institute: *Compiled Edition of the Civil Codes of Louisiana*, Louisiana Legal Archives, Volumen 3, Part I: Baton Rouge, Louisiana, 1940.
- Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis oder Baierisches Landrecht*, München: 1821, *Neue unveränderte Auflage*, im Verlage der königl. Centralverwaltung des Regierungs- und Intelligenzblattes.
- Projet de Code Civil, présenté par la Comisión nommée par le Gouvernement, le 24 thermidor an 8. Imprimé sur l'Édition originale. Première Partie*. A Paris, chez Lemarchand, an 9.
- Proyecto de Código Civil de 1853 (Chile)*, en: *Obras Completas de Andrés Bello*, Santiago: Pedro G. Ramírez, Tomo XII, 1888.
- United States v. Kirby*, 74 U.S. (7 Wall.) 482 (1868): Corte Suprema federal de los Estados Unidos de Norteamérica.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- La mayor parte de los textos a los que se hace referencia en las secciones 2 y 3 de este artículo, incluida la traducción al castellano de los pasajes más importantes de las obras de Domat, Pufendorf y Blackstone, así como los textos legales y proyectos de ley transcritos en el anexo, se encuentra en una serie de selecciones de textos editadas para los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile hace ya más de diez años. La primera versión fue editada por mí en 1999. Esos materiales fueron incorporados en una edición más exhaustiva que elaboramos con los profesores Rodrigo Correa y Miguel Orellana el año 2001, y esa selección fue reeditada el año 2002 con una nueva sistematización por la profesora Macarena Sáez y los profesores Fernando Atria, Rodrigo Correa, Álvaro Fuentealba y Lucas Sierra. Las tres ediciones se encuentran disponibles en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, catalogadas bajo Bas1092, Bas1216 y Atr1351, respectivamente.