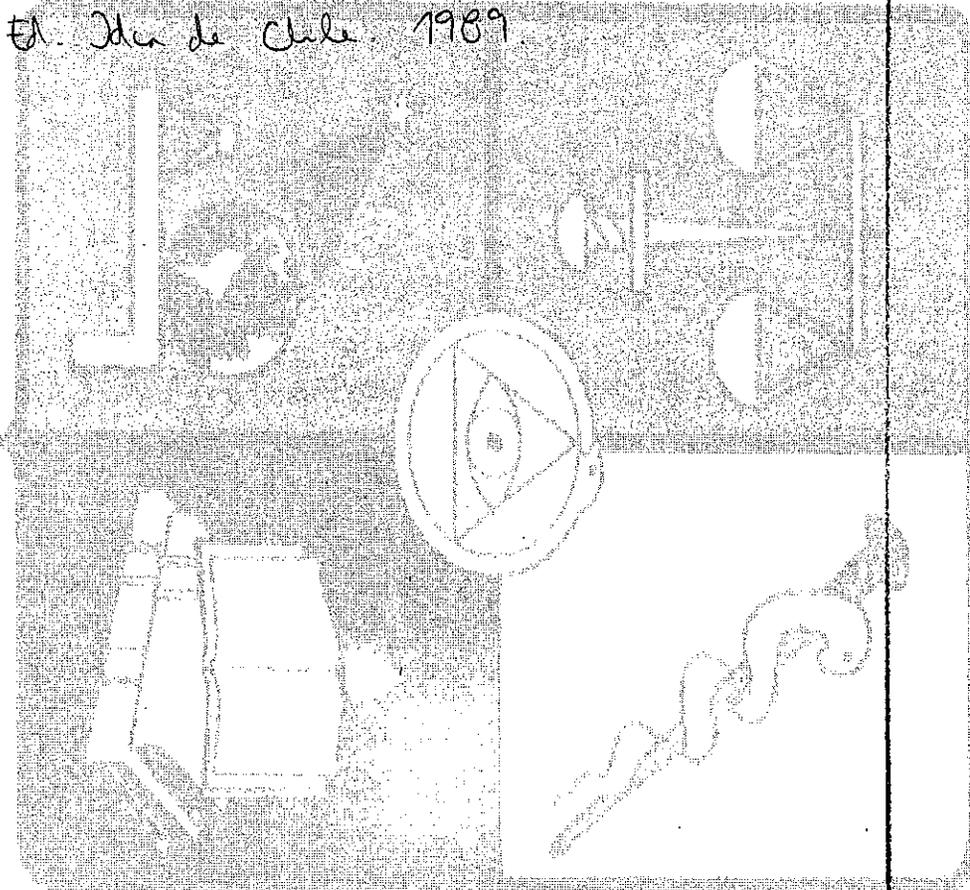


Carlos Duceo Cruz

"Interpretación Judicial"

Ed. Idea de Chile. 1989



A. INTERPRETACIÓN LEGISLATIVA

1. Leyes interpretativas. Contenido y carácter

21. La interpretación legislativa o auténtica de la ley es la que emana del mismo poder legislador. Como es efectuada por el mismo poder que dicta la ley, es decir, por su autor, se llama auténtica y tiene fuerza obligatoria para todos, desde que ella misma está contenida en una ley.

El artículo 3º del Código Civil expresa: "Sólo toca al legislador aplicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

Esta disposición es un corolario del principio de la separación de los poderes, deslindando el campo de acción del poder legislativo del judicial, a fin de que este poder no invada el campo de aquel. (R.D.J. t. 24, sec. 1º, P. 541).

Consecuentemente con esto no es lícito a los Tribunales de Justicia resolver las contiendas entre partes que no tienen por objeto la declaración de un derecho, sino la resolución en abstracto de una cuestión legal. (C. Valpo. R.D. J. t. 1º, 2º P., cp. 371. C. Valdivia, t. 6º, sec. 2º, p. 86. C. Stgo. G. 1926, 2º bim., Nº 37, p. 134. C. Sup., G. 1942, 1.ª sem., Nº 1, p. 55; R.D.J. t. 39, sec. 1º, p. 451).

A la inversa, y de acuerdo con el mismo principio, la parte final del artículo 9º del Código Civil dispone que las

leyes interpretativas "no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

La interpretación efectuada por el legislador no está sujeta a norma alguna, porque emana precisamente de su facultad de dictar preceptos legales. Distinto es el problema concerniente a la retroactividad o irretroactividad de dicha interpretación, que se analizará más adelante.

La obligatoriedad de la interpretación auténtica determinó que en varias ocasiones se quisiera limitar la libertad de interpretar las leyes atribuyéndosela exclusivamente al legislador. La Ley de las Partidas dispone: "facer entender la verdad dellas, esto non puede ser por otro fecho, sino por aquel que las fizo" (Ley 14 del Tít. I. Partida 1).

Resabio de esta idea es la disposición del artículo 5º de nuestro Código Civil que dispone que la Corte Suprema y las Cortes de Alzada, en el mes de Marzo de cada año, den cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas. Esta facultad se ha ejercido normalmente a través de la Memoria que el Presidente de la Corte Suprema rinde al iniciarse cada año las funciones judiciales de acuerdo al art. 102 del Código Orgánico de Tribunales. Esta disposición expresa en su Nº 4º que en dicha Memoria deben hacerse presentes las dudas y dificultades a que se refiere el art. 5º del Código Civil. Normalmente se han referido ellas a dificultades y problemas de orden general y sólo excepcionalmente a problemas particulares y específicos de legislación.

22. El concepto de ley interpretativa se opone al de ley derogatoria o modificatoria. La doctrina expresa que la ley interpretada y la ley interpretativa se muestran como dos leyes coexistentes en torno al mismo objeto; de aquí se desprende que pueden coexistir en la medida que no se encuentren, entre sí, en antinomia⁵⁰.

Nuestra jurisprudencia ha expresado que para que la interpretación de una ley se estime dada por el legislador y

adquiera los caracteres de obligatoria, es menester que aparezca en la ley interpretativa la intención de declarar el sentido de otra ley (R.D.J. t. 30, s. 1º, p. 93).

Sin embargo, ha existido una jurisprudencia discrepante en cuanto a si se considera necesario una declaración expresa del legislador para dar a una ley carácter interpretativo. Así la Corte Suprema ha fallado que la ley interpretativa exige una declaración explícita y formal del legislador encaminada a precisar o esclarecer el alcance de una ley existente; el alcance interpretativo no puede inferirse por simples conjeturas (R.D.J. t. 34, sec. 1º, p. 127). Otra sentencia dispone que aun cuando en nuestro régimen no existen palabras sacramentales para que el mismo legislador califique a una ley de interpretativa, resulta obvio que para reconocer a una ley la calidad de interpretativa de otra por designación del legislador, es necesario que esa calificación se haya hecho expresamente, mediante cualquier locución adecuada según el uso del idioma (C. Suprema, 12 Enero 1966, F. del M., Nº 86, p. 335). En cambio encontramos numerosas sentencias que declaran que el carácter interpretativo del precepto legal no es necesario que el legislador lo declare expresamente; también puede hacerlo de una manera tácita. Tal carácter debe desprenderse de su naturaleza y de la finalidad que ha perseguido con su dictación (C. Suprema, R.D.J. t. 57, sec. 1º, p. 65. T. 58, sec. 1º, p. 20. T. 59, sec. 1º, p. 114. T. 61, sec. 1º, p. 429). La sentencia de la Corte Suprema de 1966, citada anteriormente, agrega sin embargo que, si se pretende calificar una ley de interpretativa por su naturaleza, deberá tenerse presente que esa calificación la da la doctrina a aquellas leyes que, sobre un punto controvertido de interpretación, consagran una solución que también habría podido adoptar la jurisprudencia. Por tanto, si sobre un problema no había controversia jurisprudencial, sino, por el contrario, uniformidad de pareceres, y otra ley regula ese mismo punto, la última no puede considerarse interpretativa de la primera.

Discrepamos de este criterio, pues significaría someter la potestad interpretativa del legislador a limitaciones que

no le han sido impuestas. Significaría también privar al legislador de la posibilidad de evitar o prevenir conflictos contingentes que pudieran derivarse del sentido oscuro o dudoso de una ley. Estimamos que el carácter interpretativo de una ley no necesita una declaración formal y se desprende de su naturaleza que se propone aclarar el sentido de otra ley, y además que no es necesario que haya existido una controversia previa sobre el alcance de esta última.

23. Si es el contenido de la ley lo que le confiere su carácter interpretativo, se presenta el problema inverso: es decir, si basta una declaración expresa del legislador para considerarla una ley de tal categoría.

Volviendo al concepto de que es la naturaleza de la ley la que configura su carácter, tal declaración no basta. Por eso no puede calificarse como interpretativo el precepto que manifiestamente considera una situación nueva no prevista en la ley más antigua (R.D.J. t. 47, sec. 1°, p. 215; t. 56, sec. 1°, p. 262). Aunque la ley emplee el vocablo "aclarase", no se puede calificar de interpretativa si en el hecho modifica el tenor literal de la antigua ley (R.D.J. t. 61, sec. 1°, p. 429; T. 67, sec. 1°, p. 46).

24. La amplitud del poder interpretativo del legislador es muy amplio.

Se ha estimado que una ley interpretativa puede, para aclarar un concepto oscuro, reemplazar el texto que no aparece claro o hacerle agregaciones o supresiones, pues el legislador carece de límite en su facultad de interpretar la ley. (R.D.J. t. 61, sec. 3°, p. 50).

Dentro de este criterio resulta casi imposible distinguir una ley modificatoria de una ley interpretativa. La Corte Suprema, en la sentencia citada anteriormente, ha fallado que si una ley define el término "salario" y otra posterior reemplaza la disposición volviendo a definir el mismo concepto, con algunas variaciones que lo amplían, es una disposición interpretativa de la primera. Sin embargo, dos Ministros, en un voto disidente, estimaron que la disposición

de la ley posterior no tenía carácter interpretativo, pues no aclaraba el sentido de la anterior sino que lo reemplazaba por otro diferente, y, en consecuencia, tratábase de una modificación.

Nos parece que este último es el alcance correcto.

2. Limitaciones a la retroactividad de las leyes interpretativas

25. El principal problema que surge de determinar si una disposición es o no interpretativa es el de la retroactividad o irretroactividad de la ley.

El Código Civil establece en el inciso 1° de su artículo 9° que la ley sólo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo. Pero ésta es una disposición simplemente legal y no constitucional, que no obliga al legislador, quien puede soberanamente dictar leyes retroactivas.

Las únicas limitaciones constitucionales a la retroactividad de una ley son las que contiene el artículo 11° de la Constitución que determina que el juzgamiento y sanción de un hecho punible sólo puede serlo en virtud de una ley promulgada con anterioridad a él; y la posible infracción de la garantía del derecho de propiedad que contempla el N° 16 del art. 1° del Acta Constitucional N° 3.

Ahora bien, de acuerdo con el inc. 2° del art. 9° del Código Civil las leyes interpretativas son retroactivas *per se*, ya que dispone que "las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas".

Por lo tanto, el problema de determinar si una ley es o no retroactiva, que sería puramente académico, adquiere una importancia práctica inmediata. El legislador —dentro de los límites que se han señalado— puede dictar una ley con efecto retroactivo, ya sea porque expresamente así lo establezca, o bien, porque dicta un precepto interpretativo.

En el primer supuesto no tiene otros límites que los constitucionales, y la ley tendrá efectos retroactivos si así

lo establece. No se producen aquí problemas de interpretación legal, pero sí efectos en la interpretación judicial, ya que se suscita la retroactividad de la interpretación, pues el juez debe apreciar de acuerdo a un nuevo ordenamiento legal los hechos acaecidos en un tiempo anterior.

En cambio, establecer si la ley es no interpretativa, determina el saber si ella se aplica o no a hechos anteriores; si la interpretación debe efectuarse de acuerdo al nuevo o antiguo ordenamiento legal.

Los tratadistas Alessandri y Somarriva enseñan que si el juez concluye que una ley con pretensiones de interpretativa no lo es, deberá establecer que está falsamente calificada como tal; sin embargo, ha de reconocerle todos los efectos que el legislador le dio, y si éste, *so capa* de interpretativa, quiso el efecto retroactivo, el juez debe dárselo porque su misión es aplicar la ley ⁵¹.

No compartimos este criterio porque estimamos que no puede presumirse la intención excepcional de retroactividad ni deducirse ella de una falsa declaración interpretativa. El legislador, por soberano que sea, no puede cambiar la naturaleza de las cosas y si declara interpretativa una ley que no lo es, su declaración será inoperante ⁵².

Por lo demás, tal como ya lo hemos expuesto, resulta que así lo han estimado nuestros tribunales.

26. Las limitaciones civiles de la interpretación legal nacen del respeto que debe el legislador a las garantías que establece la Constitución y en especial a la garantía del derecho de propiedad contenida en el N° 16 del art. 1° del Acta Constitucional N° 3.

Tratándose del derecho de propiedad, el Acta Constitucional, en el art. 1°, N° 16, consigna en forma indirecta la irretroactividad de la ley civil (R.D.J. t. 46, sec. 1°, p. 891. T. 47, sec. 1°, p. 301. T. 47, sec. 1°, p. 411).

El legislador no puede dictar una ley retroactiva en cuanto al derecho de propiedad, si ella va a lesionar intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de una ley antigua y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona

(R.D.J. t. 46, sec. 1°, p. 41. T. 47, sec. 1°, p. 12. T. id. p. 30. Id. p. 562. T. 48, sec. 1°, p. 537).

Derechos adquiridos son aquellos que, como relaciones jurídicas, han entrado a formar parte del patrimonio de un sujeto ⁵³. El mismo concepto lo ha desarrollado nuestra jurisprudencia en diversas sentencias expresando que son derechos adquiridos aquellos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona.

En general, como lo ha dicho la jurisprudencia, la garantía constitucional se refería a toda clase de propiedades, cualquiera que sea su sujeto (R.D.J. t. 39, sec. 1°, p. 372). También cualquiera que sea su objeto, pues aunque el Código Civil define la propiedad como el derecho sobre una cosa corporal, su art. 583 lo hace extensivo a las cosas incorporales, y el Acta Constitucional reitera el concepto.

27. El art. 22 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes dispone que, salvo las dos excepciones que señala, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, y su contenido y efectos deberían interpretarse de acuerdo a ellas. Sin embargo, se ha considerado que las leyes de orden público —en este caso leyes monetarias— prevalecen sobre los contratos celebrados con anterioridad a su promulgación (R.D.J. t. 46, sec. 1°, p. 917. Con voto disidente de tres Ministros). En sus considerandos expresa que según el art. 1545 del Código Civil los contratos pueden ser invalidados por causas legales. Constituye una de estas causas la ley de orden público que no puede coexistir con una ley anterior en conformidad a la cual se estipuló una cláusula contractual. Dicha cláusula, legítima cuando se estipuló, queda privada de su eficacia por la dictación posterior de aquella ley de orden público.

Paul Roubier ⁵⁴ sostiene que las leyes monetarias constituyen un estatuto legal. Piensa, en general, que la clave está en distinguir entre leyes que son relativas al régimen

de los contratos y leyes que conciernen a un estatuto legal; sólo estas últimas tienen efecto inmediato respecto de los contratos en curso.

28. En materia penal el límite de la interpretación del legislador emana del N° 3 del art. 1° del Acta Constitucional N° 3, que establece que nadie puede ser condenado, si no es en virtud de una ley promulgada *antes* del hecho sobre el que recae el juicio.

Por lo tanto, la limitación constitucional de la interpretación del legislador en materia penal comprende, en primer término, que éste no puede declarar punible un hecho realizado con anterioridad a la dictación de la ley.

En segundo lugar la limitación comprende la prohibición de aumentar la sanción de un hecho que, aunque punible, tenía una pena más leve cuando se cometió.

29. Aunque esta limitación se inserta esencialmente en el campo penal, tiene un alcance más amplio de acuerdo al significado que le ha dado nuestra jurisprudencia. Así se ha fallado que el vocablo "condenado" que emplea la disposición constitucional, no significa por sí solo condena en razón de delito penal, que en nuestros Códigos las expresiones condenar, condenarse, condenado y otras análogas, están tomadas en sentido amplio que denota el hecho de imponer a una persona una pena o sanción, sea de carácter penal, civil o administrativa y sin que importe la causa que la haga procedente. (C. Suprema R.D.J. 1. 62, sec. 3°, p. 114. T. 63, sec. 3°, p. 88. Id. p. 92).

Es preciso señalar que en las sentencias citadas hay votos disidentes que estiman que el art. 11° de la Constitución sólo consagraba la irretroactividad de las leyes penales, pues habla del "juzgamiento legal" del individuo.

30. Uno de los efectos de la irretroactividad de la ley penal lo repite el inc. 1° del art. 18° del Código de Procedimiento Penal al mencionar que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Sin embargo, la propia disposición establece en su inc. 2° casos en que la retroactividad de la ley penal es obligatoria en atención a que ella favorece al inculpado.

Dicho inc. 2° dispone: "Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima a tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento".

Por su parte el inciso 3° establece: "si la ley que exime al hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva".

Es decir, el efecto de la ley penal favorable es siempre retroactivo.

El carácter constitucional de la aplicación de la ley más favorable al reo ya condenado, no está claro en el texto del N° 3 del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3 que dispone: "En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".

B. INTERPRETACIÓN JUDICIAL

1. Interpretación e integración

31. Se dice comúnmente que la interpretación es la explicación de un texto, o más corrientemente, que es la operación de esclarecer un texto oscuro o dudoso.

Pero en realidad el proceso interpretativo es mucho más amplio, ya que consiste en el conjunto de actividades indispensables para aplicar el derecho. Ahora bien, este concepto de aplicación comprende esencialmente dos fases: en una, el juez debe fijar los hechos del caso concreto sometido a su consideración, y no todos sino aquellos que tienen una importancia relevante para el problema que debe dilucidar, lo que ya implica un primer criterio valorativo; en

segundo lugar debe seleccionar la norma que estima que debe aplicarse, relacionar la hipótesis de la norma con el caso concreto y fijar la consecuencia jurídica del sentido y alcance que le asigne.

32. La doctrina tradicional ha considerado que la aplicación del derecho era una simple y automática subsunción de los hechos dentro de las hipótesis generales previstas por las normas. Es decir, considerar la interpretación como un sencillo silogismo en el cual la premisa mayor estaba constituida por la norma jurídica, y la premisa menor por los hechos, de manera que la conclusión se producía automáticamente por sí sola.

Esta ilusión es, en el fondo, inoperante en la práctica.

Por de pronto la norma es una hipótesis generalizada que puede diferir de las circunstancias del caso concreto. Por otra parte no consiste generalmente en un texto simple y escueto, sino que es necesario tratar de coordinar textos diferentes para tratar de fijar la norma.

Desde otro punto de vista, la doctrina tradicional olvida que mientras la fórmula más se aleja en el tiempo de la actualidad presente, más se desvincula de la realidad social, y necesita, en consecuencia, ser integrada y enriquecida mediante una eficiente colaboración del intérprete⁵⁵.

El orden jurídico no consiste en una cosa que "es" sino que se "hace". El derecho debe ser una cosa viva y para ello "luchar, en vista de una perfecta y constante adaptación a las exigencias de la vida social"⁵⁶. La interpretación debe contribuir fundamentalmente a esta finalidad.

33. Desde otro punto de vista, Díez Picazo⁵⁷ ha señalado que el derecho no es una formulación abstracta y general con un valor universal, sino que es la experiencia vivida, la experiencia existencial de una decisión o de una serie de decisiones justas sobre casos concretos. El derecho no es entonces un "datum" sino un "quaesitum". No es algo que venga ya dado, sino algo que hay que buscar constantemente.

La base de todo sistema jurídico es un conjunto de

creencias y de convicciones más o menos reflexivamente profesadas por un grupo humano inserto en la historia. La ley en un momento dado recoge estos principios, los declara, los fija, pero no los crea. Las normas jurídicas no constituyen así encarnaciones de una voluntad de configuración del futuro, sino una enunciación de los criterios generales de decisión de los conflictos.

Las creencias y convicciones generales señaladas constituyen el *iustum concreto*, y la interpretación o aplicación de la ley comprende la búsqueda de este derecho y es una difícil y delicada tarea en que el derecho no se crea, evidentemente, pero si se recrea.

34. Si la interpretación legal implica una valorización que se aplica a los hechos y también al derecho, surge de inmediato el problema de cómo encontrar el sentido de la ley, que es el objeto real de la interpretación.

Para ello, y como lo veremos al analizar el llamado método gramatical, el intérprete debe superar las palabras y tomar éstas sólo como vehículo de ese sentido de la ley.

Tradicionalmente se ha dicho que este sentido objetivo de la ley había que buscarlo determinando la voluntad subjetiva del legislador. Savigny decía que interpretar es colocarse en el punto de vista del legislador y repetir artificialmente la actividad de éste.

Esta interpretación subjetiva de la ley, aunque todavía tiene gran influencia en Chile como lo veremos al analizar nuestra jurisprudencia judicial y administrativa, no puede sostenerse.

En primer término es casi imposible fijar la voluntad del legislador. Cuando este consiste en un cuerpo colegiado hablar de su voluntad es una mera ficción. Nos perderemos tratando de establecer si es la voluntad individual del proponente, del informante, de la mayoría, que puede estar formada por un conjunto de voluntades concurrentes, pero no concordantes. Aun cuando no existan cuerpos colegiados, los problemas son iguales. Así podemos ver hoy cómo los textos muchas veces rebasan, deforman y aun contradicen lo que pudiera estimarse una voluntad legislativa.

Por otra parte, a medida que transcurre el tiempo y las normas permanecen en vigor, la voluntad originaria del legislador pierde toda relevancia. El *Corpus Iuris Civilis* fue aplicado hasta el siglo XIX, en que la voluntad de Justiniano o de los Emperadores carecía ya de trascendencia. Entre nosotros una legislación civil, que en su parte estructural tiene ya un siglo, hace que la voluntad del legislador si pudiera determinarse esté totalmente desfasada de la problemática actual.

La ley no es lo que ha querido una persona o personas determinadas sino que es la manifestación de la voluntad del Estado, que ha recogido y dado fijeza a principios de derecho ya existentes en el cuerpo social. Es por esto que su sentido debemos buscarlo objetivamente en ella misma.

35. Surge aquí el problema de lo que se ha llamado la "ley clara". Esta ley, se ha dicho, no admite interpretación, prejuicio que viene desde antiguo, ya que los romanos decían "in claris non fit interpretatio".

Este concepto olvida, volviendo a la clasificación del comienzo, que la interpretación legal no es meramente una interpretación cognoscitiva, sino una operación normativa destinada a disciplinar la vida de relaciones.

En primer término la propia clasificación de la ley como "clara" no constituye un dato preexistente; esta valoración de claridad es el resultado de un proceso interpretativo.

Por otra parte, el intérprete no puede contentarse con señalar exclusivamente lo que la ley dice, sino que como está en presencia de un caso concreto entregado a su resolución, debe indagar la valoración normativa del precepto que constituye su *ratio juris*.

El criterio contrario parte sobre todo de la preeminencia que se ha dado a la interpretación gramatical de la ley, olvidando el carácter esencialmente evolutivo del lenguaje, problema que después analizaremos.

A la luz del momento teleológico que el intérprete debe considerar —puesto que la norma es un instrumento para un fin de convivencia social— una fórmula aparentemente

clara puede ser ambigua, dudosa o incierta; a la inversa, una expresión dudosa o controvertida puede adquirir absoluta claridad.

Es absurdo pretender que la labor del intérprete es distinta si se trata de lo que se llama una ley clara o bien de una ley ambigua o dudosa. Lo único razonable, coherente y científico es que se trata de una tarea unitaria que en todo caso debe efectuarse.

La gramática constituye un elemento valioso de la interpretación, pero es sólo un primer paso, no constituye por sí misma una interpretación jurídica. Proporciona elementos que el razonamiento jurídico deberá utilizar, pero no lo substituye.

36. Se ha querido también constreñir la labor interpretativa del juez a la existencia de vacíos o lagunas legales.

La laguna consistiría esencialmente en la falta de una norma positiva que regule una situación determinada. Veremos más adelante que esto es sólo una simplificación del problema.

Cuando el juez resuelve un conflicto con un criterio determinado, no existiendo disposición legal que lo regule, no está en realidad interpretando la ley sino que realizando una operación de integración del derecho.

Los fanáticos de la codificación llegaron a sostener que no existían lagunas legales; el orden jurídico estaba lógicamente completo y todo estaba comprendido en la ley.

El fenómeno de las lagunas es siempre producto de una deficiencia o incoherencia del sistema legal. Se han expuesto innumerables calificaciones. La más simple es tal vez la de Heck que distingue entre: a) lagunas originarias, que consisten en la carencia de una disposición normativa legal y provienen de una falta de previsión. Respecto a ellas puede hablarse en sentido estricto de "integración"; b) lagunas sobrevinientes por cambio de las relaciones reguladas que sobrepasan la disciplina de la norma y obligan al intérprete a un adecuamiento de la normativa legal; c) lagunas de colisión, que exigen adaptar y poner en acuerdo normas ya existentes con normas sobrevinientes.

“Dentro de nuestro modo de pensar la “integración” propiamente tal sólo se produce en las lagunas de la primera categoría. En los demás casos sólo podemos hablar de interpretación, que será más o menos amplia, más o menos creadora e integrativa, pero siempre interpretación. El derecho carece de lagunas, pero la ley las tiene necesariamente”⁶⁸.

El art. 1º del Código Civil Suizo, de 1907, soluciona el problema de las lagunas legales al establecer que “la ley rige todas las materias a las cuales se refiere la letra o el espíritu de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez decide según el derecho consuetudinario y, a falta de costumbre, según las reglas que él establecería si tuviese que actuar como legislador”. Esta disposición establece en forma explícita el carácter de creadora de derecho que tiene la integración judicial.

Cuando los partidarios de la doctrina del derecho libre consideraron esta disposición, opinaron que sus ideas habían sido recogidas en ella. Examinado su texto, se ve que la libertad del juez sólo se refiere a las lagunas legales y que sus conceptos realmente relacionados con la interpretación son más bien arcaicos que progresistas.

La integración no está considerada en nuestro Código Civil. En él no se mantuvo la disposición que contenía el art. 4º del Proyecto de 1853 y que expresaba: “En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de éstas, conforme a los principios generales de derecho y de equidad natural”.

El art. 24 del Código Civil actual dispone solamente que “en los casos en que no pudieran aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca el espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Si sólo consideráramos esta disposición quedaría la duda de si el recurso a la equidad natural está permitido al juez sólo en el caso de que una materia esté regulada, pero en

forma oscura o contradictoria. Pero otras disposiciones legales aclaran totalmente el punto. El art. 10 del Código Orgánico de Tribunales establece: “Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”. Por su parte, el art. 170 del Código de Procedimiento Civil dispone: “Las sentencias definitivas de primera o única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales contendrán: . . . 5º La enunciación de las leyes, y en su defecto los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

Estos preceptos establecen claramente el principio de integración en nuestro derecho. Los jueces están obligados a fallar los casos sometidos legalmente a su jurisdicción y al no existir una disposición al efecto deben aplicar su personal concepto de la equidad con relación al caso específico; es decir, crear su propio derecho.

Como la resolución del caso, frente a una laguna legal, debe fundarse en la equidad, esa resolución puede tener su base en reglas que no pertenecen al sistema jurídico positivo. La verdadera delegación que implica la facultad concedida al órgano jurisdiccional para resolver conforme a la equidad, le permite aplicar principios éticos que no pertenecen a dicho sistema.

No obstante lo anterior, el juez estará inclinado generalmente a mantenerse dentro del sistema. Para ello puede recurrir en su tarea de integración a los principios generales implícitos en el orden positivo, los que el artículo 24 del Código Civil engloba dentro del concepto de “espíritu general de la legislación”, o a los argumentos analógicos.

Al aplicar el argumento analógico (*a simili*) a la integración, el juez busca una situación jurídica semejante a la no prevista por las normas, que se encuentre contemplada en el derecho positivo; la identidad del supuesto jurídico le autoriza la igualdad de soluciones.

Pero al considerar los principios generales o la analogía como base para la integración, no podrá recurrir directamente a ellos, ya que la ley positiva le exige fundamentar su fallo en razones de equidad. Tales principios o la analogía serán el fundamento de la razón de equidad que, a su vez, será el fundamento del fallo.

Así lo han entendido nuestros tribunales al fallar que en el silencio de la ley es permitido al juez fijar principios de equidad que serán más atendibles cuando tengan analogía con disposiciones de la ley (R.D.J., C. La Serena, t. 7, s. 2°, p. 55. C. Suprema, t. 13, s. 1°, p. 195).

La integración, como la hemos analizado, queda al margen del campo propio de la interpretación, y aunque se encuentre estrechamente conectada con ella, significa que el intérprete debe recurrir a otros fundamentos que las fuentes oficiales del derecho; por eso muchos autores hablan de heterointegración⁵⁹, pero ello es excepcional y procede sólo cuando, como entre nosotros, el organismo judicial está dotado de una jurisdicción de equidad, o cuando se le permite, en casos específicos, efectuar una estimación o apreciación equitativa (Código Civil, arts. 1554, 2117, 2330, etc.).

2. Valorización de la norma

37. Fuera ya del problema de las lagunas legales, veremos que la interpretación, es decir, la función judicial, consiste en una serie de valoraciones y que es, por lo tanto, un juicio basado en la axiología, en la filosofía de los valores.

El juez, al dictar una sentencia, debe efectuar una serie de valoraciones: valorizar las normas, valorizar las conductas, valorizar los intereses, etc. Esta valorización o estimación, presenta una doble faceta: en primer lugar sobre qué materias va a recaer; en segundo término, cuáles van a ser los criterios de valorización.

La valorización de la norma implica, en realidad, dos operaciones diferentes: La primera consiste en determinar cual o cuales son las normas a que debe someterse la solu-

ción del conflicto; la segunda, determinar el alcance jurídico, el sentido de la norma o normas, frente a las circunstancias particulares del caso específico.

Al determinar la norma de derecho positivo aplicable, el juez puede tener que resolver un caso de vigencia. Aunque esto aparece a primera vista como una cosa obvia, un poco pueril, no lo es si analizamos la derogación tácita que contempla el artículo 52 del Código Civil. Este preceptúa que existe derogación tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior, es decir, debe existir incompatibilidad entre preceptos cuyos supuestos coinciden.

El abuso de la derogación tácita en nuestra legislación presenta, en primer término, la necesidad de considerar si los preceptos en oposición tienen los mismos supuestos. Significa también establecer si existe contradicción entre ellos y no una simple discrepancia. Para que exista derogación tácita es necesaria la absoluta incompatibilidad entre ambos preceptos; la que hará imposible su aplicación simultánea.

Para establecer el antagonismo entre dos preceptos, el juez debe determinar el contenido de ambos, los giros empleados; en otras palabras, realizar una exégesis de las formas expresivas y una acabada labor hermenéutica. Sólo concluida ésta, podrá determinar si existe entre ellos incompatibilidad absoluta y que, por lo tanto, tiene cabida la derogación tácita.

Dejando atrás esta cuestión previa, en ciertos casos no existen dudas respecto a la norma aplicable; en otros, un mismo problema puede ser enfocado desde ángulos diferentes, todos ellos establecidos como formalmente válidos en el orden jurídico positivo⁶⁰. En tal situación nos damos cuenta de que la mera determinación de la norma aplicable es un juicio de valor.

El autor citado agrega que una vez escogida la norma—cualquiera que sea entre las posibles— la mecánica silogística funcionará con toda facilidad.

No lo creemos así, y estimamos que el proceso continúa

con el sentido, alcance y extensión que dé el juez a la norma que ha estimado que debe regular el conflicto.

Por lo tanto no existe una estimación tan sólo en el hecho de escoger la norma que se considera apropiada, sino también en el análisis de la norma misma.

En este segundo proceso van a interrelacionarse los otros objetos de valoración a que nos referiremos más adelante.

Pero en todo caso, tanto al fijar la norma como al escoger una entre varias posibles, y en ambas situaciones al fijar su alcance, el juez debe buscar que se cumplan los criterios de valoración que inspiran el orden jurídico positivo, pero sólo en cuanto éstos puedan cumplir la meta fundamental: alcanzar "lo justo".

38. Escogida una norma jurídica el juez puede adoptar dos procedimientos distintos de interpretación: uno, constructivo; el otro, restrictivo⁶¹.

En el primer procedimiento el alcance del texto se amplía y se lo lleva a encajar hipótesis no previstas en forma específica por el legislador.

Esto puede realizarse, en especial, con los textos que fijan reglas generales, como por ejemplo la irretroactividad de la ley que señala el art. 9º del Código Civil, o los principios de presunción de la buena fe o de sanción del enriquecimiento sin causa, que surgen de innumerables disposiciones.

También puede efectuarse a través de las disposiciones que contienen ejemplos no taxativos que pueden interpretarse extensivamente, deduciendo de ellos una norma generalizada. Es lo que hemos hecho al fundamentar en nuestro derecho una responsabilidad presunta por el hecho de las cosas y las actividades peligrosas derivada del art. 2329 de nuestro Código Civil⁶².

39. Los métodos empleados son especialmente la ampliación de los conceptos utilizados por el legislador, aplicándolos de una manera extensiva, buscando su contenido genérico y abandonando sus elementos específicos.

Esta interpretación extensiva descansa en el fondo en el respeto del dogma de la voluntad legislativa que ya hemos criticado.

El otro procedimiento de una interpretación constructiva es la analogía y consiste en la transposición de una solución jurídica a una hipótesis semejante que no se encuentra resuelta por la ley.

Debemos, eso sí, considerar que la analogía puede tener un doble papel: primero, como sistema de interpretación propiamente tal, y segundo como elemento de integración. Cuando el alcance jurídico de una norma lo determinamos por el sentido de otra que regula una situación jurídica semejante, estamos utilizando la analogía propiamente como sistema de interpretación; pero en aquellos casos en que, de acuerdo al concepto que dimos antes, se utiliza para solucionar casos que no se encuentran resueltos por la ley, la estamos empleando, en realidad, como elemento de integración.

Ya la procedencia y ambos conceptos de la analogía habían sido destacados por los jurisconsultos romanos. Pedro dice: "Cuántas veces se ha introducido por la ley tal o cual cosa, buena cosa es suplir mediante la interpretación, o, ciertamente, mediante la jurisdicción, todo lo demás que tienda al mismo fin" (Dig. 1-3-13). Y Juliano acota: "Todos los extremos no pueden prevenirse uno a uno en las leyes o los senadoconsultos, pero cuando en alguna causa resulta manifiesto su sentido, el que tiene la jurisdicción debe proceder por analogía y declarar el derecho en consecuencia" (Dig. 1-3-12).

El sistema analógico surge cuando se abandona el dogma de la voluntad legislativa y se considera que el orden jurídico constituye una unidad orgánica, una totalidad coherente, amoldado en el conjunto de sus valoraciones a la lógica de los comportamientos humanos⁶³.

La aplicación del argumento analógico supone una similitud en las situaciones, tanto para las circunstancias de hecho como para el fin jurídico a realizarse. Cuando tal similitud existe es lógica la igualdad de tratamiento jurídico, que se basará en la *ratio legis*, la razón jurídica de

la norma y que nosotros llamaremos, usando los términos de nuestro derecho: el sentido de la ley.

La distinción entre la analogía como medio de interpretación o como institución creadora —integradora— tiene gran importancia en materia penal. Entre nosotros, y en la mayoría de las legislaciones, no se pueden castigar, a través de la analogía, hechos ilícitos semejantes a los penados específicamente por la ley. Se opone ello al principio fundamental "nulle crimen sine lege scripta".

El criterio ha sido distinto en los países totalitarios: en la Alemania nacional-socialista y en la primitiva legislación soviética se aceptaba castigar un hecho estimado socialmente peligroso y no penado en el Código, de acuerdo a los preceptos establecidos para los delitos que más se aproximen.

40. La interpretación restrictiva se aplica a ciertas categorías de normas, perfectamente determinadas, que son de interpretación restrictiva o de derecho estricto.

La interpretación estricta se funda en motivos lógicos; la interpretación restrictiva, en el respeto a las libertades y derechos individuales.

En primer término, son de aplicación estricta las leyes excepcionales, excepcionales dentro del contexto del sistema jurídico general o de una institución jurídica determinada. Así la regla que deroga el derecho común o confiere un privilegio.

Betti considera que son normas excepcionales aquellas que se caracterizan por una colusión con los principios fundamentales del orden jurídico de que se trata. Entre ellos señala el que reserva al Estado la tutela jurisdiccional de los derechos, la normal irretroactividad de las leyes; la igualdad de los ciudadanos ante la ley; el carácter excepcional de las leyes dictadas en virtud de circunstancias anormales.

Son de interpretación restrictiva las leyes penales. Anteriormente nos hemos referido al concepto amplio de "pena" que ha asignado al término nuestra jurisprudencia.

Por último, deben considerarse de igual naturaleza las

leyes que imponen gravámenes o cargas. En este grupo indudablemente tienen especial importancia las leyes tributarias. Conviene destacar que nuestra jurisprudencia ha considerado también excepcional el precepto que otorga una franquicia frente a una carga fiscal o impositiva de orden general.

Existen innumerables fallos de nuestros tribunales donde se ha analizado el concepto de preceptos excepcionales, penales e impositivos y han resuelto su interpretación restrictiva.

Así se ha fallado que las normas de excepción no pueden aplicarse más allá de sus términos, por más aparentes que sean las razones de equidad o analogía que aconsejen otra cosa (R.D.J. t. 44, s. 1^o, p. 500 - t. 51, s. 1^o, p. 507).

Dentro del mismo concepto se ha estimado que las leyes delegatorias son excepcionales y de aplicación restrictiva (R.D.J. t. 67, s. 1^o, p. 107). Similar criterio se ha aplicado a las leyes que conceden un beneficio (R.D.J. t. 69, s. 1^o, p. 53). Igualmente se han considerado excepcionales y estrictos los preceptos que constituyen una limitación del derecho de propiedad (R.D.J. t. 68, s. 2^o, p. 15).

Numerosas sentencias han determinado que los preceptos prohibitivos son de interpretación restrictiva (R.D.J. C. Stgo., t. 17, s. 2^o, p. 29 - t. 67, s. 1^o, p. 409). Asimismo, que las incapacidades y prohibiciones son de derecho estricto (R.D.J. t. 23, s. 1^o, p. 599 - t. 32, s. 2^o, p. 39).

Una jurisprudencia aún más abundante se halla respecto a las leyes tributarias, estableciendo en una forma reiterada que ellas no permiten interpretación extensiva (R.D.J. t. 55, s. 1^o, p. 41 - t. 55, s. 1^o, p. 171 - t. 56, s. 1^o, p. 57 - t. 67, s. 1^o, p. 63 - t. 68, s. 1^o, págs. 18, 156 y 331).

41. Para interpretar la ley existen ciertos elementos clásicos de hermenéutica legal, todos los cuales están considerados en nuestro Código.

En primer término, el elemento gramatical según el cual debe interpretarse la ley de acuerdo al tenor literal de las palabras empleadas en ella.

En segundo término, el elemento histórico que tiene por

objeto, según la expresión de Arturo Alessandri, "la indagación del estado de derecho existente sobre la materia a la época de la confección de la ley y el estudio de los antecedentes que tomó en cuenta el legislador antes de dictar la ley que se trata de interpretar".

Elemento lógico, que consiste en interpretar un precepto no aisladamente, sino en el contexto de la ley, de manera que exista entre todas las disposiciones una misma idea directriz, la misma unidad.

Por último, tenemos el elemento sistemático, que no es sino una ampliación del elemento lógico. En él se busca que el precepto esté en armonía con la ley y que esté también en armonía con el espíritu general de la legislación.

Pero estos elementos no constituyen ninguna base de certeza. Así, en el elemento gramatical debemos confrontarnos a las variaciones del lenguaje que es un elemento social perpetuamente cambiante. Del elemento histórico surge el problema respecto a cuál de sus diversos componentes hay que considerar con prelación. En el sistema lógico brota la duda de si el legislador ha seguido siempre un proceso lógico en la elaboración de la ley. Por último, en relación al elemento sistemático, se ha planteado la cuestión si esta sistematización es solamente externa, es decir, corresponde sólo a los conceptos formales del derecho, o se trata de la unidad de sentido del derecho mismo.

Al referirnos a nuestro derecho positivo analizaremos con mayor detenimiento estos elementos.

42. Existen ciertos aforismos o reglas prácticas de interpretación y argumentación que se utilizan en el derecho.

Uno de estos principios se basa en que en el derecho privado predominan la autonomía de la voluntad y de la libertad esencial de los individuos para realizar todo aquello que no les esté vedado por la ley. Esta es la gran diferencia del derecho privado con el derecho público; en éste la ley debe conferir expresamente las facultades que se ejercitan.

Este principio podría expresarse diciendo: "todo lo que no está prohibido está permitido".

La afirmación rige plenamente en el derecho penal donde coincide con el principio de legalidad de las penas. En el derecho civil —en sentido amplio— el principio de la libertad puede encontrarse restringido por otros principios o reglas de ordenación, de igual o superior jerarquía, como lo buena fe, el orden público o las buenas costumbres.

43. Existen muchos otros aforismos o, mejor dicho, argumentos de interpretación jurídica. Polydore Fabreguettes señala, por ejemplo, la siguiente lista ⁶⁴:

- a pari (a simili) ratione*
- a contrario sensu*
- a fortiore ratione*
- a maiore ad minus*
- a generale sensu*
- ratione legis stricta*
- ab auctoritate*
- pro subjecta materia*
- trabajos preparatorios*
- a rúbrica*

Estos argumentos no tienen el mismo valor, ya que no todos están regidos por las leyes de la lógica jurídica.

44. Analizándolos en sentido inverso, el argumento *a rúbrica* se basa en la denominación de la ley y tiene escaso valor, ya que la denominación no es una norma jurídica.

El argumento basado en los *trabajos preparatorios* se refiere a lo que llamamos corrientemente la historia de la ley.

El argumento *pro subjecta materia* se fundamenta en el lugar que ocupa la norma dentro del texto legal o del ordenamiento jurídico.

Estos tres argumentos, puramente jurídicos, no son aplicación de sistemas argumentativos lógicos, ya sea de lógica formal o de lógica jurídica.

El argumento *ab auctoritate* es un recurso muy corriente y consiste en invocar la opinión favorable de los tra-

tadistas o los antecedentes que pueden derivarse de la jurisprudencia al interpretar consistentemente una norma en una forma determinada.

El argumento *ratione legis stricta* lo hemos analizado al referirnos a la interpretación restrictiva. Pero puede tener el alcance no sólo de oponerse a una interpretación extensiva, sino también de la obligación de aplicar la norma en su integridad, sin restricciones.

El argumento *a generale sensu* corresponde al aforismo que dice que donde la ley no distingue, no es lícito —al intérprete— distinguir.

Los tres argumentos de este segundo grupo ya no son sólo elementos de convicción, sino que forman parte de la lógica jurídica en cuanto constituyen elementos de la técnica retórico-argumentativa que ésta considera y que después analizaremos⁶⁶.

45. Fabreguettes distingue entre el argumento *a fortiori* y el argumento *a maiore ad minus*. En realidad existen dos argumentos *a fortiori*, el *a maiore ad minus* y el *a minori ad maius*. Estos, junto con los argumentos *a pari* y *a contrario* constituyen argumentos lógicos. Esto no quiere decir que se encuentren regidos exclusivamente por las normas de la lógica pura o formal. En efecto, se rigen, en primer término, por las reglas jurídicas de interpretación en cuanto a la elección de las premisas y de su contenido y, a continuación, por las reglas de la lógica deóntica que determinan la estructura formal del argumento.

El argumento *a maiori ad minus* corresponde al aforismo "Qui potest plus, potest minus", es decir, "quien puede lo más puede lo menos".

Toma la forma silogística: Si todos los X pueden hacer A y si todo B es A, entonces todos los X pueden hacer B.

Pero para llegar a este silogismo ha sido necesario previamente establecer que todos los X pueden hacer A y, lo que es más importante, que B queda comprendido en A, y que al autorizarse la ejecución de A en el texto interpretado se subentiende la cláusula "así como lo menos importante que A".

El argumento *a minori ad maius*, corresponde al aforismo "a quien le está prohibido lo menos, con mayor razón le está prohibido lo más".

Nuevamente el intérprete tiene que sobreentender en la norma interpretada la expresión "así como otros actos más importantes".

Hecho esto, el raciocinio adquiere forma silogística: si ningún X debe hacer A y si todo B es A, entonces ningún X debe hacer B.

Los dos argumentos han terminado con una operación de lógica, pero ésta ha sido posterior a un proceso extralógico que ha permitido sobreentender las expresiones indicadas.

El argumento *a simili* o por analogía, parte del supuesto de que los hechos que tienen igual valor jurídico implican las mismas consecuencias jurídicas. Si A y B tienen igual valor jurídico, A y B implican las mismas consecuencias jurídicas.

También aquí debe estimarse que la norma interpretada contiene la cláusula "y todos los casos pertenecientes a la misma especie que...".

El argumento *a contrario sensu* corresponde a las expresiones corrientes: "incluida una cosa se entienden excluidas las demás", o bien, "quien dice de uno niega de los otros".

Significa asumir que está enunciada en una sola norma una idea que comúnmente estaría contenida en dos, de las cuales la segunda sería la negación de la primera. Si solamente A es B y X no es A, luego X no es B. Por lo tanto, antes de entrar al desarrollo lógico del argumento debe entenderse por un proceso extralógico la cláusula restrictiva *solamente*.

46. En algunos tratados se consideran también otros principios prácticos de interpretación.

Entre ellos se encuentra la continuidad de la interpretación que es el principio que invocan los profesionales cuando aducen una jurisprudencia favorable a su tesis y ya lo hemos considerado.

Otro es el control de la interpretación por sus resultados prácticos. En el fondo es una etapa previa para reducir al absurdo la interpretación que se ataca.

Por último, debemos señalar el principio del efecto útil. Se supone que las disposiciones legales deben tener significación y ser operantes en la práctica.

El Código Civil considera este principio en la interpretación de los contratos, pero no en la interpretación de la ley. El art. 1562 dice que "el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".

Nuestra jurisprudencia ha extendido este criterio a la interpretación de la ley resolviendo que la interpretación que lleva a la conclusión de que una ley no tiene efecto alguno, obviamente debe ser rechazada, como igualmente una interpretación que haga irrealizable el derecho (R.D. J., t. 55, s. 1°, p. 324 - t. 51, s. 1°, p. 207).

3. Valorización de la costumbre

47. En nuestro ordenamiento, la costumbre es también una fuente de derecho.

En materia de derecho mercantil esto es indubitado, ya que el art. 4º del Código de Comercio dispone que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley.

En materia civil, el art. 2º del Código Civil establece que "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella". Basados en esta disposición hemos enseñado tradicionalmente que la costumbre carecía prácticamente de aplicación en el derecho civil y citábamos ciertas disposiciones aisladas donde la ley se refería a ella (arts. 1188, 1198, 1940, 1951, 1954, 1944, 1938, 2117, etc.). Pero como lo hemos señalado en estudios anteriores, esto no es efectivo y la costumbre tiene una importancia mucho mayor que la señalada.

En efecto, el art. 1546 del Código Civil dispone que los contratos "obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costum-

bre pertenecen a ella". Por lo tanto, la costumbre forma parte de lo que hemos llamado el contenido de los contratos y una obligación que, para un contrato determinado, emana de la costumbre, es igualmente exigible que la que se deriva de sus estipulaciones o de las leyes supletivas. Por lo tanto, la costumbre tiene una aplicación muy vasta en el derecho civil en todo el ámbito contractual.

El juez en materia civil no tiene facultades para fijar de oficio la costumbre, pero las partes pueden probarla libremente, ya que no existen en el Código Civil, a diferencia del Código de Comercio, normas que reglamenten su prueba, y no tiene limitaciones, ya que se trata del establecimiento de un hecho.

El juez tiene aquí un nuevo campo de valorización, ya que, de acuerdo con la prueba rendida, deberá determinar si se encuentra o no establecida la costumbre, y en caso afirmativo, su alcance.

En materia mercantil el Código de Comercio en su artículo 4º establece que la costumbre suple el silencio de la ley y señala también los requisitos que debe llenar para ello. Dispone que los hechos que la constituyen deben ser uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio.

Por su parte el artículo 5º dispone dos medios probatorios que son los únicos que permiten probar la costumbre en materia mercantil. Ellos son: 1º) Un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella; y 2º) Tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba.

Como puede apreciarse, esta disposición hace extremadamente difícil la prueba de la costumbre en materia comercial. Sin embargo, la procedencia de esta prueba es necesaria, de acuerdo al mismo precepto, sólo cuando no conste a los juzgados de comercio la autenticidad de la costumbre, de tal manera que si el juez tiene un conoci-

miente personal de la costumbre que se invoca podrá aplicarla sin necesidad de que se rinda prueba alguna.

Por lo tanto la valorización de la costumbre en materia mercantil queda entregada en primer término a si el juez estima que le consta o no su existencia. En caso afirmativo, la aplicará, sin necesidad de prueba, en la forma que estime que se encuentra establecida. En caso contrario, deberá valorarla apreciando los medios específicos que señala la ley.

4. Valorización de los hechos

48. Nos hemos referido a la valorización de la norma, pero ésta no es la única valorización que el juez debe hacer al realizar el proceso interpretativo.

El juez debe constatar las afirmaciones sobre los hechos del caso sometido a su decisión y esto implica también una serie de valorizaciones. Ya nos referimos a que debía separar los hechos relevantes de aquellos que no lo fueran. La nocturnidad, por ejemplo, puede ser irrelevante al calificar un contrato civil, pero no así al calificar determinado delito penal.

El establecimiento de la afirmación sobre los hechos aseverados implica también una calificación de la prueba. Aunque nuestro sistema establece el régimen de la prueba reglada, ya que fija los medios de prueba que pueden utilizarse como asimismo su respectivo valor probatorio, existe un amplio campo para que el juez utilice su apreciación discrecional.

Así en la prueba instrumental los arts. 353 y 354 del Código de Procedimiento Civil dan amplias facultades al juez en el cotejo de instrumentos, y el art. 355 dispone que en la apreciación de los diversos medios de prueba opuestos al mérito de un instrumento el tribunal se someterá especialmente a las reglas del párrafo 8º que, limitando la invalidación testimonial de una escritura pública, establece que entre pruebas contradictorias preferirán las que crean más conformes con la verdad.

En la prueba testimonial se establece que el testimonio

de oídas (art. 383) y la declaración de un solo testigo (art. 384 Nº 1), sirven de base o constituyen una presunción judicial; el Nº 3º de la disposición citada entrega al tribunal la apreciación de las declaraciones contradictorias.

La inspección personal del tribunal, que éstos pueden decretar cuando la estimen necesaria, constituye plena prueba de las circunstancias o hechos que los tribunales establezcan como resultado de su propia observación (arts. 403-408 del Código de Procedimiento Civil).

Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del informe de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica (art. 425 C.P.C.)

En la presunción, los tribunales deben en primer término establecer los hechos o circunstancias que les sirven de base. Supuestos esos antecedentes, y salvo que se trate de una presunción de derecho, serán apreciadas por el tribunal, pudiendo aun estimar a su juicio que una sola presunción constituye plena prueba (art. 47 C.C. y 426 del C.P.C.).

Por último, el art. 428 del Código de Procedimiento Civil que ya hemos citado, establece que entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán las que crean más conforme con la verdad.

Toda esta apreciación de la prueba es sin duda una operación valorativa; salvo en la inspección personal del tribunal, el juez no es un testigo presencial de los hechos que sólo llegan a él a través de los medios admitidos por el derecho procesal.

49. En el Código de Procedimiento Penal, aunque se especifican los medios por los cuales se acreditan los hechos, el juez tiene amplia facultad de valorización. Así respecto de la habilidad de los testigos y del valor de sus declaraciones (arts. 460, 459, 464); con relación al informe pericial (art. 473); a la confesión (art. 482); a las presunciones judiciales (art. 485), etc. El artículo 456 exige, como norma general, que el tribunal haya adquirido la convicción de que se ha sometido un hecho pu-

nible y que en él corresponde al reo una participación culpable.

Aunque muchos autores disienten de este criterio estimando que el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal no ha derogado la presunción de dolo contenida en el inciso 2º del artículo 1º del Código Penal, que dispone: "las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario", otros, como Luis Cousiño, estiman que si bien el artículo 456 "no ha derogado la presunción de dolo, al menos la ha mitigado o atenuado hasta el extremo de que ella pierde su obligatoriedad; los jueces pueden dar por establecido el dolo en virtud de dicha presunción o pueden prescindir de ella para atenerse al mérito del proceso, sin que, en cualesquiera de los dos casos, violen la ley" 66.

Así, aunque el Código no da libertad de prueba, sino que señala los medios probatorios y leyes reguladoras de la prueba, estas leyes no son rígidas, no le dan al juez más que reglas mínimas, y le dejan gran amplitud en la apreciación de las pruebas producidas en el juicio 67.

En nuestro derecho penal, el juez, para condenar, debe proceder en forma objetiva, pero para absolver, puede hacerlo subjetivamente.

50. Por último, debemos señalar que hay numerosas materias en que la apreciación de la prueba se ha dejado a la discreción del tribunal.

El Código del Trabajo establece en su art. 538 que en los juicios de su competencia "los tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda".

La ley de abandono de familia autoriza al juez en su art. 12 para apreciar en conciencia las facultades económicas del demandante.

El art. 556 del Código de Procedimiento Penal establece esta libertad, en general, en los juicios sobre faltas. El art. 472 del Código Penal, en la investigación del delito de usura. El art. 59 de la ley Nº 11.625, en los procesos por los delitos de robo y hurto, y así en numerosas otras materias.

5. Valorización jurídica de los hechos

51. Pero el establecimiento de los hechos implica además un segundo proceso de valorización. La calificación jurídica de los hechos establecidos.

Ya una sentencia antigua hacía nítidamente la distinción entre la fijación de los hechos y su calificación jurídica. En la calificación material del hecho controvertido sólo importa la fijación del mismo hecho, ya que el tribunal para llegar a ella, no efectúa una interpretación técnica de la ley, sino que aprecia el mérito comparativo de las declaraciones y demás comprobaciones de las partes (R.D.J., t. 1, 2º p., p. 13).

En cambio, la apreciación legal de los hechos y las cosas y las consecuencias legales que ellos contienen consiste en una valorización o calificación jurídica. En otros términos, el juez, una vez establecido el hecho, debe establecer también su calidad jurídica y, efectuada esta calificación, determinar sus efectos.

Especial importancia tiene entre nosotros la distinción entre estos dos últimos procesos de valorización, importancia que dice relación con la procedencia del recurso de casación en el fondo.

El art. 767 del Código de Procedimiento Civil dice "que el recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia".

El recurso de casación en el fondo no debate cuestiones de hecho —estos han quedado fijados por los tribunales de segunda instancia— se limita exclusivamente a las cuestiones de derecho.

De acuerdo con lo anterior el proceso de valorización que hace el juez para establecer los hechos no es susceptible de recurso de casación en el fondo, pero sí lo es la valorización que ha debido efectuar para calificar jurídicamente esos hechos y establecer las consecuencias que de ellos emanan.

La distinción no es siempre tan fácil como aparece al

exponerse. El recurso de casación en el fondo procede por infracción de cualquiera ley. Ya hemos visto que existe, como norma general, entre nosotros, un sistema de prueba reglada y esto significa que existen leyes reguladoras de la prueba. Tales leyes no se encuentran definidas en forma genérica, pero nuestra Corte Suprema ha estimado que "deben entenderse por leyes reguladoras de la prueba aquellas normas fundamentales impuestas por la ley a los sentenciadores y que importan prohibiciones o limitaciones destinadas a asegurar una correcta decisión en el juzgamiento" (R.D.J. t. 51, sec. 4°, p. 95); como también "aquellas leyes que determinan el modo en que deben valorarse los distintos medios probatorios" (R.D.J. t. 51, sec. 4°, p. 99). Como no se hacen distinciones para la procedencia del recurso de casación en el fondo, la infracción legal puede consistir en la de una ley reguladora de la prueba.

Entonces resulta que si los falladores han sentado un hecho de la causa, éste no puede ser revisto por el tribunal de casación, pero si al fijar dicho hecho se ha quebrantado una ley reguladora de la prueba procede el recurso por dicha infracción de ley.

De lo anterior puede apreciarse que en la práctica no es tan sencillo poder determinar, en un momento dado, hasta qué punto las cuestiones discutidas constituyen hechos del pleito y dónde comienza el imperio exclusivo del derecho.

En una materia donde la distinción ha debido ser especialmente sutil es en el ámbito contractual.

El art. 1545 del Código Civil dispone que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. Después de una jurisprudencia en los primeros tiempos contraria, la Corte Suprema acepta hoy la procedencia del recurso de casación en el fondo por infracción de esta ley, que se ha llamado la ley del contrato.

Resumiendo la doctrina contenida en muchos fallos diversos, puede afirmarse que el recurso de casación es procedente si los jueces de fondo desnaturalizan el convenio atribuyéndole una calificación y efectos distintos de los

que legalmente le corresponden; si se le da una interpretación contraria a la que procede; si se rechaza el contrato, se desconoce su fuerza o se rehúsa hacerlo producir sus efectos legales. Aunque la interpretación de las cláusulas de un contrato y la determinación de la intención que tuvieron las partes al celebrarlo, son cuestiones de hecho, el examen de la naturaleza jurídica de esos hechos y de los efectos que el contrato produce, son cuestiones de derecho susceptibles de ser revisadas por el recurso de casación en el fondo.

6. Valorización de conceptos indeterminados

53. Un último proceso de valorización que debe hacer el juez consiste en que, en determinados casos, debe efectuar una valorización de las conductas; lo que anteriormente también hemos llamado magnitudes psíquicas o conceptos jurídicos indeterminados.

Dolo, culpa, buena fe, mala fe, prudencia, conducta de un buen padre de familia, justo error de hecho, previsión o imprevisión, etc., son condiciones psíquicas de los interesados que el juez debe tratar de establecer y valorar sin tener medida exacta que le permita hacerlo.

En estos casos el juez no valoriza hechos, sino conductas, algunas veces intenciones, o sea, actitudes mentales. Al efecto, con los antecedentes de que disponga, deberá, a su criterio, establecerlas y calificarlas.

Ahora bien, estos juicios de valor no son en el fondo de naturaleza jurídica y hay que recurrir con frecuencia a criterios de naturaleza económica, técnica, social o moral u otros para establecerlos.

Así, por ejemplo, la noción de "buenas costumbres" a que se refieren, entre otros, los arts. 548, 1461, 1467, 1475 y 1717 del Código Civil, es imposible de definir en términos jurídicos y es preciso recurrir entonces a criterios morales.

Muchas de las nociones a que nos referimos pertenecen a los criterios de evaluación más fundamentales y generales del derecho.

Así, la buena fe informa todo nuestro derecho. Rige el conjunto del derecho de las obligaciones (1546, 1455, 1814, 2303, 2468, etc., del Código Civil); la encontramos en la posesión (702, 706, 707 C. Civil, etc.); en la prescripción (2510 C. Civil); en las sucesiones (1267, 1268, C.C.); en el matrimonio (122 C.C.), señalando sólo algunos ejemplos.

El concepto de diligencia y la noción de culpa son la base de toda la responsabilidad civil (1547, 2314 C. Civil).

La equidad es la preocupación y el fin de las decisiones judiciales.

Aquí en Chile toda la legislación adoptiva se basa en que ella ofrezca ventajas al adoptado (art. 1º, L. 7613; art. 4º, L. 16346). No estamos en presencia aquí de una magnitud psíquica sino de un problema de la realidad, pero igualmente indeterminado y de valorización absolutamente personal.

En algunos de estos conceptos la ley trata de fijar criterios, como en la definición de dolo y culpa y clasificación de esta última en el art. 44 del Código Civil. Pero, fuera de tratar de precisar el concepto, este es de tal naturaleza que queda siempre entregado a la libre y discrecional valorización del juez.

Dentro de este criterio se ha fallado que el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil no se refiere a la evaluación del daño moral, porque las condiciones de carácter espiritual que lo constituyen no son susceptibles de ser evaluadas específicamente, por cuya razón debe el tribunal —a falta de ley que regule dichos perjuicios— recurrir a los principios generales de equidad que les permitan apreciarlos prudencialmente (R.D.J. t. 5, s. 4º, p. 82).

54. Es necesario hacer presente que las distintas valoraciones a que nos hemos referido y que el juez debe realizar no son generalmente procesos sucesivos sino un proceso mental unitario, y que si llegaran a serlo seguramen-

te se realizarán en sentido inverso a aquél en que han sido expuestos.

Lo más probable es que el juez, como todo ser humano, se forme una conciencia del caso que debe resolver y que esa conciencia le indique que una solución determinada es la justa. Lo que hemos llamado la valorización de la norma se hará para llegar a ese resultado ya preestablecido mentalmente y que estima es la solución de equidad.

Esta realidad nos lleva a dos interrogantes: el concepto de equidad y el razonamiento jurídico que el juez puede utilizar para alcanzarla.

7. La equidad

55. El concepto de equidad se remonta a la filosofía griega. La equidad no es idéntica a lo justo legal. La ley es una formulación de carácter general o universal que el legislador establece teniendo en cuenta el caso común o promedio que él conoce. Cuando se presentan casos distintos de los que tuvo en cuenta el legislador o casos no contemplados por éste pueden producirse efectos injustos; entonces, lo justo legal y la equidad se separan.

La equidad consiste en la consideración de un caso individual para darle una solución adecuada a sus exigencias particulares.

La ley, la justicia, lo justo legal, tienen un carácter general, la equidad se refiere a las circunstancias concretas de un caso particular.

La ley es una manifestación de voluntad que producirá determinados efectos que el legislador estima justos para los casos que ha tenido en mente. Si en un caso particular estos efectos no se producen y, por el contrario, la aplicación de la norma lleva al juez a contrariar la equidad, es evidente que en su proceso de valorización deberá desechar esa norma o darle un alcance jurídico distinto del que hasta entonces se le ha asignado.

La norma que, aplicada a un caso particular, conduce a un resultado injusto, significa que no es la norma que valorativamente corresponde aplicar; o bien, que su va-

lorización jurídica debe efectuarse de un modo diferente.

Ya Aristóteles en su *Ética Nicomaquea* había distinguido entre lo "justo legal" y "la ética", o sea lo "justo natural", dando supremacía a este último.

John Rawls expone en una serie de artículos notables que la equidad es fundamental al concepto de justicia. Para este tratadista la equidad es esencialmente el trato correcto, o más concretamente, la reciprocidad en las relaciones institucionalizadas y la posibilidad de aceptación mutua, que es la prueba o criterio de equidad al aplicarse la norma⁶⁸.

Por lo tanto es la reciprocidad, no la igualdad, lo esencial en la interpretación de la justicia.

Esta es una concepción contractualista que relaciona a la equidad con las prácticas voluntarias, y a la justicia con las prácticas obligatorias.

Otros autores van más allá y establecen que las nociones de igualdad y equidad están íntimamente vinculadas⁶⁹.

Por último, quienes defienden una concepción utilitarista, requieren de los juicios de justicia que valoren los resultados institucionales en función de la necesidad, para llegar a la igualdad de trato, es decir, a la equidad.

Pero tanto el concepto contractualista como el utilitarista de la equidad, que se derivan tal vez respectivamente de las ideas filosóficas de John Locke y David Hume, olvidan el contenido esencialmente ético del problema.

Analizando estos conceptos John W. Chapman, profesor de Ciencia Política en la Universidad de Búfalo, en Estados Unidos, dice: "nuestro interés por la equidad y la justicia arraiga en la naturaleza moral de la personalidad; de que ambas son expresión de los sentimientos de lo que se nos debe como personas morales. Pero ni la justicia es esencial para la equidad, ni la equidad para la justicia. Lo que es fundamental para ambas es la naturaleza de la personalidad moral. A la luz de nuestra experiencia moral, no es lo importante la justicia como equidad, sino la justicia y la equidad"⁷⁰.

56. Pero si la equidad consiste en la consideración de los casos individuales y estos generalmente difieren en sus características, las valorizaciones del juez para buscar una solución de equidad pueden resultar, de un caso a otro, erráticas o contradictorias.

Esto nos conduce al gran problema de la interpretación normativa que no permanece estática sino que se adecúa a los cambios y variaciones del medio social. El problema consiste en saber si una interpretación de esta naturaleza hace desaparecer la certeza y la seguridad del derecho.⁷¹

El derecho debe ser invariable, pero no puede permanecer estático; el intérprete debe respetar la legalidad, pero debe hacer justicia. Mas si examinamos con detención veremos que no hay contraposición entre estas últimas tareas.

Si la justicia es el cumplimiento de la ley, la ley, a su vez, es un principio de orden. Pero "la ley positiva no sólo realiza las funciones de reflejar y conservar un orden anterior, sino de esbozar y realizar otro futuro. Para tener un concepto adecuado de la ley positiva, hay que considerarla como un agente creador que operará entre los dos polos de lo real y de lo ideal, de lo que es y de lo que debería ser"⁷¹. Vista así, la justicia es la forma del orden que el hombre trata de crear a través de la ley.

La justicia requiere un orden que implica un mínimum de certeza y seguridad jurídicas, pero éste no es un orden estático, inmovilizado, sino que es un orden dinámico abierto necesariamente a los cambios y variaciones del medio social humano.

No es fácil suministrar una fórmula suficientemente clara para poder conciliar en cada caso la necesidad de certeza y seguridad y las demandas de justicia⁷².

Tal vez el problema es más simple, y desaparecen en gran parte todos los temores u objeciones basados en la pérdida de la seguridad jurídica, si analizamos lo que ya hemos dicho sobre la interpretación.

El legislador, en términos generales, tiene una facultad discrecional absoluta, soberana, para interpretar.

El juez, por su parte, no tiene esta facultad discrecio-

nal. Salvo en los casos de integración está vinculado a la norma y no realiza una interpretación discrecional, sino una interpretación vinculada.

Pero dentro de esta vinculación tiene cierto grado de discrecionalidad supletivo o complementario en la verificación y evaluación del caso concreto, en la búsqueda de la norma y en su adecuación a las variantes de dicho caso y aún más amplia en la valorización de lo que hemos llamado "conceptos indeterminados".

La vinculación a la norma asegura la certeza y la seguridad jurídicas; la amplitud de facultades de valorización hacen posible que la jurisprudencia impida que el derecho quede estagnado y obsoleto frente a la realidad social.

57. Hasta ahora hemos tratado de la justicia y de la búsqueda de una solución justa por el juez.

Pero no siempre el derecho tiene una razón o finalidad de justicia; pueden existir otras finalidades como la seguridad, el orden, la organización social.

La ley de servicio militar obligatorio no tiene una razón de justicia, sino de seguridad; la ley de control de armas tiene una finalidad de orden interno y no de justicia; muchas de las disposiciones del derecho de familia no tienen sino un fin de organización social.

Frente a estos ordenamientos el criterio de interpretación debe variar; el juez, porque los preceptos no están establecidos en razón de justicia, debe considerar la finalidad de la ley.

El método de interpretación llamado de la jurisprudencia de los intereses establece que el intérprete, para resolver una cuestión, debe investigar y ponderar los intereses en conflicto, y dar preferencia a los que la ley valore más. Es un sistema de interpretación que acogen muchos autores, aún los más recientes⁷³.

No lo creemos aceptable como un sistema general de interpretación, porque cae en el problema insoluble de no poder resolver la mayoría de los conflictos en los cuales se enfrentan intereses privados de igual gradación. Sin

embargo, sirve de guía en el problema que analizamos sin alterar nuestro concepto general de la interpretación judicial.

Lo único que varía es el criterio subjetivo de valorización que debe emplear el juez. Este debe considerar el fin o interés, distintos de la justicia, que han motivado o servido de base a la norma y tratar de que ese fin se realice.

Pero ello no significa que necesariamente deba hacer primar la ley, o sea, la finalidad o interés de la ley frente al interés contrapuesto a ella. Debe realizar una valoración comparativa y aceptar, si así es el caso, que un interés superior pueda primar sobre el interés contenido en la finalidad de la ley.

Llegamos así nuevamente y por otro camino, al problema fundamental de la equidad.

8. *Lógica jurídica*

58. Establecidos los alcances de la interpretación jurídica, las valorizaciones que el juez debe realizar y la amplitud o restricciones que tiene para hacerlas, la discusión y análisis de las teorías o sistemas de interpretación pierden mucho de su importancia.

El juez podrá utilizar cualquier sistema para efectuar las valorizaciones que su cometido le impone.

Tiene limitaciones en dos sentidos: no puede extralimitar sus facultades para llegar a una interpretación no vinculada con la ley. No puede tampoco, por adhesión ciega a un sistema determinado, limitar sus propias facultades y llegar a un resultado que sea contrario a su misión, que es hacer justicia.

Creemos que el párrafo anterior resume y configura la realidad de la interpretación judicial de la ley.

Pero, independiente de lo anterior, el juez debe realizar algún razonamiento para efectuar las valorizaciones y calificaciones comentadas. Esto es especialmente importante en lo relativo a la determinación de la norma aplicable y de su alcance jurídico.

El razonamiento jurídico, como lo señala Díez Picazo,

puede obedecer a uno de los modelos siguientes: a) Existe un razonamiento lógico cuando la verdad o veracidad de las premisas aparece constatada científicamente y la operación intelectual se desarrolla rigurosamente de acuerdo a los cánones lógicos (p. ej. silogismo); b) En todos aquellos casos en que falta cualquiera de las dos condiciones antes enunciadas, el razonamiento ya no es lógico sino extralógico.

El razonamiento extralógico puede ser:

a) Dialéctico: cuando se utiliza el canon lógico en el desarrollo del pensamiento, pero la verdad de las premisas no se encuentra constatada científica o lógicamente, si bien tales premisas pueden considerarse como verosímiles por su general admisibilidad.

b) Retórico o argumentativo: cuando se utilizan premisas que no son verosímiles por su general aceptación o bien el razonamiento no se desenvuelve en forma rigurosa, sino más bien trata de mover a persuasión o de lograr una convicción o una aceptación (p. ej. es más justo, es más benigno, etc.)⁷⁴.

El razonamiento lógico, a través del silogismo explicado, toma en la aplicación del derecho la siguiente forma: a) la premisa mayor es la regla jurídica; b) la premisa menor es el caso particular, y c) la conclusión es la solución del caso.

Pero este razonamiento lógico raramente es posible. Por lo general la norma no es una premisa de valor universal, sino una solución hipotética de una serie de casos posibles; frente a un caso específico sus características rara vez coincidirán con los supuestos de hecho de la norma. Por otra parte, la norma generalmente no consistirá en un precepto determinado, sino en un conjunto de disposiciones; para configurarla, el juez deberá escoger algunas y rechazar otras; deberá, además, establecer y calificar los hechos. Por lo tanto, si volvemos a nuestra explicación inicial del silogismo, vemos que éste es prácticamente imposible. El término medio y el término general que conforman la primera premisa deben ser escogidos y determinados por el juez, entonces no se cumple la exi-

gencia del silogismo, señalada por Aristóteles, de que "la primera proposición es un axioma, es decir un juicio que es verdadero para todo espíritu humano a lo menos implícitamente". Así mismo la asignación del término intermedio al sujeto, en la segunda proposición, no surge necesariamente sino que es un acto de valorización optativa. Por otra parte, el juez en la sentencia no trata de establecer una verdad absoluta sino de encontrar una decisión que sea razonablemente justa y aceptable; cuida la certeza y seguridad del derecho, pero dentro de un margen que le permita resolver lo justo.

Así aunque el fallo tome aparentemente la forma de un raciocinio deductivo, las premisas no tienen el carácter de axiomas o enunciados, sino que son de naturaleza normativa.

La parte resolutoria del fallo puede tener forma silogística, pero ella es sólo una etapa final a que han conducido todas las valorizaciones a que nos hemos referido y que han servido para fijar las premisas. Como dice Karl Engisch: "el aspecto más importante del problema no es determinar la naturaleza lógica del razonamiento aplicador, sino determinar los procedimientos que el juez debe seguir para formular las premisas"⁷⁵.

Por esto, los métodos usuales son el dialéctico y el retórico.

Lo anterior no significa que los raciocinios jurídicos sean ilógicos, sino que su estructura no cuadra dentro de la lógica pura. Ya hemos señalado como, paralelamente a la lógica pura o formal, se ha desarrollado una lógica de las normas, o lógica deóntica, a la que pertenece la lógica del derecho.

Un problema relacionado con la lógica del derecho es el estudio del lenguaje jurídico, o sea, de la semiótica jurídica. Así como la lingüística es el estudio de los lenguajes naturales, la semiótica es el estudio de los lenguajes científicos artificiales o semiartificiales. El lenguaje jurídico es un lenguaje técnico y tanto más artificial cuanto más numerosas sean las definiciones formuladas por el legislador o por los juristas.

El estudio del lenguaje jurídico, especialmente de su semántica y su sintaxis, son indispensables —desde el punto de vista práctico— para la interpretación y aplicación del derecho.

Con relación a los argumentos jurídicos paralógicos, debemos referirnos, en primer término, a la renovación de la retórica y de la dialéctica clásicas efectuada por el profesor belga Chaim Perelman. Señala que si se acepta sólo la lógica formal como disciplina, únicamente se podrá demostrar lo que queda probado como exacto a través de la evidencia, y que en todos los dominios en que esto no sea posible no se podría razonar ni probar y quedarían entregados a factores irracionales o a la violencia.

La dialéctica o retórica se ocupa de las opiniones, y las opiniones que no sean evidentes no son necesariamente erróneas y adquieren una gran importancia cuando la evidencia no puede imponerse por sí misma. Como las opiniones se dirigen a un auditorio, se desarrollan a través de la argumentación, lo que implica diálogo y debate.

A través de la argumentación y el debate se busca la adhesión a la tesis, la que tendrá mayor o menor fuerza según el grado de adhesión o convencimiento conseguido. El sistema no llevará a la evidencia de carácter absoluto, pero permitirá, especialmente en el campo jurídico, encontrar la solución más justa y más adecuada⁷⁶.

Conviene señalar también el desarrollo que ha experimentado en este sentido la utilización del método o pensamiento tópico, reivindicado por el profesor alemán Theodor Viehweg.

Según esta teoría, el derecho es un conjunto de respuestas a problemas concretos, pero queda intacta su aporía o problema fundamental que consiste en determinar qué es lo justo⁷⁷.

Así las soluciones singulares no pueden obtenerse por subsunción, ni tampoco puede subirse de las soluciones concretas a los planes superiores del derecho.

Para resolver las cuestiones particulares es siempre necesario introducir elementos problemáticos nuevos, no

comprensibles desde ningún fundamento previo, y respecto de los cuales sólo cabe orientarse a través de un repertorio de puntos de vista o "tópicos". El derecho es por eso un tópico de problemas, los cuales deben ser debatidos en su singularidad, aunque sea esencial para ello la determinación de analogías problemáticas y de lege artis obtenidas de la experiencia reiterada de los mismos⁷⁸.

Esta "jurisprudencia de problemas" o aporética tiene gran resonancia en Alemania y en España, sobre todo en materia administrativa.

59. Terminado el análisis de la interpretación judicial de la ley es conveniente resumir los diferentes elementos que según las teorías, y en la práctica, se han utilizado o pueden utilizarse como métodos de interpretación.

Tenemos, en primer término, el elemento gramatical. En él se trata de precisar la significación de los términos o palabras y de dilucidar la estructura gramatical de la frase. El texto de la ley nos proporciona su alcance y significado. La interpretación es una labor que se basa en el estudio de la semántica y de la sintaxis del precepto.

El elemento histórico se basa en el estudio de la formación de la ley. Para establecerlo se indaga el estado de derecho existente sobre la materia en la época de la dictación de la ley, los antecedentes que tomó en cuenta el legislador; algunos tratan a través de él de reconstruir la presunta voluntad del legislador al establecer la norma jurídica, otros la finalidad o el sentido intrínseco de la ley, y está además el elemento que considera la voluntad de la ley. Esta voluntad es o puede ser distinta de la voluntad del legislador, porque nace directamente del texto legal, es decir, se abandona todo lo que es meramente subjetivo en la voluntad legislativa y se deja sólo lo que es su resultado final o producto objetivo. Dentro de una concepción antropomórfica de la ley, se supone que está investida de una personalidad que, a semejanza de un hombre real, decide y manda.

Otro elemento considera la razón de la ley, o sea, su finalidad. Es lo que se ha llamado la *ratio legis*. Se considera que la norma no es una simple enunciación descriptiva o narrativa, sino un juicio hipotético que otorga una determinada calificación o tratamiento jurídico a hechos o situaciones previstos. Se busca así el motivo de la ley, su finalidad original, independientemente del caso actual al que se aplica.

Tenemos también los métodos que consideran los intereses tutelados por la ley. El intérprete debe hacer una valoración comparativa de los intereses en juego, conforme a criterios y sistemas que varían según los autores, y preferir los intereses de mayor jerarquía.

El Código Civil chileno se refiere al sentido de la ley, concepto distinto de la voluntad de la misma. Este sentido que es consubstancial de la ley no es una estructura rígida, sino que debe adecuarse a las circunstancias de cada caso específico y, por lo tanto, hace que el ordenamiento pueda adaptarse a la evolución y al cambio social.

En último término tenemos la equidad. No es propiamente un método sino un fin. Consciente o inconscientemente es la meta de toda la interpretación judicial.

Hemos hecho sólo una enumeración para presentar en forma conjunta los principales elementos utilizados o propugnados por la doctrina para realizar la interpretación judicial.

En esta enunciación nos hemos abstenido de toda apreciación o crítica, que se encuentra en otros puntos de este trabajo.

Conviene, eso sí, señalar que estos distintos elementos no son excluyentes y que es posible —y así lo ha propiciado a veces la doctrina o se ha realizado en la práctica— utilizar dos o más de ellos copulativamente.

9. Sistemas legales

60. En la mayoría de los sistemas legales codificados, el legislador ha señalado normas sobre la hermenéutica legal.

Así puede observarse en los artículos 6º y 7º del Código Civil brasileiro; los artículos 18 y 19 del Código Civil ecuatoriano; los artículos 5º y 6º del Código Civil español; el artículo 11 del Código Civil peruano; el artículo 16 del Código Civil argentino; los artículos 9, 11 y 16 del Código Civil Portugués; los artículos 12, 13 y 14 de las disposiciones sobre las leyes en general que preceden el Código Civil italiano.

En cambio, el Código de Napoleón, que sirvió de base principal a la redacción de nuestro Código Civil, no daba normas sobre la interpretación legal. Esto le permite decir a Marcel Planiol "que en principio, la interpretación judicial es libre; que cada tribunal tiene el derecho de adoptar la solución que le parezca más justa y mejor; que no está ligado ni por las sentencias dictadas anteriormente para asuntos análogos, ni por las decisiones de otros tribunales aun de superior jerarquía"⁷⁹.

El Derecho italiano, en cambio, da una norma muy estricta; en el artículo 12 de la ley citada se lee: "al aplicar las leyes no se les puede atribuir otro sentido que el que resulte claro del significado propio de las palabras según su conexión y de la intención del legislador". Resultaría de lo anterior, que mientras los tribunales franceses disponen de una gran libertad de interpretación, con la única excepción de que deben atenerse a la decisión final de las salas reunidas de la Corte de Casación, los tribunales italianos deberían manejarse dentro de un círculo muy estrecho, de normas muy restringidas y obligatorias de interpretación.

Surge de esto un problema diferente. Para recobrar la libertad perdida, los tribunales italianos han considerado que las reglas de interpretación tienen un carácter sólo de guía para los jueces, que no están obligados a observarlas rigurosamente⁸⁰. Esto de suponer que las normas de interpretación no son preceptos jurídicos, no son normas legales, sino simples indicaciones para el juez, ha sido casi unánimemente rechazado por la doctrina, fuera de Italia, que considera que los preceptos sobre interpre-

tación legal tienen la misma validez que cualquier otro precepto de ley.

En Chile este problema ni siquiera se ha discutido y tanto la doctrina como la jurisprudencia no han puesto jamás en duda el carácter de verdaderas normas jurídicas que tienen las reglas que determinan la interpretación legal.

61. Pero por lo mismo que las normas de interpretación que contiene el Código Civil son preceptos legales, es indiscutible que —al igual que todo otro precepto— ellos están sujetos también a interpretación.

Es precisamente esto lo que podríamos llamar “la interpretación de la ley interpretativa”, la piedra fundamental que permite construir todo un sistema de renovación en la interpretación de nuestro derecho.

Se ha estimado que existiría en este caso una petición de principio, o sea, fundamentar la demostración en lo que se quiere demostrar.

Nada más inexacto. La interpretación del precepto interpretativo está destinada a fijar el alcance y contenido de normas muy diversas de las demás normas. Si no es posible que en un comienzo se analicen las propias normas interpretativas de acuerdo al método específico que de su estudio resulte, ello es sin perjuicio de que después utilicemos dicho método para corroborar el resultado anterior.

Por lo demás, el estudio del alcance de las normas interpretativas se realiza y ha realizado por nuestros tribunales en innumerables sentencias. Muchos de estos fallos han llegado a conclusiones contrapuestas, lo que demuestra que el análisis de las normas de interpretación es siempre necesario y posible.

Eliminar la interpretación y el análisis de los preceptos interpretativos llevaría al absurdo de tener que aplicar normas cuyo alcance y significado no se han determinado.

Capítulo Tercero

LA INTERPRETACION JUDICIAL DE LA LEY EN NUESTRO DERECHO

I. Normas

62. Andrés Bello, separándose del criterio del Código de Napoleón, introdujo normas expresas respecto a la interpretación de la ley. Se refieren a esta materia el párrafo 4º del Título Preliminar (arts. 19 a 24) y algunas otras disposiciones como ser los artículos 3º, 4º, 11º y 13º del Código Civil chileno.

Las razones de esto las encontramos en una publicación en “El Araucano” del 30 de Septiembre de 1842 y que, en parte, aparece como nota en el Proyecto Inédito: “Nos inclinamos a creer que muchas cuestiones no se suscitarían, o llegarían con más facilidad a una solución satisfactoria, si por una y otra parte se siguieran unas mismas reglas de interpretación legal. Pero mientras unos adhieren estrictamente al texto y tratan de licenciosa la inteligencia de sus antagonistas, otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse en la mente del legislador y asistir a sus consejos. Por este medio, según conciben, se toman por guía, no las palabras de la ley, sino su intención, su idea. Pero lo que sucede, las más veces, es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia y de aquí tantas y tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más claros. Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restringirla, sino cuando de ello resulten evidentes absurdos y contradicciones; y que todo otro sistema de interpretación abre

ancha puerta a la arbitrariedad, y destruye el imperio de la ley”.

Este párrafo explica la razón de introducir las normas que regulan la interpretación. En cuanto a los otros conceptos su sensibilidad varió. Veremos otra nota en que su criterio está más cercano a la idea de buscar la voluntad del legislador. Constataremos, por último, cómo en las normas precisas abandonó como criterio fundamental tanto la literalidad de la ley como la voluntad presunta del legislador, para establecer, consciente o intuitivamente, como base hermenéutica, la objetividad del sentido de la ley.

63. Estas disposiciones consagran cuatro elementos de interpretación, a que ya nos hemos referido: son el gramatical, arts. 19 inc. 1º, 20 y 21); el histórico (art. 19 inc. 2º); el lógico (arts. 19 inc. 2º y 22 inc. 1º), y sistemático (art. 22 inc. 2º). El alcance de las disposiciones del art. 24 lo examinaremos posteriormente.

Antes de analizar individualmente estos métodos, conviene precisar el sentido en que los establece la ley. Al respecto, algunos autores y sentencias han estimado que en ellos existe una relación de prioridad, en el orden en que el Código los trata, que debe usarse siempre en primer término el elemento gramatical y los demás sucesivamente, uno a uno, en subsidio de los anteriores.

Así se ha fallado que los artículos 20, 21 y 24 contienen reglas interpretativas de la ley sucedáneas del artículo 19 (R.D.J. t. 47, s. 1º, p. 7). Esta sentencia no sólo establece erróneamente un sistema de precedencias en las interpretaciones; sino que, además, se refiere a los arts. 20 y 21 que precisamente contienen indicaciones para fijar el significado de las palabras dentro de un análisis gramatical de la ley.

Parece ser esta la opinión del jurisconsulto don Luis Claro, quien dice: “mas si la ley es oscura, habrá que recurrir forzosamente a los otros elementos de interpretación”; después, hablando del elemento lógico, agrega: “Si esta comparación de las diversas partes de la ley no pone

suficientemente en claro la intención o pensamiento del legislador, habrá que completarla. . .”⁸¹.

Este mismo criterio ha sido manifestado por una sentencia que dispone que el inc. 1º del art. 22 es de preferente aplicación sobre el 2º, pues este sólo debe ejercitarse cuando la oscuridad subsiste (R.D.J. t. 35, s. 1º, p. 269). Este criterio es inaceptable, si, como lo sostendremos, la labor del intérprete radica en primer término en fijar el sentido de la ley: es imposible hacerlo recurriendo sólo a uno de los métodos indicados. Como se verá más adelante el juez no puede por el solo elemento gramatical decidir que el sentido de la ley es claro. Al estimar que la expresión gramatical confiere un sentido claro a la ley, debe verificarlo necesariamente recurriendo a los otros métodos interpretativos. Es su concurrencia la que le permite aseverar que el sentido gramatical de la ley es claro o determinar su verdadero sentido en caso contrario.

Una sentencia de la Corte Suprema, redactada por el Ministro Osvaldo Illanes —aunque discrepemos con varias de sus otras apreciaciones interpretativas—, analiza con singular claridad la necesaria concurrencia de estos elementos de interpretación. Dice al efecto:

“Pero para buscar el pensamiento y los móviles del legislador y, finalmente, la verdad jurídica, es menester que el intérprete use cuatro elementos; gramatical, lógico, histórico y sistemático”.

“No sólo, entonces, el juez debe analizar las palabras de que se ha servido el legislador, sino las relaciones que unen todas las palabras del articulado sobre el punto que se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación y, por último, posesionarse de la acción ejercida por ella en el orden general del derecho y el lugar que en este orden ocupa el precepto que se intenta interpretar”.

“Y estos cuatro elementos estudiados en conjunto, han de adaptarse a la práctica y a la realidad, para que se cumpla con los fines que se propuso el legislador y encontrar en seguida la verdad jurídica”.

“Que este método de interpretación de la ley se halla perfectamente consagrado en el art. 19 del Código Civil, si se recuerdan sus términos y sus conceptos. A su tenor literal, si el sentido es claro, es decir, cuando el pensamiento del legislador no ofrece dudas; pero si existe una expresión obscura, es necesario recurrir al pensamiento, sus fines, a través de la lógica, la historia, del sistema legal reinante, de la práctica y de la realidad”.

“Y así, de este modo, se habrá logrado obtener los verdaderos principios del derecho aplicables a un caso en el cual la idea del legislador no aparece, por el uso de vocablos oscuros, suficientemente clara.” (R.D.J. t. 56, s. 1^o, p. 207).

Esta sentencia señala en forma especialmente clara y razonada la necesaria concurrencia de los métodos de interpretación.

Por lo demás, a nuestro criterio habría sido perfecta si en lugar de referir al “pensamiento —móviles—, fines del legislador”, hubiera hablado del sentido de la ley. Mucho más en el caso específico en que se trataba de la aplicación o no de un impuesto en que el legislador ni siquiera pensó al dictarse la ley interpretada, que se refería a una materia distinta de la tributaria.

64. Las normas de interpretación que contiene el Código Civil son de aplicación general.

Si consideramos que son criterios que fijan la interpretación de la ley en general, tenemos que aceptar que su aplicación se extiende a una ley cualquiera, a toda ley.

Por su parte, Andrés Bello ya anticipó lo anterior y es así como en sus notas al Proyecto Inédito dice: “Este título debe considerarse como una introducción, no sólo al presente Código Civil, sino a la legislación toda; cualquiera que sea, por ejemplo, la ley que se trata de interpretar”.

De acuerdo con lo anterior se ha fallado que “los artículos 20 y 21 del Código Civil, ubicados en el título preliminar de éste, son normas aplicable a toda clase de

leyes, sean o no civiles (R.D.J. t. 61, s. 4^o, p. 289). Igualmente que “los artículos 19 y 20 del Código Civil no contienen normas decisorias de *la litis*, sino métodos para interpretar las leyes, sea que estas se refieran a la relación o situación litigiosa, sea a las del procedimiento para decidir sobre esa relación o situación” (R.D.J. t. 62, s. 4^o, p. 479).

Al decir que las normas de interpretación del Código Civil se aplican a toda ley, incluimos en ello también los preceptos constitucionales. Es evidente que estos preceptos necesitan también ser interpretados y la forma de realizar la interpretación es aplicando las normas generales que señala el Código Civil.

Así lo entendió implícitamente el Tribunal Constitucional, que en una sentencia de 25 de Enero de 1972 se refiere, en el considerando 8^o, al claro sentido de la letra del art. 78 de la Constitución y al espíritu del mismo manifestado en la historia fidedigna de su establecimiento (R.D.J. t. 59, s. 6^o, p. 7).

65. Las normas sobre interpretación fueron tomadas por Andrés Bello del Código de la Luisiana, como consta de las notas hechas por él al Proyecto de 1853.

En la Luisiana, Estados Unidos, rigieron sucesivamente dos Códigos Civiles, uno promulgado en 1808 y el segundo que comenzó a regir en 1825. El primero tenía como modelo el proyecto de Código francés sometido al Tribunado. No es claro a cuál de ellos se refieren las notas de Bello, pero esto tiene escasa importancia porque la redacción de ambos, en materia de interpretación, es prácticamente idéntica.

En el art. 17 el Proyecto de 1853, idéntico al art. 19 del Código actual, señala como fuente el art. 13 del Código de la Luisiana. Dicho artículo expresaba: “Cuando una ley es clara y libre de toda ambigüedad no se puede desatender su letra, bajo el pretexto de seguir su espíritu” *.

* Consultar Apéndice, p. 249.

Aunque Andrés Bello reprodujo muchas disposiciones textualmente, no lo hizo así con ésta. No dijo "cuando la ley es clara" sino que introdujo un concepto nuevo al expresar: "Cuando el sentido de la ley es claro". Esta expresión "sentido" cambia todo el contenido de la norma e independiza la interpretación del absurdo de consistir solamente en un análisis gramatical del precepto, para buscar su significado y alcance, su "sentido", es decir la veracidad intrínseca del discurso.

En esto es consecuente con su concepto del conocimiento tal como lo desarrolla en su obra *Filosofía del Entendimiento*. En él señala las causas de error que pueden derivarse del uso de las palabras.

Cabría preguntarse por qué Andrés Bello abandonó la idea del texto por la del sentido de la ley y dio además facultades al juez para interpretarlo, no obstante su preocupación por las posibilidades de arbitrariedad en la interpretación.

Un trabajo reciente examina las fuentes teóricas de Bello, y señala que en nota al art. 19 nombra como fuente el significado de interpretación en el *Repertorio de Merlin*, se refiere al *Repertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence par m. le Compté Merlin*⁸².

Uno de los párrafos de este largo texto dice lo siguiente: "Los litigios civiles se basan en el sentido preferente que cada una de las partes le da a la ley; no es pues por una ley nueva, sino por la opinión del juez que la causa debe ser decidida. Se teme que los jueces abusen de este principio para juzgar contra el texto de la ley. Si los jueces se lo permitieran, el Tribunal de Casación anularía su sentencia".

La fuente del inc. 2º del art. 19 es el art. 18 del Código Civil de la Luisiana: "La manera más universal y más efectiva de descubrir el verdadero significado de una ley, cuando sus expresiones son dudosas, es el de considerar la razón o el espíritu de ella o la causa que determinó a la legislatura a dictarla" *.

* Consultar Apéndice, p. 249.

Aquí nuevamente Bello reafirma la objetividad de la ley al agregar la frase "claramente manifestados en ella misma".

En este artículo queda ya fijado el alcance de nuestra interpretación jurídica de la ley. Interpretación que debe realizarse buscando su sentido, que puede ser independiente de su formulación gramatical, objetivamente en la ley misma, sin que el intérprete esté obligado a la búsqueda de una voluntad mítica del legislador.

66. Sin embargo, desde la dictación del Código Civil, la influencia de los grandes comentaristas del Código de Napoleón hizo que la interpretación exegética de la ley fuera indiscutida por los tratadistas y, a través de su enseñanza, por la jurisprudencia. El respeto absoluto por el tenor literal de la ley y el acatamiento de la presunta voluntad del legislador han informado casi toda nuestra jurisprudencia.

Si examinamos los tratadistas de Derecho Civil veremos que ya en 1892 Paulino Alfonso decía: "Si el legislador, a quien debe suponerse suficientemente versado en la materia sobre la cual hace recaer sus disposiciones, y el lenguaje con que las expresa, dijo algo con claridad, será porque quiere que, así como lo dice, se entienda y se practique". "Dejar pues de entender sus disposiciones en el sentido claro que ellas ofrecen, bajo cualquier pretexto, aunque sea en razón de las consecuencias absurdas o perjudiciales a que ello dé lugar, es sublevarse contra la autoridad de la ley, es convertirse en intérprete del legislador". "Provee ese principio a que sea reconocido y acatado el verdadero pensamiento del legislador"⁸³.

Poco después —en idéntico sentido— se expresaba Manuel Amunátegui Solar: "Dispone el Código que ante todo se atiende al tenor literal cuando el sentido de la ley es claro". "La letra de la ley es, por lo tanto, la expresión del pensamiento del legislador". Más adelante: "El conocimiento de la ley no se podrá alcanzar sino colocándose en el mismo lugar en que se ha encontrado

el legislador, sustituyéndose a él y reconstituyendo su propio pensamiento”⁸⁴.

Luis Claro Solar expresa: “La obra del intérprete, como hemos dicho, es reconstruir el pensamiento del legislador, y como el legislador ha formulado su pensamiento en un texto, la ley es la expresión del pensamiento del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos este pensamiento netamente declarado, conocemos la intención del legislador por su propia boca y no podemos eludirla; y el juez debe, por graves que sean las consideraciones que se puedan oponer a la ley, aplicarla tal como está escrita”⁸⁵. Alfredo Barros Errázuriz y Héctor Claro Salas participan del mismo criterio⁸⁶.

Más recientemente los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva han enseñado: “El pensamiento se exterioriza con palabras; si aquél se hace visible en éstas, debe estarse al tenor literal de la ley. Lo contrario sería suponer que el legislador no sabe manifestar sus ideas, que es incapaz de escoger las palabras reveladoras de su pensamiento”. Más adelante agregan: “El pensamiento del legislador también puede quedar en evidencia por el estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley”⁸⁷.

Victorio Pescio dice: “Si la ley es clara y terminante, podrá ser objeto de críticas si zanja la cuestión en una forma que parezca injusta o caprichosa, inadecuada o perjudicial; pero sería majadería trabar una discusión o promover un pleito”. Más adelante agrega: “La tarea del intérprete consiste en extraer por medio de la inducción, de las expresiones particulares de esta voluntad (la del legislador), el principio superior de que proceden”⁸⁸.

Es curioso anotar que ya en 1919, un autor, Osvaldo Marín Ugalde, aunque apegado a la idea de la voluntad y espíritu del legislador, se anticipó a las ideas actuales sobre el elemento gramatical. Expresa al efecto: “Esta obediencia antigua, como podemos llamarla, al texto de las prescripciones, no pudo ser sino pasajera. No existiendo una comunicación directa entre las inteligencias,

es preciso, para establecer comunicación entre una y otra, un vehículo material: las palabras, la escritura, la construcción de las frases, etc. Pero éstas son los medios de traducción de la idea y no constituyen de ningún modo la idea misma”⁸⁹.

Apartándose de los conceptos tradicionales entre nosotros, en un estudio sobre la interpretación de la ley penal, el profesor Luis Cousiño analiza detenidamente nuestros preceptos sobre interpretación. Señala que la ley, una vez promulgada, es una realidad efectiva y no una mera abstracción; que tiene una individualidad propia. Que la interpretación tiene como meta determinar la voluntad de la ley y que ésta no es la voluntad del legislador que es una abstracción intangible y carente de toda realidad. Esto le da un dinamismo siempre actual que la habilita para abarcar todos los hechos del mundo circundante que se encuentran dentro de su hipótesis conceptual, aun cuando dichos hechos no hubieran podido ser imaginados por el legislador⁹⁰.

Fernando Fueyo ha señalado que el problema está en el método y que no habrá adecuada interpretación de la ley mientras se practique la escuela de la exégesis del modo en que actualmente se hace. Ataca uno de los principios de dicha escuela al criticar a los que se obstinan en un apego exagerado a la literalidad de la ley, pero mantiene otro de sus principios al agregar: “y a veces —erróneamente— hasta pasando por encima de la prevalente intención auténtica del legislador”⁹¹.

67. Salvo muy raras excepciones nuestros tribunales aplican la ley respetando estrictamente su tenor literal: su concepto de interpretación es la búsqueda del supuesto pensamiento del legislador.

Algunos órganos de interpretación, como la Contraloría General de la República, llevan en la práctica al extremo la sujeción al tenor literal de la ley.

Frente a conceptos tan arraigados es muy difícil difundir nuevos criterios de interpretación, demostrar toda

la labor renovadora y creadora que —dentro de los límites de la ley— tiene la jurisprudencia.

Aunque estamos conscientes de que existe un consenso general de que nuestras leyes no se adaptan a los cambios de las nuevas relaciones y técnicas que imperan en el medio social, de que no se adecúan a la evolución que día a día experimenta el organismo colectivo, nada hacemos por remediarlo. Asistimos impasibles a la momificación de nuestro derecho que aparece extraño y ajeno a la sociedad en la cual debe imperar.

Buscamos un remedio en las reformas, en la confección de nuevos textos, tarea que, fuera de su dificultad, se enfrentará de inmediato o a corto plazo a las mismas contingencias.

El problema —salvo raras excepciones— no proviene de las normas; radica en la mentalidad, en el criterio, que imperan para la interpretación y aplicación de la ley.

Debería servirnos de enseñanza la aplicación siempre creadora y renovada que los tribunales franceses hacen de las viejas disposiciones del Código de Napoleón.

Se argumenta que esto es posible porque dicho código no contiene preceptos que rijan la interpretación de la ley. Que nuestro Código tiene normas que regulan la interpretación y que ellas imponen un sistema exegético.

Esto no es exacto, pero es un dogma de fe que la mayoría acepta, imponiéndonos un pie forzado que casi parece un juego de palabras. Debemos analizar las normas sobre interpretación de acuerdo al sistema tradicional, para poder demostrar exegéticamente a los jueces que el alcance de las disposiciones que regulan la interpretación es distinto, que no están obligados a realizar una interpretación exegética de la ley.

2. El elemento gramatical y el sentido de la ley

68. El art. 19 del Código Civil en su inc. 1º dice: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

Frente a esta disposición el primer problema es determinar cuándo existe claridad en la ley.

¿Es clara la ley cuando su tenor literal es claro?

Es evidente que este no es el sentido de la disposición. Ya hemos señalado el cambio que en la redacción del artículo introdujo Andrés Bello con relación al art. 13 del Código Civil de la Luisiana del que fue tomado. Mientras éste decía: "Cuando una ley es clara y libre de toda ambigüedad", el art. 19 de nuestro Código habla del "sentido de la ley". Si esto se hizo por un preciosismo de lenguaje o, como lo encomiaba Jiménez de Asúa "por un singular acierto del redactor", será un punto que ignoraremos siempre. Pero el hecho es que el precepto hace una clara distinción entre el "sentido de la ley" y su "tenor literal".

Por lo tanto la claridad a que el precepto se refiere es a una claridad de sentido, de contenido y alcance jurídico de la norma, y no a su claridad gramatical. Giuvenzo Celso decía: "No consiste el entender las leyes retener sus palabras, sino en comprender sus fines y efectos" (Dig. 1-3-17).

La disposición puede ser gramaticalmente perfecta, de una claridad meridiana, y, sin embargo, su sentido jurídico puede ser oscuro, ambiguo o contradictorio.

Nada ilustra mejor esta diferencia que los distintos alcances que pueden darse al inc. 2º del art. 1184 del Código Civil respecto a la procedencia de la formación de la cuarta de mejoras, después de que dicha disposición fue modificada por la ley 10.271.

Dicho inciso dispone que: "No habiendo descendientes legítimos con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio". Gramaticalmente la disposición es clarísima, si hay descendientes legítimos se forma la cuarta de mejoras, si no los hay, no procede su formación.

Sin embargo, el inciso final del mismo artículo señala que puede favorecerse con la cuarta de mejoras a los hijos naturales o a los descendientes legítimos de éstos.

De una estricta interpretación gramatical resultaría



que aún existiendo hijos naturales, si no hubiera descendientes legítimos —sino otros legitimarios como los ascendientes legítimos— no se formaría la cuarta de mejoras; resolución evidentemente injusta y contraria a los propósitos de la ley 10.271.

Por eso, conociendo este problema, la Corte Suprema resolvió que "no basta hacer una interpretación gramatical del art. 1184 del Código Civil para determinar su verdadero alcance, sino que es preciso, en primer término, establecer cuál fue el propósito del legislador al modificar el texto primitivo y dar al precepto una interpretación lógica y concordante con otras disposiciones legales relativas a la misma materia". En otros considerandos señala que debe recordarse la intención del legislador y que los preceptos de una ley deben interpretarse de manera que exista entre ellos la debida correspondencia y armonía. En resumen, que el sentido del inc. 2º del art. 1184 no es claro y, por lo tanto, hay que desentenderse de su tenor literal (R.D.J. t. 64, sec. 1º, p. 127).

En varias otras sentencias nuestros tribunales han establecido con toda propiedad que la claridad a que se refiere el art. 19 del Código Civil, es la claridad del sentido de la ley y no la claridad gramatical del precepto.

Así se ha fallado que "la regla de hermenéutica contenida en el art. 19 del Código Civil no es que "no se desatenderá su tenor literal cuando la letra de la ley sea clara, sino cuando lo sea su sentido" (R.D.J. t. 65, sec. 1º, p. 208). Igualmente que "No sólo entonces el juez debe analizar las palabras de que se ha servido el legislador, sino las relaciones que unen todas las partes del articulado sobre el punto de que se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación y, por último, posesionarse de la acción ejercida por ella en el orden general del derecho y el lugar que en este orden ocupa el precepto que se intenta interpretar" (R.D.J. t. 56, s. 1º, p. 207). También que "lo que el inc. 1º del art. 19 del Código Civil prescribe no es que no pueda acudirse a otros elementos de interpretación cuando la letra de la disposición sea clara,

sino cuando no lo es su sentido, vale decir, su alcance" (R.D.J. t. 67, sec. 1º, p. 405).

Esta es la opinión sustentada por los profesores Ave-lino León Hurtado y Fernando Mujica Bezanilla en un informe en derecho sobre esta materia (R.D.J. t. 65, Derecho, p. 224).

En un voto disidente a una sentencia de la Corte de Valparaíso de 1930, ya los Ministros Labarca y Fernández expresaban "que el art. 19 del Código Civil dice que cuando el sentido—no el tenor— de la ley es claro, no ha de recurrirse a consultar su espíritu, desentendiéndose de sus términos literales; y sentido equivale a significado, alcance e interpretación. De manera que el significado de los términos puede ser claro, pero no su alcance o extensión y, en tal caso, el sentido de la ley tampoco lo es" (G. 1930, Sem. 1º, Nº 67, p. 277).

69. El claro concepto de que es el sentido de la ley y no su tenor literal lo que debe buscar el intérprete, está reafirmado en el art. 22 del Código Civil, al decir que "el contexto de la ley servirá para ilustrar el *sentido* de cada una de sus partes". A su vez el artículo 23 del Código Civil insiste en el concepto expresando que "la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido". Por su parte, el Mensaje, explicando los numerosos ejemplos que en el Código se utilizan, dice que ellos "ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones; los corolarios demuestran lo que está encerrado en ella".

Estas disposiciones y comentarios, fuera de la reiteración del concepto, indican que la expresión "sentido" no fue empleada al azar por el legislador, sino reflexivamente con un contenido y alcance perfectamente determinados.

Comprendiendo que es el sentido de la ley y no su texto gramatical el que debe prevalecer, nuestros tribunales han fallado que "el sentido de la ley no puede buscarse aislando una disposición de otras, ni un inciso de un mismo artículo de otros, ni —mucho menos— tratándose de una

sola regla, separando una frase de las otras" (R.D.J. t. 61, s. 2^a, p. 43).

70. Se ha querido sostener que la clara distinción entre "sentido" y "tenor literal", que aparece en el inc. 1^o del art. 19 del Código Civil, sería desvirtuada por la disposición del inc. 2^o del mismo artículo. Este dice: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Nada más inexacto. La oscuridad a que se refiere esta disposición no es la oscuridad del tenor literal sino la oscuridad del sentido de la ley.

Esto quedará demostrado más adelante cuando analicemos los diversos términos que el legislador emplea en el art. 19 del Código Civil.

El vocablo "expresión" del inc. 2^o, no tiene el significado de "término" o "palabra", sino el de "oración", o en los términos hermenéuticos, de discurso, en cuanto manifestación escrita de una idea, precepto o razonamiento.

Hay una clara ordenación entre ambos incisos, el primero se refiere al sentido claro, el segundo al sentido oscuro (expresión oscura de la ley). Por lo tanto, en lugar de existir una contraposición entre ambas disposiciones, ellas son lógicamente consecuentes y alternativas.

71. La determinación del sentido de la ley implica que debe efectuarse siempre un proceso de interpretación. Es imposible establecer *a priori* que el sentido de la ley es claro si ésta no se interpreta para establecer dicho sentido.

Esta interpretación del sentido de la norma es indispensable para que el juez pueda efectuar las dos primeras valorizaciones a que nos referimos anteriormente: la que es necesaria para determinar la norma —en sentido amplio— que corresponde aplicar al caso concreto, y la valorización de los alcances y contenido jurídico de la norma.

No obstante las sentencias que hemos citado, nuestros tribunales, por regla general, no han comprendido la necesidad de efectuar las valorizaciones señaladas. Además han sostenido reiteradamente que la claridad de la ley se refiere a su tenor literal. Así, en numerosas sentencias, se ha fallado que "si la ley no contiene precepto obscuro alguno, debe aplicarse de acuerdo con su tenor literal, y no se puede recurrir para ese fin a su historia, intención o espíritu. No cabe interpretar la ley perfectamente clara, pues toda interpretación presupone cierta oscuridad". (R.D.J. t. 6, s. 1^a, p. 20 - t. 23, s. 1^a, p. 599 - t. 26, s. 1^a, p. 25 - t. 31, s. 1^a, p. 475 - t. 33, s. 1^a, p. 337 - t. 17, s. 1^a, p. 1). Igualmente que "frente al claro tenor literal de una ley, es inútil e ilegal tratar de interpretar" (C. Valpo. R.D.J. t. 35, s. 1^a, p. 436). Del mismo modo, que "cuando el tenor de la ley es claro resulta inoficioso averiguar si su contenido guarda o no armonía con los principios generales, puesto que la misión del tribunal consiste en aplicar la ley escrita, cualesquiera que sean sus consecuencias o las circunstancias especiales del caso fallado" (R.D.J. t. 33, s. 1^a, p. 156 - t. 39, s. 1^a, p. 377).

La función del juez, de acuerdo con la tesis de las sentencias citadas, y que desgraciadamente informa el criterio general de nuestros tribunales y de otros organismos encargados de la interpretación de la ley, conduce a la negación misma del contenido de la labor del juez, de la función del intérprete.

Se olvida que esta tarea consiste, en primer término, en la aplicación del derecho a casos concretos, en lo que se ha llamado la individualización jurisdiccional del derecho. Ella no puede consistir en la simple aplicación indiscriminada, al caso, de una proposición gramatical. La ley es una norma dictada considerando una serie de casos tipos o casos promedios existentes al tiempo de su elaboración. Su validez literal sólo subsistiría en el supuesto improbable de que el caso específico se identifique en forma absoluta con el caso contemplado en la norma: por eso, aplicarla, "cualquiera que sean sus consecuencias o las circunstancias especiales del caso fallado", como

expresan las últimas sentencias citadas, es una monstruosidad. Como dice Kelsen, por precisa que la norma general pretenda ser, la especial, creada por la decisión del tribunal, siempre añadirá a aquélla, algo nuevo⁸².

Por otra parte, se desconocen los múltiples cambios y alteraciones que en forma acelerada experimenta el cuerpo social: por eso, la acción inteligente de la jurisprudencia es descubrir nuevos sentidos e insospechados alcances en añejas normas, cuando éstas tienen que proyectarse sobre realidades muy diferentes de las de antaño⁸³.

Estos conceptos los había adelantado ya Juliano en el Digesto: "Ni las leyes ni los senado-consultos pueden escribirse de modo que contemplen todos los casos que pueden a veces acaecer, sino que basta que contengan lo que ordinariamente sucede. Y, en consecuencia, una vez establecido el derecho se ha de determinar con más certeza mediante interpretación o mediante constitución del óptimo Príncipe. (Dig. 1 - 3 6 10/II).

Casi veinte siglos más tarde, Max Ascoli señala también la imposibilidad de que la ley pueda comprender todas las situaciones de la realidad: "La realidad es violadora de toda norma: si los hechos humanos pudiesen exactamente penetrar en los esquemas que les preceden, la vida perdería la infinita individualidad en que se fracciona; sería cristalizada, aprisionada, no más vida"⁸⁴.

Estas observaciones destacan el carácter absolutamente inadecuado de una interpretación gramatical frente a la labor normativa de la interpretación jurídica. La labor del juez se reduciría a la de un gramático, de un etimólogo o de un semántico. Al comenzar este estudio ya señalábamos que en la interpretación jurídica la labor del intérprete no consistía en el solo análisis teórico de lo que llamamos la "forma representativa", sino en la necesidad de adecuarla a situaciones presentes muchas veces extrañas a la mente que las originó (ver N.º 2-4). Es necesario tener presente que la palabra no puede separarse del pensamiento que representa y reflexionar que la ley no es letra muerta, sino forma representativa de un contenido espiritual, que tiene un sentido normativo

y es un instrumento para los fines de la convivencia social, para comprender todo el absurdo de este punto de vista mecánico⁸⁵.

Además y no partiendo ya desde el punto de vista normativo, sino desde uno práctico y concreto, se puede apreciar la absoluta insuficiencia de un método gramatical.

Los textos, en su letra, no son sino fórmulas lingüísticas utilizadas en un proceso de comunicación: el sistema consistiría en buscar a través de ellas las ideas que han sido expresadas mediante la palabra. Para esta búsqueda la fórmula lingüística puede ser totalmente inadecuada.

En primer término la literalidad del precepto puede ser una expresión defectuosa de la norma que se trata de implementar, o bien, esta norma ser opuesta, contradictoria o haberse tornado contradictoria con un determinado ordenamiento jurídico.

Por otra parte puede suscitarse un insoluble problema semántico. El primero, la palabra es sólo un instrumento de comunicación y es imposible determinar si la palabra usada por el autor (legislador) en la norma (forma representativa) suscita en el sujeto (intérprete) la misma idea que el primero tuvo al utilizarla. En segundo término, la palabra puede ser equívoca, o sea, tener varias significaciones posibles o suscitar ideas diferentes. Por último, la palabra puede tornarse equívoca con los años, ya que el lenguaje es un elemento esencialmente variable a través del tiempo. El método gramatical por sí solo no puede determinar si el significado de la palabra va a retrotraerse al que tenía al tiempo de ser empleada por el legislador o en su alcance actual.

Se suscita asimismo el problema del uso vulgar, del uso técnico o del sentido jurídico de los términos. Materia que analizaremos al referirnos a los arts. 20 y 21 del Código Civil.

Pero además del problema semántico se suscita y tal vez con mayor gravedad, un problema de sintaxis. Ya no se trata de determinar el significado de palabras in-

dividuales, sino de fijar el sentido de una proposición (oración) completa, de acuerdo con la relación e interconexiones de la palabra, su coordinación gramatical dentro de la oración y, muchas veces, considerar la relación recíproca de varias proposiciones concurrentes.

De lo señalado resulta que la gramática puede y debe proporcionar elementos para la interpretación, para la fijación del sentido de la ley, pero no puede constituir el solo elemento de interpretación ni, mucho menos, constituir ella sola la interpretación.

72. Por lo general se ha sostenido que el elemento gramatical pretende recomponer el pensamiento del legislador (R.D.J. t. 44, s. 1°, p. 186).

Esta idea parece haber estado presente en el espíritu de Andrés Bello que en una nota particular al Proyecto Inédito expresa: "Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacerle violencia al sentido. La interpretación podrá ser en estos casos unas veces extensiva y otras restrictiva" ⁹⁶.

Esta reflexión del jurista es tanto más interesante, porque ilustra por sí sola cómo la ley formulada puede alejarse del pensamiento íntimo —voluntad— del que la formuló.

Nada hay en las normas de interpretación del Código Civil que se refiera directamente a la voluntad o intención del legislador, salvo que pueda estimarse que ella está comprendida en la referencia subsidiaria que a "la historia fidedigna" hace el inc. 2º del art. 19.

Cuando la misma disposición se refiere a la intención, al espíritu, dice "su", es decir de la ley, "manifestados en ella misma". Por lo tanto está considerando un sentido, una intención, un espíritu objetivos, los de la ley, y no los subjetivos del legislador.

Tal como al adaptar el Código de la Luisiana, Bello le introdujo una modificación sustancial evitando la obli-

gatoriedad de la interpretación gramatical, de la misma manera —aunque por su época tenía in mente el concepto subjetivo de la voluntad del legislador— se refirió exclusivamente al sentido, intención, espíritu objetivos de la ley.

Como lo hemos analizado, la voluntad del legislador es una abstracción intangible y carente de toda realidad ⁹⁷.

Gustavo Radbruch sostiene que no son los legisladores los autores de la ley: la voluntad del legislador no es la voluntad colectiva de los que participaron en la legislación, sino más bien la voluntad del Estado. Ese Estado, sin embargo, no habla por las manifestaciones personales de los participantes en la producción de la ley, sino por la ley misma ⁹⁸.

Estos puntos que hemos considerado como una anticipación genial de Bello permiten que, de acuerdo a nuestras normas, la interpretación puede tener un carácter constructivo y creador: adecuar nuestras instituciones a los cambios continuos y acelerados del medio social; hacer que nuestro Código Civil —más que centenario— tenga una validez actual.

Una de las sentencias más profundas en esta materia de nuestra Corte Suprema destaca este deber del juez de realizar una interpretación progresiva de la ley.

Se trata de una sentencia del 21 de Abril de 1960 en caso de aborto seguido de muerte, acordada por los Ministros Rafael Fontecilla, Manuel Montero, Julio Espinosa, Ciro Salazar y Marcos Silva y redactada por el magistrado Rafael Fontecilla R.

La Corte de Apelaciones había condenado a la reo por los delitos de aborto y homicidio, considerando que el homicidio se había cometido con dolo (eventual) y no con culpa como lo había estimado el juez de primera instancia.

El tribunal de apelación había estimado que la ley penal presupone la concurrencia del dolo y que, especialmente en los delitos contra las personas, decide la responsabilidad por el resultado. La Corte Suprema analiza los conceptos de dolo directo, dolo eventual y culpa, y

encara el problema de determinar si la presunción de voluntariedad que señala el artículo 1º del Código Penal, opera también frente al dolo eventual.

Al respecto expresa que "el término '*voluntad*' no puede ser sólo investigado dentro del sentido que le atribuyó la época en que nació el precepto, y ya se ha demostrado que es indispensable enraizar a la '*voluntad*' el concepto de '*representación*'".

Al efecto explica: "El juez no puede vivir ajeno a las transformaciones jurídicas y científicas que repercuten en el derecho, y está en el deber de adaptar en lo posible el texto de la ley a las exigencias del progreso".

"La denominada interpretación progresiva se impone, cuando nuevos y ponderables aspectos de la evolución jurídica pueden entrar en las fórmulas generales de la ley" (R.D.J. t. 57, s. 4º, p. 60).

73. El art. 19 del Código Civil emplea tres términos cuyo significado y alcance es necesario determinar: "sentido", "espíritu", "intención".

Ya explicamos que el término sentido es distinto del tenor literal de la ley. Su significado no es "texto", acepción que, por lo demás, jamás ha tenido el vocablo.

Dentro de los diversos conceptos que pueden expresarse por la palabra "sentido", sólo hay dos que podrían tener una cabida lógica dentro del contexto de la disposición.

El primero es la acepción 7ª del Diccionario de la Real Academia que lo define como "Razón de ser, finalidad". Si aceptáramos esta definición, el sentido de la ley sería su finalidad; es decir, se trataría de un concepto teleológico dentro de las ideas iniciadas por Ihering.

Ya hemos indicado los problemas que entraña este criterio. No vamos a poder determinar *a priori* si estos fines son subjetivamente los que tuvo en vista el legislador o los que le asignamos objetivamente a la ley; si debemos referirnos a los fines del orden jurídico o a los generales del derecho; si, por último, debemos preferir los intereses que sigue la política general del Estado.

Pero éste no puede ser el significado, ya que el inc. 2º dispone que cuando el sentido no es claro debe recurrirse a la "intención". La intención (que el texto hace sinónima de espíritu) sí que tiene necesariamente un carácter finalista, ya que es "la determinación de la voluntad en orden a un fin". Si la disposición hace distintos los conceptos de sentido e intención, el sentido no puede ser, entonces, la finalidad de la ley.

El otro significado posible es el que señala la acepción 10ª del Diccionario: "Cada una de las varias inteligencias o interpretaciones que puede admitir un escrito, cláusula o proposición". Con esta definición el precepto es absolutamente lógico. El sentido de la ley es su inteligencia o, como decía el voto disidente que hemos citado, su significado y alcance. Son ellos los que se determinan a través de la interpretación.

En esto Bello anticipa el criterio y los términos de los autores actuales. Arthur Kaufmann expresa:

"La legislación es la igualación de la idea de derecho con futuras situaciones vitales pensadas como posibles; la investigación jurídica (*Rechtsfindung*) es la igualación de la norma legal con situaciones vitales reales. Tal igualación, tal asimilación, tal poner-en-correspondencia el *ser* y el *deber ser* presupone la existencia de un *tertium*, en el que coincidan norma y hecho: de un *intermediario entre ser y deber ser*. Necesitamos una figura que represente de igual modo lo particular y lo general, un *universale in re*, un deber ser en el ser. Este *tertium*, este intermediario del proceso legislativo, como del de investigación jurídica, es el "*sentido*". La idea de derecho, o bien la norma legal, tiene que poseer idéntico sentido que la situación vital para que puedan ser recíprocamente puestas en correspondencia (identidad de la relación de sentido). Este sentido es también llamado *naturaleza de la cosa* (8ª a)".

74. Hemos preferido el término "sentido", el de "voluntad", porque es el que usa y reitera el Código Civil. Porque, como lo hemos expresado, el concepto de vo-

luntad está contenido en el significado de "intención", que el art. 19 hace distinta y separa del concepto de "sentido". Finalmente, porque si hacemos "sentido" sinónimo de "voluntad", quedaríamos enmarcados dentro de una interpretación teleológica —que no rechazamos—, pero que es sólo uno de los diferentes sistemas que el juez puede utilizar para efectuar las valorizaciones que son la esencia de su facultad interpretativa.

Por último, al hablar de voluntad de la ley, creemos que se utiliza un término impropio, ya que le da a la ley un carácter antropomórfico y la hace sujeto de una personalidad, como un hombre que decide y manda.

75. Como lo hemos manifestado, el intérprete debe fijar en primer lugar el claro sentido de la norma; no está obligado a ceñirse, ni tampoco a recurrir, en primer término y exclusivamente, a su tenor literal. Hemos visto cómo el tenor literal, por claro que lo sea gramaticalmente, puede corresponder a un sentido obscuro o contradictorio de la ley.

Será la concurrencia de todos los elementos de interpretación lo que permitirá al intérprete determinar el sentido claro de la ley.

Dentro del proceso que hemos llamado de valorización de la norma, el juez debe determinar la norma aplicable al caso específico. A veces, deberá escoger entre varias normas posibles, todas formalmente válidas en el orden jurídico positivo. Establecida la norma, el proceso de valorización lo lleva a determinar el alcance jurídico de la misma.

En esta etapa puede llegar a la conclusión que determinada norma es la que corresponde y que su texto refleja exactamente su alcance jurídico frente a las circunstancias específicas del conflicto que debe resolver. En tal situación tiene cabida total el precepto del inc. 1º del art. 19 y el intérprete aplicará la norma de acuerdo a su tenor literal.

Pero puede suceder, y lo hemos visto en varias sentencias citadas, que el tenor literal de la norma no corres-

ponda al alcance jurídico que el juez le ha asignado en su proceso de valorización. En tal caso, deberá separarse del tenor literal y establecer el alcance jurídico que estima correcto de acuerdo a los otros elementos de interpretación y que más adelante analizaremos.

Existe también la situación, acaso la más conflictiva, en que una norma aparece literalmente como el precepto aplicable, pero que por circunstancias del caso específico, llevaría a una solución absurda o injusta.

Esto es posible porque, como ya lo hemos dicho, la ley es sólo el trasunto de experiencias adquiridas, de soluciones aceptables para casos que el legislador conoció o pudo intuir, pero es imposible que cubra todos los casos eventuales y contemple todas sus variantes específicas. La ley es siempre una solución del caso promedio que el legislador conoció o pudo prever.

Puede así suceder que el caso actual, aunque formalmente aparezca comprendido en la norma, no esté jurídicamente cubierto por ella.

No se trata de un supuesto imaginario. Ya veremos cómo frente a la antigua ley de la renta, los tribunales estimaron que ciertos beneficios (aumento de capital) no estaban comprendidos en un precepto que gravaba todos los beneficios.

Ante tal situación el intérprete, el juez, tiene la obligación de desechar la norma formalmente aplicable. El resultado absurdo o injusto a que conduciría un criterio contrario, hace obligatorio que rechace la aplicación de la norma —formalmente válida— porque su sentido no es claro ante el caso específico. Deberá entonces recurrir a los medios que la ley le señala para determinar que es otra la norma aplicable o hacer uso de los medios supletorios que ella le franquea para la solución del litigio, si no encuentra la norma adecuada.

76. El reconocimiento por parte de los organismos de interpretación de que es el sentido de la ley y no su tenor literal el fundamento de la interpretación jurídica, es imperioso.

Todos los problemas que se suscitaron pocos años atrás por la aplicación de lo que se llamó los "resquicios legales" no habrían podido producirse.

La idea de resquicio legal indica un precepto, o a veces un inciso, que aislado, contradice el sentido general de la ley o del orden jurídico. Si ello sucede, significa que su literalidad está en contra del verdadero sentido de la ley. Si es el sentido de la ley lo que debe considerarse, no tienen validez en cuanto contraríen ese sentido, ya que deben interpretarse y aplicarse en conformidad a él.

Sólo un apego totalmente injustificado, en nuestro derecho, al tenor literal de la ley, por parte de los órganos de interpretación y especialmente de los organismos contralores, permitió que pudiera sostenerse la existencia de "resquicios legales" y vulnerar a través de ellos el ordenamiento jurídico.

Olvidaron que el sentido de la ley debe extraerse a través de un análisis integral que, como lo dijo la Corte de Santiago en 1964, no puede buscarse aislando las disposiciones o los incisos o separando una frase de las otras (R.D.J. t. 61, s. 2°, p. 24).

La Corte Suprema ha dejado en claro la necesidad de este análisis al decir que: "Para interpretar una norma jurídica no puede procederse a considerar sólo un fragmento de ella, aislándole del resto de que forma parte integrante, y mirarlo como una regla separada e independiente, pues así se llega a cambiar su significado. El conocimiento del verdadero sentido de una norma, su interpretación y aplicación cabal, exigen indispensablemente examinarla en su total contenido y amplitud (Fallos del mes, año VIII, N° 88, p. 11).

77. Para establecer el tenor literal de la ley el Código da algunas normas sobre la forma de establecer el significado de las palabras en sus artículos 20 y 21.

El primero dispone que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según su uso general, salvo las definidas expresamente por el legislador, a las cuales se dará su significado legal.

Este precepto fue tomado del art. 14 del Código Civil de la Luisiana que establece que "los términos de una ley deben entenderse generalmente en su significado más conocido y más utilizado, sin conceder tanta importancia a los refinamientos de las reglas gramaticales como a su acepción general y vulgar" *. Pero el concepto viene desde antiguo; ya el jurisconsulto Servio Sulpicio Rufo expresaba: "Las palabras deben entenderse en el sentido del uso común y no según las preferencias personales". (Dig. 33 - 10 - 7 (2)).

Se trata de resolver aquí el problema de semántica que se presenta a menudo al determinar el sentido literal de una disposición. Hay palabras cuyo significado es impreciso o múltiple; otras, cuyo contenido varía. El lenguaje es un elemento vivo que cambia a través del tiempo. Va perdiendo palabras que caen en desuso; se va enriqueciendo con otras que nacen de la evolución del medio social o del progreso, de la necesidad de referirse a nuevas ideas, productos o técnicas. Por último, una misma palabra puede ir cambiando de significación o comprender nuevas acepciones.

Basta leer la primera página del Quijote para apreciar lo distante que está de nosotros el concepto de "sayo de velarte", "calzas de velludo" o "vellorí de lo más fino". ¿Cómo podríamos encontrar en nuestro Código Penal, que se refiere detalladamente a las instalaciones telegráficas, los conceptos de radiocomunicación o de televisión, etc.? Constancia significaba antes tesón, firmeza, una virtud del alma; hoy significa también testimonio, prueba de la verdad de una cosa.

El significado natural y obvio nos enfrenta a dos problemas principales. El primero, saber si ese significado se refiere al que imperaba al dictarse la ley o al momento de su aplicación. El ejemplo más corriente es el concepto de loco o demente, que emplean tanto nuestro Código Civil como nuestro Código Penal. Debemos determinar si ese concepto de enajenación mental es el que imperaba al dictarse dichos Códigos o el que nos precisa la psiquia-

* Consultar Apéndice.

tría actual. (R.D.J. t. 58, s. 2°, p. 21; t. 62, s. 4°, p. 109). El otro problema es determinar dónde vamos a encontrar ese significado natural y obvio.

Durante mucho tiempo nuestros tribunales sostuvieron reiteradamente que el uso general de las palabras castellanas se encuentra establecido en el léxico o Diccionario de la Lengua Castellana (R.D.J. t. 37, s. 1°, p. 411). Son numerosísimas las sentencias que han dicho que las palabras no técnicas ni expresamente definidas por el legislador deben tomarse en su sentido natural y obvio, y es tal el que les da el Diccionario de la Lengua. (R.D.J. t. 22, s. 1°, p. 1.089; t. 23, s. 1°, p. 273; t. 27, s. 1°, p. 588; t. 30, s. 1°, p. 505; t. 35, s. 1°, p. 234; t. 40, s. 1°, p. 169, p. 281, p. 357; t. 49, s. 1°, p. 218).

Es evidente que este criterio no es exacto ni satisfactorio. Los cambios del lenguaje los adapta el Diccionario tardíamente y existen en muchas partes acepciones locales, ya sea por países o regiones. Manzana es el fruto del manzano; o bien, un conjunto aislado de casas. El Diccionario admite que en Chile y Argentina, es una cuadra cuadrada, esté o no edificada, circunscrita por sus cuatro costados; en el lenguaje corriente chileno es en realidad un terreno circunscrito por calles, edificado o no, sin necesidad de que sea cuadrado, ni siquiera un paralelogramo y cualquiera que sea la longitud de sus lados.

En el último tiempo nuestra jurisprudencia ha reaccionado sabiamente. En una sentencia del año 1963 la Corte examina el significado de la palabra "malhechor" y expresa: "Que el significado que el vocablo tiene ante el común de la gente es el correspondiente a "criminal", al que comete un hecho punible, al que delinque. El Diccionario de la Real Academia Española dice que "malhechor" es el que comete un delito, y especialmente aquel que lo ejecuta por hábito. Ahora cabe preguntar ¿en qué sentido tomó el legislador el vocablo? Evidentemente le dio el primer significado, por las razones que pasan a expresarse: a) Por el sentido que comúnmente se le da entre nosotros al vocablo...". (R.D.J. t. 60, s. 4°, p. 214). En otra sentencia de 1969, analizando la expresión "colecti-

va" dice que el argumento extraído por el recurso de la definición que contiene el Diccionario de la Real Academia Española no es suficiente, "que no es obligatorio someterse al registro de voces que es el Diccionario", sino que está permitido "aun en lo puramente lingüístico, recurrir al significado que en las circunstancias sociales en que se dictó la ley tienen las palabras", "porque el sentido natural de una palabra o frase es el que se le atribuye en el medio que la emplea" (R.D.J. t. 66, s. 1°, p. 29). Ante el mismo problema una sentencia posterior resuelve con igual criterio, sosteniendo que aun cuando la letra de la ley sea clara no lo es su sentido, es decir, su alcance (R.D.J. t. 67, s. 1°, p. 405).

Creemos que esta última jurisprudencia es la correcta: el fijar el significado de las palabras no es para el juez una simple operación mecánica de buscar la acepción correspondiente en el Diccionario de la Lengua, sino que debe establecerlo de acuerdo a su uso y al contexto y sentido de la disposición.

La parte final del art. 20 del Código Civil se refiere a las palabras que la ley ha definido expresamente para ciertas materias y a las cuales debe dárseles su significado legal. Esta es una idea original no contemplada en el Código de la Luisiana.

De acuerdo con esta disposición se ha fallado que las palabras que define una ley que versa sobre una materia determinada, se circunscriben a ésta y no pueden extenderse a otra ajena (R.D.J. t. 5°, s. 1°, p. 472; t. 62, s. 1°, p. 251).

No creemos que esta doctrina pueda formularse en forma tan extrema. Es curioso que ambas sentencias citadas se refieren a definiciones del Código Sanitario que no pueden hacerse valer en problemas de tributación. Pero el propio antiguo Código Sanitario de 1931 vigente hasta 1935, en su art. 172 contenía una definición de demencia. No vemos por qué esa definición no habría podido emplearse —aun "versando el Código Sanitario exclusivamente sobre la salubridad pública"— para fijar el

alcance y significado del mismo término usado en otros cuerpos legales como el Código Civil o el Código Penal.

Es necesario considerar, por otra parte, que no siempre la definición legal es correcta. Así el art. 44 del Código Civil define el dolo como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Esta no es la única posibilidad; puede consistir también en un acto doloso cuya finalidad no sea inferir daño a un tercero, sino producir para el autor una ganancia o beneficio material o personal.

Asimismo, no siempre la ley emplea con propiedad y adecuadamente los términos por ella definidos. El propio Código Civil define en el art. 670 la tradición como "un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo". Ahora bien, el comodato es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa, entrega que no tiene ninguna de las características señaladas ya que el comodante no se desprende del dominio ni lo adquiere el comodatario. Sin embargo, el inciso final del art. 2.174 dispone: "Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa".

Otras veces el término definido por la ley tiene también un sentido vulgar y la ley lo puede usar con este último significado. Así se ha fallado respecto a la palabra "transacción" (R.D.J. t. 37, s. 1^o, p. 531).

De lo anterior resulta que no puede aplicarse en forma absoluta el precepto que ordena que a los términos definidos por la ley se les dé siempre su significado legal.

Finalmente el art. 21 se refiere a las palabras técnicas de toda ciencia o arte, estableciendo que "se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

Esta disposición está tomada del art. 15 del Código Civil de la Luisiana *. Hay un cambio en las expresiones,

* Consultar Apéndice.

porque dicho artículo 15 habla de "artes, oficios o profesiones". Estimamos más acertada la redacción de Bello. Pero hay un agregado importante al artículo original, que no contiene la salvedad de cuando aparezca que se han tomado en un sentido diverso.

Una nota de Andrés Bello al art. 18 a) del proyecto de 1853, actual art. 21, aclara su pensamiento al respecto: "He introducido limitaciones que me parecen necesarias. La palabra, sea técnica o no, puede emplearse impropriamente en una ley, sobre todo por falta de conocimientos especiales de sus autores. ¿Sería racional tomar la palabra en diferente sentido que el legislador?"

Corresponderá al intérprete determinar si la palabra se ha utilizado en su sentido técnico o vulgar, y, en el primer caso, determinar cuál es ese significado técnico.

Para terminar el análisis del método gramatical es preciso destacar que las dificultades pueden no ser siempre de orden semántico, sino referirse a problemas de sintaxis.

Basta recordar aquí, por ejemplo, las opiniones encontradas a que ha dado lugar el establecer si la condición a que se refiere el art. 1554 del Código Civil, referente al contrato de promesa, debe ser necesariamente una condición determinada, o si puede ser indeterminada.

Igualmente, las discusiones a que dio lugar el alcance de la expresión "así mismo" que contenía el inciso final del art. 1061 del Código Civil, antes de ser modificado por la ley 10.271.

La necesidad de un análisis de la sintaxis de la ley lo ha señalado la jurisprudencia al resolver que "el sentido de la ley no puede buscarse aislando una disposición de otras, ni un inciso de un mismo artículo de otros, ni —mucho menos— tratándose de una sola regla, separando una frase de las otras (R.D.J. t. 61, s. 2^o, p. 24).

Por otra parte no siempre coinciden la corrección gramatical y la claridad del sentido de la norma. Como dice una sentencia: "las proposiciones pueden hallarse correcta o incorrectamente formuladas y ser más oscura una norma construida con todas las reglas de la gramática que

otra formada por oraciones mal construidas pero cuyo sentido es claro. El carácter normativo de las proposiciones no depende de su forma gramatical sino de la índole de los juicios que encierran y de su contenido objetivo" (R.D.J. t. 61, s. 2ª, p. 24).

78. El inciso 2º del art. 19 del Código Civil establece: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento"

Este inciso fue tomado por Andrés Bello del art. 18 del Código de la Luisiana que dispone: "El medio más universal y eficaz para descubrir el verdadero sentido de una ley, cuando sus expresiones son dudosas, es considerar la razón y el espíritu de esta ley o la causa que determinó a la Legislatura a dictarla" *.

Esta disposición, a diferencia de las otras en esta materia del Código de la Luisiana, es original; no tiene antecedentes en los proyectos que precedieron al Código de Napoleón.

Aunque el legislador de la Luisiana abandona el falso criterio de la voluntad del legislador su fórmula lleva una alternativa indeterminada. En efecto, para buscar el sentido de la ley puede considerarse su razón o espíritu, es decir, realizar una interpretación teleológica buscando la finalidad de la ley, o sea, la *ratio iuris*. Al mismo tiempo permite que se busque la causa que determinó su dictación. Son dos conceptos muy distintos establecer la finalidad de la ley que investigar la causa o motivo de ella, o sea, la *ocasio legis*.

La claridad de pensamiento de Andrés Bello hace desaparecer en la redacción de nuestro Código esta dualidad, ya que se refiere exclusivamente a la razón o espíritu de la ley.

La intención de la ley es la de determinación de su voluntad en orden a un fin.

Como explica Emilio Betti, frente a la correlación que

* Consultar Apéndice.

la norma establece entre un caso concreto y determinado tratamiento jurídico, el intérprete debe preguntarse no sólo "cómo" sino también "por qué" debe funcionar esa correlación. En otros términos, junto al momento lógico debe tenerse presente el momento teleológico de la norma jurídica; conjuntamente con el contenido lógico de la fórmula legislativa se debe indagar la *ratio iuris*, que determina su valor normativo⁹⁹.

Debemos dejar en claro que esta finalidad es la finalidad objetiva de la ley; "su" intención o espíritu, como expresamente lo dice el inc. 2º del art. 19. Más adelante volveremos sobre este punto.

79. El inciso 2º del art. 19, que analizamos, emplea el término "expresión". Algunos autores y sentencias han considerado que está usado en el sentido de "término" o "palabra".

No lo consideramos así. El artículo del Código de la Luisiana del que fue tomado el precepto, usa la frase en plural "sus expresiones", indicando claramente que se refiere al contenido conceptual de la disposición. Este es evidentemente el alcance que también tiene en el inc. 2º del artículo 19. En primer término, resultaría absurdo que para un problema de semántica hubiera que recurrir a los dos métodos alternativos que contempla la disposición para fijar la intención o espíritu de la ley. Esta intención o espíritu determina el sentido global de una disposición, lo que los autores llaman el discurso. Los medios referidos son inadecuados y, en todo caso, no se justificarían, para el solo objeto de fijar el significado de una palabra aislada.

Desde otro punto de vista, este alcance restringido significaría que el método histórico, a diferencia del lógico y sistemático, sólo podría emplearse para fijar el significado de un término y no el sentido de la disposición.

Por lo demás, cuando se trata de fijar cómo deben entenderse las palabras de la ley, el Código lo hace con latitud en los dos artículos siguientes, 20 y 21, que ya hemos analizado.

En ellos, por otra parte, el Código para referirse a las

palabras emplea precisamente ese término "palabras" y no el término "expresiones".

Por estas consideraciones no dudamos que el término "expresión" que utiliza el inciso 2º del art. 19 se refiere al contenido conceptual, al sentido de la disposición.

80. El precepto que analizamos autoriza, frente a un sentido oscuro de la ley, a recurrir a su intención o espíritu.

Ya vimos que la intención es la determinación de su voluntad con relación a un fin.

Como decía Rudolph von Ihering, el derecho no es un criterio absoluto de verdad, sino que es un criterio relativo de finalidad, no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico¹⁰⁰

La jurisprudencia de intereses amplió esta noción de finalidad de la ley, pues estimó que Ihering no había sacado todas las consecuencias implícitas en ella, ya que el fin último de toda legislación consiste en regular de modo apropiado las relaciones interhumanas¹⁰¹. Esta aplicación teleológica conduce a una valoración comparativa de los intereses en juego. Para esta valorización el juez, sin ser por eso un autómatas, está obligado a obedecer el derecho positivo y a aplicar el criterio valorativo establecido por la legislación vigente.

81. Esta intención o espíritu, esta finalidad de la ley es, dentro de la norma que analizamos, un concepto absolutamente objetivo. Lo que debe buscarse es la finalidad manifestada claramente en la propia ley.

No tiene cabida aquí —como lo volveremos a analizar— el subjetivismo que resultaría de buscar una supuesta voluntad del legislador; no tiene cabida tampoco el subjetivismo del intérprete, al que toca sólo reconstruir el sentido de la ley, tarea en que no deben tener influencia preferencias personales de carácter contingente o arbitrario.

Esta objetividad está reiteradamente manifestada en todo el art. 19.

En ambos incisos se habla de "su" espíritu, "su" inten-

ción o espíritu, es decir, los objetivamente contenidos en la ley.

Este concepto es aún mucho más evidente si consideramos la frase que Andrés Bello agregó a la disposición y que no existía en el Código de la Luisiana: "claramente manifestados en ella misma". Es difícil imaginar una redacción más definitiva al respecto. Es pues, dentro de la propia ley, donde el intérprete debe buscar la intención o espíritu de la misma con el objeto de fijar su claro sentido.

Andrés Bello introdujo aquí un concepto nuevo y personal, la lógica de cuya aplicación es precisa, pero que, por su total originalidad, crea algunas dudas.

El método o criterio interpretativo que el Código señala aquí no es indudablemente el elemento gramatical, ya que éste está considerado en el inc. 1º, y el que analizamos está claramente diferenciado dentro de la disposición. No es tampoco el elemento histórico que el inc. 2º propone como alternativo. La intención o espíritu de la ley se busca en ella misma, para ver si está claramente manifestada, en defecto de ello, y para el mismo objeto, se puede recurrir a su historia fidedigna. Nos encontramos entonces frente a un método lógico, que está considerado además en el inc. 1º del art. 22.

Se podría sostener que Bello ha establecido aquí un método nuevo y original de interpretación que queda fuera de los reconocidos históricamente.

No nos parece así. Estimamos que al establecer en este precepto el legislador la búsqueda *intra legem* del sentido de la ley, lo hace para enfatizar el carácter objetivo de la interpretación y, en cuanto método, establece ya aquí el elemento lógico para realizarla. Se trata de encontrar el sentido de la ley buscándolo en ella misma. Una guía será determinar las relaciones lógicas que deben unir sus distintas partes. En otros términos, el inc. 1º del art. 22 señala un criterio para aplicar la norma del inc. 2º del art. 19.

Esta parece ser la opinión de Alessandri y Somarriva,

que dicen: "El inc. 1º del art. 22 concuerda especialmente con el inc. 2º del art. 19"¹⁰².

La disposición del inc. 1º del art. 22 es entonces complementaria de la del inc. 2º del art. 19 y su correlación sirve para dejar aún más claro que lo que persigue este último precepto es fijar el sentido de la ley, ya que el artículo 22 reitera el término y la idea de "sentido" al decir que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes.

Una materia en la cual nuestros tribunales buscaron el sentido de la ley en ella misma no obstante la amplitud de sus términos gramaticales, la encontramos en la interpretación del artículo 13 de la antigua Ley de la Renta N° 8419. Dicho artículo decía: "Todas las rentas, beneficios o utilidades, cualquiera que sea su origen, naturaleza o denominación y cuya imposición no esté expresamente establecida en otras disposiciones de esta ley, serán gravadas con arreglo a la tasa y demás disposiciones de esta categoría (3ª)".

Sin embargo de la amplitud gramatical de esta disposición, en una jurisprudencia reiterada los tribunales resolvieron que el artículo citado no se refería a las entradas que tuvieran el carácter de capital o aumento de capital; que la ley gravaba las "rentas" y que estos son beneficios que se adquieren sin consumir la fuente productora o sin desmedro de ella; que la disposición no cubría las indemnizaciones, porque indemnizar significa resarcir de un daño o menoscabo material o moral.

Así la jurisprudencia, buscando el sentido de la ley intrínsecamente en ella, elaboró toda una teoría de diferenciación (que la ley de la renta no efectuaba) entre renta y aumento de capital, entre renta e indemnización (R.D.J. t. 55, s. 1º, p. 159; p. 225; s. 2º, p. 64; t. 57, s. 1º, p. 90; p. 230; p. 386; t. 58, s. 1º, p. 468; t. 59, s. 1º, p. 41; p. 382; t. 67, s. 1º, p. 168).

Es interesante recalcar que la ley gravaba aparentemente todos los "beneficios" (distintos de renta) y, no obstante este claro tenor literal, la jurisprudencia estimó que el

sentido de la ley era otro y que no abarcaba el indudable beneficio que representa el aumento de capital.

Esta materia refleja un caso muy claro en que nuestra jurisprudencia apreció en toda su amplitud el carácter normativo y creador de la interpretación judicial. Es curioso que ninguna de las sentencias se refiera a una supuesta voluntad del legislador; tampoco aplican en forma alguna el método histórico, sino que buscan el sentido de la ley "claramente manifestado en ella misma", como lo estatuye el inc. 2º del art. 19, sentido que estiman no está claro en el texto de la ley no obstante la amplitud y precisión gramatical de los términos usados en la disposición.

3. El elemento histórico

82. Para determinar el sentido de la ley el intérprete puede también buscar su intención o espíritu en la historia fidedigna de su establecimiento. Esto es lo que se denomina el método histórico.

Numerosas sentencias han estimado que constituyen elementos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley: la discusión habida en el Congreso al tiempo de tratarse el proyecto; los informes de las comisiones respectivas; las actas de las sesiones de los cuerpos legisladores y de dichas comisiones informantes (R.D.J. t. 30, s. 1º, p. 83; t. 36, s. 1º, p. 165; t. 32, s. 1º, p. 415; t. 34, s. 1º, p. 1; p. 249; t. 38, s. 1º, p. 447); el mensaje con que se acompañaron los proyectos (R.D.J. t. 32, s. 1º, p. 75; t. 38, s. 1º, p. 447); la opinión del autor de una ley emitida antes o al tiempo de su dictación en forma extraoficial y de la cual hay testimonio (R.D.J. t. 36, s. 1º, p. 261); la fuente de la ley y la opinión de tratadistas considerada por el legislador (R.D.J. t. 26, s. 1º, p. 517; p. 644; t. 29, s. 1º, p. 27; t. 30, s. 1º, p. 1).

En toda esta jurisprudencia hay una absoluta confusión respecto a lo que debe indagarse a través de la historia fidedigna del establecimiento de la ley y aparece muchas veces la determinación de una supuesta voluntad del legislador.

Hay que dejar en claro que el inc. 2º del art. 19 autoriza a recurrir a la historia fidedigna de la ley para determinar la intención o espíritu objetivamente contenidos en la norma.

Sólo algunas sentencias lo han entendido así, por ejemplo, al manifestar que el espíritu y finalidad de una ley no pueden considerarse exteriorizados en la opinión de algunos congresales, si no hay testimonio de que dicha opinión fue generalmente compartida en el parlamento (R.D.J. t. 15, s. 1º, p. 172; p. 259).

83. Dos grandes falacias han imperado en nuestra interpretación judicial de la ley. La primera ha sido el respeto al tenor literal de los textos; la segunda, creer que la labor del intérprete tiene como fin reconstituir el mítico pensamiento o voluntad del legislador.

Hemos examinado ya la primera y hemos creído demostrar que lo que nuestra ley preceptúa es que debe buscarse la claridad del sentido de la ley y no la claridad gramatical del precepto; que sólo una vez determinado el verdadero sentido de la ley con relación al caso específico, podrá decirse si la proposición de la norma está correctamente formulada.

Respecto a la segunda ya nos hemos referido anteriormente señalando cómo la teoría de la interpretación ha demostrado la imposibilidad de determinar esta presunta voluntad del legislador, igualmente su irrelevancia. Es de la naturaleza de la ley su permanencia y su aplicación en el porvenir; sería absurdo pretender, en el transcurso del tiempo, encontrar una supuesta voluntad del legislador cuando se trata de aplicarla a casos futuros que en su contexto, en sus características, en sus circunstancias, fueron imprevistos o imprevisibles para el legislador.

Ahora, frente a nuestra legislación positiva, es preciso aclarar perfectamente que no hay disposición reguladora que autorice o permita recurrir a una supuesta voluntad del legislador como criterio o elemento de interpretación.

No obstante lo anterior, ha sido tanta la fuerza ejercida por la escuela tradicional francesa en nuestros autores y

jurisconsultos, y a través de ellos, en nuestros jueces, que la voluntad del legislador se ha transformado en un dogma muy rara vez combatido.

Paulino Alfonso, en 1892, no obstante su preferencia por el respeto absoluto al tenor literal de la ley, decía a propósito del art. 22 que una disposición ambigua u obscura debe interpretarse conforme al pensamiento del legislador, si del contexto de la ley se deduce claramente dicho pensamiento¹⁰³.

Luis Claro Solar dice textualmente: "La obra del intérprete, como hemos dicho, es reconstituir el pensamiento del legislador"¹⁰⁴.

Arturo Alessandri y Manuel Somarriva defienden el respeto al tenor literal, porque las palabras revelan el pensamiento del legislador. Agregan: "el pensamiento del legislador también puede quedar en evidencia por el estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley"¹⁰⁵.

Este mismo criterio ha sido aceptado casi sin reservas por nuestra jurisprudencia. Así se ha fallado que las palabras de la ley deben ser interpretadas de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador (R.D.J. t. 25, s. 1º, p. 317). Que es lícito recurrir a otros métodos de interpretación de la ley, que no sea el sistema gramatical, sólo cuando no aparezca en ella misma claramente manifestado el pensamiento del legislador (R.D.J. t. 27, s. 1º, p. 101; t. 31, s. 1º, p. 317; t. 33, s. 1º, p. 337). Una sentencia que ya hemos citado, y que hace un acucioso estudio de nuestras normas de interpretación, habla de "buscar el pensamiento y los móviles del legislador"; de "cuando el pensamiento del legislador no ofrece dudas"; de "la idea del legislador" (R.D.J. t. 56, s. 1º, p. 207).

Es cierto que Andrés Bello se refirió a la voluntad del legislador en algunos comentarios. Así lo hace en la nota particular al Proyecto Inédito, donde habla de "la razón que ha determinado la voluntad del legislador", pero tiene temor al sistema, ya que agrega: "pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias".

Asimismo en el artículo de "El Araucano", que ya citamos en anteriores capítulos, dice que "lo que sucede las más veces es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia".

Ignoraremos si fue debido a este temor o por obra de otra de sus genialidades intuitivas, que Bello abandonó toda referencia a la voluntad del legislador al redactar las normas sobre interpretación. Lo anterior, no obstante que transcribió en gran parte el art. 18 del Código de la Luisiana * al redactar el inc. 2º del art. 19 del Código Civil. El art. del Código de la Luisiana se refería expresamente a la causa que ha determinado a la legislatura a dictar la ley. Al modificar el texto que le sirvió de modelo, eliminando precisamente esta referencia, Andrés Bello demuestra una intención meditada de abandonar el concepto de la voluntad del legislador.

Por lo demás esta evolución de su criterio se produjo en otras materias. En lo relacionado con la interpretación hemos visto cómo en sus artículos se mostraba partidario del respeto al tenor literal de la ley y, sin embargo, no tradujo ese concepto en la letra del Código ni en el mensaje del mismo, y tampoco en la práctica. En la obra que hemos citado, ya Paulino Alfonso se queja de que Andrés Bello "cuando consultado sobre la mejor manera de interpretar el N.º 1 del art. 1618 del Código, dio de él una interpretación incompatible con el principio de que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu" ¹⁰⁰.

84. Si examinamos la norma del párrafo 4º del Título Preliminar de nuestro Código, veremos que no hay referencia directa ni indirecta a la voluntad del legislador.

Las únicas alusiones a la legislación las encontramos en los arts. 19, inc. 2º, que habla de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y 24 que se refiere al espíritu general de la legislación.

Comúnmente la referencia a la voluntad del legislador

* Consultar Apéndice.

se ha hecho partiendo del inc. 2º del art. 19. No hay ningún asidero para ello.

En primer término el precepto no habla de la voluntad del legislador sino de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, conceptos que no son coincidentes. La historia de la ley puede decirnos cuándo se dictó, cómo se dictó, situaciones que no se relacionan con el esclarecimiento de una expresión de voluntad. Podrá señalarse por qué se dictó, es decir la razón de la ley, pero el "motivo" no puede identificarse con la "voluntad". Podrá indicarnos, por último, para qué se dictó, pero esto va a esclarecernos la *ratio legis*, la razón o finalidad de la norma que puede o no coincidir con una imprecisable voluntad del legislador.

Pero más que esto, el precepto nos dice para qué puede recurrirse a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y ello es para determinar su razón o espíritu, los de la ley, no los del legislador. Basta analizar la disposición: "se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados... en la historia fidedigna de su establecimiento". Así que lo que se busca es la intención o el espíritu objetivo de la ley y no la intención subjetiva del legislador.

Por último, esta objetividad resulta más nítida si vemos que la historia fidedigna es uno de dos elementos para fijar la intención o espíritu de la ley. El primero es analizar si ellos aparecen claramente manifestados en ella misma. Creemos innecesario insistir que este análisis lógico y objetivo de la norma fue una creación reflexiva y original de Bello, ya que no aparecía en el artículo del Código de la Luisiana que le sirvió de modelo.

Igualmente el artículo 24 al considerar una interpretación de la ley "del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación", no da en absoluto cabida a una búsqueda de la voluntad del legislador. Es el espíritu general de la legislación lo que hay que establecer, no otra cosa, y, por lo demás, la legislación general necesariamente será el fruto de muchos legisladores.

Frente a este análisis exegético de las disposiciones no entendemos cómo ha podido sostenerse entre nosotros que la interpretación tiene por objeto buscar la voluntad del legislador. Creemos que ello contraría formalmente nuestro ordenamiento positivo.

El juez, si cree que ha podido desentrañar la supuesta voluntad del legislador, podrá utilizarla subjetivamente al realizar las valorizaciones que le impone su ministerio interpretativo, pero no podrá invocarla como un método válido de interpretación porque nuestras normas positivas no lo consideran.

Es curioso cómo una jurisprudencia cuyas fallas provienen de un apego exagerado al texto formal de la ley, ha podido sostener algo que no sólo le es extraño, sino que la contradice y vulnera.

La reiterada búsqueda de una mítica voluntad del legislador sólo prueba lo que un profesor chileno llamaba "la pertinacia de ciertas aberraciones".

4. El elemento lógico

85. Nuestro Código no habla específicamente del método lógico de interpretación, pero parece indudable que a él se refieren el inc. 2º del art. 19 y el inc. 1º del art. 22 del Código Civil.

Debemos pensar que Andrés Bello tenía presente la obra de Savigny, para quien la hermenéutica era la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley y para cuyo efecto existían cuatro elementos: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Siendo el lógico el análisis estructural del pensamiento expresado por el legislador¹⁰⁷.

Si por pensamiento ínsito de la ley se entiende no la voluntad subjetiva del creador de la norma, sino el contenido objetivo de la expresión empleada, la definición que Savigny propone puede considerarse como correcta¹⁰⁸. Esta reflexión de García Maynez es innecesaria entre nosotros, ya que, como lo hemos señalado, nuestro Código se refiere al "sentido de la ley" y expresa "claramente manifestados en ella misma".

Nuestros autores concuerdan en la consideración del método lógico, aunque algunos no aprecian toda la extensión que le ha dado nuestro Código. Claro Solar al examinar el inc. 1º del art. 22 expresa: "He aquí el elemento lógico de interpretación", es decir, lo relaciona tan sólo con dicha disposición¹⁰⁹. Pescio dice que el método lógico se caracteriza "por la utilización de los recursos del razonamiento, para descubrir la intención o espíritu del precepto legal que se trata de interpretar: se procede a comparar el texto con las demás disposiciones del cuerpo legal, o ley de que forma parte, o bien, con otras leyes. Este es el método que consagra el artículo 22"¹¹⁰. Alessandri y Somarriva, aunque señalan la concordancia del inc. 2º del art. 19 con el inc. 1º del art. 22, se limitan a analizar el alcance de este último¹¹¹.

Aunque en el proyecto de 1853 Andrés Bello señala como fuentes del art. 22 los artículos 16 y 17 del Código de la Luisiana, su concepto y redacción difieren sustancialmente de los preceptos originales*. Dice el art. 16 del Código de la Luisiana: "Cuando las expresiones de una ley son dudosas se puede buscar su significado examinando y comparando los términos o frases ambiguas con las otras partes de la ley para determinar su verdadero sentido". Por su parte el art. 17 expresa: "Las leyes sobre una misma materia deben interpretarse según su relación recíproca, lo que es claro en una ley puede servir para explicar lo que es dudoso en otra"*.

La pedestre redacción del art. 16 de la Luisiana se transforma, en la magnífica pluma de Bello, en el inc. 1º del art. 22 del Código Civil: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas debida correspondencia y armonía".

Pero el método lógico de interpretación no está sólo aquí, sino que nace cuando el intérprete debe buscar el sentido de la ley, de acuerdo al inc. 2º del art. 19, recurriendo "a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma".

* Consultar Apéndice.

86. Para esta búsqueda el intérprete debe utilizar alguna forma de raciocinio, ya que no puede hacerlo intuitiva o arbitrariamente, sino que tiene que emplear al efecto un proceso lógico. Las sentencias judiciales deben contener las consideraciones que sirven de fundamento a la resolución.

Pero indudablemente no estamos aquí en el terreno de la lógica pura, ya que no se trata de determinar si una proposición es verdadera o falsa, sino que debemos determinar si una norma tiene o no validez, lo que los autores llaman un valor deóntico.

La lógica pura o formal trabaja con proposiciones descriptivas que conducen a la certeza o a la evidencia. El raciocinio jurídico no es un raciocinio de naturaleza puramente formal: debe referirse a la selección de las normas y a la determinación de su sentido; al mismo tiempo, a la descripción y calificación de los hechos, y, por último, si las normas son o no aplicables al hecho que se juzga.

Por eso es indispensable no confundir la lógica pura o formal con esta lógica particular que constituye la lógica jurídica.

Para esta última el análisis gramatical de la norma es sólo un punto de partida, porque su tarea es establecer el sentido oculto, objetivo del precepto.

En este sentido, el intérprete dispone de los métodos más diversos, que ya hemos analizado y que pueden clasificarse, en general, en tres grupos: medios lógicos; medios retóricos o paralógicos, y medios puramente jurídicos (extralógicos). Estos últimos son extralógicos en relación a las dos lógicas precedentes, pero no quiere decir que se trate de raciocinios irracionales¹¹².

La idea aceptada durante muchos años, especialmente en Francia, era que en la interpretación jurídica sólo cabía aplicar los métodos de la lógica formal, es decir, el razonamiento deductivo. Paul Janet en su Tratado de Filosofía expresa: "El método propio de la jurisprudencia es el método deductivo. En efecto, la jurisprudencia no tiene que buscar sus principios; los recibe hechos de la

legislación: son las leyes escritas". . . "La ciencia jurídica no tiene otro objeto que deducir las aplicaciones de la ley, o conciliar entre ellas las diversas leyes, lo que es obra de la deducción"¹¹³.

Hoy día la lógica tradicional no es aceptada en la interpretación práctica ni en la teoría de la interpretación.

Se señala que el juez debe elegir las premisas sobre las cuales va a fundar su sentencia: En primer lugar la premisa mayor, si se presenta el problema que haya más de una norma de aplicación posible, y, en todo caso, debe fijar el alcance de dicha norma. Al mismo tiempo debe fijar la premisa menor, o sea, el establecimiento y calificación de los hechos relevantes, lo que significa efectuar operaciones estimativas y valorativas. Por lo tanto, si se trata de llegar a un silogismo, éste será sólo una apariencia, porque todos los antecedentes que lo componen habrán sido establecidos por un procedimiento ajeno a la deducción.

El ejemplo más simple sirve para aclarar la idea. Si decimos: el contrato de compraventa de bienes raíces debe otorgarse por escritura pública. 'X' es un contrato de compraventa de bienes raíces; por tanto, 'X' ha debido otorgarse por escritura pública. El juez tal vez no habrá tenido dificultad en la selección de la norma, pero ha debido establecer previamente que: 'X' es un contrato, que 'X' es un contrato de compraventa, que el objeto de esta compraventa son bienes raíces.

Si el juez ha debido establecer la segunda premisa, y normalmente deberá establecer ambas, ya no nos encontramos en presencia de un proceso de lógica formal, porque lo que nos interesa es cómo se establecieron esas premisas y no la conclusión una vez ellas establecidas. La conclusión dependerá de la forma en que el juez establezca o desee establecer las premisas.

Por otra parte, mientras la norma general utiliza categorías genéricas y términos abstractos, la norma particular, la individualización jurisdiccional del derecho —que constituye la sentencia—, se refiere a sujetos determinados, a categorías específicas y a casos concretos; por lo

tanto, contiene determinaciones singulares no incluidas en la norma general.

Por esto la norma general, la ley, no es nunca un derecho directamente aplicable, es sólo uno de los elementos del contenido de la sentencia, que es la que contiene fuerza ejecutiva, el derecho aplicado directamente.

Por otra parte una norma legal no es proposición válida por sí misma sino que está encaminada a producir determinados efectos. No es un principio físico que es válido cualesquiera que sean las consecuencias que produzca. Por eso, el juez, ante una norma aparentemente aplicable debe ver si se cumple su razón o espíritu frente al caso específico. Si no se cumple debe abandonar la norma o valorizarla entendiendo su sentido de modo de llegar a un resultado justo.

De todo esto resulta que en el aspecto de la interpretación lógica, como dice Karl Engisch: "El aspecto más importante del problema no es el que estriba en determinar la estructura lógica del razonamiento aplicador, sino el relativo a los procedimientos de que el juez debe valerse para formular las premisas".

Ahora bien, si va a ser imposible para el intérprete utilizar un procedimiento de lógica formal, debemos analizar qué clase de razonamiento puede emplear.

Ya Aristóteles distinguía entre lo "apodíctico" que es el campo de la verdad, de lo "dialéctico" que es el campo de lo meramente opinable. Dentro de esta última situó la retórica o arte de la discusión y la tópica.

En la dialéctica no partimos de premisas absolutas, sino tan sólo de proposiciones prudentes, generalmente probadas y aceptadas.

Como señala Aristóteles en su *Tópica*, en lo apodíctico hay una razón científica, porque las cosas no pueden ser de otra manera: nadie discute sobre las cosas que no pueden ser distintas. La razón dialéctica, como no parte de premisas indiscutibles, admite la deliberación y el debate se aplica a los problemas de la conducta humana.

Por lo tanto, el pensamiento jurídico es un pensamiento sobre problemas que deben resolverse sin dejarse influir

por una preconcebida doctrina total¹¹⁴; o, como dice Heck, el problema debe aprehenderse como una cuestión abierta, ponderar comparativamente los puntos de apoyo de todas las soluciones posibles, así como también de las objeciones correspondientes, y alcanzar finalmente la solución.

Como existen varias soluciones posibles y hay un debate debe emplearse la argumentación, que es precisamente el tipo de razonamiento empleado por el jurista. Mientras en la lógica formal y analítica el criterio de la verdad es la evidencia, en la argumentación la verdad la constituyen las opiniones relativamente más seguras y mejor experimentadas, porque tiene su sentido en lo verosímil, lo plausible y lo probable. La razón, examinando los juicios que la fundamentan, decidirá cuál es la tesis, la opinión más plausible¹¹⁵.

A la reivindicación hecha por Perelman de la argumentación dentro de la lógica jurídica, debemos añadir las ideas que ya hemos señalado de Viehweg¹¹⁶: que concurriendo en que el derecho no puede seguir una línea sistemática y deductiva, señala que muchas veces la interpretación introduce el punto de vista de la tópica en el tratamiento jurídico; o sea, la búsqueda de premisas prudentes para la solución de un problema práctico sometido a discusión. Expusimos antes cómo este modo de pensar se remonta a Aristóteles y Cicerón.

87. La regla de hermenéutica que establece el inc. 1º del art. 22 significa que una disposición legal no puede considerarse aisladamente para su interpretación (R.D.J. t. 32, s. 1º, p. 75). El sentido de la ley no puede buscarse aislando una disposición de otra, ni un inciso de un mismo artículo de otros, ni —mucho menos—, tratándose de una sola regla, separando una frase de las otras (R.D.J. t. 61, s. 2º, p. 24).

La disposición consagra un elemento especial de juicio para buscar lógicamente el sentido de la ley.

El inciso 1º del artículo 22 dice que entre todas las partes de la ley debe existir la debida correspondencia y

armonía. Aunque ambos términos pudieran aparecer sinónimos, en realidad ambos complementan una idea matriz. El primero indica la conformidad de una cosa con otra, es decir, la correspondencia que debe existir entre todas las partes de la ley. El segundo indica el carácter de esta correspondencia, ya que armonía es la conveniente proporción y correspondencia. Es decir, no basta la relación, sino que esta relación debe ser armónica para encontrar el contexto uniforme de la ley, ya que es esta uniformidad la que servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes.

Como dice Giuvenzo Celsio en el Digesto: "Es inelegante juzgar o responder atendiendo a una expresión de la ley, sin haber considerado atentamente la ley entera" (Dig. 1-3-24).

El problema de la disposición es determinar si, fuera de constituir un criterio de interpretación, puede fundamentarse también en ella una aplicación analógica de la ley.

Lo anterior resulta más evidente si consideramos el inc. 2º de la disposición que dice: "Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

Ante todo debemos señalar que no debe confundirse la interpretación extensiva con la analogía.

En la primera se extienden los conceptos utilizados por el legislador, se los aplica de una manera extensiva, dejando de lado sus elementos específicos y dando preferencia a su contenido genérico.

La analogía, llamada también argumento *a pari*, expresión usada por el Código de la Luisiana, consiste en aplicar las consecuencias de una norma que regula un caso previsto por la ley a un caso no previsto por ella, pero parcialmente igual. Es decir, no se trata de casos idénticos —el previsto y el no previsto— sino sólo de casos semejantes.

Según García Maynez la analogía es, en realidad, la creación de una norma nueva, que aplica a un caso dis-

tinto, pero semejante, el mismo precepto que regula el caso similar¹¹⁷.

Pero esta observación no toma en cuenta el doble carácter que puede asumir la analogía: como sistema de interpretación o como elemento de integración.

La analogía que considera el artículo 22 es indudablemente una analogía interpretativa; el inciso primero habla de ilustrar el sentido de una disposición; el inciso segundo de ilustrar los pasajes oscuros de una ley. Por lo tanto, en ambos casos, se trata de buscar el verdadero sentido de una norma existente y no, como en la integración, de aplicar el contenido jurídico de una norma particular a un caso específico no cubierto por dicha norma ni por otra de validez formal.

La analogía, como elemento de integración, no puede usarse directamente para ese efecto. El N° 5º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil establece que las sentencias deben contener la ley o los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo. Por lo tanto, la analogía será solamente la razón, o una de las razones, en que se base el principio de equidad que debe servir de fundamento al fallo.

Nuestros tribunales han aceptado la aplicación analógica, a veces directamente, al decir, por ejemplo, que un precepto debe aplicarse aun a los casos no contemplados por el legislador cuando existen razones aún más poderosas que las que determinaron su establecimiento en un caso especial (R.D.J. t. 42, s. 2º, p. 27); al aplicar en materia civil las reglas sobre responsabilidad precontractual del Código de Comercio (R.D.J. t. 34, s. 2º, p. 28). A veces lo han hecho indirectamente al determinar la aplicación restrictiva de las leyes de excepción "por más aparentes que sean las razones de equidad o analogía que aconsejen otra cosa" (R.D.J. t. 40, s. 1º, p. 1; t. 44, s. 1º, p. 50).

Otra sentencia ha considerado sólo el carácter hermenéutico de la analogía al establecer que puede aplicarse para ilustrar los pasajes oscuros de una ley, pero no para

crear una nueva fuente de obligaciones (R.D.J. t. 46, s. 2°, p. 48).

En todo caso, para la aplicación del art. 22 los textos legales analizados deben ser armónicos y versar sobre materia análogas o semejantes, es decir, que estén relacionadas entre sí (R.D.J. t. 61, s. 1°, p. 43).

88. En los arts. 4° y 13° el Código Civil dispone la primacía de la ley especial sobre la ley general, estableciendo el primero que las normas de los Códigos especiales se aplicarán preferentemente a las del Código Civil y preceptuando el segundo que "las disposiciones de una ley relativa a casos o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición".

El art. 22 del Código Civil dispone que las distintas partes del ordenamiento jurídico deben interpretarse de manera que se guarde entre ellas la debida correspondencia y armonía. De esta norma es una aplicación conceptual la del art. 13, en cuanto ordena la primacía de las leyes especiales sobre las generales (F. del M. año VIII, N° 28, p. 29).

Las normas especiales son distintas de las normas de excepción: estas últimas representan principios contradictorios u opuestos al derecho común; en cambio, las especiales son sólo variantes de los principios de derecho común u otra forma de aplicarlos. Muchos de los problemas de la interpretación analógica han nacido de la confusión entre ambos tipos de disposiciones, ya que es evidente que la norma excepcional no admite una aplicación por analogía.

Como el art. 13 habla de "la misma ley", se ha fallado erróneamente que la norma no opera en el conflicto de los preceptos que forman parte de cuerpos legales promulgados separadamente, que la oposición debe producirse entre las disposiciones generales y particulares de una misma ley (R.D.J. t. 48, s. 1°, p. 273). Esto no obstante que ya se había fallado anteriormente, y a nuestro

entender con corrección, que la disposición se aplica al conjunto de leyes sobre una materia análoga, aunque se encuentre repartida en diversos cuerpos legales (R.D.J. t. 46, s. 1°, p. 130).

Cuando existe oposición o incompatibilidad entre una ley general y una especial posterior, ésta prevalece sobre aquélla, aun sin derogar o modificar la anterior (R.D.J. t. 38, s. 1°, p. 164; t. 35, s. 1°, p. 434).

A la inversa, la ley general no deroga tácitamente la especial que continúa rigiendo la materia a que se aplica; la ley general, aunque sea posterior, sólo puede aplicarse en aquellos casos en que la primera guarda silencio (R. D.J. t. 34, s. 1°, p. 127; t. 48, s. 1°, p. 273; t. 46, s. 1°, p. 130).

89. El art. 23 del Código Civil dispone: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que debe darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes".

Esta disposición fue tomada del art. 20 del Código de la Luisiana * que habla de "disposiciones favorables u odiosas", frase que todavía se repetía en el proyecto de 1853. Sin embargo, la frase final es absolutamente original de Andrés Bello, que insiste, una vez más, en el genuino sentido objetivo de la ley.

Es necesario señalar que se ha sostenido que en materia penal la interpretación debe hacerse restrictivamente en lo que es perjudicial al reo y extensivamente en lo que le es favorable, aunque no existe ningún precepto que así lo disponga.

Sin embargo, es curioso señalar que don Andrés Bello en una nota al art. 20 del Proyecto Inédito expresa: "En las leyes penales se adopta siempre la interpretación restrictiva; si falta la razón de la ley no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición".

* Consultar Apéndice.

En materia de legislación laboral se presenta también el problema de establecer si lo que se denomina principios generales del derecho del trabajo significa una alteración del criterio que informa el art. 23 del Código Civil.

Se ha señalado que ellos son fundamentalmente: el principio pro-operario; el principio de la norma más favorable; el principio de condición más beneficiosa, y el principio de la irrenunciabilidad de los derechos.

Este último se encuentra establecido expresamente en nuestra legislación positiva en el art. 665 del Código del Trabajo.

Los anteriores no son, en realidad, sino aplicaciones del principio pro-operario que se señala en primer término y que corresponde al sentido tutelar que ha informado la formación del derecho del Trabajo, pero se disiente si en un derecho ya desarrollado el juez puede, en virtud de él, suplir la insuficiencia de las leyes.

Por lo tanto, su campo, en el ámbito judicial, tiene, como lo expresa Manuel Alonso García, "una única posibilidad: la que nazca de la interpretación de la norma". "El principio pro-operario no es, pues, principio judicial, sino en cuanto —y sólo en cuanto— de la interpretación de la norma llevada a cabo por el juez, quepa deducir varios sentidos posibles —todos lógicos y justos—, de lo que alguno sea más favorable al trabajador que el otro o los otros"¹¹⁸.

Este principio no tiene entre nosotros una formulación positiva, como la irrenunciabilidad, pero emana de la técnica y sentido general de las disposiciones del trabajo.

La ley ha establecido un fin tutelar o protector. Como lo dice una sentencia, la finalidad perseguida es la de amparar a los empleados y obreros. Cuando este fin protector se manifiesta la norma adquiere un carácter de orden público, pero este carácter no significa que la libertad contractual no pueda manifestarse en cuanto en el acuerdo se respeten como mínimos los requisitos de protección establecidos imperativamente por la ley (R. D.J. t. 64, s. 3^a, p. 31).

5. El elemento sistemático

90. El concepto filosófico de "sistema" es el de la correlación de las partes con un todo unitario y de las partes entre sí.

Con este alcance tenemos un sistema cuando partiendo de un axioma o verdad irrefutable se deducen conclusiones derivadas de ella.

Al señalar la imposibilidad de aplicar en el derecho un razonamiento deductivo de lógica formal, hemos implícitamente señalado que un sistema de la naturaleza descrita es imposible en el terreno de la jurisprudencia.

Por lo tanto, si hablamos de interpretación sistemática, no podemos referirnos a un "sistema" en el sentido puro de la palabra, sino a algo mucho más reducido: al conjunto de normas que se refieren a unos mismos conceptos jurídicos, que conciernan a la misma materia, que tengan una igual finalidad.

Para algunos autores en esta sistematización de tipo menor se trata de la ordenación de principios directivos vinculados recíprocamente, de manera que haya entre ellos cierta unidad por lo menos relativa.

Desde otro punto de vista todo sistema formal debe ser completo y coherente. Nuestro sistema de derecho es completo, ya que el juez no puede rehusarse a cumplir su deber a pretexto de que no existe una norma que resuelva el caso específico. Distinto es el problema de la coherencia, ya que ella implica que no exista contradicción entre las normas, ni en los principios axiológicos o de valorización que las informan ni entre los fines o valores que persiguen o protejan.

Es indudable que esta coherencia, que Bello buscaba a través de la codificación, no existe hoy entre nosotros. Como lo señala el profesor Fernando Quintana Bravo: "El asunto cobra su real dimensión cuando consideramos la situación actual de nuestra legislación. Es un hecho que al Código Civil han sucedido muchos otros Códigos y leyes complementarias; la legislación relativa a la organización administrativa alcanza un volumen pocas ve-

ces visto e inalcanzable aun para el especialista". "La intensa actividad política, económica y social introduce nuevas reformas o estatutos legales o reglamentarios; son pues, nuevas ideas, nuevos conceptos, nuevas instituciones, que empiezan una lucha sordida con las anteriores, no abierta y francamente por medio de la derogación expresa, sino por la vía interpretativa (o derogación tácita)"¹¹⁶.

De todo lo anterior resulta que en la interpretación jurídica no podemos basarnos en un sistema lógico formal del derecho.

91. Si examinamos el inc. 2º del art. 22 y lo comparamos con el art. 17 del Código de la Luisiana en que se inspiró, podemos apreciar nuevamente la anticipación intelectual de Bello*.

El artículo del Código de la Luisiana se refiere exclusivamente a las leyes *in pari materia* o sea sobre el mismo objeto. Nuestro legislador va más allá y habla de "otras leyes".

El intérprete tiene así un amplio campo para buscar los fines que persigue la ley, los valores que desea proteger, el criterio axiológico que debe aplicar. Todo esto sin caer en el marco estrecho de que la ley tenga que versar sobre una misma materia, ya que esos elementos de juicio puede, tal vez, encontrarlos en leyes muy diversas.

Todo esto sin necesidad de que exista un sistema formal del derecho, ni un axioma primario del cual se deriven todas las normas.

El propio legislador se encarga de advertirnoslo al agregar: "particularmente si versan sobre el mismo asunto". Es decir, en ningún momento ha pensado en un sistema general único, sino en esos sistemas jurídicos parciales de que hablábamos en un comienzo.

El juez sabrá así cómo proceder dentro de la falta de unidad orgánica de nuestro derecho y tal vez contribuirá a dársela a través de la interpretación.

* Consultar Apéndice.

92. Es una tarea difícil que choca contra los prejuicios profundamente arraigados que imperan en nuestra interpretación legal.

Uno de los problemas, tal vez el más evidente y premioso, que ha surgido en el campo de las obligaciones y especialmente en las relaciones contractuales, es el de determinar si es un concepto nominalista monetario o valorista el que debe aplicarse al regularlas.

La intensidad de la inflación y, por lo tanto, de la desvalorización monetaria, en los últimos años, ha determinado que la "aplicación de un criterio nominalista significaría sancionar un despojo patrimonial para los acreedores y un enriquecimiento indebido para los deudores".

Aun antes de la dictación del Decreto Ley N° 455 de 25 de Mayo de 1974, sobre operaciones de crédito de dinero y de la derogación que hace del art. 2199 del Código Civil, nuestra legislación había abandonado un criterio nominalista. Se había establecido desde hace años el sueldo vital como base de las remuneraciones; el mismo valor para las escalas del impuesto global complementario (después unidades tributarias); el reajuste de las obligaciones tributarias; el reajuste de los contratos de obras públicas; ley 16.840 que ordenó reajustar en sueldos vitales las sumas que se adeudaran a empleados y obreros; la ley de Reforma Agraria. Aún más importante, los particulares habían establecido como norma general en sus convenciones la reajustabilidad de las obligaciones, ya sea directamente, ya expresándolas en valores fijos independientes de la desvalorización monetaria. Es decir nos encontrábamos en presencia de una costumbre que pasaba a ser parte del contenido de los contratos, aunque esto no se hizo nunca valer judicialmente por el desconocimiento que ha existido entre nosotros del alcance del art. 1546 del Código Civil.

La realidad de la desvalorización monetaria ha debido ser reconocida por nuestros tribunales en varias materias. En Enero de 1972 la Corte de Concepción fallaba en un reclamo de avalúo de expropiación que la cantidad insi-

nuada por el actor en su reclamación, no representa un valor justo en la época actual, porque nuestra moneda ha sufrido desde entonces variaciones en su poder adquisitivo. Por ello se ha abandonado en muchos casos la tesis del nominalismo monetario para ser reemplazada por la tesis valorista-realista, de tal manera que las acreencias sean satisfechas no mediante su designación nominal, sino mediante un adecuado reajuste, procurándose que la moneda represente fielmente el valor, sea de las cosas, sea de las prestaciones que se adeuden (R.D.J. t. 69, s. 2°, p. 4). La Corte Suprema ha adoptado el mismo criterio (F. del M. N° 192, Sent. 4, p. 233).

Otra sentencia ha declarado que la revalorización de las sumas que deben pagarse a los dependientes por concepto de sueldos, salarios u otras prestaciones, afecta por igual a las cantidades devengadas antes y después de la dictación de la ley N° 16.840, ya que el objeto de la ley es proteger a los trabajadores de la desvalorización de la moneda (R.D.J. t. 69, s. 3°, p. 6). También se ha hecho extensivo el reajuste de dicha ley a las asignaciones familiares a que el dependiente tiene derecho (R.D.J. t. 69, s. 3°, p. 722).

Nuestra jurisprudencia ha establecido igualmente la reajustabilidad de las indemnizaciones debidas a consecuencias de un delito o cuasidelito "ya que es un hecho público y notorio, de una realidad incontestable, que los Tribunales no pueden desconocer *a pretexto alguno* que el país vive bajo un ritmo inflacionario que provoca una constante y progresiva desvalorización monetaria"; como la indemnización debe ser completa, no sería tal si se ordenara restituir al perjudicado un valor equivalente al monto del perjuicio al momento de producirse, no obstante el proceso inflacionario" (R.D.J. t. 69, s. 4°, p. 66; F. del M. N° 194, s. 3, p. 292; R.D.J. t. 70, s. 4°, p. 48; F. del M. N° 190, s. 1, p. 180; s. 2, p. 181). El reajuste se ha hecho extensivo a la indemnización del daño moral (R.D.J. t. 70, s. 4°, p. 65), incluso cuando no ha sido solicitado por el actor (F. del M., N° 199, s. 2, p. 72).

Se ha aceptado igualmente el reajuste de la indemni-

zación por el delito de malversación de caudales públicos, porque aunque el daño causado por el delito en sí no cambia, varía su valor a causa de la permanente desvalorización de la moneda; como también de la indemnización de los perjuicios emanados del delito de contrabando (F. del M. N° 190, s. 2, p. 185; R.D.J. t. 69, s. 4°, p. 165; p. 181).

Por último cabe señalar que se ha aceptado también el reajuste de la indemnización de perjuicios derivada de la responsabilidad contractual por el retardo en la solución de una deuda de dinero, porque ni el tenor literal ni el claro sentido del art. 1559 del Código Civil, niegan de manera directa y tajante al acreedor el derecho a la reparación completa de los perjuicios causados por la mora del deudor, y el fluctuante valor de la moneda, unido a la persistente disminución de la capacidad adquisitiva del escudo, configuran un daño específicamente distinto al que produce el mero retardo, "daño que es de equidad y de derecho resarcir para evitar la lesión patrimonial injusta del acreedor y el correlativo enriquecimiento ilícito del obligado remiso" (F. del M. N° 194, s. 1, p. 235).

Con todos estos antecedentes debería estimarse que el sistema actual de nuestro derecho, en cuanto a la solución de las obligaciones, es, en forma general, el valorista-realista y no el sistema nominalista que ha sido sobrepasado por la nueva legislación y muy especialmente por los determinantes económicos que prevalecen en el medio social. Nuestra Corte Suprema, no obstante la jurisprudencia en las materias que hemos señalado, no lo ha entendido así en forma general.

93. En una sentencia de Julio de 1972 —anterior a la dictación del DL 455— conoció un caso de compraventa rescindida por lesión enorme. El comprador ejerció el derecho conferido por el art. 1890 del Código Civil de completar el justo precio de la cosa vendida. No obstante lo anterior y debido al tiempo transcurrido, este justo precio expresado nominalmente en la moneda de la fecha del contrato era altamente lesivo para el vendedor. El

recurso de casación contra el fallo que acogía la oposición del demandado fue rechazado por la Corte Suprema (R.D.J. t. 69, s. 1^a, p. 124).

Desde el punto de vista hermenéutico es interesante analizar este fallo en cuanto se hace cargo de la alegación del recurrente de la injusticia que para él significa.

Dice al respecto en el considerando 7^o: "Esta falta a la equidad evidentemente se produce, pero es el resultado de la aplicación de nuestra legislación positiva civil, ya que nuestro Estatuto Fundamental en materia de derecho privado parte en sus disposiciones de la base de la estabilidad monetaria".

"Desde hace más de treinta años nuestro país sufre de una constante desvalorización de su signo monetario, de ello se ha hecho eco nuestra legislación en algunas materias como la penal, la tributaria, la previsional, la procesal, en cierta forma, y la referente a la Reforma Agraria, entre otras. Pero nuestra legislación civil se ha mantenido sin efectuarse los cambios necesarios que habrían debido producirse ante el problema de la inflación y del menor poder adquisitivo de nuestro signo monetario. Este vacío de nuestra legislación civil resulta inconciliable con un sistema jurídico que debe proteger con garantías efectivas los derechos de los individuos. Ante un fenómeno inflacionario que se ha hecho crónico, nuestra legislación civil debería reconocerlo y establecer los preceptos legales adecuados para los que se benefician con la situación existente y los que resultan perjudicados con ella".

"Nuestro Código Civil, como se dijo, partió de la base de la permanente estabilidad de la moneda y así consagró el sistema nominalista, en especial en su artículo 2199 prevaleció este criterio sobre el del Proyecto de 1853 en que Andrés Bello había adoptado el valorativo, al establecer que en caso de variación en el valor de la moneda no se deberá la misma suma numérica sino con el aumento o rebaja necesarios para la igualdad de valor".

Muchos comentarios merecería esta sentencia. Sin referirnos al objeto específico de la *litis*, podemos decir que no habría habido dificultad para fallar equitativamente.

Bastaría al efecto conjugar la expresión "justo precio" del art. 1889 con la de "justo valor" del art. 1893, que ambos utilizan para un efecto análogo. Señalar que en el proyecto de 1853, que establece el valorismo en el mutuo, las disposiciones de la lesión eran, si no gramatical, conceptualmente iguales, etc.

Pero lo que causa mayor desaliento es el desconocimiento del papel normativo y creador de la jurisprudencia. La renuncia a adecuar lo normativo a las exigencias y necesidades de un medio en evolución y cambiante. La conformidad y reconocimiento de dictar un fallo contrario a la equidad. El fundamentar un fallo injusto en un supuesto sistema, pudiendo, en último término, crear jurisprudencialmente un sistema diferente, ya que se tenían todos los elementos para hacerlo.

Aun exegeticamente podría haber llegado a una solución contraria y equitativa. El art. 2199 del Código Civil (hoy derogado) era específico del mutuo, y la necesidad de su inclusión podía fundamentarse en un carácter excepcional, contrario al sistema general. La norma fundamental en la solución de las obligaciones es la que regula el pago. El art. 1566 dispone: "El pago efectivo es la prestación de lo que se debe". Ahora bien, lo que se debe es un valor, un valor económico, no una cantidad de signos monetarios de un valor fluctuante y en continuo descenso. Podría argumentarse también el principio de la igualdad, ya que mientras el acreedor en una obligación de dar, cuyo objeto fuera una especie o cuerpo cierto o una cantidad de cosas fungibles que no fueran dinero, recibiría el pago de la totalidad de su crédito, el de una obligación cuyo objeto fuera dinero, recibiría el pago de sólo parte de su acreencia. Podríamos agregar el espíritu de nuestra legislación que rechaza el enriquecimiento sin causa, que en este caso se produciría en favor del deudor.

En una sentencia del 24 de Mayo de 1975, la Corte Suprema sienta un precedente de criterio fundamental en favor de la tesis que hemos sustentado.

Al aceptar la nulidad de un contrato de promesa de compraventa, la Corte acogió la reconversión en que se

solicitaba que la suma entregada como anticipo de precio se devolviera reajustada. Al efecto, señala que el art. 1687 del Código Civil establece que la nulidad judicialmente declarada da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato declarado nulo. Que es lógico y justo concluir, tratándose de dinero, que la suma que debe ser restituida se haga mediante un reajuste que compense la desvalorización monetaria, paralela al alza del costo de la vida, ya que sólo así se estaría restituyendo el valor entregado con anterioridad.

Fundamenta lo anterior estableciendo que el criterio nominalista sólo es sostenible en frente de preceptos legales que expresa o manifiestamente dispongan un pago o restitución de igual número de monedas, como sucedía con el art. 2199 del Código Civil.

Al acoger el recurso de casación lo hace por infracción del art. 1687 y también del art. 24 del Código Civil, siendo precisamente esta disposición la que establece como método de interpretación el espíritu general de la legislación y la equidad natural. Cabe destacar que al fijar el sentido del art. 1687 lo hace recurriendo directamente al art. 24 "que alude a la equidad en ciertos casos de interpretación de la ley" (F. del M., N° 198, s. 5, p. 44).

94. Hemos señalado que, ante la imposibilidad de un sistema general del derecho, debemos circunscribirnos a sistemas menores y parciales que regulen, por ejemplo, un instituto determinado, una clase de bienes, un criterio de valorización.

La multiplicidad de ordenamientos jurídicos fue expuesta por el jurisconsulto Santi Romano¹²⁰.

Para él existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones (entre ellas el Estado), entendiéndose por institución todo ente o cuerpo social con una existencia objetiva y concreta, de la naturaleza social hombre, con individualidad propia, delimitada y permanente.

Pero no desarrolla su tesis al punto que hemos seña-

lado, de que dentro de un ordenamiento puedan existir diversos sistemas particulares y que incluso éstos puedan variar por la creación de nuevas instituciones, la dictación de nuevas normas o por el cambio de las exigencias y condicionantes del medio económico y social.

En cambio, Gustav Radbruch considera la posibilidad de sistemas parciales al decir que la sistemática jurídica puede referirse a la totalidad del orden jurídico o a partes más extensas de él. Expresa que la sistemática jurídica consiste en "el desarrollo de las normas concretas de todo el orden jurídico o de una de sus partes, a base de una única idea"¹²¹.

6. Elementos generales

95. El art. 24 del Código Civil, último del párrafo relativo a la interpretación de las leyes, dispone que: "En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

El artículo 21 del Código de la Luisiana, que pudiera corresponder a éste, tiene una redacción y alcance totalmente diversos. Dice dicha disposición: "En las materias civiles el juez, a falta de ley precisa, está obligado a proceder conforme a la equidad; para decidir según la equidad, es preciso recurrir a la ley natural y a la razón, o a los usos reconocidos, en el silencio de la ley primitiva (positiva)" *

Como puede verse, el Código de la Luisiana no contempla una norma de interpretación sino de integración de la ley. Por otra parte, recurre a la equidad que hace derivar de la ley natural, la razón y los usos consagrados. No existe referencia alguna al espíritu general de la legislación.

Por lo tanto, la disposición de nuestro Código Civil

* Consultar Apéndice.

debemos considerarla una creación absolutamente original de Andrés Bello.

96. Por la frase inicial del artículo "en el caso de que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes", aparece esta disposición como un medio supletorio de interpretación. Aunque este es el aspecto formal, ya veremos que la realidad efectiva es distinta.

Varias sentencias han resuelto que la regla de interpretación que contiene el art. 24 del Código Civil se aplica en defecto de las contenidas en las anteriores disposiciones (R.D.J. t. 29, s. 1°, p. 176; t. 41, s. 1°, p. 390; t. 47, s. 1°, p. 176). Sin embargo, una sentencia más reciente, del 22 de Agosto de 1973, acoge un recurso de casación en el fondo tanto por la infracción del art. 19 como del art. 24, en la interpretación del art. 63 de la ley 17.416. Al aceptar simultáneamente la infracción de ambos artículos está implícitamente estableciendo que los considera elementos copulativos de interpretación. Así, dentro de sus considerandos, estima que se ha infringido el tenor literal de la disposición, el espíritu general de la ley y se han contravenido elementales principios de equidad (R.D.J. t. 70, s. 1°, p. 39).

Antes de analizar en más detalle este punto, es necesario señalar que esta disposición, que dentro del marco exclusivo del Código Civil aparece tan sólo como una norma de interpretación de la ley, constituye hoy día un precepto que regula la integración de la ley. Ya hemos señalado cómo el art. 10 del Código Orgánico de Tribunales establece que los jueces no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión. A su vez, el N° 5 del art. 170 del Código de Procedimiento Civil establece que las sentencias deberán contener la enunciación de las leyes, y en su defecto los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.

Como los métodos anteriores de interpretación se aplican necesariamente a las normas del derecho positivo, en los casos de integración legal deberá recurrirse a las

consideraciones que establece el art. 24 del Código Civil.

Así se ha fallado que si la ley no soluciona expresamente un caso que se plantea ante los tribunales, éstos, en el silencio de la ley, deben proceder a interpretarla (sic) según las reglas generales, dando aplicación a aquellos principios que pueden resolver la materia por analogía y que se conformen con el espíritu general y aun con la equidad (R.D.J. t. 2, s. 1°, p. 675; s. 1°, p. 689; t. 34, s. 2°, p. 2; t. 40, s. 1°, p. 183). Igualmente que una norma sobre la interpretación de los contratos puede invocarse para interpretar la ley, no con el fin de extender aquélla a esta última materia, sino para demostrar que el espíritu general de la legislación sustenta el mismo criterio de lógica y buen sentido que los jueces, ante una laguna de la ley, tratan de aplicar (R.D.J. t. 48, s. 4°, p. 70).

En una materia muy debatida, la Corte de Temuco ha fallado que aunque los Códigos Civil y de Comercio no contienen precepto alguno que resuelva si en el silencio del Código Civil sobre una materia determinada, deben aplicarse o no las normas que existen al respecto en el Código de Comercio, a falta de un artículo expreso que resuelva este punto, es necesario buscar la solución que aparezca más conforme con el espíritu de la legislación, con la equidad y con las necesidades prácticas; todo lo cual lleva a la conclusión de que los artículos 97 a 106 del Código de Comercio, que se refieren a la formación del consentimiento en los contratos, deben aplicarse en materia civil (R.D.J. t. 34, s. 2°, p. 28).

97. Ahora bien, volviendo al carácter de las normas del artículo 24, debemos señalar que concordamos con el criterio de la sentencia del 22 de Agosto de 1973 ya citada.

No obstante la redacción del precepto, estimamos que los criterios del art. 24 no son supletorios sino que informan todo el proceso interpretativo. El espíritu general de la legislación no puede desconocerse en un método lógico

y forma parte integrante del elemento sistemático de interpretación.

La disposición hace copulativos el espíritu general de la legislación y la equidad natural. No sería aceptable —sino absurdo— que cuando se integra la ley o se recurre en la interpretación exclusivamente al art. 24, se buscara una solución de equidad, y que cuando se utilizan los otros métodos de interpretación se pudiera llegar a una solución inícuca.

La equidad configura cualquier método de interpretación, porque está implícita en un adecuado y claro sentido de la ley y, como ya lo hemos señalado, es la búsqueda de ese sentido el objeto y fin de toda la labor hermenéutica. Como dice la sentencia citada el espíritu de equidad natural debe inspirar a toda norma legal.

El alcance de la disposición es que la labor interpretativa puede, en último término, llevarse a cabo recurriendo exclusivamente al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

Es por lo demás una disposición lógica. Si el juez tiene la obligación de dar su fallo, sin que le sirva de excusa la oscuridad o insuficiencia de la ley —no hablamos en este caso de ausencia de texto legal—, no es su personal concepción o fantasía la que debe informar su resolución, sino ciertas pautas objetivas y generales que respondan a la concepción dominante del problema en el momento en que éste es resuelto. Nuestro Código se ha cuidado de señalar que esos elementos deben ser el espíritu general de la legislación y la equidad natural.

98. En la situación contemplada en el párrafo anterior y en los casos de integración algunos códigos recurren a la analogía y en su defecto a los principios generales de derecho (Códigos austríaco y portugués); o a la costumbre y en subsidio a los principios generales de derecho (Código español); a la costumbre y en último término al juez, procediendo como legislador (Código suizo); a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado (Código italiano).

Debemos celebrar que nuestro legislador no haya hecho referencia a los llamados principios generales del derecho cuya determinación es difícil y discutida. Algunos los identifican con los principios fundamentales de la legislación positiva, extraídos de las normas mediante un proceso de abstracción y generalización crecientes. Otros los hacen expresión de un llamado derecho natural, ya se considere éste como una concepción metafísica o se estime que tiene su base en la historia y en la cultura.

Ambos conceptos han sido objetados. El primero, porque se ha demostrado que en la práctica es imposible inducir de las normas positivas principios axiomáticos permanentes e inmutables. Respecto al segundo, porque no puede establecerse su determinación: si es la razón individual, caemos en el subjetivismo absoluto; si es una autoridad —los doctores, los teólogos o los líderes políticos— entramos en el positivismo completo y significaría que el criterio de una autoridad fuera por sí solo una norma de derecho.

Todas estas discusiones las ha superado nuestro Código al referirse concretamente al espíritu general de la legislación.

Los principios generales de la legislación tienen mayor generalidad que las normas expresas de las cuales se derivan. Estos principios pueden obtenerse por deducción o por inducción.

Se aplica la deducción cuando en el sistema jurídico hay normas que aparecen como la conclusión de un silogismo cuya premisa mayor es el principio general. Para hacer evidente la existencia del principio general el juez debe reconstituir la inferencia que ha dado lugar a la norma; pero, si hablamos de un principio "general", será necesariamente la inferencia realizada con normas numerosas y diversas lo que permitirá afirmar la generalidad.

La aplicación de la inducción o, como también se ha llamado, de la determinación, juega en sentido inverso. Se basa en que existen normas que, si bien no descienden de un principio general, sirven para determinarlo. To-

mando como base el raciocinio implícito en diversas normas, se elabora en forma inductiva el principio general. Muchos criterios de valorización pueden determinarse de esta manera.

99. Si examinamos nuestra norma positiva encontraremos muchos principios que pueden o no ser principios generales del derecho, pero sí que son principios generales de nuestra legislación.

Uno de los principios fundamentales de nuestro derecho es el no aceptar el enriquecimiento sin causa. Ello resulta evidente de la exigencia de una causa y de que esta causa sea real en los actos jurídicos (arts. 1445 y 1467 del C.C.); de la reglamentación de las obligaciones naturales (art. 1470 C.C.); de la norma general de no poderse sumar la obligación principal a la cláusula penal (art. 1537 C.C.); de la reglamentación de la mora en los contratos bilaterales (art. 1552 C.C.); de los casos de subrogación legal (art. 1610 C.C.); de la devolución del precio si reaparece la cosa perdida (art. 1675 C.C.); de los efectos de la nulidad y las prestaciones mutuas (arts. 1687 y 904 ss. C.C.); de la devolución de los frutos en relación a la parte pagada de precio en la resolución de la compraventa (art. 1875 C.C.); de la reglamentación de la agencia oficiosa (art. 2292 C.C.); de la facultad de repetir lo pagado por un error de hecho y aun de derecho (arts. 2295 - 2297 C.C.); del reembolso al fiador (art. 2370 C.C.); de las recompensas en la sociedad conyugal; de la limitación de la indemnización a los perjuicios y daños efectivos en la responsabilidad civil contractual o extracontractual, etc.

Otro principio general de legislación chilena es la protección de la buena fe y, recíprocamente, la sanción de la mala fe. Sólo en el Código Civil hay unas cuarenta disposiciones que se refieren directamente a la buena fe y otras tantas que se ocupan de la mala fe.

Así, la buena fe se considera en el matrimonio, en la posesión, en las herencias, en los contratos (cuyo cumplimiento debe hacerse de buena fe), en el pago, en la nu-

lidad, en la prescripción, etc. En los actos jurídicos no sólo respecto de las partes, sino también de los terceros cuando pueden ser afectados.

La mala fe está considerada, por ejemplo: en la muerte presunta, en el matrimonio, en las guardas, en la accesión, en la posesión, en las sucesiones, en la donación, en la compraventa, en la sociedad, en el mutuo, en la acción revocatoria, etc.

La buena fe, aunque clara en su significado corriente, es más difícil de precisar en el ámbito jurídico.

Puede tener un aspecto subjetivo y una apreciación objetiva, cuya diferencia se aprecia en las expresiones "estar de buena fe" o "proceder de buena fe".

La buena fe subjetiva es una actitud de la conciencia y una magnitud psicológica. Consiste en una actitud mental honesta, correcta y leal. Objetivamente la buena fe significa el convencimiento de observar un comportamiento conforme a derecho, de cumplir el precepto de *alterum non laedere*. Nuestra legislación no ha hecho una diferencia entre ambas; basta analizar la diferencia entre los arts. 706 y 1546 del Código Civil. Tampoco lo ha hecho nuestra jurisprudencia.

Como la distinción no es siempre clara ni relevante es preferible agruparlas en una concepción genérica de la noción de buena fe, concebida como un momento del aspecto ético del proceder, como una manifestación de la voluntad, aunque, en algunos casos, se configure como un estado puramente intelectual.

Hemos señalado aquí, a manera de ejemplo, dos grandes principios que informan el espíritu general de nuestra legislación. Podríamos señalar muchos otros. En una escala de valores, tal vez podríamos remontarnos a la reserva al estado de la tutela jurisdiccional de los derechos; a la irretroactividad de las leyes; a la igualdad de los ciudadanos ante la ley; a la libertad individual. En una escala descendente examinar —ya nos hemos referido a este punto— si el nominalismo o el valorismo de las obligaciones es el principio general de nuestra legislación.

Este último problema sirve para señalar que aunque muchos de estos principios nos parezcan permanentes, el espíritu general de la legislación puede variar en muchas materias con el advenimiento de nuevas normas; la creación de nuevas instituciones; y con las variaciones y cambios del medio social que van a repercutir en el intérprete al determinar ese espíritu general.

100. El artículo 24 del Código Civil se refiere, en último término, a la equidad natural.

Ya hemos analizado el concepto de equidad para señalar que es la consideración de un caso particular para darle una solución adecuada a sus exigencias particulares.

Esta particularización del concepto de equidad no ha sido siempre comprendida por nuestra jurisprudencia que ha dicho que conforme al Diccionario de la Lengua, equidad natural es "la justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva" (R.D.J. t. 48, s. 4^o, p. 70).

Otra sentencia parece aproximarse a la idea de Berlín, que ya hemos citado, y que vincula la equidad a la igualdad. Expresa que los principios de equidad natural responden a una situación de igualdad que, aunque no hayan sido expresamente establecidos por el derecho positivo, la justicia no puede desconocerles eficacia, puesto que ésta es precisamente una de las manifestaciones de tal igualdad (R.D.J. t. 55, s. 2^o, p. 34).

A veces una resolución de analogía para llenar un vacío legal se ha fundado en razones de equidad y de lógica al establecer, por ejemplo, que la dispersión de votos en el tribunal especial creado por la ley 17.066, situación que no contempla dicha ley, debe resolverse de acuerdo a las normas que para dicha situación en los tribunales ordinarios establece el Código Orgánico de Tribunales (R.D.J. t. 69, s. 1^o, p. 195).

Donde los fallos deben fundamentarse esencialmente en la equidad es en aquellas materias en que los jueces han sido investidos por la ley de un amplio poder discrecional. Así la ley de indígenas (N^o 14.511) faculta a los

jueces para resolver las peticiones de los litigantes, en lo no previsto por ella, con facultades de árbitro arbitrador. Por eso se ha resuelto que deben orientar sus decisiones guiándose por la prudencia y la equidad; que para lograr una sentencia justa deben fundarse más en la equidad que en la estrictez de la técnica jurídica. Es decir, que deben resolver conforme a lo que su conciencia y sentido de equidad les dicten, esto es, desentendiéndose de las reglas generales abstractas para ir en busca de la justicia que deben hacer prevalecer sobre todo otro tipo de consideraciones, en cada caso concreto que se presente a su decisión (R.D.J. t. 68, s. 2^o, p. 65; t. 69, s. 2^o, p. 9; s. 1^o, p. 127).

Podría estimarse que la misma situación se presenta con relación a la ley N^o 16.455, de 6 de Abril de 1966, que fija normas para la terminación del contrato de trabajo. En su artículo 7^o dispone: "el juez apreciará la prueba y fallará en conciencia".

El precepto es efectivo en cuanto a la apreciación de la prueba, pero no es exacto al decir que fallará en conciencia. Esto significaría que el juez podría legitimar un despido que no tuviera causa legal justificada o, a la inversa, que podría no aceptar una terminación del contrato de trabajo que se fundara en una causa probada legalmente justificatoria. Indudablemente todo el contexto de la ley indica claramente que el juez carece de estas facultades y que razones subjetivas no le permiten sustraerse a las normas que determinan cuándo un despido es o no justificado.

Por lo tanto, la actuación en conciencia se refiere exclusivamente a la apreciación de la prueba, pero no al fallo, que debe ajustarse a la ley.

101. Algunas sentencias citadas en el párrafo anterior parecen partir de la base de que puede existir a menudo una contraposición entre lo equitativo y lo justo en derecho. Esta supuesta contraposición se expone en forma más absoluta en una sentencia de 1972 de la Corte Suprema, que ya hemos analizado, y que expresa: "Esta

falta a la equidad evidentemente se produce, pero es el resultado de la aplicación de nuestra ley positiva civil" (R.D.J. t. 69, s. 1^a, p. 124).

Consideramos esta contraposición inaceptable. La equidad es la particularización de la justicia, lo justo frente a un caso determinado. La aplicación de la ley a un conflicto particular en forma que lleve a una solución inicua es inaceptable. Significa que el juez no ha interpretado ni aplicado la ley correctamente, y que esta incorrección lo ha llevado a faltar a la finalidad esencial de su magisterio: hacer justicia.

Reproduciendo las palabras de Aristóteles podemos decir que "las consideraciones precedentes conducen naturalmente a tratar de la equidad y de lo equitativo, y a estudiar las relaciones de la equidad con la justicia y de lo equitativo con lo justo"¹²².

Aristóteles en su *Ethika Nikomakea* analiza el problema en el capítulo X que dedica a la equidad.

Expresa allí: "Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley; sino que es una rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esa diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales". "Por lo tanto lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor al parecer que la falta que resulta de los términos absolutos que la ley se vio obligada a emplear. Lo propio de lo equitativo *consiste precisamente en restablecer la ley* en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido".

La distinción entre la equidad y lo justo legal señala la difícil tarea del juez.

Aristóteles hace ver que esta separación proviene de la generalidad de la ley, norma abstracta frente a casos

específicos. La vida no puede adaptarse a la ley; es ésta la que, a través de la jurisprudencia, debe adaptarse a la realidad.

¿Cuál es el criterio en esta tarea de la jurisprudencia?

Ya en 1615, Martin Schikhardus, en su obra *Lógica Jurídica*, estimaba que existía un axioma de la interpretación jurídica, es decir, que la interpretación debía encajarse a la consecución de un objetivo único y fundamental.

Georges Kalinowski recoge hoy la idea, y en un artículo sobre "La interpretación jurídica y la lógica de las proposiciones normativas", en *Logique et Analyse*, en 1959, expresa que para "dar dirección y unidad a toda la actividad interpretativa, las correspondientes reglas son siempre subordinadas a un principio hermenéutico superior, que se postula como primera regla de interpretación. Siguiendo a Schikhardus podemos darle el nombre de axioma de la interpretación jurídica. Para unos es la regla: "Se debe interpretar —y también definir— de tal manera que se obtenga una significación normativa conforme a la equidad". Para otros... 'conforme al contenido objetivo del precepto', o... 'al interés social' o... 'a la voluntad del legislador'. Para los terceros... 'que armonice los intereses de las partes', etcétera".

Creemos que es el resultado y no el método lo que valida la interpretación.

Cualquier método que conduzca a una solución injusta, es una mala interpretación.

Por eso estimamos que debe existir este axioma de la interpretación jurídica y que —entre nosotros— frente a la interpretación de la ley, este axioma es que se obtenga una solución conforme a la equidad.

Al respecto existe una unidad conceptual en nuestro derecho. La integración de la ley debe realizarse entre nosotros recurriendo a la equidad. Al finalizar los métodos de interpretación legal nuestro Código Civil señala la equidad natural, no porque ella no deba estar presente al aplicar los otros métodos que considera, sino para

señalar que la equidad natural puede servir por sí sola de criterio de interpretación.

Los otros métodos cuidan la seguridad del derecho a través de la vinculación del juez a la norma jurídica, y evitan el subjetivismo de una jurisprudencia exclusivamente de equidad.

Pero al emplear los distintos métodos interpretativos, al buscar el sentido de la ley, el juez, vinculado a ella, debe interpretarla teniendo en vista la justicia en su sentido más amplio. La individualización jurisdiccional del derecho, la concreción de la norma frente a los antecedentes del caso específico, debe satisfacer la equidad.

La interpretación no puede violar la ley, porque sería injusta; pero no puede tampoco desconocer la equidad, porque sería inicua.

OTROS ORGANISMOS CON FACULTAD DE INTERPRETAR LA LEY

1. Aspectos previos

102. Los tribunales ordinarios de justicia no son los únicos organismos que en nuestro derecho tienen la facultad de interpretar la ley. Usamos la expresión tribunales ordinarios en contraposición a los tribunales especiales —de carácter administrativo— que el legislador ha constituido para conocer de ciertas y determinadas materias dentro de la administración, de índole típicamente administrativa.

Encontramos así los tribunales de avalúos, que establece el Código Tributario; la Junta Clasificadora de Patentes; el llamado Tribunal de Comercio por el art. 21 de la ley 17.066; muy especialmente el Tribunal de Cuentas formado en la Contraloría General de la República por el Subcontralor en primera instancia y el Contralor en segunda.

La jurisprudencia administrativa se forma por estos órganos dotados de facultades jurisdiccionales, y también emana de los organismos a quienes se otorga la facultad de ejecutar el acto administrativo o de resolver sin forma de juicio. Esta jurisprudencia tiene gran importancia en el derecho administrativo, que es un derecho en gestación y que no se encuentra codificado.

103. Pero, aparte de las normas de derecho administrativo, entendiéndolo por tal el que tiene por objeto la creación, funcionamiento y supresión de servicios públi-

cos, la regulación de la actividad jurídica de la administración del Estado y la determinación de sus atribuciones y deberes, encontramos organismos administrativos dotados de la facultad de interpretar leyes, ya no propiamente administrativas, sino las que podríamos englobar en el concepto de leyes de carácter privado.

Algunas porque típicamente tienen esta configuración ya que regulan situaciones entre particulares. Otras, que —aunque rebasan este carácter y pueden referirse a las relaciones de los particulares con la administración— tienen un contenido y un carácter de orden patrimonial.

Son las facultades de los organismos administrativos en la interpretación de estas dos últimas clases de leyes lo que nos interesa.

104. El punto fundamental será determinar en qué medida la interpretación que puedan realizar estos organismos administrativos puede ser reclamada ante los tribunales ordinarios o revisada por éstos.

Si esta instancia es posible, la particularidad de su interpretación perderá mucha de su importancia, porque desembocaremos, en definitiva, en la interpretación judicial.

Cabe señalar que estimamos que las normas relativas a la interpretación de la ley son también de aplicación general en cuanto al órgano que efectúe la interpretación.

Cualquier organismo que interprete la ley debe (o debería) ceñirse a las disposiciones que establece el Código Civil. Nada hay que justifique un criterio diverso; y, cuando determinadas leyes han estimado que su interpretación debe ser ampliada o restringida, lo han establecido expresamente, como lo ha hecho el artículo 4º del Código Tributario.

2. Contraloría General de la República

105. La Contraloría General de la República es un organismo de origen constitucional. El artículo 21 de la Constitución Política crea un organismo autónomo con

el nombre de Contraloría General de la República, al que asigna la facultad de fiscalizar el ingreso e inversión de los fondos fiscales y otros organismos públicos; de examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo los bienes de esas entidades, y de llevar la contabilidad general de la Nación. Establece también que desempeñará las demás funciones que le asigne la ley.

La ley respectiva es la N° 10.336, cuyo texto refundido es del 10-7-1974, que ha sufrido modificaciones, especialmente por la ley 14.832 y, últimamente, por los Decretos Leyes N.ºs 38, de 2 de Octubre de 1973, y 1.141, de 14 de Agosto de 1975.

La facultad de interpretación legal de la Contraloría emana en primer término del art. 1º que —entre otras funciones— le encomienda: “pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo, y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención”.

A su vez el art. 6º dispone: “Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre el derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para el efecto de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”.

“Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas”.

La amplitud de estas facultades no tiene otra limitación que la que establece el inc. 3º del mismo art. 6º, al establecer que: “La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente

de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que con respecto a materias judiciales reconoce esta ley al Contralor".

106. Estas facultades, por la nueva redacción que dio al art. 16 de la ley el D.L. N° 38, se aplican hoy no sólo a los Servicios Públicos, sino también a todos los Organismos o Empresas del Estado o en que éste tiene participación.

Dicha disposición establece que "Los Servicios, Instituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y, en general, todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República".

El inciso 2° de dicha disposición sujeta también a dicha fiscalización a las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aporte de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación. Esta última fiscalización tendría —entre otros— el objeto de cautelar el cumplimiento de los fines de esas empresas, sociedades o entidades y la regularidad de sus operaciones.

No importa que cualquiera de esos organismos esté sometido a otro régimen de control, ya que la misma disposición establece que la Superintendencia de Seguridad Social; la Superintendencia de Bancos; la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio; la Sindicatura General de Quiebras, y los demás organismos del Estado que cumplan funciones de fiscalización quedarán sujetos al control de la Contraloría General y deberán observar sus instrucciones.

A mayor abundamiento, el D.L. N° 1.141 de 1975 expresa que el Presidente de la República por Decreto Supremo u oficio podrá disponer que quede comprendida

en la fiscalización cualquiera entidad de las indicadas que no estén ordinariamente incluidas en la fiscalización por leyes preexistentes o futuras.

107. Las facultades de la Contraloría se ejercen a través de diversos procedimientos. Nos referimos exclusivamente a las que le corresponden dentro de la interpretación legal y no a las que tiene desde el punto de vista contable y de fiscalización de manejo de presupuestos y bienes.

En primer lugar a través de la toma de razón que debe efectuar de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, pronunciándose, de acuerdo al art. 10 de la ley, sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer.

Con relación a los decretos, puede no darles curso y representarlos al Ejecutivo, en virtud de la disposición citada, y de acuerdo al art. 21 de la Constitución, cuando se trate del giro con cargo al 2% del presupuesto para las circunstancias extraordinarias, que prevé el N° 10 del art. 72 de la Constitución (hoy día art. 10 u 8 D.L. 527-74).

El Presidente de la República puede insistir en los decretos objetados, con la firma de todos sus Ministros. Si la insistencia es siempre obligatoria para la Contraloría, es una materia que no corresponde analizar aquí.

Las resoluciones de los Jefes de Servicio que deben tramitarse por la Contraloría General, es decir, sujetos a la toma de razón por este organismo, fueron determinadas por resolución N° 1.100 de la Contraloría de 10 de Noviembre de 1975.

El Contralor puede también, en virtud del inc. 2° del art. 5° de la ley, dictar resoluciones acerca de los asuntos que son de su incumbencia. Algunos de estos informes son de su exclusiva competencia, como lo hemos visto al reproducir el inc. 1° del art. 6° de la ley.

Del mismo modo puede impartir instrucciones a los organismos fiscalizados e incluso a los otros organismos

este criterio interpretativo la disposición final del art. 6º de su ley orgánica que expresa que las decisiones y dictámenes de la Contraloría constituirán jurisprudencia administrativa.

En defecto de una jurisprudencia anterior, el criterio interpretativo parece ser un análisis gramatical de la ley. En último término, la razón o finalidad de la ley.

Muchas veces estos dos elementos se utilizan copulativamente, al decir, por ejemplo, "como se desprende del texto de la norma transcrita precedentemente, su objeto es...".

Pero no siempre está claramente diferenciada la finalidad de la ley, la *ratio legis*, de una supuesta voluntad legislativa. Así, hay dictámenes que expresan: "En concepto de esta Contraloría General, de los preceptos en examen, se advierte claramente el ánimo del legislador de...".

110. Los inconvenientes más notorios de una interpretación que otorga un valor fundamental a la jurisprudencia anterior, es su falta de ductilidad para poderse adaptar a nuevas situaciones y, sobre todo, la reluctancia a modificar o rectificar cualquier error o inconsecuencia producido en una resolución anterior.

Un problema que tuvo gran repercusión en la vida económica e institucional del país derivó de la interpretación y alcance que se dio al Decreto Supremo Nº 338 de 1945 en cuanto reglamentaba el art. 25 del Decreto Ley Nº 520 de 1932. (En este punto seguimos el análisis profundo y detenido que ha hecho de la materia el profesor Eduardo Soto Kloss)¹²³.

Los incisos 2º y 3º del art. 25 del D.L. Nº 520 otorgaban potestad requisitoria sobre artículos de primera necesidad o materias primas cuando fueren objeto de negación de venta, acaparamiento u otra forma de especulación.

El art. 25 del Decreto Supremo Nº 338 de 1945 reglamentaba en especial esta facultad.

El D.L. Nº 520 fue modificado por el Decreto con

Fuerza de Ley Nº 173 de 1953 que —entre otras materias— derogó todo su título IV en que se encontraba el art. 25 referido. Al mismo tiempo derogó todas las disposiciones legales contrarias, dejando vigentes, sí, los reglamentos y normas de general aplicación dictados por el Presidente de la República para el funcionamiento del Comisariato.

No obstante esta subsistencia, el art. 25 del DS 338 quedó necesariamente derogado, ya que reglamentaba una disposición que desaparecería. El Reglamento, como norma secundaria, no puede tener vigencia si desaparece la norma primaria o básica, la norma legal, a que se refiere.

Sin embargo, y a partir del Dictamen Nº 60.058 de 30 de Octubre de 1962, la Contraloría estimó que dicha disposición se encontraba vigente.

La requisición, mientras estuvo vigente, sólo se refería a artículos de primera necesidad y a materias primas y tenía además el carácter de una sanción. Este claro alcance de la medida fue desvirtuado por la Contraloría, que aceptó también la requisición de establecimientos industriales. Esto lo hizo creando una figura jurídica sin ninguna base legal: la requisición como medida de regulación económica.

Al efecto, el Dictamen Nº 43.315 de 1971 expresa que "como lo ha sostenido este Organó de Control en innumerables oportunidades la requisición no sólo puede ser configurada como un acto sanción, sino que puede revestir también la naturaleza de una medida de regulación económica".

Nada hay en las facultades de control que posee la Contraloría en orden a la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos y en la capacidad de interpretación de que está investida, que la autorice para arrogarse esta capacidad normativa que sólo compete al legislador.

Es un error de interpretación considerar vigentes normas reglamentarias que se encuentran derogadas, pero es desvirtuar totalmente el concepto y alcance de la her-

este criterio interpretativo la disposición final del art. 6º de su ley orgánica que expresa que las decisiones y dictámenes de la Contraloría constituirán jurisprudencia administrativa.

En defecto de una jurisprudencia anterior, el criterio interpretativo parece ser un análisis gramatical de la ley. En último término, la razón o finalidad de la ley.

Muchas veces estos dos elementos se utilizan copulativamente, al decir, por ejemplo, "como se desprende del texto de la norma transcrita precedentemente, su objeto es...".

Pero no siempre está claramente diferenciada la finalidad de la ley, la *ratio legis*, de una supuesta voluntad legislativa. Así, hay dictámenes que expresan: "En concepto de esta Contraloría General, de los preceptos en examen, se advierte claramente el ánimo del legislador de...".

110. Los inconvenientes más notorios de una interpretación que otorga un valor fundamental a la jurisprudencia anterior, es su falta de ductilidad para poderse adaptar a nuevas situaciones y, sobre todo, la reluctancia a modificar o rectificar cualquier error o inconsecuencia producido en una resolución anterior.

Un problema que tuvo gran repercusión en la vida económica e institucional del país derivó de la interpretación y alcance que se dio al Decreto Supremo Nº 338 de 1945 en cuanto reglamentaba el art. 25 del Decreto Ley Nº 520 de 1932. (En este punto seguimos el análisis profundo y detenido que ha hecho de la materia el profesor Eduardo Soto Kloss)¹²³.

Los incisos 2º y 3º del art. 25 del D.L. Nº 520 otorgaban potestad requisitoria sobre artículos de primera necesidad o materias primas cuando fueren objeto de negación de venta, acaparamiento u otra forma de especulación.

El art. 25 del Decreto Supremo Nº 338 de 1945 reglamentaba en especial esta facultad.

El D.L. Nº 520 fue modificado por el Decreto con

Fuerza de Ley Nº 173 de 1953 que —entre otras materias— derogó todo su título IV en que se encontraba el art. 25 referido. Al mismo tiempo derogó todas las disposiciones legales contrarias, dejando vigentes, sí, los reglamentos y normas de general aplicación dictados por el Presidente de la República para el funcionamiento del Comisariato.

No obstante esta subsistencia, el art. 25 del DS 338 quedó necesariamente derogado, ya que reglamentaba una disposición que desaparecería. El Reglamento, como norma secundaria, no puede tener vigencia si desaparece la norma primaria o básica, la norma legal, a que se refiere.

Sin embargo, y a partir del Dictamen Nº 60.058 de 30 de Octubre de 1962, la Contraloría estimó que dicha disposición se encontraba vigente.

La requisición, mientras estuvo vigente, sólo se refería a artículos de primera necesidad y a materias primas y tenía además el carácter de una sanción. Este claro alcance de la medida fue desvirtuado por la Contraloría, que aceptó también la requisición de establecimientos industriales. Esto lo hizo creando una figura jurídica sin ninguna base legal; la requisición como medida de regulación económica.

Al efecto, el Dictamen Nº 43.315 de 1971 expresa que "como lo ha sostenido este Organ. de Control en innumerables oportunidades la requisición no sólo puede ser configurada como un acto sanción, sino que puede revestir también la naturaleza de una medida de regulación económica".

Nada hay en las facultades de control que posee la Contraloría en orden a la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos y en la capacidad de interpretación de que está investida, que la autorice para arrogarse esta capacidad normativa que sólo compete al legislador.

Es un error de interpretación considerar vigentes normas reglamentarias que se encuentran derogadas, pero es desvirtuar totalmente el concepto y alcance de la her-

menéutica legal, crear figuras jurídicas nuevas bajo el pretexto de la interpretación.

Esto es tanto más grave si se considera que se trataba de una situación que afectaba el derecho de dominio, objeto de una garantía constitucional. Gravedad que se reflejó en la práctica, pues basándose en esta supuesta facultad se pretendió destruir, y casi se destruyó, toda la organización económica del país.

Con posterioridad al dictamen N° 44.315 de 1971, que hemos citado, mantuvieron la doctrina, entre otros, los dictámenes N.os 44.624, 45.056, 45.057, 45.467, 56.367, 68.653 de 1971 y 3.397, 18.447 de 1972.

Es decir el respeto al precedente, a la jurisprudencia ya sentada, fue tan fuerte, que, a través de años, no fueron rectificadas el error y demasia de la interpretación. Cuando ya las consecuencias de la tesis fueron de una extrema gravedad, la Contraloría trató de poner un freno, pero no lo hizo rectificando su doctrina y estableciendo una correcta interpretación, sino rechazando decretos requisitorios por razones de hecho, argumentando que no se habían cumplido o acreditado determinados antecedentes necesarios para la requisición.

111. El 15 de Octubre de 1970, el Contralor General de la República emitió una Circular Interna sobre interpretación de las normas administrativas.

En dicha circular establece que aunque el sistema jurídico chileno contempla reglas precisas sobre la interpretación de la ley en el Título Preliminar del Código Civil, sin ignorar o prescindir de esas prescripciones de carácter general, lo cierto es que en la aplicación de las leyes administrativas surgen problemas peculiares derivados de su propia naturaleza y de la materia a que se refieren.

En primer término destaca que la ley debe entenderse siempre dirigida hacia fines determinados, cuya realización persigue el legislador. Desde este punto de vista la ley debe ser apreciada como un instrumento para lograr los fines previstos por el legislador y no como un fin en sí misma.

En virtud de lo anterior no debe olvidarse el carácter instrumental del precepto legal de realización de valores y protección de intereses. De allí, la interpretación de la ley destinada a precisar la voluntad del legislador debe establecer cuáles son los fines cuya realización ordena alcanzar esa voluntad.

A continuación analiza las reglas positivas que contiene el Título Preliminar del Código Civil:

Con respecto al elemento gramatical destaca que el inciso 1° del artículo 19 del Código Civil señala que únicamente debe atenerse al tenor literal de la regla cuando su sentido es claro. Que generalmente los términos empleados por el legislador no fijan por sí solos el sentido de la norma, o bien, este sentido no puede determinarse con facilidad al aplicar la disposición a situaciones diversas, o al considerarla en relación con otros preceptos de la misma materia. Por lo tanto, el elemento literal es el único factor que debe presidir la interpretación de una norma legal en los casos en que su sentido sea claro, lo que no siempre ocurre a pesar de que los términos sean inteligibles.

En esta situación es lícito acudir a otros antecedentes o elementos de juicio "para establecer el genuino y cabal alcance de la voluntad del legislador".

Después de analizar el elemento histórico, hace presente que las leyes administrativas forman parte del derecho público y que en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución, tanto las facultades de la autoridad como los derechos de los individuos deben tener su fundamento en una norma legal expresa. Ello no significa que todas las leyes administrativas tengan el carácter de reglas de interpretación y aplicación restrictiva. Que para este efecto deben interpretarse, y sólo una vez precisado su sentido podrá inferirse que tienen carácter excepcional y deberán aplicarse restringidamente.

A este efecto ninguna norma puede ser calificada anticipadamente de regla especial y sólo es dable asignarle esta naturaleza como corolario de la interpretación.

Agrega que, si bien la legislación administrativa tiene

un carácter fragmentario y disperso, esos numerosos textos encierran el ordenamiento jurídico chileno en materia administrativa. Luego, la interpretación de las disposiciones exige un profundo y completo conocimiento de todas las demás normas.

Este conocimiento permite resolver los problemas originados por la presencia de reglas contradictorias y apreciar la existencia de vacíos y lagunas en la legislación.

Con relación a este último aspecto señala que, si bien el artículo 4° de la Constitución prohíbe una integración analógica, en el campo del derecho público rige también el principio de especialidad de los Organos Administrativos, merced al cual pueden desarrollar legítimamente todas las acciones y ejecutar los actos destinados a obtener la consecución de sus fines.

Por último, señala que en materia administrativa es particularmente válido el principio (sic) que obliga a preferir la interpretación de la norma jurídica conforme a la cual ésta puede producir efectos y desechar aquellas que conduzcan a la ineficacia, pues debe presumirse que las normas que aprueba el legislador se encuentran dirigidas a alcanzar siempre consecuencias prácticas.

Esta circular reconoce la validez de las normas de hermenéutica contenidas en el Código Civil en relación a las leyes administrativas, y al aludir a problemas peculiares se refiere a su orientación para realizar fines determinados, lo que, en realidad, no es una particularidad de las leyes administrativas sino algo ínsito en toda ley.

Aunque reconoce que lo que debe examinarse es el sentido de la ley y que, generalmente, éste no coincide con su tenor gramatical, cae en el error de confundir dicho sentido con el "cabal alcance de la voluntad del legislador", reiterando así uno de los conceptos erróneos frecuentes en nuestra interpretación legal.

No hace la circular referencia alguna a los precedentes interpretativos, aunque, como hemos visto, exista la costumbre en el Organismo Contralor de atenerse y mantener las interpretaciones previamente emitidas. Lo anterior no afecta al valor de la jurisprudencia, que la doctrina

dominante considera como fuente indirecta del derecho administrativo¹²¹, sino que olvida que la ley que hoy se dicta, cada vez adolece más del inconveniente de ser sancionada en vista de una sola hipótesis, debiendo el juez adaptarla, mediante el arbitrio judicial, a las miles de hipótesis no previstas¹²⁵; esto hace que una interpretación rígida e invariable no pueda ser nunca una acertada interpretación de la ley.

112. Procede ahora analizar la situación de los particulares frente a los actos de la administración y a la resolución que, respecto de ellos, adopte la Contraloría.

Los actos y disposiciones de las autoridades políticas y administrativas deben ceñirse a la Constitución y a las leyes. Frente a ella los particulares, comprendiendo en este término no sólo las personas ajenas a la administración sino también a los funcionarios cuando no actúan en calidad de tales sino en relación a sus intereses privados, pueden encontrarse ante diversas situaciones.

Pueden ser afectados por un Decreto del Presidente de la República, inconstitucional o ilegal, que no sea reparado oportunamente por la Contraloría, o bien, que reparado por ésta, sea objeto de insistencia.

Igualmente puede serles lesivo un acto o resolución de cualquiera autoridad administrativa.

Por último, dicha autoridad puede negarles o reconocerles un derecho.

Ya hemos visto que en caso de resolución denegatoria el particular puede ocurrir a la Contraloría General solicitando un dictamen al efecto.

En los casos anteriores y en este último, si la Contraloría no acoge la rectificación, ¿tiene algún recurso el particular para hacer valer sus derechos? Esto nos lleva al problema de lo contencioso-administrativo.

La Constitución Política ha contemplado esta situación al disponer en su art. 87: "Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver de las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades

políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley".

Esta ley jamás ha sido dictada ni los Tribunales Administrativos creados.

En esta situación sólo tienen existencia los Tribunales Ordinarios, cuya potestad arranca del art. 80 de la Constitución que dispone: "La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley".

Su jurisdicción la determinan especialmente los arts. 1º y 5º del Código Orgánico de Tribunales al disponer que "la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley". "A los tribunales que establece el presente Código estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, con las solas excepciones siguientes". En las excepciones se encuentran los juicios políticos y los encomendados a tribunales especiales, entre ellos no se señala a los tribunales administrativos, que, eso sí, al crearse quedarían comprendidos en el Nº 9º: "los demás asuntos del orden temporal que leyes especiales encomienden a otros tribunales".

Lo contencioso administrativo está constituido por aquellas contiendas o litigios en que se debaten cuestiones de derecho administrativo, en que una de las partes es una administración u órgano administrativo. Esto es lo que se llama competencia contencioso-administrativa.

Su conocimiento puede corresponder a los tribunales administrativos especiales, constituidos dentro de la administración para conocer ciertas y determinadas materias¹²⁶. Entre ellos podríamos señalar el llamado Tribunal de Comercio, creado por la ley 17.066; los tribunales que conocen de los reclamos sobre avalúo de bienes raíces y a que se refieren los arts. 149 y ss. del Código Tributario;

las autoridades aduaneras en los reclamos de aforo y en las causas civiles de aduanas, de acuerdo a la Ordenanza de Aduanas; la Contraloría General de la República, en cuanto se refiere a los juicios de cuentas, en que actúa en primera instancia el Subcontralor y en segunda instancia el Contralor, etc. Se ha sostenido que los Tribunales Ordinarios de Justicia tienen competencia administrativa solamente por excepción, cuando una ley expresamente se las otorga. Tal sería el caso del conocimiento de ciertas reclamaciones en contra de actos del Municipio o de los Alcaldes, de acuerdo al art. 115 de la ley Orgánica de Municipalidades; lo contencioso sanitario; en materia de pesca y caza; en materia de caminos; o, en general, el recurso de inaplicabilidad de las leyes administrativas, en virtud del inc. 2º del art. 86 de la Constitución Política, que no hace distinción en cuanto a las leyes que puede calificar en virtud de dicho recurso.

En virtud de esta tesis, no habiéndose creado los Tribunales Administrativos que contempla el art. 87 de la Constitución, los particulares no tendrían recursos en contra de la autoridad que por un acto administrativo lesionara sus derechos patrimoniales.

El problema no se refiere a los actos de gestión en los cuales el Poder Ejecutivo obra como cualquier particular y en los cuales es indiscutido que los tribunales pueden desconocer las disposiciones administrativas o reglamentarias cuando exceden o contravienen los preceptos legales. La controversia se relaciona con los actos típicamente administrativos, o sea, aquellos que el Poder Ejecutivo, la Administración, realiza en virtud de su autoridad, de su poder de mando.

Existe una abundante jurisprudencia que ha negado competencia a los Tribunales Ordinarios en materia contencioso-administrativa.

Los principales argumentos han sido que la Constitución contempla la creación de los tribunales administrativos y que el hecho de no haberse dictado la ley respectiva no otorga por eso competencia a los tribunales ordinarios. Se ha dicho que el art. 4º de la Constitución prohíbe

a cualquiera magistratura atribuirse otra autoridad que la que expresamente le hayan conferido las leyes. Que si el art. 5º del Código Orgánico de Tribunales les entrega el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal, la palabra "temporal" en dicho artículo tiene el significado de profano en oposición a espiritual o religioso, pero no el sentido de patrimonial. Que el art. 4º del mismo Código prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos. Por último, que el art. 5º del Código Orgánico en su Nº 9º exceptúa del conocimiento de los tribunales ordinarios "los demas asuntos judiciales del orden temporal que las leyes especiales encomienden a otros tribunales".

Entre otras consideraciones las sentencias en este sentido han expresado que tratándose de una facultad especial o privativa del representante de uno de los poderes del Estado, cuando éste los ejecuta mediante el correspondiente acto de autoridad o de imperio, dicha resolución no puede ser revisada por los Tribunales de Justicia por disposición expresa del art. 4º del Código Orgánico de Tribunales, que cuando el legislador ha querido que tengan intervención en materia administrativa lo ha hecho en forma expresa; que la circunstancia de que el legislador no haya dado vida a los tribunales contencioso-administrativos que contempla la Constitución Política, no autoriza al Tribunal Supremo para convertirse en subrogante de la competencia de aquéllos, mayormente si la legislación vigente contempla otros medios de control para cautelar la juridicidad de los actos de la administración central o descentralizada; que la falta de los Tribunales Administrativos ha mantenido la situación que no se tenga una autoridad extraña a la Administración que compela a ésta a ejecutar un acto propio de su autoridad o salvar una omisión ilegal que perjudica a un particular; que aunque en los actos contencioso-administrativos generalmente existe un problema de carácter patrimonial, este efecto no puede alterar la naturaleza intrínseca del acto y sustraerlo a las normas de derecho público, y que

si no existe ley que otorgue jurisdicción a los tribunales ordinarios de justicia, para conocer la controversia producida de carácter contencioso-administrativo, debe concluirse que el Juez del Tribunal Ordinario de justicia ante quien se interpuso la acción, ha carecido en absoluto de competencia para conocer del litigio (R.D.J. t. 40, s. 1º, p. 243; t. 50, s. 2º, p. 105; t. 54, s. 2º, p. 82; t. 61, s. 1º, p. 1; p. 186; t. 63, s. 1º, p. 147; t. 65, s. 1º, p. 132; p. 217; t. 67, s. 1º, p. 106).

113. Este criterio lo consideramos inaceptable, porque como hasta ahora no han sido organizados los Tribunales Administrativos a que se refiere el art. 87 de la Constitución Política, no es posible dejar a los particulares entregados a las posibilidades de exceso de poder de las autoridades políticas y administrativas, existiendo tribunales de justicia encargados de conocer, en general, de todas las causas civiles o criminales que se promuevan en el orden temporal en el territorio de la República (R.D.J. t. 51, s. 1º, p. 4).

Varias sentencias han consagrado esta sana doctrina, resolviendo, por ejemplo, la ilegalidad de un Decreto, ya que éstos no pueden desvirtuar el mandato legal restringiéndolo en su aplicación o en sus efectos (R.D.J. t. 50, s. 1º, p. 261). Igualmente, han resuelto que mientras la ley no establezca y organice los tribunales administrativos y delimite la órbita de sus atribuciones, no se puede excluir del conocimiento de la justicia ordinaria las acciones de carácter patrimonial que deduzcan los afectados que han sufrido perjuicio por los actos ilegales, indebidos o dañosos de determinadas autoridades (R.D.J. t. 58, s. 1º, p. 144). Se ha fallado también que los tribunales ordinarios son competentes para conocer la demanda por la cual un empleado público plantea las cuestiones patrimoniales derivadas de la dictación de decretos; conflicto surgido entre el particular ofendido y el Fisco por un acto de gestión puramente administrativo, ejecutado por representantes del mismo Fisco y que no se habría ajustado a los dictados de la ley (R.D.J. t. 51, s. 1º, p. 568).

intervendrá en los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia".

3. Superintendencia de Seguridad Social

116. La Superintendencia de Seguridad Social se rige actualmente por la ley N° 16.395 de 16 de Diciembre de 1965, que fijó el texto refundido de su organización y atribuciones.

Sus funciones esenciales están fijadas en el artículo 2° de dicha ley; además, de acuerdo con el art. 3°, será la autoridad técnica de control de las instituciones de previsión.

En relación con dichas instituciones tiene diversas atribuciones que señala el artículo 3° de la ley. Entre ellas, la que nos interesa particularmente es la contenida en la letra f) que establece: "Fijar la interpretación de las leyes de previsión social y ordenar que se ajusten a esta interpretación las Cajas respectivas".

Por lo tanto, la interpretación que la Superintendencia hace de las leyes previsionales es obligatoria para los organismos respectivos.

117. Dada la amplitud de facultades otorgadas a la Contraloría General de la República era difícil determinar el campo de acción de la Contraloría y de la Superintendencia de Seguridad Social respecto a los organismos sometidos a la fiscalización de esta última.

Con el objeto de mantener la debida unidad dentro de la administración y de propender al desarrollo de una jurisprudencia administrativa uniforme, ambos organismos emitieron una circular conjunta, de fecha 30 de Enero de 1954, delimitando la competencia de ambas entidades.

En dicha circular se estableció que correspondían directa y exclusivamente a la Contraloría los asuntos relativos a la gestión administrativa de los organismos respectivos y que se refieren al personal de las mismas.

Igualmente la Contraloría se pronunciaría exclusivamente sobre los derechos a pensiones de retiro, jubilaciones o montepíos en que se encontraran comprometidos fondos fiscales.

En lo demás, los asuntos de las instituciones referentes a la aplicación de las leyes de previsión social, se someterían exclusivamente a la consideración y pronunciamiento de la Superintendencia de Seguridad Social.

Después de la dictación del Decreto Ley N° 38, de 24 de Septiembre de 1973, que modificó el art. 16 de la ley orgánica de la Contraloría, la propia Superintendencia de Seguridad Social ha quedado sujeta a su control y debe observar sus instrucciones.

No obstante esta modificación, no se ha alterado la circular mencionada y ambos organismos continúan desempeñando las funciones específicas que en ella se señalan.

118. La interpretación de las leyes de previsión social hecha por la Superintendencia es, como lo hemos señalado, obligatoria para los organismos respectivos.

Con relación a los particulares esta interpretación no es definitiva. El interesado puede siempre reclamar el derecho que estima pertenecerle ante los tribunales respectivos.

Estos tribunales serán los Tribunales del Trabajo en las materias de su competencia, las que a este efecto son las que señalan los N.os 2° y 3° del artículo 497 del Código del Trabajo.

La demanda respectiva no se entabla en contra de la Superintendencia, sino contra la Caja u Organismo correspondiente que previamente debe pronunciarse sobre el reclamo del interesado. En otras materias la demanda debe presentarse ante los tribunales ordinarios.

De acuerdo con lo expuesto, la interpretación legal, en caso de discrepancia, va a ser establecida por los tribunales, es decir, nos encontraremos en presencia de una interpretación judicial, por lo que no procede analizar en

propriadamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia".

3. Superintendencia de Seguridad Social

116. La Superintendencia de Seguridad Social se rige actualmente por la ley N° 16.395 de 16 de Diciembre de 1965, que fijó el texto refundido de su organización y atribuciones.

Sus funciones esenciales están fijadas en el artículo 2° de dicha ley; además, de acuerdo con el art. 3°, será la autoridad técnica de control de las instituciones de previsión.

En relación con dichas instituciones tiene diversas atribuciones que señala el artículo 3° de la ley. Entre ellas, la que nos interesa particularmente es la contenida en la letra f) que establece: "Fijar la interpretación de las leyes de previsión social y ordenar que se ajusten a esta interpretación las Cajas respectivas".

Por lo tanto, la interpretación que la Superintendencia hace de las leyes previsionales es obligatoria para los organismos respectivos.

117. Dada la amplitud de facultades otorgadas a la Contraloría General de la República era difícil determinar el campo de acción de la Contraloría y de la Superintendencia de Seguridad Social respecto a los organismos sometidos a la fiscalización de esta última.

Con el objeto de mantener la debida unidad dentro de la administración y de propender al desarrollo de una jurisprudencia administrativa uniforme, ambos organismos emitieron una circular conjunta, de fecha 30 de Enero de 1954, delimitando la competencia de ambas entidades.

En dicha circular se estableció que correspondían directa y exclusivamente a la Contraloría los asuntos relativos a la gestión administrativa de los organismos respectivos y que se refieren al personal de las mismas.

Asimismo la Contraloría se pronunciará exclusivamente sobre los derechos a pensiones de retiro, jubilaciones o montepíos en que se encontraran comprometidos fondos fiscales.

En lo demás, los asuntos de las instituciones referentes a la aplicación de las leyes de previsión social, se someterían exclusivamente a la consideración y pronunciamiento de la Superintendencia de Seguridad Social.

Después de la dictación del Decreto Ley N° 38, de 24 de Septiembre de 1973, que modificó el art. 16 de la ley orgánica de la Contraloría, la propia Superintendencia de Seguridad Social ha quedado sujeta a su control y debe observar sus instrucciones.

No obstante esta modificación, no se ha alterado la circular mencionada y ambos organismos continúan desempeñando las funciones específicas que en ella se señalan.

118. La interpretación de las leyes de previsión social hecha por la Superintendencia es, como lo hemos señalado, obligatoria para los organismos respectivos.

Con relación a los particulares esta interpretación no es definitiva. El interesado puede siempre reclamar el derecho que estima pertenecerle ante los tribunales respectivos.

Estos tribunales serán los Tribunales del Trabajo en las materias de su competencia, las que a este efecto son las que señalan los N°s 2° y 3° del artículo 497 del Código del Trabajo.

La demanda respectiva no se entabla en contra de la Superintendencia, sino contra la Caja u Organismo correspondiente que previamente debe pronunciarse sobre el reclamo del interesado. En otras materias la demanda debe presentarse ante los tribunales ordinarios.

De acuerdo con lo expuesto, la interpretación legal, en caso de discrepancia, va a ser establecida por los tribunales, es decir, nos encontraremos en presencia de una interpretación judicial, por lo que no procede analizar en

detalle la interpretación administrativa que realiza la Superintendencia.

119. Los arts. 30 y 31 de la ley orgánica dan a la Superintendencia la vigilancia del cumplimiento de las leyes y reglamentos sobre seguros de accidentes del trabajo y la fiscalización de las instituciones que a él se dediquen.

Antes de 1968 los litigios sobre accidentes del trabajo eran conocidos por los tribunales respectivos.

Esta materia está hoy regulada por la ley 16.744, del 1º de Febrero de 1968, que derogó el Título 2º del Libro II del Código del Trabajo y estableció el seguro obligatorio sobre los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales.

En la resolución de los problemas que se presenten con relación a la aplicación de las disposiciones de la ley citada, la Superintendencia de Seguridad Social resuelve en forma definitiva, sin intervención de los tribunales.

4. Servicio de Impuestos Internos

120. El Servicio de Impuestos Internos fue reorganizado por Decreto Supremo del 16 de Mayo de 1963, dictado en virtud de la facultad concedida al efecto por el art. 1º de la ley Nº 15.078 de 13 de Diciembre de 1962.

Sus facultades en la interpretación y aplicación de las leyes tributarias están especialmente otorgadas por el Código Tributario, cuyo texto actual —pero con numerosas modificaciones posteriores— está fijado por el Decreto Ley Nº 830 del 27 de Diciembre de 1974.

El desempeño de estas facultades corresponde esencialmente al Director General del Servicio y a los Directores Regionales, pero éstos pueden delegar algunas funciones u obligaciones en los Administradores u otros funcionarios.

La facultad de interpretación de las leyes tributarias por parte del Director General de Impuestos Internos

emana de los N.os 1º y 2º de la letra A del art. 6º del Código Tributario.

Dicha disposición dice en su Nº 1º que corresponde al Director General "interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fijación de los impuestos".

El Nº 2º lo faculta para "absolver las consultas que sobre la aplicación e interpretación de las normas tributarias le formulen los funcionarios del Servicio, por conducto regular, o las autoridades".

La primera facultad tiene por objeto propender a una uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas tributarias. Las instrucciones oficiales al respecto se vacían en el Manual del Servicio de Impuestos Internos.

La segunda facultad está limitada a los funcionarios o autoridades; las consultas que formulen los contribuyentes son evacuadas por el Director Regional.

Las circulares, dictámenes e informes, que fijan una determinada interpretación, tienen importancia para todos los contribuyentes, por la disposición del art. 26 que analizaremos más adelante.

Las facultades de los Directores Regionales se derivan fundamentalmente de los N.os 1º y 6º de la letra B del mismo artículo 6º del Código Tributario.

El primero los autoriza para "absolver las consultas sobre la aplicación o interpretación de las normas tributarias". Esta facultad se refiere a las consultas que realicen sobre este aspecto los particulares.

El Servicio ha manifestado que para realizar estas consultas no es necesario que se invoque un interés actual comprometido, así que ellas pueden referirse a situaciones concretas o abstractas. Los pronunciamientos a estas consultas van constituyendo instrucciones del Servicio y para conocimiento de los funcionarios y del público se emitan en el Boletín del Servicio.

El Nº 6 de la letra B del artículo citado faculta al Director Regional para "resolver las reclamaciones que

presenten los contribuyentes de conformidad a las normas del Libro Tercero".

Aquí se encuentra establecida la facultad del Director Regional de actuar como tribunal unipersonal, con jurisdicción para fallar las reclamaciones o juicios tributarios que planteen los contribuyentes. En este caso el Director Regional no ejerce funciones simplemente administrativas, sino que, en concordancia con el art. 115 del Código, asume la calidad de juez, de única o primera instancia, según sea el asunto de que se trate.

Al respecto debe anotarse que la calidad de Juez no la tiene el Servicio propiamente tal, tampoco el Director Nacional, sino personalmente los Directores Regionales.

121. La interpretación de las leyes tributarias, sustentada por la Dirección o las Direcciones Regionales, en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a los funcionarios del Servicio o a ser conocidos de los contribuyentes en general o de uno o más de ellos en particular, tienen una gran importancia. Es así como el art. 26 del Código establece que no procederá el cobro con efecto retroactivo respecto al contribuyente que se haya ajustado a dicha interpretación.

Se ha resuelto que las resoluciones dictadas por el Servicio en su carácter de Tribunal no están comprendidas en los documentos señalados en el inc. 1º del artículo 26. Ello porque se ha estimado que, tratándose de una disposición excepcional, ésta las excluye al no mencionarlas explícitamente; además porque se ha estimado que debe respetarse el principio general establecido en el inc. 2º del art. 3º del Código Civil, en cuanto las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que actualmente se pronunciaren.

122. La calidad de Tribunal del Director Regional está reiterada en el art. 115 del Código Tributario y reglamentada, en general, en el Libro III de dicho cuerpo legal.

Dicha disposición establece que el Director Regional conocerá en primera o en única instancia —según proce-

da— de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las leyes tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa.

La competencia normal es en primera instancia. En única instancia prácticamente no existe y está limitada a la resolución de los impuestos de timbres que deben pagarse en los juicios que ante ellos se tramiten.

No todos los asuntos relacionados con impuestos son de la competencia del Director Regional. Así, los impuestos a las asignaciones por causa de muerte y donaciones, y los de la Ley de Timbres, Estampillas y Papel Sellado, cuando el contribuyente pida su determinación, será competente el Juez de Letras de Mayor Cuantía en lo Civil. El reclamo de avalúos de bienes raíces está sometido a un tribunal especial.

123. La competencia del Director Regional está establecida en el art. 124 del Código Tributario.

Dicha disposición establece que toda persona podrá reclamar de la totalidad o de alguna de las partidas o elementos de una liquidación, giro, pago o resolución que incida en el pago de un impuesto o en los elementos que sirvan de base para determinarlo, siempre que invoque un interés actual comprometido.

Se ha estimado que se fija un orden de prelación en estos reclamos, y así, si hay giro y liquidación, debe reclamarse la liquidación y no el giro, salvo que no se conforme con la liquidación.

En cuanto a las resoluciones que son reclamables se trata de aquellas de carácter administrativo que resultan de las facultades de fiscalización y de aplicación o interpretación de las leyes tributarias. Entre estas resoluciones se encuentran las que niegan lugar en todo o parte a cualesquiera de las peticiones destinadas a corregir errores propios del contribuyente o a obtener la devolución de tributos doblemente pagados o cuya restitución autorizan las leyes de fomento o que establecen franquicias tributarias.

No son reclamables las resoluciones que fallan reamos o las que imponen sanción por infracción a las normas tributarias.

Tampoco son reclamables, de acuerdo con lo establecido en el art. 126 del Código Tributario, las circulares o instrucciones impartidas por el Director Nacional o por los Directores Regionales al personal del Servicio, ni las respuestas dadas por los mismos o por otros funcionarios del Servicio a las consultas generales o particulares que se les formulen sobre aplicación o interpretación de las leyes tributarias.

La reclamación tributaria es un juicio de carácter contencioso-administrativo. Para que haya juicio es indispensable que existan hechos controvertidos o discrepancia sobre el derecho aplicable. Además, el reclamante debe invocar un interés actual comprometido, es decir, debe tener un interés pecuniario, real y efectivo, relacionado directamente con la materia reclamada. Este interés debe ser actual, no podría reclamar una persona a quien en el futuro pueda afectar la actuación de que se trate.

124. Corresponde a las Cortes de Apelaciones conocer en segunda instancia de los recursos de apelación que se deduzcan contra las resoluciones del Director Regional. Es decir las Cortes de Apelaciones son el tribunal general de segunda instancia en la materia; su jurisdicción está establecida en el art. 120 y reiterado en el art. 141 y en los N.ºs 5 y 6 del art. 161 del Código Tributario.

Contra las sentencias de las Cortes de Apelaciones proceden los recursos de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema, en conformidad a las normas generales.

Desde que existen estas instancias ante los tribunales ordinarios el criterio interpretativo del Servicio de Impuestos Internos pierde parte de su importancia porque caemos en la interpretación judicial que ya hemos comentado.

Al Servicio puede criticársele su tendencia a mantener

su criterio de interpretación cuando éste ha sido rechazado por el Tribunal de Apelación e incluso por la Corte Suprema. Existen innumerables ejemplos en que casos idénticos, fallados en un sentido por los tribunales, vuelven a ser resueltos en sentido contrario por el Servicio. El respeto a una jurisprudencia reiterada de los tribunales ordinarios evitaría innumerables litigios que significan un daño a los contribuyentes aunque obtengan una resolución favorable a su reclamo.

La importancia que tiene la intervención de la judicatura ordinaria en esta materia se aprecia de inmediato si se examinan los ingresos o sentencias de los tribunales superiores. Hoy día un porcentaje netamente mayoritario de los asuntos que ellos conocen en materia civil se refiere a cuestiones tributarias.

125. Una norma muy especial en materia de interpretación legal contiene el artículo 4º del Código Tributario.

Dicha disposición establece: "Las normas de este Código sólo tienen validez para la aplicación o interpretación del mismo y de las demás disposiciones legales relativas a la materia de tributación fiscal interna a que se refiere el art. 1º, y de ellas no se podrán inferir, salvo disposición expresa en contrario, consecuencias para la aplicación, interpretación o validez de otros actos, contratos o leyes".

Hemos señalado cómo, invariablemente, nuestros tribunales han considerado las normas tributarias como preceptos de derecho estricto, de aplicación restrictiva. Esto se ha fundamentado esencialmente en que tienen este carácter las normas que imponen gravámenes o cargas.

Esta disposición va mucho más lejos. El Código Tributario no impone directamente cargas, sino que sólo establece mecanismos de regulación impositiva, velando especialmente por la situación de los particulares frente a los organismos encargados del manejo y control de la tributación. No obstante lo anterior, se establece expresamente que todas sus disposiciones serán de aplicación e interpretación restrictivas.

La expresión "consecuencias" que emplea el precepto citado parece tener un alcance muy amplio. No sólo se prohibiría que las disposiciones del Código se aplicaran por analogía, sino que parecería indicar que ellas no pueden servir de base para fundamentar un criterio de interpretación en otras materias.

5. Servicio Público de Aduanas

126. Las Aduanas están organizadas como un servicio público de la administración civil central del Estado. Su dirección superior corresponde a una Junta General y una Superintendencia. La Junta es un cuerpo colegiado de integración mixta; la Superintendencia, un cuerpo administrativo bajo la dirección del jefe superior del servicio, el Superintendente de Aduanas. Determinadas aduanas están bajo la dirección de funcionarios denominados Administradores de Aduanas, que tienen también importancia en nuestra materia.

La organización y atribuciones del Servicio están reguladas por la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto actual está fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 213, de 22 de Julio de 1953, con innumerables modificaciones posteriores.

La compleja materia aduanera da origen a problemas administrativos y a otros que exceden este campo para ser propiamente jurisdiccionales: las causas de aduana, con un contenido, tribunales y competencia propios ¹²⁶.

127. Para analizar el alcance de las facultades de las distintas autoridades aduaneras conviene distinguir entre el aforo, que está configurado como un proceso meramente administrativo, y las causas civiles y criminales de que pueden conocer los tribunales de aduana.

El aforo consiste en el reconocimiento de la mercadería, su clasificación en el arancel aduanero y la determinación de los derechos que deben pagar, previas todas las operaciones necesarias.

El aforo lo practica el Vista de Aduanas y es reclama-

ble ante el Administrador respectivo. La resolución del Administrador es, a su vez, apelable ante el Superintendente. Contra el fallo de este último no procede recurso alguno.

Esta resolución tiene un alcance especial, pues al dictarla el Superintendente interpreta la ley arancelaria y su fallo no se limita exclusivamente al caso específico sino que tiene una obligatoriedad general y rige para todas las aduanas.

128. En materia propiamente jurisdiccional los tribunales aduaneros tienen competencia en materia civil y penal.

Las causas civiles son aquellas en que la Aduana figura como demandante o demandado. Esta competencia civil comprende aquellas infracciones reglamentarias que no sean constitutivas de delito. Están constituidas esencialmente por las declaraciones erróneas, equivocadas de buena fe, que se sancionan con la imposición de una multa.

Según la cuantía de estas causas pueden conocer los Administradores en única o primera instancia; el Superintendente en primera o segunda instancia, y la Junta General de Aduanas en segunda instancia de aquellas que el Superintendente conoció en primera.

La Ordenanza no contempla recursos contra las sentencias de segunda instancia, de tal manera que la tramitación y fallo de estas causas civiles son exclusivamente administrativos.

No obstante lo expuesto, la Corte Suprema ha aceptado conocer de recursos de queja contra estos tribunales en virtud de la superintendencia directiva que le otorga el art. 96 de la Constitución Política.

129. Las causas criminales se refieren a los delitos de fraude aduanero y contrabando, que se encuentran definidos en el artículo 186 de la Ordenanza. La distinción entre ambos tiene muy poca importancia práctica. Para la denuncia de estos delitos se concede acción popular.

En los procesos por estos delitos existe lo que una sen-

tencia ha llamado una gestión previa administrativa. De acuerdo con el artículo 232 de la Ordenanza, antes de sustanciarse cualquier proceso criminal por el delito de fraude o contrabando, el Administrador de la Aduana respectiva debe apreciar si los hechos denunciados dan mérito o no para ejercitar la acción penal correspondiente. Uno de los objetivos de esta disposición es evitar, por medio de esta calificación previa de los hechos materia de una denuncia, el perjuicio que una acción popular incontrolada podría ocasionar al prestigio de personas honorables.¹²⁹

Si el Administrador estima que hay méritos, envía los antecedentes al Juzgado del Crimen. Si declara no haber méritos, remitirá los antecedentes al Abogado-procurador fiscal y elevará los autos en consulta al Superintendente. De aprobarse lo obrado, no se inicia proceso criminal, y sí, en cambio, al revocar.

De esta manera los juicios penales por los delitos aduaneros van a ser sustanciados por los tribunales ordinarios. La interpretación administrativa sólo va a ser determinante cuando las autoridades aduaneras estimen que no procede el ejercicio de la acción penal.

6. Dirección General del Trabajo

130. El Decreto con Fuerza de Ley N° 2, del 29 de Septiembre de 1967, dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección General del Trabajo.

El Servicio está encabezado por el Director General del Trabajo, cuyas atribuciones se establecen en el artículo 5° de dicho Decreto con Fuerza de Ley.

Con relación a la interpretación legal la disposición señala lo siguiente: "Artículo 5°. Al Director le corresponderá especialmente:

b) Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, sin perjuicio de la competencia que sobre determinadas materias tengan otros Servicios y Organismos fiscales, salvo que el caso esté sometido al pronun-

ciamiento de los tribunales y esta circunstancia esté en su conocimiento".

En realidad esta interpretación es sólo obligatoria para los funcionarios del Servicio. Sólo puede afectar a los particulares en cuanto les sea impuesta por los funcionarios dentro de su facultad fiscalizadora.

En efecto, los Inspectores del Trabajo tienen, dentro del territorio de su jurisdicción, las mismas facultades que el Director para fiscalizar la aplicación de la legislación laboral. En virtud de ellas pueden aplicar multas en sanción de las infracciones que estiman se cometen, y, en caso de reincidencia, pueden aplicar a los establecimientos la pena de clausura hasta por el término de 10 días.

De estas sanciones las partes afectadas pueden reclamar ante los Tribunales del Trabajo.

La potestad de los funcionarios llega sólo hasta la aplicación de sanciones, pero no pueden obligar a que una determinada prestación se cumpla. Para ello el afectado debe necesariamente entablar la acción que proceda ante el tribunal correspondiente.

131. El Decreto Ley N° 1.228, del 5 de Noviembre de 1975, fija normas sobre los dictámenes de la Dirección del Trabajo relativos a la aplicación de la legislación laboral en situaciones particulares.

Dicho Decreto Ley se refiere a las solicitudes de dictámenes que los particulares formulen a la Dirección del Trabajo sobre la aplicación e interpretación, respecto de situaciones específicas, de las normas laborales o de las cláusulas contenidas en contratos individuales o colectivos, actas de avenimiento y fallos arbitrales.

Estas consultas se evacúan previo traslado a la empresa, entidad o persona a las cuales ellas afecten.

Las consultas deben ser cumplidas en el término de quince días, pero dentro del mismo plazo los afectados pueden formular una reclamación ante el Juzgado del Trabajo que corresponda, impugnando el dictamen de la Dirección del Trabajo cuyo cumplimiento se suspende.

132. Como puede verse, la interpretación legal que, dentro de sus facultades, pueda hacer la Dirección del Trabajo, se encuentra siempre supeditada a la revisión de la misma que puedan efectuar los Tribunales del Trabajo.

De esta manera no se nos presentan problemas específicos de interpretación, ya que en definitiva vamos a desembocar en una interpretación judicial.

La jurisdicción de los Tribunales del Trabajo es muy amplia, ya que el N° 1 del artículo 497 del Código del Trabajo establece que conocerán "de todas las cuestiones de carácter contencioso que suscite la aplicación de las disposiciones de este texto y de las estipulaciones de los contratos de trabajo".

133. Sin embargo, hay ocasiones en que la Dirección del Trabajo se ha excedido en sus facultades a materias totalmente fuera del alcance de sus atribuciones.

La ley N° 17.594 de Enero de 1972 dictó disposiciones relativas a la organización sindical. De acuerdo con el art. 382 del Código del Trabajo los sindicatos industriales y profesionales se consideraban legalmente constituidos una vez concedida la personalidad jurídica por el Presidente de la República.

En realidad esta disposición había sido modificada por el inc. 3° del N° 14 del art. 10 de la Constitución Política en la redacción que le dio la ley 17.398 de 9 de Enero de 1971.

Concordante con la disposición constitucional, la ley 17.594 estableció que los Sindicatos, Federaciones y Confederaciones Sindicales gozarían de personalidad jurídica por el solo hecho de entregar sus actas constitutivas y estatutos a la respectiva Inspección Departamental del Trabajo.

Se creaba así un régimen análogo, aunque menos estricto, que el que establecía para la constitución de los sindicatos campesinos la ley N° 16.625.

No obstante que la ley citada no establecía plazo ni requisito alguno para su entrada en vigencia, ni disponía

reglamentación alguna para su aplicación, la Dirección del Trabajo, por circular N° 3, de fecha 7 de Enero de 1972, dictaminó que sus disposiciones legales no podían aplicarse por no haberse dictado el Reglamento de la ley.

Esta interpretación del dictamen carecía de base, ya que la ley no contenía ninguna exigencia de reglamentación; además concedía personalidad jurídica a la Central Unica de Trabajadores y disponía que ésta debería hacer el registro de sus estatutos en un plazo de 90 a 180 días contados desde la publicación de la ley.

Mal podía entonces la Dirección estimar que la ley no se encontraba vigente y disponer que se aplicaran disposiciones que incluso habían sido derogadas por un precepto constitucional. Fuera de lo anterior, una resolución de esta naturaleza está totalmente fuera de sus atribuciones, que se refieren sólo a la interpretación de las leyes; interpretación que tiene fuerza obligatoria únicamente dentro del círculo administrativo.

Nada autoriza a la Dirección para declarar que una ley determinada no ha entrado en vigencia porque, según su exclusivo criterio, se necesita para ello el cumplimiento de determinados requisitos. Este pronunciamiento sólo pudo dictarse por razones políticas, porque la ley establecía la libertad y pluralidad sindical, principios que en ese momento no compartía la administración.

