

# EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SU CAPACIDAD DE RESPUESTA

JUAN ESPINOZA ESPINOZA<sup>1</sup>

A la memoria de Don Arturo Bazán  
"Como un gran abogado, esa perversa  
hace blanco lo negro, y viceversa".  
CAMPOAMOR

## I. SOBRE EL PROBLEMA DE LA EXISTENCIA DE LAS LAGUNAS DE DERECHO Y LA MANERA DE COLMARLAS

Si entendemos por ordenamiento normativo, el conjunto de normas jurídicas (sean estas legislativas, jurisprudenciales o consuetudinarias) con que cuenta un Estado para solucionar los conflictos de sus integrantes, surge el cuestionamiento si el mismo es autosuficiente para absolver la totalidad de sus requerimientos. En efecto, la vertiginosa evolución de las sociedades supera los ritmos de los que diseñan los modelos jurídicos apropiados para afrontar los nuevos problemas que se presentan. En atención a ello, existen divergencias respecto de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Unos sostienen que el derecho es omnicomprensivo, mientras que otros afirman que se presentan lagunas. Siguiendo a un sector de la doctrina argentina<sup>2</sup>, las corrientes que pretenden definir este fenómeno son las siguientes:

### 1. Positivismo ingenuo o dogmático

Para el creador de la escuela histórica del derecho, el derecho positivo es un "todo jurídico"<sup>3</sup> que "vive en el común conocimiento del pueblo"<sup>4</sup> y dentro de este orden de ideas, mediante la analogía "hemos de llenar cualquier laguna que advirtamos"<sup>5</sup>.

Definiendo esta posición, se afirma que "la ausencia de la norma jurídica frente a un caso determinado y el medio idóneo para que indefectiblemente se cubra ese vacío regulativo lo constituye la analogía, o sea la aplicación de normas ya existentes en el derecho positivo que guardan vinculación con el hecho en cuestión"<sup>6</sup>. Se califica esta posición como ingenua, por cuanto se pretende reducir el problema de la administración de justicia a la aplicación de la analogía, ignorando la complejidad del mismo.

1 Profesor de Derecho en la Universidad de Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 VIGO (P), Integración de la Ley Artículo 15 del Código Civil. Buenos Aires, 1978, 19 y s.

3 VIGO (P), op. cit., 18.

4 SWAGNE De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho, EDEVAL, Valparaiso, 1976, 18. En efecto, el autor sostiene que "el derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él y por último crece cuando el pueblo ha pedido su código" (cfr.).

5 SWAGNE Los fundamentos de la Ciencia Jurídica, en La Ciencia del Derecho, Editorial Losada, Buenos Aires, 1969, 146.

6 VIGO (P), op. cit., 21.

El pretender justificar, como lo hace el positivismo jurídico, que el derecho se agota en las leyes, es insostenible por los siguientes motivos<sup>7</sup>:

- a) No todos los vocablos contenidos en las leyes son, ni pueden ser, definidos en las mismas leyes.
- b) Las formulaciones de las leyes, al disciplinar relaciones sociales, si se refieren sólo a aquellas concretas, no son suficientes para disciplinarlas todas, puesto que siempre surgirán nuevas relaciones.
- c) Las formulaciones de las leyes que disciplinan relaciones sociales, en su alcance inicial, o en el alcance que se le atribuye a través del recurso a técnicas de extensión y de integración, pueden estar en conflicto entre sí y ser incompatibles.
- d) Considerando el conjunto de todas las leyes como "un discurso preceptivo continuo"<sup>8</sup>, resulta claro que frente a cada caso concreto, para calificar un comportamiento o una determinada situación, no puede operar globalmente todo este "discurso preceptivo". Será necesario tomar del mismo una parte, constituida por un enunciado o por varios enunciados vinculados entre sí, que conformen un supuesto, según el significado que le es atribuido al caso concreto a calificar según el derecho.

En atención a estas consideraciones, se afirma que la operación de fragmentación y recomposición del discurso legislativo es una "operación a la cual corresponde un factor extra-legislativo (mejor un conjunto de factores) de producción de derecho, consistente en las decisiones, en las ideologías, en las técnicas y en las praxis mediante las cuales el intérprete descompone y recompone la ley; las ideologías, técnicas y praxis del intérprete al respecto, en los países de Europa continental, tienen un nombre -por razones históricas- que es el de "sistemática" (del intérprete)"<sup>9</sup>. En efecto, los intérpretes operan sobre la base de la adopción de partes del discurso legislativo y del denominado "sistema del derecho", elaborados preventiva e independientemente por las operaciones interpretativas individualmente consideradas. Por ello, se llega a la conclusión que "la sistemática de los intérpretes es por ello, una ulterior fuente extra-legislativa del derecho"<sup>10</sup>.

## 2. Jusnaturalismo Irracional o anárquico

Esta posición surge en la denominada "escuela del derecho libre", la cual afirma la existencia de lagunas (legándose a afirmar que "hay tantas lagunas como palabras"<sup>11</sup>) y niega enfáticamente que el derecho positivo sea autosuficiente para resolver los conflictos jurídicos de la sociedad, siendo, el derecho libre (entendido como "una resurrección del derecho natural en forma modificada") el único camino para solucionar este problema. En efecto, esta corriente parte de la consideración de la "hipótesis del legislador impotente"<sup>12</sup>, en la cual se presenta al derecho legislativo como "indeterminado y tal de dejar margen para una "búsqueda del derecho" libre"<sup>13</sup>.

Para esta corriente, se entiende como derecho a "un cuerpo externo de normas que ordenan el comportamiento externo y que son consideradas como justiciables"<sup>14</sup>. Esta escuela

7 Los cuales han sido puestos en evidencia por DARELLO, *L'Interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1990, 26 y ss.

8 DARELLO, op. cit., 31.

9 DARELLO, op. cit., 31.

10 DARELLO, op. cit.

11 SANBOROWICZ, La Luzna per lo dento del drento, Inducto per W. GOLDSCHMIDT en *La Ciencia del Derecho*, cit., 337.

12 DARELLO, op. cit., 181.

13 DARELLO, op. cit., 174.

14 SANBOROWICZ, La definición del Derecho, Inducto del Inglés por DE LA VEGA, *Revista de Occidente*, Madrid, 1964, 57.

sostiene que es de acuerdo al "derecho libre" que debe pronunciarse la jurisprudencia, por cuanto la meta está en llenar las lagunas y lograr la justicia<sup>15</sup>. Se afirma que "el Derecho Natural es un Derecho que pretende regir independientemente del Poder estatal. Denominamos todo Derecho de esta índole "Derecho Libre" y caracterizamos, por ende, el Derecho Natural enseguida y provisionalmente como una clase especial de Derecho libre"<sup>16</sup>.

Con esta posición, se pretende que el operador jurídico administre justicia aún en contra del derecho formalmente válido. Así, "si la ciencia del Derecho reconoce el Derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre Derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede ya exigir, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la jurisprudencia ya no puede ser científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá desoir los afectos. En resumidas cuentas: Los ideales de la legalidad, de la positividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento"<sup>17</sup>.

Se sostiene, con razón, que "la escuela de la libre investigación del derecho promovió la desvinculación del operador de la ley, sugiriendo que ésta última es siempre insuficiente y debe ser integrada por una libre investigación del derecho por parte del operador"<sup>18</sup>.

### 3. Empirismo

Para los empíricos no existen lagunas de derecho, por cuanto se basan en la norma jurídica de la libertad (la cual establece que "todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido"), considerándola como una norma más del ordenamiento jurídico, que puede estar prevista implícita o explícitamente y conjuntamente con el resto de las normas. En atención a ello, el operador jurídico sólo tendría que constatar que el supuesto de hecho concreto no se encuentre regulado normativamente y de ser así, se debe inferir que el mismo está amparado por el ordenamiento jurídico.

En efecto, se sostiene que "para que existan efectos jurídicos, hace falta una regla jurídica que los establezca; para impedir tales efectos no hace falta regla alguna"<sup>19</sup>. Esta posición es falaz, debido a que "la norma de libertad constituye para el juez una mera aproximación a la regulación y para un campo restringido; lo decisivo son los principios generales del derecho"<sup>20</sup>, ya que "la ilicitud del derecho no siempre y en todas las ramas es expresa"<sup>21</sup>.

15 Se afirma que "el Derecho Libre constituye el sustrato del que el Derecho estatal dimana: así todos los pensamientos legislativos han estado con anterioridad como principios del Derecho libre. Todo crítica del Derecho estatal, de lo cual amara su progreso, despendará con necesidad lógica su núcleo del Derecho libre C. 3).

Finalmente hay que completar la ley por medio del Derecho libre, con él hoy que colma su laguna" (KANTOROWICZ, La lucha por la ciencia del derecho, cit. 336).

16 KANTOROWICZ, op. cit., 332-335, quien también sostiene que "también Derecho Libre es por tanto Derecho Natural del siglo XIX" (cit. 334).

17 KANTOROWICZ, op. cit., 361-362, quien afirma que "el tema debe ser: espectabilidad de los hechos, no rango de las disposiciones jurídicas" (cit. 365).

18 TARELLO, op. cit., 181.

19 ZELMANI, Las lagunas del Derecho, en La Ciencia del Derecho, op. cit., 303, quien afirma que: "aunque no se diga pues, que existe en el sentido propio de la palabra un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que "son lícitas todas las acciones mientras no se haya discutido lo contrario", sin embargo, ello está implícito en el orden jurídico, y con arreglo a esta explicación, no hay que temer una mala interpretación si afirmamos que en el fondo de todas las reglas de derechos especiales que sancionan un acto con la pena o con un deber de indemnización o con cualquier otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla y según la cual, con excepción de los casos especiales citados, todos los actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena si uno o otro debe la otra o sea, en este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa a que se acaba de aludir" (cit.).

20 VIGO (I), op. cit., 51.

21 VIGO (I), op. cit.

## 4. Logicismo

Para esta corriente, defendida por la Teoría Pura del Derecho, la Interpretación "es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior"<sup>22</sup>. En esta teoría, se percibe un escepticismo frente a la existencia de las lagunas de derecho. En efecto, se niega la existencia de lagunas lógicas, que son definidas como la situación de "imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida"<sup>23</sup>; de las lagunas técnicas, vale decir la situación que se da "cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley"<sup>24</sup> y de las lagunas admitidas por el legislador, frente a las cuales sostiene que "el legislador orientado por una teoría errónea"<sup>25</sup>, las podría admitir. Las ("inexistentes") lagunas son entendidas como una "ficción"<sup>26</sup>, que se presenta cuando el legislador no tiene "otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral"<sup>27</sup>. En suma, para la Teoría Pura del Derecho, el fallo de un tribunal es "un nuevo acto creador de derecho", por cuanto "no hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución"<sup>28</sup>.

Para la Teoría Ecológica, en la cual "el Derecho es vida humana viviente y la Ciencia Dogmática, en consecuencia, es una ciencia de experiencia"<sup>29</sup>, el ordenamiento jurídico es considerado como "un todo pleno y hermético"<sup>30</sup>. En efecto, al ser entendida la Interpretación de la ley como "un acto gnoseológico de comprensión"<sup>31</sup>, la sentencia judicial es considerada como una "representación conceptual de un trozo de la experiencia jurídica: ella menciona en concreto una conducta en su deber ser"<sup>32</sup>. Dentro de este contexto, el rol del juez ocupa una posición protagónica; así "el Juez, al resolver un caso, siempre lo resuelve con la totalidad del ordenamiento y no con una sola de las partes"<sup>33</sup>; el juez "con su inmenso poder creador"<sup>34</sup> (a través de su labor interpretativa) es parte de ese todo hermético que es el ordenamiento jurídico<sup>35</sup>. Por ello, se sostiene enfáticamente, que "no hay lagunas en el Derecho porque hay jueces"<sup>36</sup>.

22 Kelsen, Teoría pura del derecho, traducido al español de la edición francesa por NIVE, EUBSA, Buenos Aires, 1982, 165.

23 Kelsen, op. cit., 172.

24 Kelsen, op. cit., 174.

25 Kelsen, op. cit., 175.

26 Kelsen, op. cit., 177.

27 Kelsen, op. cit., quien afirma, que "es evidente que el legislador se encuentra incorporado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituir, ya que el poder legislativo crea al mismo tiempo las normas que le parecerán apropiadas" (ibid., 175).

28 Kelsen, op. cit., 165. Kelsen observa que, "entre estas dos cosas, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está limitado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general" (ibid.).

29 COSSO, La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad, La Plata, Buenos Aires, 1944, 85.

30 COSSO, op. cit., 87.

31 COSSO, op. cit., 90.

32 COSSO, op. cit., 86.

33 COSSO, op. cit., 86. Se afirma, con razón, que esta posición rechaza por principio la distinción de lagunas de derecho y lagunas de la ley, porque "el orden jurídico es un todo y al todo no se contraría por la falta de las partes, sino que se prevía a ellas y en consecuencia, resultaría contradictorio suponer uno cosa fuera del todo, porque en esta hipótesis el todo dejaría de serlo" (VGO (J), op. cit., 28).

34 COSSO, op. cit., 86.

35 Por ello se sostiene que "si las sentencias integran la creación normativa en que consiste el ordenamiento jurídico, se dice que el Juez, en tanto que creador de la sentencia, está dentro, y no fuera, del ordenamiento; y está en la estructura del mismo como parte de esa estructura, no como un contenido contingente estructurado por ella" (COSSO, op. cit., 87).

36 COSSO, La ciencia del ordenamiento jurídico, La Plata, Buenos Aires, 1947, 58.

## 5. Eclécticos

Esta posición sostiene que siempre habrá capacidad de respuesta por parte del ordenamiento jurídico a nivel lógico-formal. Sin embargo, donde se podrían presentar lagunas, es a nivel valorativo. En efecto, para este sector de la doctrina, una laguna de ley es tan imposible como una laguna en el ordenamiento jurídico, cuando se expresa que "un conflicto de valoraciones entre el legislador y el juez lleva a éste a señalar la presencia de lagunas, que el mismo legislador admite como posibles, no obstante lo cual hace prevalecer su valoración, que significa una restricción o excepción al principio lógico de que el juez debe encontrar la solución para todo, en primer lugar en la ley, pero también fuera de la ley cuando ésta no basta"<sup>37</sup>. Agregando que "el juez que absuelve a un procesado, por falta de ley penal que castigue el hecho, ya ha juzgado y ha encontrado una solución para el caso; pero la solución "debía" ser otra, y por eso se dice que hay una laguna desde el punto de vista valorativo"<sup>38</sup>.

Otro sector de la doctrina, que también se alinea en esta posición, parte de la premisa que existe un principio de "plenitud hermética del orden jurídico positivo formalmente válido"<sup>39</sup>, por el cual "para cualquier problema jurídico debe darse una decisión, la cual teóricamente podrá no ser infalible, pero que prácticamente tiene que ser definitiva y ejecutiva. Así lo exige el sentido radical del Derecho, que consiste en crear una situación práctica de certeza y de seguridad en la vida social"<sup>40</sup>. Frente a los supuestos de vacíos legislativos, el operador jurídico deberá recurrir a otras normas jurídicas, a los principios generales formulados en el ordenamiento positivo y posteriormente a la analogía<sup>41</sup>; y si llegan a aplicarse (y colmar el vacío) no se trataría de una auténtica laguna, sino de "aparente deficiencia"<sup>42</sup>. Sin embargo, se configura el supuesto de las "auténticas lagunas", en el caso en "el cual no se ha podido obtener solución no sólo en la ley ni en la costumbre, sino tampoco en la generalización, ni en la analogía, ni en los criterios cardinales del ordenamiento positivo, ni en las condiciones sociales que también lo integran. Y entonces, en última instancia subsidiaria, el juez debe inspirarse en un juicio de valor, en una estimación jurídica ideal, con las limitaciones de no contradecir los criterios cardinales que rigen el ordenamiento positivo"<sup>43</sup>.

Dentro de esta perspectiva, el problema de las lagunas de derecho (valorativas) se reduciría al diseño de los modelos pertenecientes a una determinada política legislativa, elaborada con la "carga" ideológica de los operadores jurídicos.

A modo de conclusión, respecto de este punto, comparto plenamente la opinión de quien sostiene que la existencia o no existencia de las lagunas de derecho depende sustancialmente si uno se pone "desde un punto de vista estático-formal o desde un punto de vista dinámico-sustancial"<sup>44</sup>. En efecto, si nos detenemos en observar las insuficiencias del derecho formalmente válido, sería imposible no advertir la presencia de "lagunas"; pero si somos conscientes que el juez debe administrar (de todas maneras) justicia, éstas se colman y ya no existen más (se entiende, en el caso concreto). Sin embargo, no dejan de tener razón los eclécticos cuando

37 LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Quinta Edición, Bosch, Barcelona, 1979, 531.

38 LEGAZ LACAMBRA, *op. cit.*

39 RECASENS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, Sexta Edición, Porrúa, México, 1981, 305.

40 RECASENS SICHES, *op. cit.*, 206.

41 RECASENS SICHES, *op. cit.*

42 RECASENS SICHES, *op. cit.*, 307.

43 RECASENS SICHES, *op. cit.*

44 CANALI, *Analogía*, (3) *Tratado General de los Principios del Derecho*, E. Giuffrè, Milano, 1958, 361.

sostienen que aunque el círculo se cierre a nivel lógico-formal, no se puede negar el hecho que, desde un punto de vista valorativo, subsisten "lagunas".

## II. DISTINCIÓN ENTRE LAGUNAS NORMATIVAS Y LAGUNAS DE APLICACIÓN NORMATIVA

Dentro de una corriente analítica argentina se sostiene que "mientras el problema de las lagunas normativas es de índole conceptual (lógico), tanto las lagunas de conocimiento como las de reconocimiento aparecen a nivel de aplicación de las normas a los casos individuales y tienen su origen en problemas empíricos o empírico-conceptuales (semánticos)<sup>46</sup>. Así, se puede realizar la siguiente clasificación:

- 1) Lagunas de conocimiento; se traducen en una falta de certeza de los hechos para poder configurar una situación o relación jurídicamente determinada, vale decir, son "los casos individuales en los cuales, por falta de conocimiento de las propiedades del hecho, no se sabe si pertenece o no a una clase de casos (caso genérico) determinada"<sup>47</sup>. En este supuesto, el operador jurídico, para suplir esta laguna, utiliza un mecanismo denominado "presunción", que significa admitir como válido un hecho del cual no se tiene certeza. Las presunciones pueden admitir prueba en contrario (*juris tantum*) o no admitirla (*juris et de jure*)<sup>48</sup>.
- 2) Lagunas de reconocimiento; surgen de los denominados "problemas de penumbra"<sup>49</sup>. Son "casos individuales, en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en función"<sup>50</sup>. Se trata de problemas de semántica o ambigüedad de los conceptos generales y lo que puede solucionar esta situación es una adaptación adecuada de términos técnicos.

## III. LA PRETENDIDA DICOTOMÍA ENTRE INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO

Se suele decir que la analogía es un mecanismo distinto del de la interpretación jurídica, por cuanto es un mecanismo propio de la integración del derecho. En efecto, se sostiene que en la analogía se desarrolla dentro del campo de la "creación", mientras que la interpretación en el campo de la "declaración"<sup>51</sup>. Una distinción cuantitativa entre interpretación e integración, fundada "en la mayor o menor amplitud de la hipótesis normativa implícita en la norma o

46 ALCHARRON y BIEGÁN, *Lagunas del Derecho y Análisis de los casos*, Separata, s.e. Buenos Aires, 1971, 34.

47 ALCHARRON y BIEGÁN, op. cit.

48 Un ejemplo lo podemos encontrar en el caso del dependiente del local abierto al público (art. 146 c. 2): se presume que éste tiene "poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos". La presunción de representación del dependiente en los locales abiertos al público tiene el carácter *juris et de jure*, vale decir, no admite prueba en contrario. No obstante, esto genera inseguridad en las relaciones jurídicas. Así, cuando se afirma que "se trata, como puede apreciarse, de una presunción legal para conferir seguridad al público que acude a establecimientos comerciales que pueden ser grandes atracciones como pequeños establecimientos, la falta de un texto o la venencia de una empresa bancaria para el establecimiento abierto al público puede tener por principal a una persona natural o a una persona jurídica. Por la finalidad perseguida por la norma, y de su propio tenor, se infiere que la presunción es *juris et de jure*" (VDA, SÁLVAREZ, *El acto jurídico*, cuarta edición, Dora Juridica, Lima, 1998, 107).

Por otro lado, se sostiene que, tanto a lo largo que entienda la presunción del art. 146 c. 2, como una *juris tantum*, vale decir, que admite prueba en contrario, "puede argüirse que la presunción es *juris et de jure*, pues se carga del principal hacer conocer adecuadamente a los terceros las limitaciones de su subordinación, según este principio, acreditado que sea que el acto no se realiza en el establecimiento, la presunción opera de modo inmediato contribuyendo representación al dependiente para tales actos. Además, admitir la presunción *juris tantum* sería fomentar la impugación de cuantos actos no sean realizados de modo directo por el titular, lo que revigora a la necesidad de dotar la seguridad jurídica a las operaciones realizadas en los establecimientos que el artículo señala" (SCHWABER LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*, edición actualizada, Gilly, 1997, 207). Sin embargo, si bien esta presunción es *juris et de jure* frente al tercero, es *juris tantum* en la relación interna entre representante y representado.

49 Expresión usada por HART, citado por ALCHARRON y BIEGÁN, op. cit.

50 ALCHARRON y BIEGÁN, op. cit.

51 Como releva CANAL, op. cit., 350.



interpretarse o a extenderse” es insuficiente<sup>51</sup>. Sin embargo, “una distinción cualitativa entre interpretación e integración puede ser entendida fundamentalmente en dos sentidos: o en sentido lógico o en sentido jurídico, vale decir, o con referencia a la eventual diversidad de estructura lógica de los dos procedimientos, o con referencia a la eventual diversidad de naturaleza jurídica de los resultados”<sup>52</sup>. Ello se pone de particular manifiesto cuando se pretende distinguir la analogía de la interpretación extensiva. En efecto, la doctrina tradicional<sup>53</sup> ha señalado lo siguiente:

- a) En la interpretación extensiva el caso está implícitamente incluido en el texto legal, en la analogía no.
- b) En la interpretación extensiva importa la particularidad de una regla general, en la analogía hay dos casos no iguales pero relacionables.
- c) En la interpretación extensiva se complementa la norma existente, la analogía cubre deficiencias del derecho positivo.

Doctrina iusfilosófica nacional afirma no hay límite fijo que permita distinguir, a nivel práctico, la analogía de la interpretación extensiva. Ello depende del grado de pertenencia del supuesto de hecho al dispositivo legal que, según el caso, se aplicará o integrará. Por ello, se sostiene que “el argumento a similitudine, en sede interpretativa, como vehículo de interpretación “extensiva” (al mismo nivel que el argumento a fortiori), mientras, en cuanto regla de producción normativa, es distinta de una “extensión””<sup>54</sup>.

No hay dicotomía entre interpretación e integración, ni entre analogía e interpretación extensiva. En realidad se trata de “dos momentos de la aplicación del derecho (que) forman parte, estructural y funcionalmente, de un proceso fundamentalmente unitario”<sup>55</sup>. Por ello, “el pasaje de la interpretación puramente de reconocimiento (o, si se quiere, declarativa) de la voluntad normativa, al de la interpretación en función evolutiva e integrativa del ordenamiento, es un pasaje gradual y cualitativamente homogéneo, y que no es posible encontrar en el plano estructural un criterio seguro de distinción entre los diversos momentos en los cuales la intervención del intérprete técnicamente se realiza. En particular, no es posible establecer el punto o momento en el cual cese la interpretación, por llamarla así, natural y fundamental e inicie la integración: tanto menos hasta qué punto la intervención del intérprete pueda producirse espontáneamente y a qué punto se imponga, en cambio, una explícita o implícita autorización del legislador”<sup>56</sup>.

#### IV. PRECISIONES CONCEPTUALES EN TORNO A LA ANALOGÍA

El itinerario seguido a través de las distintas escuelas que han afrontado el problema de la plenitud hermética el ordenamiento jurídico ha permitido determinar que, frente al vacío o deficiencia legislativa, la analogía (si bien no es el único) es un medio eficaz para suplir estas insuficiencias. En esta parte de la investigación, se desarrollarán algunos alcances conceptuales de este valioso instrumento de integración normativa.

51. CANALS, op. cit., 353.

52. CANALS, op. cit.

53. LEÓN SABANDIAGA, Tratado de Derecho Civil, Título Preliminar y Derecho de las Personas, Conocido con el Código civil de 1984, WC Edita, Lima, 1991, 63.

54. TARULLO, op. cit., 301-302.

55. CANALS, op. cit., 354.

56. CANALS, op. cit.

**a) Etimología**

Según doctrina española, la palabra analogía proviene de las raíces griegas *ana* y *logon* (según la razón), afirmando que "los historiadores del arte han observado que el concepto griego significa proporción geométrica, y que el principio de la analogía presidió el desarrollo de la arquitectura occidental"<sup>57</sup>. Se observa que "en la Edad Media, los gramáticos, los dialécticos y los teólogos atribuyeron a la palabra analogía el significado matemático de proporción, ya tenido en la filosofía griega, así como el más general y menos técnico de comparación"<sup>58</sup>. Es recién a partir del Siglo XVIII en el cual los juristas europeos utilizaron la palabra analogía para indicar un procedimiento lógico de interpretación del derecho distinto de aquel fundado en la semejanza de los supuestos de hecho<sup>59</sup>. Anteriormente a ello, "la analogía *ius* representó el valor unitario y racional del ordenamiento jurídico y encontró su aplicación más profunda en las obras de los iusnaturalistas, elaboradas para construir teóricamente el sistema del derecho natural"<sup>60</sup>.

**b) Definición**

Se entiende por analogía "aqueil razonamiento o procedimiento lógico que tiene determinados efectos jurídicos, mediante el cual quien interpreta y aplica el derecho puede superar las eventuales insuficiencias o deficiencias de previsión legislativa (denominadas lagunas de derecho o del ordenamiento jurídico) haciendo recurso a la disciplina jurídica prevista para un caso "similar" (...). Ello en consecuencia de dos principios fundamentales propios de ordenamientos de tipo "continental" o cerrado, por los cuales el juez debe decidir todo caso que sea sometido a su examen (obligación de no denegar justicia), y tal decisión debe asumirse aplicando una norma de ley (obligación de fidelidad del juez a la ley)"<sup>61</sup>.

Según acreditada doctrina española, la analogía consiste en "aplicar al hecho no regulado normalmente la norma establecida para el hecho análogo o similar"<sup>62</sup>. Tres serían las características del procedimiento analógico<sup>63</sup>:

- a) Ninguna norma contempla de una manera directa el caso planteado,
- b) Hay una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso,
- c) Hay, sin embargo, semejanza o similitud (analogía) entre el supuesto de hecho de esa norma y el caso a decidir.

Se advierte que la analogía "responde al principio de que el derecho es un sistema de fines"<sup>64</sup>. Por ello, "si el sistema jurídico constituye un todo que obedece a determinadas finalidades fundamentales, es preciso presuponer que, habiendo identidad de razón jurídica en los casos análogos, haya también identidad de disposición o precepto jurídico"<sup>65</sup>.

57 PUG BRUAL Introducción al Derecho Civil, Bosch, Barcelona, 1961, 336.

58 RIANO MORTARI Analogía: el Precepto Ético, var en Enciclopedia del Diritto, cit., 346.

59 RIANO MORTARI, op. cit.

60 RIANO MORTARI, op. cit., 345, quien precisa que "de su significado amplio de instrumento útil para remediar las deficiencias del derecho positivo, la expresión analogía *ius* asumió, poco a poco, el sentido que los juristas de nuestro tiempo atribuyen al procedimiento interpretativo de la analogía *logis*; pero lo que se observa es que en el Referenciallo fue expresado a través de una terminología nueva que podemos definir moderna, la forma de un razonamiento lógico-jurídico utilizado desde hace siglos por los juristas occidentales. Señalamos, en efecto, confundir la historia de los significantes asumidos en el curso de los siglos por la palabra analogía con la historia del concepto que el vocablo expresa comúnmente en la ciencia jurídica de nuestros días" (ib.).

61 CARRI, op. cit., 346.

62 DIEZ PRADO y GULLÓN Sistema de Derecho Civil (Tomo I), cuarta edición, primera impresión, Tecnos, Madrid, 1982, 212.

63 DIEZ PRADO y GULLÓN, op. cit.

64 REALE, Introducción al Derecho, traducida por BERTHU (RAIS), Sexta Edición, Róterdam, Alstedt, 1964, 330.

65 REALE, op. cit.



En doctrina<sup>66</sup> se distingue:

- 1) Analogía legis, que procede de comparar lógicamente lo particular con lo particular.
- 2) Analogía iuris, se procede primero desde lo particular a una abstracción (lo general) y luego se aplica lo general obtenido a lo particular.

Una afilada doctrina lusfilosófica brasileña sostiene que "la primera es la analogía propiamente dicha, la segunda, a pesar de que muchos se han esforzado por demostrar lo contrario, es el procedimiento mediante el cual se suplía una deficiencia legal con el recurso a los principios generales del derecho"<sup>67</sup>. En efecto, aún por parte de quienes consideran como analogía tanto a la legis como a la iuris, se sostiene que "como no es posible distinguir entre analogía legis y analogía iuris, con mayor razón no es posible distinguir entre esta última, como recurso a los principios en sentido estricto, y el recurso a los denominados principios generales del derecho (...), como si se tratase de una especie de recurso de segundo grado"<sup>68</sup>.

### c) Teorías respecto si es procedente (o no) la aplicación de la analogía en el Derecho

#### iii) Ingenua o exclusivista

Se sostiene que "toda la aplicación de la analogía se basa en el supuesto de la consecuencia interna del Derecho; sólo que ésta no es siempre meramente una consecuencia lógica como la relación entre fundamento y conclusión, sino que es a la vez una consecuencia orgánica que resulta de la visión global de la naturaleza práctica de las relaciones jurídicas y de sus modelos"<sup>69</sup>. Se critica fuertemente esta posición, afirmando que se le da tal importancia a la analogía que se la considera como el instrumento exclusivo que asegura la plenitud del ordenamiento jurídico, colmando sus lagunas, haciendo que la analogía sea sinónimo de integración del derecho<sup>70</sup>.

#### iv) Negativistas

Cierta doctrina ha sostenido que "la interpretación como método lógico está afectada por las taras hereditarias de un estado mental anterior al nuestro"<sup>71</sup>, afirmando que "la analogía es la más genuina expresión del viejo concepto interpretativo: su interés supera el del gramaticismo y la labor de desenmascararla hasta dejar al descubierto su anfeheluviano armazón mental, requiere mayor esfuerzo"<sup>72</sup>. Se sostiene que el empleo de la analogía en el derecho llega a quebrantar el principio de contradicción, por cuanto "un conflicto de intereses no está previsto por una norma, no obstante lo cual, se la aplica para que produzca un efecto de que ella no puede ser causa, lo cual contraría (además) el principio de causalidad"<sup>73</sup>.

66. DIEZICAZO y SULLÓN, op. cit., 313.

67. MEALZ, op. cit., 230. En este mismo sentido, ANASTA GONZALEZ, Significado de la analogía en el ordenamiento jurídico, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XXXV, No. 1, enero-marzo, 1986, Lino. 47, quien sostiene que "esta división tiene escaso valor práctico, y aún desde el punto de vista doctrinal sus límites son inciertos". En sentido contrario, VIDAL RAMÍREZ, El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales, segunda edición, Gaceta Jurídica Lima, 2000, 230.

68. CAJANI, op. cit., 369. VIDAL RAMÍREZ, distingue los principios generales del derecho de la analogía iuris, "pues ésta se sirve de uno o más principios informantes de un conjunto normativo o de una institución jurídica, más no de los principios que, por su generalidad, vienen a ser los informantes de todo el ordenamiento jurídico y todo del mismo jurídico al que corresponde dicho ordenamiento" (op. cit.).

69. SAVIGNY, op. cit., 149.

70. VIGO (S), op. cit., 178.

71. DIAZDE, Una Revolución en la Lógica del Derecho (Concepto de la Interpretación en el Derecho privado), Bosch, Barcelona, 1930, 356.

72. DIAZDE, op. cit., 35, quien, exageradamente sostiene que la analogía "es un procedimiento psicológico. No pertenece a nuestra economía mental; sólo encaja en los métodos discursivos solaces y es, por lo tanto, un elemento estéril, cuyo fiasco estriba en ser toda una analogía mantenida por la tradición y la herencia psicológica. El jurista serio que el impulso de la analogía está torpedeado por el talento, pero no reparo en su Nación salvada" (cit., 76).

73. DIAZDE, op. cit., el autor opina que "si culposo que ante la laguna legal que levanta el problema, el alma psicológica opone su impermeabilidad y ociosa por decirlo que el vacío no existe. A esta tesis contradictoria opongo entre dos hipótesis:

A) Cuando en la ley no existe un precepto, debe deducirse que no existe.

B) Cuando en la ley no está prevista la solución de un problema, debe recurrirse a una fuente de derecho que le resuelva y no a la Ley donde no está resuelto" (cit.).

La analogía es un tipo de argumentación jurídica ("el más típico y el más importante"<sup>74</sup>) que permite al operador jurídico colmar las insuficiencias legislativas, permitiendo que éste cumpla con su obligación de administración de justicia. Sin embargo, no es el único medio para lograrlo: como veremos más adelante, existen, al menos, otras catorce formas de argumentación que cumplen el mismo objetivo. Por otro lado, negar la posibilidad de utilización de la analogía, implica sostener el (inexistente) paradigma del legislador autosuficiente, lo cual resulta insostenible, por cuanto es imposible que éste haya previsto todo tipo de situaciones en una sociedad que se encuentra en constante evolución y en la cual, los requerimientos jurídicos de sus integrantes son de lo más variados.

#### d) Teorías respecto al fundamento de la aplicación de la analogía en el Derecho

Se observa, con razón que "con referencia al denominado "fundamento" de la analogía, en doctrina se habla, casi siempre sin la necesaria distinción y con la consiguiente confusión y sobreposición de perspectivas, de tres diversos problemas, que son: 1) el problema del fundamento "jurídico"; 2) el problema del fundamento "político"; 3) el problema del fundamento "lógico" de la analogía"<sup>75</sup>. Pasaré a explicar cada uno de los mismos:

##### i) Fundamento jurídico

La Teoría Ecológica distingue la analogía lógica de la jurídica, sosteniendo que "la analogía jurídica no radica en la identidad de la razón y la afinidad de hecho de los términos correlacionados, ni del asenso de lo singular a su género para luego descender de éste a otro singular; todo esto es analogía lógica. La analogía jurídica establece la justicia de un igual trato para dos casos esencialmente iguales; es decir, establece la justicia de la igualdad, lo que, sin duda, es un juicio de valor sobre el proceder de la razón cuando la referencia normativa incide sobre este proceder. Y este juicio de valor es lo que da sentido jurídico a la analogía lógica involucrada en una norma. Se habla, pues, de analogía jurídica cada vez que está como fundamento este juicio de valor. Es así que la analogía jurídica sólo es una estimación de la analogía lógica o, acaso, del raciocinio en general"<sup>76</sup>. Se llega a la conclusión que toda analogía jurídica es una analogía lógica; pero no viceversa.

##### ii) Fundamento político

Por este fundamento la aplicación de la analogía se centra en una serie diversa de justificaciones, que se dan "en relación a las diversas perspectivas político-ideológicas que están implícitas, sea en los ordenamientos jurídicos que contemplan el recurso a la analogía, sea en la perspectiva de los intérpretes y teóricos del derecho que busquen en tal modo de justificarla"<sup>77</sup>.

##### iii) Fundamento lógico

Bajo esta perspectiva, se define a la analogía como "un silogismo en el que la proposición menor expresa una relación de semejanza antes que de identidad"<sup>78</sup>. La fórmula de este razonamiento se grafica de la siguiente manera<sup>79</sup>:

M	es	P
S	es	similar a M
S	es	P

74 Como sostiene BOBBIO, Teoría General del Derecho, traducido por GLEZNERO, Ferris, Santa Fe de Bogotá, 1990, 234.

75 CANNA, op. cit., 361.

76 COSSO, op. cit., 221-222.

77 CANNA, op. cit.

78 BOBBIO, op. cit., 255-235.

79 BOBBIO, op. cit., 234.

Para esta posición no existe más analogía que la lógica y esta es la que se aplica en el derecho. Así: "lo mismo vale para el razonamiento por analogía usado por los juristas. Para que se pueda sacar la conclusión, o sea, atribuir al caso regulado similarmente, es necesario que entre los dos casos exista, no una semejanza cualquiera, sino una semejanza relevante, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra"<sup>80</sup>.

En posición crítica se sostiene que la analogía no se puede basar en un principio lógico "desde el cual se pueden recabar deductivamente las consecuencias, sino que se trata de un criterio de valoración, fruto de una particular inclinación, si se puede decir, de la voluntad legislativa, que como tal, sirve de fundamento a la norma"<sup>81</sup>.

En mi opinión, la argumentación jurídica basada en la analogía (denominada también, argumento a simili), si bien tiene una estructura lógica, no deja de tener como fundamento un valor jurídico. Prueba de ello la tenemos en el art. IV del Título Preliminar del Código Civil que establece categóricamente que no se debe aplicar la analogía en el supuesto de "la ley que establece excepciones o restringe derechos". En efecto, si la analogía que aplicamos en el derecho fuera solamente lógica, incluso en estos supuestos la aplicaríamos. Ello nos lleva inevitablemente a la conclusión que hay supuestos en el derecho en los cuales se debe aplicar la analogía, así como supuestos en los cuales no se debe aplicarla. En puridad, el fundamento de la analogía en el derecho es jurídico. Sin embargo, no se debe perder de vista que, de acuerdo a determinada política del derecho, se va diseñando el alcance de su aplicación (o de su no aplicación).

#### e) Límites a la aplicación de la analogía

Con respecto a la limitación de la aplicación analógica, vale repetir, en el caso que la ley establece excepciones o restringe derechos, una atenta doctrina española observa que si bien, "se ha dicho que la razón de ser de esta limitación radica en la seguridad jurídica y en el principio de legalidad", en su opinión, el verdadero fundamento "radicaría en llevar hasta sus últimos efectos el espíritu y finalidad de la propia ley o si se quiere, del legislador"<sup>82</sup>. En este tipo de normas, "no se trata, como requiere la analogía, de que el legislador debiera haber regulado el supuesto no previsto en ellas, si no que su intención es precisamente de que aquellos supuestos no previstos por la norma excepcional se regulen por la norma general"<sup>83</sup>.

Dentro de esta línea de pensamiento, se afirma que "la verdad es que también la misma negación de la validez jurídica, o sea del valor vinculante de la prohibición de la analogía no es más que uno de tantos argumentos de naturaleza sustancialmente política y no jurídica, avanzado con el fin de afirmar una determinada solución del problema y más precisamente, el principio dinámico de la renovación del derecho y de la justicia como equidad, incluso en aquellos campos donde, por particulares motivos y exigencias, el principio de la conservación y de la justicia como certeza, son reclamados por la mayor parte de los ordenamientos"<sup>84</sup>.

80 BOBBIO, op. cit., 295.

81 CASALI, op. cit., 264, quien agrega que "el razonamiento por analogía en el derecho no es un razonamiento de "certeza", sino un razonamiento, queriendo aceptar la terminología tradicional de probabilidad que sería mejor decir un razonamiento históricamente condicionado, mejor aún, un razonamiento constituido, aparte de juicios lógicos y de hecho, también de juicios de valor" (c.f.).

82 GARCÍA AMIGO, Instrucciones de Derecho Civil, I Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, 201.

83 GARCÍA AMIGO, op. cit.

84 CASALI, op. cit., 267, quien afirma que "es lógico, por tanto, concluir que desde un punto de vista estrictamente jurídico (mejor lógico-jurídico) no existe ningún motivo real de incompatibilidad para la prohibición de la analogía" (c.f.).

Con respecto al concepto de las normas excepcionales, se sostiene que es "un concepto extremadamente vago y genérico, y sobretudo, un concepto relativo e históricamente condicionado, que depende de la misma relatividad del concepto de norma común o normal, respecto a la cual la norma excepcional constituye, justamente, la excepción", vale decir apartándose de la misma. Sin embargo, se define a este tipo de normas como aquellas "caracterizadas por una condición intrínseca de limitación lógico-estructural, y que fuera de esta hipótesis límite, toda norma o grupo de normas puede ser asimilada a uno o más principios y, por tanto, considerarse comunes o normales"<sup>85</sup>.

Se perfila en cierto sector de la doctrina, la posibilidad de la aplicación de la analogía, incluso, en el caso de las normas excepcionales. En efecto, se ha llegado a sostener que "si el Derecho singular llega a constituir un sistema orgánico de normas que regulen toda una materia, podrá ser procedente incluso la interpretación analógica para los casos no previstos expresamente pero que correspondan a la materia regulada"<sup>86</sup>. Lo que pierde de vista esta doctrina, es que si este conjunto de normas excepcionales llega a ser un "todo orgánico", con sus propios fundamentos y principios, deja de ser de carácter excepcional y pasa a ser especial y como sostiene un acreditado sector de la doctrina italiana, en este último caso es perfectamente posible la aplicación de la analogía<sup>87</sup>. Es por ello que comparto plenamente la idea que "calificar una norma regular o excepcional no es un juicio absoluto (...). La distinción de las normas en regulares y excepcionales es histórica, en constante resurgimiento y en continua evolución en la dinámica del ordenamiento"<sup>88</sup>.

Ejemplos de ello lo tenemos en materia de cláusulas generales de contratación y en el supuesto de responsabilidad civil con ocasión de las funciones. En efecto, se plantea como un problema el carácter de la relación de cláusulas vejatorias contenida en el art. 1398<sup>89</sup>, vale decir, si se trata de una disposición *numerus apertus* o *numerus clausus*. Sobre el particular se sostiene que al tratarse el art. 1398 c.c., una excepción del art. 1354 c.c.<sup>90</sup>, que se refiere a la libertad de determinar el contenido del contrato, nos encontramos frente a una norma de excepción la cual, en virtud de lo prescrito por el art. IV del Título Preliminar c.c., no podría aplicarse analógicamente. Sin embargo, cabría la interpretación extensiva de la misma<sup>91</sup>. Ya en otra sede sostuve que "cabría cuestionar (...), cual sería verdaderamente la situación general y cual la situación particular: ¿la contratación masiva o aquella en la cual negocian en igualdad de condiciones las partes?"<sup>92</sup>. Desde mi punto de vista, en la actualidad, no puede sostenerse que la regla es que las partes acuerden el contenido de la relación contractual: el fenómeno de la contratación en masa nos revela que este tipo contractual es el que más se presenta en la vida diaria. Por consiguiente la relación (en este caso) regla general-excepción, que existió en algún momento histórico ha cambiado totalmente.

85 CAJANI op.cit., 375.

86 PERUZZI op. cit., 34. Quien da cuenta de esta posición (sin asumirla), de la cual es representante SALLI VAGNINI y sostiene que hay que distinguir el derecho especial con el derecho singular frente a los que se refiere al art. IV (P.c.c.) (SALVO CORREA, Tula Patrón en Para Leer el Código Civil, PUCP Fondo Editorial, 1986, 66).

87 PERLINGER, Il diritto civile nella leggittimità costituzionale, ES, Napoli, 1991, 101.

88 PERLINGER, op. cit. En efecto, se sostiene, con razón, que "se podría observar como toda la historia jurídica no es más que la historia de excepciones que se transforman en reglas, de novedades que se transforman en normalidades" (CAJANI, op.cit., 375).

89 Art. 1398: "En los contratos celebrados por adhesión y en los cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidos los estipulaciones que establezcan en favor de quien lo ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, de accederlo o de resolverlo de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o de renovar tácitamente el contrato".

90 Art. 1354: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

91 En este sentido, DE LA FUENTE Y LAVALLE, El contrato en general, Comentarios a la Sección Primera del libro VI del Código Civil, en Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte, tomo II, tercera edición, PUCP Fondo Editorial, Lima, 1996, 210-212, quien propone como ejemplo el caso que en una cláusula general se determina la responsabilidad de la contratante por incumplimiento de sus obligaciones. En este mismo sentido, CARDENAS QUIROGA, obituario en la Ley y Justicia, No. 13, Lima, 1994, 34.

92 ESPINOZA ESPINOZA, Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente, en Themis, Revista de Derecho, Seguimiento Epoca, No. 28, 1998, 146.

Con respecto a la responsabilidad civil con ocasión de las funciones, se sostiene que: "la regla general en materia de responsabilidad civil es que sobre la base del principio del *"no eminen laedere"*, quien realiza un daño está obligado a indemnizarlo. En el artículo 1981 del Código Civil se regula una excepción a esta regla: la de la responsabilidad del principal por el hecho de los dependientes"<sup>93</sup>, por ello se afirma "que la actual redacción del artículo 1981 admite, respecto de la vinculación entre las tareas y el hecho del dependiente, sólo una interpretación restrictiva; de tal manera que el principal solamente está obligado a reparar por el daño causado por su dependiente en "ejercicio de la función" o del encargo, no así el que realice "abusando de la función" o "con ocasión de la función"<sup>94</sup>.

También en otra sede sostuve que "mueve a comentar lo profunda relación entre el principio del *"no eminen laedere"* (regla general) y el modelo jurídico de responsabilidad por el hecho del (órgano, representante o) dependiente (excepción). Si entendemos a la teoría de la culpa como el principio de la responsabilidad civil y a la responsabilidad objetiva como excepción a este principio, el razonamiento es impecable. Sin embargo, como precisé anteriormente "no hay primacía de un tipo de responsabilidad sobre otro, ni relación regla general-excepción, sino la aplicación del modelo jurídico (cada uno con sus propios principios y características) adecuado al caso concreto". Es por ello que no podemos considerar al art. 1969 c.c. (que regula, bajo el criterio subjetivo, la obligación de resarcir por los daños causados) como una regla general frente al art. 1981 c.c.; nos encontramos frente a dos supuestos de hecho distintos y, cada uno, con sus propias reglas. El hecho que la jurisprudencia, paulatinamente, vaya reconociendo la responsabilidad de las personas jurídicas "con ocasión" de las funciones de sus órganos, representantes o dependientes (aunque, a decir verdad, sin un sólido fundamento) nos muestra que las exigencias de justicia de los operadores jurídicos hacen ver más allá de la (restrictiva) interpretación gramatical del art. 1981 c.c."<sup>95</sup>

#### f) La interpretación analógica y la analogía *in bonam partem* en el derecho penal

Nos encontramos frente a la interpretación analógica "cuando una norma autoriza expresamente al intérprete para que también la aplique a supuestos semejantes, análogos a los que ella misma deja establecidos"<sup>96</sup>. Doctrina nacional ha expresado que "la interpretación analógica no entraña creación de un nuevo precepto, sino deducir uno de análoga existencia en la ley y previamente autorizado por el contexto de la norma penal"<sup>97</sup>.

La Constitución en su art. 139.9 reconoce como principio de la función jurisdiccional, "el principio de aplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos". Una interpretación excesivamente gramatical haría entender que, en el caso de la ley penal no cabría aplicar ningún tipo de analogía. Sin embargo, esta afirmación no es exacta. Por ejemplo, el art. 170 del Código Penal establece lo siguiente:

"El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años" (el subrayado es mío).

93 MARTÍNEZ COCO, La responsabilidad por el hecho de los dependientes, en *Diálogo con la Jurisprudencia* Año 8, No. 4, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, 117.

94 MARTÍNEZ COCO, op. cit., 128-129.

95 ESPINOZA ESPINOZA, Fundamento de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en la jurisprudencia peruana, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 8, No. 10, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2000, 131.

96 PUG BRITTO, op. cit., 381.

97 BRAMONT-ARRAS, *Derecho Penal*, Parte General, 5.ª Ed., LIMA, 1972, 156. En este mismo sentido, PEÑA CABREDA, *Tratado de Derecho Penal*, Estudio Programático de la Parte General, Tomo I, Grijley, Lima, 1995, 202; L. MIGUEL BRAMONT-ARRAS IRRIGLES, *Manuel de Derecho Penal*, Parte General, Editorial Santa Rosa, Lima, 2000, 61, quien sostiene que "en la interpretación analógica no se crea un nuevo supuesto sino que, se refuerza el supuesto dado cuando lo permite la ley".



En este dispositivo se está facultando expresamente a que el operador jurídico aplique la analogía, queda claro, respecto de este concreto supuesto de hecho<sup>96</sup>; este es un caso de la denominada Interpretación análogica (distinta de la aplicación análogica).

Un sector de la doctrina iustlosófica brasileña clasifica a las sanciones, entendidas como "las formas de garantía del cumplimiento de las reglas"<sup>97</sup>, de dos maneras, vale decir, la sanción puede ser premial, cuando otorga un beneficio (exención o disminución impositiva tributaria) o penal (de tipo intimidativo)<sup>98</sup>. Dentro de este orden de ideas, se llegaría a la conclusión que la prohibición de aplicar la analogía sería en el caso de las normas que confieran una sanción penal mas no premial. Sin embargo, en materia penal, se debe distinguir, las normas penales "odiosas" de aquellas normas penales consideradas "favorables"<sup>99</sup>. En efecto, se discute si cabe la aplicación de la analogía respecto a normas penales eximentes, o sea de aquellas normas "que tienen la función de declarar "no punible" la realización de un hecho delictivo, cuando concurren determinadas circunstancias. Vale decir, normas que prevén causas de exclusión de la imputabilidad penal, normas que prevén causas de exclusión del delito y normas que prevén causas de exclusión de la punibilidad en sentido estricto"<sup>100</sup>. De esta manera sólo cabría la prohibición de la aplicación de la analogía en el caso de las normas penales incriminatorias o normas penales en sentido estricto, denominadas odiosas e in malam partem, las cuales "en cuanto configuran supuestos criminales, o sea, prevén delitos y penas, sea en forma típica que en forma agravada"<sup>101</sup>, sancionan acciones lesivas de valores y exigencias jurídico-políticas.

En el derecho penal es casi<sup>102</sup> unánimemente admitida la aplicación análogica in bonam partem, vale decir, cuando su aplicación resulte beneficiosa al sujeto<sup>103</sup>. Esta es la interpretación que se infiere del art. III del Título Preliminar del Código Penal, que a la letra dice:

*"No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde".*

#### g) Alcances del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil

Un autorizado sector de la doctrina nacional ha entendido que, en el caso de las normas que establecen excepciones y restringen derecho, no sólo no se aplica la analogía, sino tampoco la interpretación extensiva<sup>104</sup>. Una atenta doctrina nacional ha observado que, a propósito de este artículo, se debe tener en cuenta lo siguiente<sup>105</sup>:

96 Este esquema se ve en los artículos 171 (excepción penal), 172 (votación con persona en incapacidad de resistencia), 173 (violación de fianza) del c.p., entre otros.

97 REALE, op. cit., 305.

100 REALE, op. cit., 304.

101 CAVANI, op. cit., 354-366.

102 CAVANI, op. cit., 371.

103 CAVANI, op. cit.

104 Como podría dependerse (en sentido contrario) de la estricta afirmación de FERRAN BAILESTRA, cuando sostiene que "nuestros pensamientos (...), que la ley penal debe contener en tipos claramente acotados las acciones punibles, para evitar que riesgo de los "multiformes tentáculos de la vida" sea indiscriminadamente alcanzado por la pena" (en Tratado de Derecho Penal, Tomo I, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, 361). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el citado autor identifica norma penal con norma que contiene "la descripción de las acciones delictivas, de las únicas conductas incriminadas" (cf., 266).

105 Así, MARGINEZ-PEREIRA RODRÍGUEZ y ROMA VAIDÉS, Derecho Penal (Parte general), Bosch, Barcelona, 1999, 59; ARAÚZ CORNEJ, Introducción al Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1975, 92; MÚJICA, Introducción a los bases del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1976, 319, quien también admite en caso de "elementos y circunstancias"; entre otros. A nivel nacional, VILSA SERRI, afirma que "la interpretación amplia no debe coar en lo análogica y de dosis sólo cabe a favor del acusado" (en Derecho Penal, Parte General, Editorial San Marcos, Lima, 1998, 148). Particular atención merece la posición de RODRÍGUEZ DEVEZA y BERNARDO GÓMEZ, quienes afirman que "la clasificación de análogica in bonam partem (a favor del aco) y análogica in malam partem (en perjuicio del aco) debe ser sustituida por la de análogica permitida y prohibida, único que tiene fundamentación para nosotros. Está permitida toda análogica que no sea fundamentada de delitos, penas, causas de agravación o medidas de seguridad prohibida; por el contrario, la análogica que condujera a resultados en oposición al principio de legalidad" (en Derecho Penal Español, Parte General, Decimotercera edición, revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1994, 254-255).

106 LEON BASANDWARAH, Exposición de Motivos y Comentarios al Título Preliminar en Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, N. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil Compilado por REVOREDO DE DEBARAY Tercera Edición, s/a. Lima, 1988, 35.

107 RUBO CORREA, op. cit., 87.



- i) "Cuando el artículo habla de "ley" no debe entenderse sólo las disposiciones con rango de ley sino incluso y con mayor razón aún, las que puedan ser emitidas mediante cuerpos normativos de rango inferior, como los decretos y resoluciones, vale decir, la ley en sentido material"<sup>108</sup>.
- ii) "La tradición doctrinal ha establecido los límites de la analogía en tres supuestos: normas excepcionales, normas que restringen derechos y las que contienen sanciones. Estas últimas no están expresamente señaladas en el artículo IV, pero una breve deducción permite ver que toda norma que impone sanciones restringe derechos y por lo tanto, las normas sancionadoras pueden ser perfectamente subsumidas en aquellas que "restringen derechos" según el texto positivo"<sup>109</sup>.

Me permito discrepar de esta última observación, por cuanto la sanción es un término polisémico. Como ya se advirtió, existen tanto sanciones penales como premiales y no se ve inconveniente alguno para que se aplique la analogía en las sanciones premiales. Incluso dentro de las sanciones (entendidas como aquellas que "restringen derechos", que no necesariamente coinciden con las sanciones del derecho penal), también están las que se encuentran en el área del derecho civil. Un ejemplo de ello son todas las sanciones frente a supuestos de responsabilidad civil y, dentro de esta área, rige el principio (al menos en la denominada responsabilidad civil extra-contractual) de atipicidad del ilícito, en contraposición exacta del ilícito penal, el cual está regido por el principio opuesto (tipicidad)<sup>110</sup>. No se olvide que estas normas, si bien por un lado imponen una sanción al agresor, son de carácter satisfactorio para la víctima. En atención a ello, creo que no debería incorporarse este supuesto (de inaplicabilidad de la analogía en caso de normas que imponen sanciones) y de ser así, debería de entenderse que sólo se refiere a las normas penales odiosas o *in malam partem*.

## V. LA ANALOGÍA Y OTROS TIPOS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Autorizada doctrina filosófica italiana ha clasificado los siguientes tipos de argumentación, también denominados "esquemas persuasivos generales"<sup>111</sup>:

### a) Argumento a contrario (*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*)

Este es un argumento por el cual "habiendo una norma determinada que predica una calificación normativa dada (por ejemplo: un poder, una obligación, un status) de un sujeto o de una clase de sujetos, a falta de una norma expresa se debe excluir que valga (que exista, que sea válida) una norma diversa que predique la misma calificación normativa para cualquier otro sujeto o clase de sujetos"<sup>112</sup>. Este argumento sirve para motivar interpretaciones de corte literal o restrictivo y se remonta al IV siglo d.c.<sup>113</sup>.

Se observa que "en particular, con relación a enunciados formulados en términos de atribuciones de libertad, derechos, poderes, el argumento a contrario lleva a restringir el área

108 RUBIO CORREA, op. cit.

109 RUBIO CORREA, op. cit.

110 AUP, Responsabilità civile e danno. Unconfronti e questioni, Milano, Bologna, 1991, 32. Ahora en español en Responsabilidad civil y daño. Unconfronti y cuestiones, traducción a cargo de SPINNOZA ESPINOZA, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, 27.

111 TARULLO, op. cit., 345.

112 TARULLO, op. cit., 346.

113 TARULLO, op. cit., 347.

de las libertades, de los derechos y de las capacidades (extendiendo, en sentido opuesto, el área de los deberes, de las obligaciones, de las incapacidades); mientras que en relación a enunciados formulados en términos de atribución de deberes y de obligaciones o de calificaciones de incapacidad, el argumento a contrario lleva a restringir el área de las libertades, de los derechos, de los poderes)<sup>114</sup>.

He de precisar que el argumento a contrario ha sido entendido, históricamente, de diversas maneras. Inicialmente, bajo la influencia de un gramaticalismo desprovisto de todo tipo de lógica se llegó a resultados insostenibles, como por ejemplo, de la lectura del artículo 102 del Código Napoleón, que dice: "El domicilio de todo francés es el lugar...", "se dedujo, por argumento a contrario, que los extranjeros carecían de domicilio"<sup>115</sup>. Sin embargo, en la actualidad, se hace un uso lógico de este argumento, no obstante la advertencia de cierta doctrina nacional, que sostiene que se suele encontrar una utilización "pop" del mismo<sup>116</sup>. Se debe tener en cuenta que "el argumento a contrario es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria"<sup>117</sup>. En efecto, "los argumentos a contrario sólo son lógicamente lícitos cuando es de aplicación el principio del tertio excluido. Esto quiere decir que su uso conduce a resultados necesariamente ciertos en todos los casos de proposiciones contradictorias. También son válidos si se trata de proposiciones contrarias, siempre que se apliquen a una de ellas -de carácter general- para llegar a la otra que tiene necesariamente carácter general. En cambio, el razonamiento contrario sensu es sofisticado cuando se aplica a proposiciones subcontrarias, es decir, cuando de una proposición particular se intenta llegar por la vía negativa a otra proposición particular; de lo particular no se puede nunca deducir a contrario nada ya que, no habiendo generalidad, los terceros no quedan excluidos"<sup>118</sup>.

Así, argumento a contrario, sería interpretar que, de la lectura del art. IV del Título Preliminar del Código Civil, cabe aplicar la analogía para las leyes ordinarias; así como interpretar que, de la lectura del inc. 1, del art. 1971 c.c., existe la obligación de resarcir los daños causados por el ejercicio irregular de un derecho.

## b) Argumento a simili o análogo (lex minus dixit quam voluit)

Este es un argumento por el cual, "existiendo una norma que predica una calificación normativa determinada (por ejemplo, un poder, una obligación, un status) de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que exista, que sea válida) una norma diversa que predica la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos, que tenga con el primer sujeto o con la primera clase de sujetos una semejanza o "analogía" asumida como relevante en orden a la identidad de disciplina jurídica"<sup>119</sup>.

Argumento a simili, sería interpretar que, también cabría aplicar "el prudente arbitrio del juez" (que según el art. 585 c.c. se utiliza para apreciar la mala gestión) también en el caso de la prodigalidad (regulada en el art. 584 c.c.), la cual -aparentemente- sólo estaría delimitada

114 TARELLO, op. cit., 349.

115 RIVERO, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, I Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, 109.

116 AL DE TRAZZONES GRANDA, El Derecho Civil y la Lógica: los argumentos a contrario, en *Thémis, Revista de Derecho, Segundo Epoca*, No. 12, Lima, 1988. En quien último que esta utilización se presenta "carante de rigor lógico y muchas veces encubriendo una falacia de razonamiento que puede llevarnos por caminos equivocados" (cit.). Para este autor el argumento a contrario, es "un procedimiento discursivo conforme al cual lo estallendo de una norma o de una esplicitación contractual en un determinado sentido excluye todos los sentidos contrarios. De esta forma, podemos concluir que, si la norma establece que los peruanos tienen el derecho y la obligación de votar en las elecciones nacionales, los extranjeros (los "no peruanos") carecen de tal derecho y no están sometidos a tal obligación" (cit.).

117 DE TRAZZONES GRANDA, op. cit.

118 DE TRAZZONES GRANDA, op. cit., 71.

119 TARELLO, op. cit., 351.

por criterios cuantitativos, es decir, la dilapidación de bienes que excedan la porción disponible)<sup>120</sup>.

### c) Argumento a fortiori

El argumento a fortiori es el argumento por el cual, "existiendo una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación jurídica de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que sea válida, que exista) una norma diversa que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentren en una situación tal de merecer con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada otorga al primer sujeto o clase de sujetos"<sup>121</sup>.

Como argumento interpretativo, el argumento a fortiori permite motivar o fundar la propuesta de una interpretación extensiva de un enunciado normativo y debe ser distinguido del argumento analógico<sup>122</sup>. A propósito de ello, se afirma que "justo porque se funda sobre el "mérito" y no sobre la "semejanza", no se puede decir que el argumento a fortiori produzca resultados diversos según se aplique a enunciados formulados en términos de calificaciones de ventaja o de desventaja"<sup>123</sup>. Los esquemas que se presentan en el argumento a fortiori son los siguientes<sup>124</sup>:

- i) El argumento a minori ad malus, que se aplica a las calificaciones de desventaja, como por ejemplo, las prohibiciones.
- ii) El argumento a maiori ad minus, que se aplica a las calificaciones de ventaja, como por ejemplo, los derechos.

Es un argumento a fortiori (del tipo a maiori ad minus) aquél que en el que interpreta que si bien, según los alcances del art. 1457 c.c., se puede realizar un contrato a favor de tercera persona, a fortiori, se puede celebrar un contrato a favor de un concebido, que es un sujeto de derecho privilegiado.

### d) Argumento de la completitud de la disciplina jurídica

Este argumento puede ser definido como aquel "por el cual, no pudiéndose ubicar una norma que, para un comportamiento dado o para un sujeto, adscriba una calificación normativa a dicho comportamiento, se debe concluir que, no obstante ella, valga (que sea válida, que exista) una norma que adscribe al comportamiento no regulado una calificación normativa determinada"<sup>125</sup>. Sin embargo, se ha observado que este argumento, a pesar de su notable eficacia persuasiva es, por otro lado, un argumento de carácter subsidiario<sup>126</sup>.

Cuando no se encuentra un dispositivo legal expreso y las demás normas jurídicas no dan una respuesta concreta frente a un caso concreto, el operador jurídico debe cumplir con

120 Sobre el particular permítaseme remitir a CARRERA ESPINOSA, La capacidad de las personas naturales, tutela jurídica de los sujetos débiles, Grijley Lima, 1998, 117.

121 TARELLO op. cit., 365.

122 TARELLO op. cit., quien afirma que "el argumento a fortiori no se funda sobre la semejanza, sino sobre la razón o falta de la norma o del enunciado normativo (según el punto de vista que se asuma). No es necesario que la conducta a la cual se entiende el significado de enunciado sea "semejante" o "análoga" a aquella a la cual, en lugar de dudas al enunciado ya se señala, basta que la primera merezca "a mayor razón" la calificación normativa reservada a la segunda" (cit.).

123 TARELLO op. cit., 365-366.

124 TARELLO op. cit., 366.

125 TARELLO op. cit., 368.

126 TARELLO op. cit., 367.

su obligación de administrar justicia. Como ejemplo, se puede proponer el caso del denominado "vientre de alquiler", en el cual una pareja "contrata" a una mujer para que se le implante un embrión (procreado con los gametos de dicha pareja) y lo gesté durante los nueve meses propios de su crecimiento y, una vez que lo da a luz, se lo entregue a la pareja. ¿Qué pasaría si ella no lo entrega? No pretendo poner en discusión la validez del contrato, por cuanto éste sería nulo por contravenir el orden público y las buenas costumbres (art. V del Título Preliminar del Código Civil), sino la maternidad de la criatura. Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una norma expresa que solucione este conflicto<sup>127</sup>; el juez basándose en el argumento de la completitud de la disciplina jurídica, deberá fallar, quizá apoyándose, como en este caso, en la legislación comparada, como la española, que establece que el parto determina la maternidad.

Debe tenerse en cuenta que, sin embargo, el argumento de la completitud de la disciplina jurídica puede resultar peligroso, por cuanto el operador jurídico, al encontrarse frente una insuficiencia normativa, podría optar por distintos criterios basándose en su propia "carga ideológica", lo cual haría que nos encontremos frente a un sistema jurídico impredecible o frente a una suerte de "lotería forense"<sup>128</sup>. Creo conveniente que este argumento debe ser reforzado con otros que le den más solidez, consistencia y predictibilidad, como, en el ejemplo citado, que además, se ha utilizado el argumento comparativo, que es un tipo del argumento autoritativo.

#### e) Argumento de la coherencia de la disciplina jurídica

Es argumento es aquél "por el cual, en presencia de dos normas que respectivamente predicen dos calificaciones normativas incompatibles, se debe concluir que, al menos, una de las dos normas no valga (no sea válida, no exista) en vía general, o no sea aplicable en el caso particular"<sup>129</sup>.

Como argumento interpretativo, el argumento de la coherencia de la disciplina jurídica permite motivar o fundar la propuesta de una "interpretación correctiva" de un enunciado normativo. Un ejemplo lo podemos encontrar en la aparente contradicción de los arts. 458 y 1974 c.c. En el primero se establece que el menor con discernimiento es responsable civilmente si ocasiona daños, mientras que el art. 1974 c.c. prescribe que existe responsabilidad solidaria entre representante y el incapaz con discernimiento por los daños que este último cause. Una interpretación correctiva, basada en el argumento de la coherencia de la disciplina jurídica, permite entender que, incluso, en el caso del menor (quien no deja de ser un incapaz) con discernimiento, también será responsable solidario su representante.

#### f) Argumento psicológico (o recurso a la voluntad del legislador concreto)

Este argumento es aquel por el cual "a todo enunciado normativo debe ser atribuido el significado que corresponde a la voluntad del emisor o autor del enunciado, es decir, el legislador en concreto, del legislador histórico"<sup>130</sup>. Este argumento es fuertemente criticado por las siguientes consideraciones:

127 El art. 7 de la Ley General de Salud, Ley N.º 26842, del 20.07.97, sólo establece que: "Todo persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibido la recutación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la donación de óvulos humanos".

128 Expresión usada por AMPA, en Responsabilidad civil y daños. Uncolombitas y cuestiones, cit., 599.

129 TARELLO, op. cit., 361.

130 TARELLO, op. cit., 364.

- i) Está condicionado por la adhesión a la ideología de la fidelidad a la ley por parte del juez<sup>131</sup>.
- ii) Por su propia naturaleza, es más eficaz en el tiempo en el cual el enunciado es emitido<sup>132</sup>, no así cuando hay una gran distancia de tiempo entre la aplicación del enunciado y la manifestación de la mens legis.
- iii) Este argumento puede ser utilizado con suceso sólo si la voluntad normativa del autor del documento subsiste efectivamente<sup>133</sup>.
- iv) Privilegiar el argumento psicológico promueve la inmovilidad de la aplicación normativa<sup>134</sup>.

Por todos estos motivos, se sostiene que es argumento "es hoy, en nuestra cultura, utilizado menos de cuanto haya sido usado en el pasado, y prevalentemente en la legislación especial"<sup>135</sup>.

Un ejemplo del argumento psicológico lo encontramos en la atribución de derechos patrimoniales a favor del concebido, regulado en el art. 1 c.c.. En efecto, el autor de la propuesta legislativa, en su exposición de motivos, sostiene que dicha atribución está sometida a condición resolutoria<sup>136</sup>, cuando, en realidad haciendo una interpretación lógico-sistemática (del art. 1 c.c. con los arts. 805, 856 y 598 c.c.<sup>137</sup>), se llegará a la conclusión de que la atribución de derechos patrimoniales a favor del concebido está condicionada a que nazca vivo. Es en atención a este ejemplo que sostengo que el argumento psicológico no debe ser privilegiado frente a argumentaciones de tipo objetivo.

#### g) Argumento histórico (o presunción de continuidad, o hipótesis del legislador conservador)

Este es un argumento por el cual, "dado un enunciado normativo, a falta de indicación contraria expresa, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al precedente y existente enunciado normativo que disciplinaba la misma materia en la misma organización jurídica, o el mismo significado normativo contenido en un documento arquetípico de otra organización"<sup>138</sup>.

No participo del hecho que el operador jurídico deba verse "atrapado" dentro de un modelo interpretativo pre-fijado, máxime si corresponde a otra realidad histórica o cultural. Sin embargo, en algunos casos, el tener en cuenta los precedentes legislativos, tanto nacionales como extranjeros, aunado a otro tipo de argumentación, puede servir para realizar una adecuada labor interpretativa.

Un ejemplo lo podemos tener en materia de fundaciones, a propósito de la oportunidad para revocar el acto constitutivo, regulado en el art. 102 c.c. En efecto, este artículo establece que una vez inscrita la fundación, es irrevocable el acto de constitución. El problema se suscita cuando nos encontramos frente al supuesto de la fundación no inscrita (regulada

131 TARULLO, op. cit., 366.

132 TARULLO, op. cit.

133 TARULLO, op. cit., quien afirma que "esto es lo que sucede según algunos, cuando el fin y los procedimientos de formación de los documentos legislativos son muy complejos y participan muchos países en diversos y sucesivos momentos" (cf.).

134 TARULLO, op. cit., 367.

135 TARULLO, op. cit.

136 Así, cuando se sostiene que "existe un conjunto de derechos de índole patrimonial que se están sometiendo a condición resolutoria" (FERNÁNDEZ ISSAIEDO, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano, Derecho de las Personas, en COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, Código Civil, Exposición de motivos y comentarios, II, compilada por ROQUELO DE DEBARREY, Studium, Lima, 1988, 80).

137 Sobre el particular, permítzame remitir a ESPINOSA ESPINOSA, Derecho de las Personas, tercera edición, Huachipa, Lima, 2001, 62-63.

138 TARULLO, op. cit., 368.



en los arts. 127, 128 y 129 c.c.). Si nos remontamos al Código Civil italiano, que ha sido (junto con la doctrina y la jurisprudencia de ese país) la fuente inspiradora del Libro de personas de nuestro Código Civil, observaremos que el art. 15 de este texto legal prescribe también el supuesto de irrevocabilidad cuando "el fundador no haya hecho iniciar la actividad de la obra dispuesta por él". Evidentemente, el argumento histórico debe ser complementado con otros criterios que le den consistencia, como sería, en este caso el argumento teleológico.

Se observa que "hay, con el declinamiento de los estudios jurídicos e histórico-jurídicos, (el argumento histórico) está destinado a perder fuerza: lo que es probablemente un mal, porque este argumento -usado dentro de límites particulares- constituye un freno a interpretaciones lógicas y extrañas"<sup>139</sup>.

#### **h) Argumento abductivo (o apagógico<sup>140</sup>, o ab absurdo, o reductio ad absurdum, o hipótesis del legislador razonable)**

Este argumento es aquel por el cual "se debe excluir la interpretación de un enunciado normativo que de lugar a una "norma absurda"<sup>141</sup>. Este argumento debe ser utilizado conjuntamente con otros argumentos jurídicos, como el teleológico o el equitativo<sup>142</sup>. Sin embargo, se trata de un argumento frágil y equívoco, por cuanto la noción de "absurdo" es relativa, mutable y sobre todo, subjetiva<sup>143</sup>.

Un ejemplo puede encontrarse en el caso de la responsabilidad civil los declarados incapaces con discernimiento, por cuanto, en ciertos supuestos de hecho, responsabilizar solidariamente al representante legal resulta una solución injusta, irracional, inadecuada y... absurda. En efecto, el art. 1975 c.c. llega al exceso de responsabilizar (solidariamente) a los representantes legales de todos los incapaces con discernimiento: incluyendo al pródigo, al mal gestor y al que lleva anexa la inhabilitación civil, en los cuales el discernimiento no ha sido la causa para la declaración de incapacidad. El supuesto de los ebrios habituales, los toxicómanos, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental, debería ser visto caso por caso. Ello resulta de suma importancia, por cuanto la responsabilidad del representante legal es objetiva y el legislador no ha debido ser tan severo en el primer grupo de supuestos: para el pródigo y el mal gestor, el representante debe ser responsable de los actos de disposición patrimonial de los mismos y para el que lleva anexa la inhabilitación civil, el representante es responsable por la protección que merece la persona y su familia, debido a la limitación de su derecho a la libre circulación). Resulta totalmente disuasivo responsabilizar de una manera tan laxa a este tipo de representantes legales. Es por ello que se impone una interpretación ad excludendum de algunos supuestos que (aparentemente) podrían entenderse dentro de los alcances del art. 1975 c.c.

#### **i) Argumento teleológico (o hipótesis del legislador previsto de fines)**

Este argumento es aquel por el cual "a un enunciado normativo debe atribuirse el significado

139 TARELLO, op. cit., 565.

140 En el texto en italiano se utiliza la palabra "apagógica" (que deriva de "apagoga") y en la teoría doctrinaria filosófica argentina lo he usado como "abductivo" o "reductivo a lo absurdo". Así, se afirma que el término griego *apagógē* y *apagōgē* "o la reducción, en Diccionario de Filosofía, tomo I, que la edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1962, 28). Es el último sentido el que se está utilizando en este tipo de argumentación jurídica. También se le he usado como "reducción", entendido como el "método de prueba indirecta basado a veces razonamiento apagógico y con más frecuencia reducción a lo absurdo y reducción a lo imposible, (...) En este último caso se trata de un método indirecto de demostración que prueba la verdad de una proposición por la imposibilidad de aceptar las consecuencias que se derivan de su contradicción" (FRANZINI MORA, *op. cit.*, 581). Para A. SALAZAR BONDI se apogógico el "razonamiento que consiste en probar una tesis estableciendo que su negación conduce a una contradicción" (Bases Metodológicas Filosóficas, Editorial Universitaria, Lima, 1967, 15).

141 TARELLO, op. cit.

142 TARELLO, op. cit.

143 TARELLO, op. cit., 370.



que corresponde al fin propio de la ley de la cual el enunciado es documento. Este argumento no debe confundirse con el psicológico que impone el recurso a la voluntad del legislador concreto: quien una el argumento teleológico reconstruye los fines "de la ley" (o "del legislador"; pero en este caso se trata de una entidad abstracta) a partir del texto de la ley o por una clasificación de los fines o de los intereses que el derecho protege, en vez de documentos preparatorios (como las sesiones de comisión) concebidos como indicios de voluntad de un individuo o de una asamblea entendida en sentido concreto"<sup>144</sup>.

Los fines de las leyes pueden aparecer en sus textos de manera explícita o implícita. En la Ley de Protección al Consumidor, D. Leg. No. 716, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por el D.S. No. 039-2000-INNCI, del 05.12.00, el art. 3 establece como fin (evidente) la tutela efectiva al consumidor, a través de la interpretación normativa "en el sentido más favorable al consumidor". Sin embargo, para que se concrete esta tutela efectiva, debe acreditarse la configuración de una relación de consumo<sup>145</sup>. No obstante ello, la tutela al consumidor se da en manera excepcional (vale decir, aún cuando no haya una relación de consumo), en el caso de discriminación en los locales abiertos al público (art. 5, inc. d, segundo párrafo), en el de métodos comerciales coercitivos (art. 13, inc. b) y también respecto a la publicidad relativa a ofertas (art. 22). En todos estos casos, aunque no se haya concretado una relación de consumo, atendiendo al argumento teleológico, se protege al consumidor de una manera efectiva, imponiendo sanciones frente a posibles infracciones de la Ley de Protección al Consumidor.

#### **d) Argumento económico (hipótesis del legislador no redundante)**

Este argumento es aquel por el cual "se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya es atribuido a otro enunciado normativo, pre-existente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero, y ello porque si la atribución de significado no fuese excluida, se encontraría frente a un enunciado normativo superfluo"<sup>146</sup>.

Como ejemplo, se puede citar al art. 41 del D. Leg. No. 716, que establece que "los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente ley"<sup>147</sup>. Se podría pensar que la responsabilidad objetiva a la cual hace referencia este numeral es la misma que se regula en el art. 1970 c.c. (que se refiere a la responsabilidad civil por bien a el ejercicio de actividad riesgosos o peligrosos). Aplicando el argumento económico, se debe tener presente que la responsabilidad civil y administrativa son dos tipos de responsabilidad de naturaleza diversa y, por consiguiente, el concepto de responsabilidad civil objetiva (derivada del incumplimiento de un contrato con obligaciones de resultado o derivada de un daño extracontractual) no coincide, con el de responsabilidad administrativa objetiva por infracción de la Ley de Protección del Consumidor, por cuanto esta última se limita a invertir la carga de la prueba a efectos que sea el proveedor el que demuestre

144 WRELO op.cit.

145 La Resolución No. 0025-1998/DG-INDECOPI, del 10.08.98, establece que para la aplicación del D. Leg. No. 716, debe configurarse una relación de consumo y la inasistencia de una norma especial de rango legal que otorgue competencia a un órgano distinto a la Comisión de Protección al Consumidor, respecto a las acciones contempladas en el mencionado dispositivo legal.

146 WRELO op.cit., 371.

147 El artículo completo reza: "Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que dicha se produzcan nuevamente en el futuro. La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente será determinada atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, las beneficias obtenidas por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere observado a lo que la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI salvo lo dispuesto en el Artículo 41 de la presente Ley".

que la falta de idoneidad o calidad del producto o del servicio no le son atribuibles. Dicho en otras palabras: ante la denuncia de un consumidor insatisfecho que pruebe su daño, se presume *juris tantum* que el proveedor es responsable (se entiende, por la idoneidad y calidad del producto o del servicio que pone en circulación en el mercado, por falta o defecto en la información, entre otros supuestos). Y es justamente, en el momento que el proveedor debe demostrar su falta de responsabilidad, que puede disolver esta presunción, demostrando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto o acreditando que hubo ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o del propio consumidor dañado<sup>148</sup>. Dicho en otras palabras: en virtud del argumento económico, el sentido de la responsabilidad objetiva del art. 41 de la Ley de Protección al Consumidor no es el mismo que el del art. 1970 c.c., caso contrario, estaríamos frente a un dispositivo legal innecesario.

#### k) Argumento autoritativo (o *ab exemplo*)

Este argumento es aquel por el cual "a un enunciado normativo se le atribuye el significado que le ha sido atribuido por alguien, sólo por este hecho. Se trata del argumento que invita a atenerse a precedentes aplicación-producto o interpretación-producto, vale decir, a la praxis aplicativa consistente en el producto de la interpretación oficial o judicial, o a la interpretación de la doctrina"<sup>149</sup>.

El argumento comparativo (cuando no se identifica con el argumento histórico) puede ser considerado un sub-tipo del argumento autoritativo. Este argumento es aquel "que sirve para acreditar la atribución a un enunciado legislativo de aquel significado normativo que, se asume, constituye el significado de enunciados normativos (o de otros documentos-fuente) de un ordenamiento jurídico diverso. Este ordenamiento jurídico diverso es considerado como "autoridad"<sup>150</sup>.

El argumento autoritativo se puede referir tanto a un precedente (judicial o administrativo) como a afirmaciones doctrinarias. Un ejemplo de argumento autoritativo, basado en un precedente, lo encontramos en la Interpretación que se le ha dado al art. 3, inc. a, de la Ley de Protección al Consumidor, D. Leg. No. 716, en el cual se define a los consumidores o usuarios como "las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios". La Sala de la Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución No. 101-96 TDC, de fecha 18.12.96, resolvió que "se considera consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del Artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para los efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los Artículos 1º<sup>151</sup> y 3º inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser considerados consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes".

148. Permíteseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 4/No. 30, Gaceta Jurídica Editores, Lima, marzo 2001, 75-76.

149. TARBUJO, op.cit., 372.

150. TARBUJO, op.cit., 375.

151. Art. 1 "Están sujeta a la presente ley todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dedican en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual o la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios en el territorio nacional".

Los fundamentos de esta decisión se basan en el entendimiento del concepto "destinatario final" como la persona (natural o jurídica) que "ocupa el último eslabón de la cadena producción-consumo". Se advierte, sin embargo, la presencia de "zonas grises, en la que no es sencillo determinar con toda precisión si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario"; tal es el caso del taxista eventual. En esta decisión se manifiesta que no se deja al denunciante en estado de indefensión, por cuanto éste tiene expedita la vía judicial para hacer valer sus derechos. En atención al argumento autoritativo, los miembros de la Comisión de Protección al Consumidor (instancia jerárquicamente inferior) deberán acatar este precedente de observación obligatoria<sup>152</sup>.

Un ejemplo de argumento autoritativo, basada en opiniones doctrinales, lo encontramos en la interpretación que se le da al art. 661<sup>153</sup>, que se refiere a la responsabilidad del heredero. El autor del proyecto entendió que este tipo de responsabilidad es *intra vires hereditatis*, vale decir, sólo hasta donde alcance la masa patrimonial heredada<sup>154</sup>, criterio que ha sido seguido por otro sector de la doctrina<sup>155</sup>. Sin embargo, se cuenta con otra doctrina que opina que la responsabilidad del heredero es *ultra vires hereditatis*<sup>156</sup>. Esto demuestra que, en el caso de este tipo de argumentos jurídicos, la fuerza persuasiva no sólo debe depender de la autoridad per se de la afirmación doctrinaria, sino del argumento que, a su vez, utiliza dicha doctrina.

## D) Argumento sistemático (o hipótesis del derecho ordenado)

Este argumento es aquel por el cual "a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos (entendido que entre ellos hay una vinculación a efectos de la interpretación "sistemática") se debe atribuir el significado prescrito, o no se debe atribuir el significado prohibido, por el "sistema jurídico"<sup>157</sup>. Como se ha observado atentamente, este argumento no explica nada si no es que previamente se determina la noción de "sistema jurídico". Por ello, dentro del argumento sistemático, se encuentran una serie de argumentos "que tienen en común, poco más que el nombre", a saber:

### I. Argumento topográfico (o de la sedes materiae)

Dentro de este contexto, se entiende como "sistema", la disposición de los enunciados normativos que ha sido diseñada por el legislador, con lo cual, este argumento se asocia estrechamente con el argumento psicológico<sup>158</sup>.

152. Citando esta posición, en otro sede afirmó que "el concepto de consumidor que ofrece la Ley de Protección al Consumidor resulta mezquino, frente a las situaciones en las que si bien es cierto, no nos encontramos frente a un destinatario final, merced a una oferta efectiva y por tanto, resulta legítimo enseñar dichos destinatarios, como se hace en otras esencias jurídicas, para permitir que surjan ofertas insusceptivas que vayan acorde a lo dinámico del mercado" @SPINOSA ESPINOZA, Los desafíos vejetarios en los contratos respaldados unilateralmente, cit., 157).

153. El cual establece que: "el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta, incumbiendo al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial".

154. Se afirmó que "no se exige, pues, la extinguido del inventario, lo cual no afecta al heredero, el cual deberá, simplemente, como prueba más fehaciente" (LAFRANCA GUZMÁN, Tratado de materias y comentarios del Libro de Sucesiones del Código Civil en COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, Código Civil, Exposición de motivos y comentarios, N. compilado por RODRIGO DE DEBARREY, Studium, Lima, 1985, 13).

155. A. FERREIRO COSTA, Derecho de Sucesiones, en Tratado de Derecho Civil, Tomo V-Volumen I, Universidad de Lima, 1996, 172.

156. Así se afirma que: "entendiéndose que involucra o interviene aparte un examen orgánico de las situaciones obligo o llegar a la conclusión que nuestro ordenamiento no conocea un adrecho de responsabilidad limitada, sino uno de responsabilidad limitada sólo si se cumplen ciertos presupuestos. O dicho con otros palabras, concipiéndose que lo que se regula es que el heredero responde limitadamente por las obligaciones, porque la herencia. Pero si no quiere responder por ellas sino sólo hasta el monto del activo sítico, podría, si lo desea, limitar su responsabilidad sólo y si prueba que al monto de las obligaciones -no las deudas, como imperfeccionadamente rezó el 661- superó el activo, salvo que previamente haya hecho inventario judicial. Planteada la figura de otro manera, puede entonces decirse que lo que se regula es la responsabilidad *ultra vires*, pero que como consecuencia del inventario judicial o invocado que sea el beneficio del monto o aceptar la herencia, o acreditado el exceso del pasivo en los casos de aceptación presunta (art. 675 c.c.), la responsabilidad queda limitada a los bienes y derechos, convirtiéndose en responsabilidad *intra vires*. Esto es, que cuando hay inventario sólo responden por las deudas las activos inventariados, salvo que los acreedores prueban la existencia de bienes "ocultos" (LÓPEZ-MANUEL LUCAS DE TENA, Derecho de sucesiones, en Biblioteca Paja leer el Código Civil, volumen XVI, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, 84-90). En otro sentido que, de sostener la tesis contraria, prevalece siendo "el derecho de abdicación para aceptar la herencia con beneficio de inventario (art. 92), así como desistiendo en influir las normas de aceptación y repudio de la herencia (art. 93).

157. TARULLO, op. cit., 376.

158. TARULLO, op. cit.

### ii. Argumento de la constancia terminológica

Aquí, se entiende por "sistema", el conjunto de los conceptos que "el legislador" utiliza, lo cual supone una correspondencia exacta entre conceptos normativos y términos enunciados. Esta concepción parte del modelo irreal del "buen legislador", que en la actualidad, no goza del mejor crédito<sup>189</sup>.

### iii. Argumento sistemático-conceptualista o dogmático

Según esta acepción de "sistema", "a los enunciados normativos se le deben atribuir significados que están sugeridos por el sistema de los "conceptos" y de los "principios" del derecho"<sup>190</sup>.

Con razón, se afirma que "dado que las elaboraciones conceptuales son, a menudo, muchas y en algunos casos, contradictorias, este argumento -considerado fuerte- es en realidad débil y requiere a menudo del soporte de otros argumentos, sea aquellos de la familia sistemática (es decir, aquél de la sedes materiae y aquél de la constancia terminológica), sea aquellos diversos, como, en particular, el argumento autoritativo"<sup>191</sup>.

Un ejemplo de la aplicación de este argumento, lo encontramos en materia de aplicación de supuestos de ruptura del nexo causal en la (denominada) responsabilidad extra-contractual. En efecto, el art. 1972 c.c., admite "en los casos del artículo 1970 (vale decir, por ser titular de un bien o por ejercer una actividad, riesgosas o peligrosas)" son supuestos de ruptura del nexo causal, el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero y el hecho de la propia víctima. Sin embargo, existen otros supuestos de responsabilidad objetiva, como es el caso del art. 1975 c.c. (por ser representante legal del denominado incapaz con discernimiento), el art. 1976 c.c. (por ser representante del denominado incapaz sin discernimiento), el art. 1980 c.c. (por ser dueño de un edificio), 1981 c.c. (por tener a una persona en calidad de subordinado), entre otros. En estos casos, aplicando el argumento sistemático, se debe entender que dentro de cualquier tipo de responsabilidad objetiva, se puede presentar la configuración de supuestos de ruptura del nexo causal. En efecto, al ser el nexo causal uno de los elementos constitutivos de los supuestos que se encuentran dentro del sistema de responsabilidad civil extra-contractual objetiva, no puede dejarse de admitir (para todos los supuestos) la ruptura de dicho nexo causal. En el particular caso del art. 1979 c.c. (responsabilidad objetiva por ser dueño de un animal), debido a que sólo se especifica el supuesto del hecho de un tercero, el argumento sistemático va acompañado del argumento de coherencia de la disciplina jurídica.

### m) El argumento naturalista (o de la naturaleza de las cosas, o hipótesis del legislador impotente)

Este argumento no nace como argumento interpretativo, sino como argumento productivo, y como tal, "se funda en concepciones del derecho por las cuales las relaciones sociales encuentran en sí mismas, en su naturaleza, en la naturaleza del hombre, en la naturaleza de las cosas, su propia disciplina"<sup>192</sup>. Dentro de esta corriente, se encuentran tanto el iusnaturalismo, como el positivismo, en las cuales se percibe (en realidad) un voluntarismo jurídico, en el que "el derecho es una disciplina que no proviene de una naturaleza preconstituida, sino de una voluntad (sea de una voluntad divina o de una voluntad humana)"<sup>193</sup>.

189 TARELLO, op. cit., 377.

190 TARELLO, op. cit.

191 TARELLO, op. cit., 376.

192 TARELLO, op. cit.

193 TARELLO, op. cit.

Como argumento interpretativo, el argumento naturalista "es aquel que sirve para motivar y a proponer combinaciones de enunciados normativos y atribuciones de significados a los mismos, tales de revisar, en las normas expresadas por los enunciados a disposición, las normas que se uniforman –o, por lo menos, que no están en desacuerdo– con la (alguna concepción) de la "naturaleza": naturaleza del hombre, naturaleza de las relaciones disciplinadas, etc."<sup>164</sup>.

Se evidencia que, en los usos modernos de este argumento, se encuentra la "superposición a los enunciados normativos de un razonamiento propio de una ciencia descriptiva"<sup>165</sup>, como sería el caso del análisis económico del derecho. Como ejemplo, a nivel de responsabilidad civil, propondría el criterio del *cheapest (or easiest) cost avoider* –"el agente (actividad o sujeto) capaz de evitar el coste de la forma más fácil o económica"<sup>166</sup>, por el cual, responde del daño quien pueda reducir los costos que "se ocasionan" de la forma más económica posible (a largo plazo) estableciendo los cambios apropiados, y al mismo tiempo evitar los costes de transacción innecesarios"<sup>167</sup>. Se trata de una suerte de *policy*<sup>168</sup> o política de derecho, en la cual, los operadores jurídicos (jueces, principalmente) hacen asumir las consecuencias económicas de los daños a quienes les va a resultar más fácil (*easiest*) o barato (*cheapest*) enfrentarlas: no por el hecho exclusivo que sean económicamente más fuertes (*deep pocket*<sup>169</sup>) o que, basados en el principio de responsabilidad de la empresa, puedan fraccionar los daños de los siniestros, sea recurriendo al seguro privado o porque "se hallan en condiciones de transferir (los daños) a los adquirentes de sus productos o a los factores empleados en la producción de los mismos (trabajo y capital inclusive)"<sup>170</sup>. Este principio implica que "la búsqueda del sujeto capaz de evitar los costes de los accidentes de la forma más económica es la búsqueda de aquella actividad que puede disponer, más rápidamente, de una sustitutiva que ofrezca un máximo de seguridad; la búsqueda, por tanto de aquella alteración o reducción de la actividad que disminuya el coste primario de modo más económico. Esta operación exige, necesariamente, confrontar no sólo las actividades entre sí, sino también las diversas subcategorías de las mismas, porque es muy probable que la solución óptima se halle en la alteración o en la eliminación de una subcategoría"<sup>171</sup>.

En el caso de la responsabilidad civil con ocasión de las funciones, vale decir, la responsabilidad civil que asume el principal por el daño que realiza un tercero (como podría ser el caso de un dependiente) por una actividad que, aunque siendo totalmente ajena al ejercicio de sus funciones, no se hubiera producido si no se encontrase en esa situación (de ahí por qué se le llama con ocasión); podría proponer, como ejemplo, que un service, a través de sus dependientes, es contratado para pintar la fachada de un edificio y uno de los pintores, que se encontraba en el andamio, a la altura del cuarto piso, ingresa por la ventana de un departamento del edificio adyacente y roba objetos de valor.

164 TARELLO, op. cit., 379.

165 TARELLO, op. cit., 383.

166 CALABRESI, El costo de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil, traducido por BERNI, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, 336. El Autor mismo menciona que MACNEAN emplea una terminología distinta para esto mismo criterio, que es "lo que él denomina "la parte que tiene la mayor ventaja relativa en la producción de seguridad o en la reducción de los daños" (the party that has the greatest comparative advantage in producing safety or injury reduction)" (cit.).

167 CALABRESI, op. cit., 148.

168 Que está constituido por una serie de principios no escritos o no codificados, que son manifestaciones de una determinada política de derecho (del ALPA, I principi generali, en Trattato di Diritto Privato, a cura de UDICA y ZAPPÀ, Giuffrè, 1970, 464).

169 El criterio del *cheapest (or easiest) cost avoider*, no debe ser confundido con el del *deep pocket* ("bueno bolso"), según el cual, "el coste secundario de los accidentes se podría reducir mucho si se involucran los pérdidas a aquellos grupos sociales que están mejor protegidos contra las consecuencias sociales y económicas que se derivan del hecho de tener que soportarlos, es decir: si se involucran los pérdidas a quienes normalmente designamos como "ricos" "(CALABRESI, op. cit., 50).

170 CALABRESI, op. cit., 66.

171 CALABRESI, op. cit., 165.



En este supuesto, si bien es cierto que el principal podría argumentar que los alcances del art. 1981 c.c. sólo lo responsabilizan por los daños que el dependiente origina "en ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo" (vale decir, en el "ejercicio de sus funciones"), aplicando el argumento naturalista, basado en el criterio del *cheapest cost avoider*, propio del análisis económico del derecho, se debería ensanchar el alcance del art. 1981 c.c., por cuanto, entre la víctima y el principal, es este último quien se encontraba en una posición más ventajosa para evitar los daños. Aunque soy consciente que me aparto del argumento naturalista, a la misma solución podría llegar, entendiendo que la responsabilidad del principal (en posición que no comparto) fuese subjetiva: éste respondería por culpa in eligendo y culpa in vigilando. Incluso, bajo la óptica (que comparto) de considerar este tipo de responsabilidad como objetiva, también el principal estaría en la obligación de resarcir, por cuanto si se beneficia económicamente con la actividad realizada a través de un tercero, debe asumir los costos que origine los daños del mismo (criterio del riesgo-beneficio)<sup>172</sup>.

#### n) Argumento equitativo

Por medio de este argumento, "la equidad sirve para acreditar, entre diversas interpretaciones posibles y culturalmente tolerables, aquella que está menos en conflicto contra las ideas, que el juez comparte con la sociedad, sobre el "buen" resultado de la aplicación del derecho en el caso concreto. El argumento equitativo sirve para evitar interpretaciones y aplicaciones consideradas como "inicias"<sup>173</sup>. En realidad, el argumento equitativo (que no implica un juicio de equidad, sino un juicio de derecho) es bastante débil, por cuanto se basa en los criterios que puede tener una sociedad y ello presenta no pocos conflictos en sociedades que, como la nuestra, son pluriculturales<sup>174</sup>.

La equidad ha sido considerada por un sector de la doctrina iustfilosófica argentina, a nivel de interpretación judicial, no como la justicia del caso singular, sino "lo singular del acto de justicia"<sup>175</sup>. A nivel del Código civil peruano, la remisión a la equidad, se ha dado en no pocas oportunidades. Así, tenemos que el juez debe recurrir a la equidad cuando debe cuantificar un daño que no pudiera ser probado en su monto preciso (art. 1332); cuando la víctima no ha podido obtener reparación por parte del representante legal (obligado al resarcimiento en virtud del art. 1976) cuando un incapaz sin discernimiento le haya causado daños (art. 1977), entre otros supuestos. Nótese que no se debe entender que fijar indemnizaciones equitativas, no consiste en determinar cuanta mínimos o reducidos, sino el de fijar indemnizaciones justas que no generen un sacrificio económico para el agente dañado<sup>176</sup>.

#### ñ) Argumento a partir de los principios generales (o analogía iuris)

Este es considerado un argumento de tipo dual: "argumento productivo, en cuanto utilizado para colmar las denominadas "lagunas" del derecho, y argumento interpretativo, en cuanto utilizado para decidir atribuir, o para motivar la atribución, o para proponer atribuir, significados a enunciados normativos"<sup>177</sup>. La doctrina que vengo citando se muestra un tanto escéptica (y con cierta dosis de desencanto), cuando afirma que "el recurso a los principios de la

172 Sobre el tema, permíteme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, La responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes y dependientes, en *Gaceta Jurídica* tomo 79-8, junio, Lima, 2000 21 v. n. ; del caso Responsabilidad Civil de la Persona Jurídica por colisión a un fútbol como "causalidad y riesgo", en *Coloquio Anteprejudicial* Año XXV, No. 665, T. 85, 26-04-2001, febrero 2 y ss.

173 TARELLO, op. cit. 361.

174 TARELLO, op. cit.

175 COIRO, op. cit. 71.

176 En este sentido, para el supuesto del art. 1977 c.c., DE TRAZEGNIG GRANADA, La responsabilidad extrac contractual, en *Biblioteca Para leer el Código Civil*, Vol. 1, tomo I, RUCIFondo Editorial, Lima, 1982, 418.

177 TARELLO, op. cit. 362.



organización política del Estado, hoy no significa otra cosa que el recurso a los enunciados de la Constitución en el atribuir significado a enunciados normativos infra-constitucionales, y con ello no se realiza el recurso a los "principios generales", sino simplemente a una de las técnicas vinculadas en la atribución de significados.

En suma, el argumento a partir de los principios generales es un esquema vacío, que sirve para cubrir, de vez en cuando, operaciones dispares (lamentablemente bajo el escudo de la mención del título preliminar)<sup>176</sup>.

Tanto la Constitución como el Código Civil regulan la aplicación de principios generales en determinados supuestos: así tenemos, el principio de la retroactividad de la ley (art. 103, 2º, párrafo Const y art. III T.P.c.c.), el principio del abuso de derecho (art. 103, 4º, párrafo Const. y art. II T.P.c.c.), el principio de inaplicabilidad de analogía en la ley penal y normas que restrinjan derechos (art. 139,8 Const. y art. IV T.P.c.c.), el principio de buena fe en el contrato (art. 1362 c.c.), entre otros.

Finalmente, si se pretende clasificar estos argumentos, se consideran argumentos jurídicos, al argumento equitativo, al argumento sistemático-dogmático y el argumento de los principios generales, así como argumentos no jurídicos, los restantes<sup>177</sup>. Son argumentos lógicos, el argumento a contrario, el argumento a simili, el argumento a fortiori, el argumento de la coherencia y el argumento de la completitud del sistema jurídico, así como argumentos no lógicos, todos los demás<sup>178</sup>. Son argumentos incompletos, aquellos que "no sólo pueden, sino deben ser usados en asociación con otros argumentos para llegar a ser completos. Se trata del argumento analógico (el cual debe estar acompañado de otro argumento que justifique la ratio de la analogía), del argumento a fortiori (el cual debe estar acompañado de otro argumento que justifique la escala del "mayor" y del "menor" mérito), del argumento de la coherencia (que requiere la compañía de otro argumento relativo al modo de obtener la coherencia) y el argumento de la completitud (que requiere la compañía de otro argumento que funcione a manera de sugerencia de cierre o de sugerencia de integración)"<sup>179</sup>. Los demás, son argumentos completos. Son argumentos conservadores, vale decir, proclives al cambio jurídico, el argumento equitativo, el argumento a partir de los principios generales, el argumento naturalista, el argumento a contrario, el argumento psicológico y el argumento económico. Los demás son argumentos tendencialmente conservadores<sup>180</sup>.

## VI. LA APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La facultad expropiatoria que la Constitución reconoce al Estado<sup>181</sup> debe ser entendida como una norma de carácter excepcional y, por lo tanto, no cabe aplicar la analogía. Así lo

176 WARELL, op. cit., 385. El autor afirma que "los títulos de "principios generales" que se encuentran en los casos pelados de jurisprudencia entre el ochocientos y el novecientos en nuestro país (sic) son todos en términos de favor por alguna cosa, que se encuentra o se encontraba bien enlazado en ciertas disposiciones particulares (y no en "generalidad" por otro de ley: el "favor" para la conservación del negocio y del contrato, el "favor" para la legitimidad del acto, el "favor" para el deudor, el "favor" para la mora de acreedores, el "favor" para el trabajador subordinado, son ejemplos de ello, tanto que podría decirse que los "principios generales" y el relativo argumento, tan abundante en el papel, no fueron utilizados en la práctica en absoluto" (WARELL, op. cit., 384-385).

177 WARELL, op. cit., 389.

180 WARELL, op. cit., 392.

181 WARELL, op. cit., 384.

182 WARELL, op. cit., 395.

183 En la época, debía vigente la Constitución de 1975, cuyo art. 125 establece que: "la propiedad es inalienable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, declarada conforme a ley y previo pago de dinero e indemnización juriprecedida.

La ley establece las normas de procedimiento, valoración, caducidad y abandono. En la expropiación por causa de guerra de comunidad pública, para el abastecimiento o remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía el pago de la indemnización juriprecedida puede hacerse en efectivo por cantidad o en bonos de aceptación obligatoria y libre disposición, redimibles sucesivamente en dinero. En todos casos la ley señala el monto de la suma, plazos, condiciones de pago, intereses resarcibles periódicamente, así como la parte de la indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa".

determinó la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con resolución de fecha 11.11.91 (Exp. 1671-91/Arequipa)<sup>184</sup>. Asimismo, la Sala de Casación de la Corte Suprema, mediante resolución del 09.07.97 (Cas. No. 592-96), expresó lo siguiente:

*"Que teniendo naturaleza jurídica sancionatoria el último párrafo del artículo doscientos tres del Código Procesal Civil<sup>185</sup>, su interpretación debe ser restrictiva al supuesto previsto en la norma legal acotada, de acuerdo al principio establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil<sup>186</sup>.*

#### a) ¿Puede aplicarse el art. IV del Título Preliminar para Interpretar las cláusulas de un estatuto?

Es de pública conocimiento, a nivel forense, lo sucedido en el caso de Minera Yanacocha S.A., a propósito de la interpretación del artículo undécimo de su estatuto<sup>187</sup>. En efecto, dicho numeral establecía cuatro excepciones en donde no operaba el derecho de preferencia, entre las cuales se encontraba el supuesto de:

*"transferencia por reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas (acciones) a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios",*

El problema se suscitó, no por el hecho que se transfirieran acciones de Yanacocha, sino porque se transfirieron acciones de una de las sociedades titulares de las acciones de Yanacocha. En efecto, el punto de discusión se centró en determinar si se aplicaba o no el derecho de preferencia de las otras sociedades titulares de las acciones de Yanacocha. En primera instancia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con resolución de fecha 02.07.96, Exp. 944-94-A (300-96RC), se interpreta esta disposición, afirmando que:

*"sólo por excepción se establece cuatro casos en que se permite la transferencia de acciones sin aplicación del derecho de preferencia, siendo los tres primeros referidos a personas naturales y el cuarto por causas de reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas acciones, a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios, esto es que cuando una sociedad tenedora de acciones de Yanacocha es reorganizada y por esta causa transfiere total o parcialmente sus acciones a otra sociedad no se aplica el derecho de preferencia y sólo si la nueva sociedad está controlada por los mismos accionistas o socios, ello porque se supone que el propietario sigue siendo el mismo: que si la reorganización supone una transferencia a sociedades no controlada por los mismos socios, ya no funciona la excepción y sí se aplica el derecho de preferencia",*

Agregando que:

*"del referido pacto medular se concluye que opera el derecho de preferencia a favor de los demás accionistas en caso se reorganice la sociedad tenedora de las acciones de Yanacocha (Mine Or) a favor de otra sociedad cuando ésta no es controlada por los mismos accionistas o socios, sin que se exija o se requiera que los bienes que se transfirieran sean las acciones de Yanacocha, ello permite afirmar que la común intención de los grupos constituyentes de Yanacocha fue que el derecho de preferencia se activa no sólo con la*

184. En ESPINOZA MIRAZEL, Jurisprudencia Civil, Tomo IV, FECAJ, Lima, 1998, 20.

185. El cual establece que: "si o la custodia concurre uno de los partes, ésta se realice sólo con ella. Si no concurren ambos partes, el juez fijará nueva fecha para su realización. Si en la nueva fecha tampoco concurren, el juez dará por concluido el proceso".

186. ASOCIACIÓN INDIVIDUAL DE DERECHO, op. cit., 25.

187. La complejidad de este caso comprende una serie de temas, sólo me voy a ocupar del relativo a la interpretación del art. 11 del estatuto de Yanacocha.

*decisión de transferir a terceros las acciones de una empresa accionista de Yanacocha, en tanto ello importe a genere transferir el control, situación que se da en este caso de autos al estar entendida esa intención de privatizar los activos del BRGM; la que se encuentra prevista en la parte final del artículo once del estatuto que señala textualmente que "el derecho de preferencia resultará de aplicación en los casos de aporte de las acciones a sociedades que no sean controladas por el accionista preferente o sus socios en caso de ser éste persona jurídica" (el subrayado es mío).*

En segunda instancia, la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con resolución del 14.01.97, con tres vocales a favor<sup>188</sup> (dentro de los cuales hubo un voto singular de la Vocal Aranda Rodríguez) y una vocal en contra, interpretó que:

*"el derecho de preferencia pactado en el artículo undécimo del Estatuto de Minera Yanacocha, no puede ser analizado sólo en la forma literal sino teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se pactó, procurando descubrir la real intención de quienes celebraron el acuerdo como elemento histórico del mismo, para así llegar a encontrar el sentido exacto del acuerdo al que llegaron las partes, evaluando la abundante prueba instrumental que para este objeto han aportado las partes" (el subrayado es mío).*

Resulta interesante la alusión que se hace al concepto de "grupo económico" (que no se define) como elemento a tenerse en cuenta para la aplicación prevista en el art. 11 del estatuto de Yanacocha, observando que:

*"sólo en este concepto tiene aplicación la excepción prevista, el mismo dispositivo establece la procedencia del derecho de preferencia a favor de los demás socios, en caso de reorganización de las sociedades tenedoras de las acciones de Minera Yanacocha, en cuyo supuesto, sin transferirse formalmente las acciones de Minera Yanacocha, se transfirió el control de aquella a favor de otra empresa no controlada por el socio transferente; (...) es del caso precisar que esta última estipulación se desprende de una interpretación "contrario sensu" de la norma estatutaria -la que resulta válido dado que la regla general es la existencia del derecho de preferencia- que señala "no existe derecho de preferencia en caso de reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios", de donde se deduce que si existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones -MINE OR S.A.- a favor de otra sociedad no controlada por el mismo accionista, como ha sucedido en el caso de autos; que a mayor abundamiento, la norma estatutaria no exige como requisito para la procedencia de la preferencia, el que como consecuencia de la reorganización se transfieran las acciones de Yanacocha, por cuanto su contenido es más extenso, pues basta que se produzca la reorganización de la sociedad tenedora de las acciones a favor de otra no controlada por el mismo accionista, con prescindencia que se produzca o no una transferencia formal de las acciones de Yanacocha; esta interpretación se sustenta, no sólo en la interpretación literal del propio estatuto, sino también en la intención de sus socios de mantener la titularidad de las acciones dentro de los mismos grupos que forman Yanacocha" (el subrayado es mío).*

En el séptimo considerando, el órgano colegiado advierte, además, que "los funcionarios del BRMG procedieron sin buena fe". En sentido contrario, la Vocal Encinas Llanos, quien

188. Que eran las Vocales GONZÁLEZ CAMPOS, AGUIRRE SALINAS y ARANDA RODRÍGUEZ.

amparándose en el art. 115 de la Ley General de Sociedades derogada<sup>189</sup> (y vigente en ese entonces), sostuvo que:

*"las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción sólo serán válidas frente a la sociedad cuando estén expresamente impuestas por los Estatutos y dentro de los presupuestos expresamente pactados; (...) Que, no cabe la interpretación sobre la interpretación de las partes cuando ello no fluye de lo expresamente pactado; (...) Que, del Acuerdo marco y de sus modificaciones no se establece la transferencia de la titularidad de las acciones de Yanacocha; éstas siguen perteneciendo a Mine Or; (...) Que, en consecuencia la cláusula de preferencia sólo se activa cuando exista una venta o transferencia directa de las acciones, que en el caso de autos no ha sucedido, pues se llega al convencimiento que sólo se ha pactado la cláusula de preferencia por la transferencia de las acciones de la Compañía Minera Yanacocha y no por la modificación accionaria de los tenedores de las acciones de ésta".*

La Vocal Aranda Rodríguez, en su voto singular, afirmó que:

*"debe destacarse que todo proceso de reorganización tiene un período de vigencia en el tiempo, que en el presente caso ha concluido con la transferencia de los activos de Mine-Or al grupo Normandy Poseidón, como se aprecia del Acuerdo Marco de fecha veintinueve de Setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, obrante a fojas milcincuentiseis del tomo E, aprobado tácitamente por el Gobierno Francés; que es necesario precisar que para la activación de la cláusula de preferencia, basta que se inicie el proceso de reorganización de la sociedad accionista en el que se aprecia que se materializará la pérdida de control; consecuentemente resulta de aplicación el artículo once de los Estatutos de la Compañía Minera Yanacocha, que previene en interpretación contrario sensu el caso de reorganización de las sociedades tenedoras con la consiguiente pérdida de control; (...) Que debe señalarse además que si bien el artículo once de los estatutos establece también que "el accionista que se proponga transferir sus acciones deberá comunicarlo por escrito a la sociedad...", sin embargo esta disposición no puede interpretarse en forma aislada, sosteniendo que únicamente se refiere a la transmisión de acciones de Minera Yanacocha Sociedad Anónima, por cuanto si aceptamos esta posición, se estaría excluyendo la excepción pactada a la libre transmisibilidad de las acciones por reorganización y pérdida de control mencionado en el considerando anterior".*

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 03.06.98 (Cas. No. 461-97), expresó lo siguiente:

*"Que la interpretación contrario sensu no está prohibida por el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil y además es una herramienta de hermenéutica jurídica distinta*

<sup>189</sup> El cual estableció lo siguiente: "La transmisión de las acciones nominativas debe ser comunicada por escrito a la sociedad y anotada por ésta en el libro de registro.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción son válidas para la sociedad cuando estén expresamente impuestas por el estatuto y sólo en el caso de acciones nominativas.

En ningún caso, las limitaciones pueden significar la prohibición de transmitir acciones".

El artículo 101 de la Ley General de Sociedades vigente, Ley N° 26860, establece que "las limitaciones a la transmisión, el goce o el ejercicio de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gozar o ejercer.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en el matrícula de acciones y en el respectivo certificado.

Cuando en el estatuto o pacto social o el estatuto o la convención o el título de las acciones correspondientes, es válida la prohibición temporal de transferir gozar o de otro manera ejercer acciones.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir gozar o ejercer acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general en cuyo caso sólo aplican a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, extendiéndose en el mismo acto separada estas acciones en uno o más clases, en que rigen en este caso las reglas de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

La prohibición debe ser por plazo determinado o indeterminado y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Las limitaciones y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotadas en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción".

*de la analogía, pues la primera supone la existencia de una norma mientras que se recurre a la segunda como mecanismo de integración ante el defecto o deficiencia de la ley; (...) Que, a mayor abundamiento, la acotada norma de derecho material prohíbe la analogía respecto de leyes y no a normas estatutarias*<sup>190</sup>.

Por otro lado, en el mismo caso, tres Vocales emiten otra resolución en contra, en la cual establecen que:

*"La analogía consiste en la aplicación de una norma jurídica a un caso que, no hallándose comprendido en la letra de la ley, presenta una afinidad jurídica esencial con aquel que la ley contempla y se traduce en el aforismo ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio y facilita la resolución adecuada de casos que el legislador no ha previsto o no ha querido indicar para no caer en excesos de la casuística, y es diferente de la interpretación extensiva, ya que ésta atribuye a la ley el más amplio radio de acción posible, desde luego dentro de su sentido propio, de tal manera que no se da la interpretación extensiva por analogía que se quiere denunciar (sic)"*<sup>191</sup>.

Para un comentario más ordenado, individualizaré los temas que pretendo desarrollar:

- 1) Si cabe aplicar los artículos de interpretación de normas jurídicas para la interpretación de los estatutos.
- 2) Si la interpretación al artículo estatutario fue correcta.
- 3) Qué otro argumento interpretativo hubiera sido recomendable utilizar.

### 1) Si cabe aplicar los artículos de interpretación de normas jurídicas para la interpretación de los estatutos

El objeto de la interpretación jurídica no son las normas jurídicas. En realidad, el intérprete trabaja con dispositivos legales y documentos (entre éstos, como ejemplo, los contratos y los estatutos) y a través de ellos llega a las normas jurídicas. En atención a ello, los argumentos interpretativos pueden ser utilizados tanto en los dispositivos legales como en documentos. Así, los dispositivos legales referidos a la interpretación de leyes, pueden aplicarse, en línea de principio, también a documentos legales, como a un estatuto. Incluso, así no se hubiera aplicado el art. IV del T.R del c.c., la ratio del mismo, que establece la inadmisibilidad de la analogía en las situaciones que establecen excepciones, no es más que un tipo de argumentación jurídica a partir de los principios (denominados generales) que, sin embargo, en mi opinión, resulta menos persuasiva que la interpretación que se hizo, basándose en la argumentación teleológica (que, dicho sea de paso, los vocales la confunden con una argumentación psicológica). Ello resulta de suma relevancia, por cuanto es causal de casación la inaplicación o aplicación indebida o la interpretación errónea de normas de derecho material: esto quiere decir que puede llegar a casación (dentro de la terminología del Código Procesal Civil) un problema de interpretación (o aplicación) de una norma de derecho material en la interpretación de un negocio jurídico<sup>192</sup>.

190 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Costarricense, tomo I, Ediciones Legales, Lima, 2000, 31. Esta resolución fue firmada por los Vocales BUEÑÍA, ORTIZ VÁSQUEZ y BURRAN.

191 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO op. cit., 44. Esta resolución fue firmada por los Vocales URIBELLÓ, SANCHEZ PALACIOS y ECHEVERRÍA.

192 Sobre el particular se escribe lo siguiente: "en principio no se debería admitir el control de la interpretación de los contratos en sede de casación, pues esta actividad está íntimamente ligada a los hechos del caso concreto. Mi opinión es que se debe privilegiar la función uniformadora del recurso, frente a la justicia del caso concreto, y que la apertura del recurso a cuestiones fácticas es una práctica peligrosa por el momento, pues aún no existe en el foro una cultura de casación debidamente interesada. Frente a un acto singular es muy difícil separar la cuestión de hecho a la de derecho, ante la misma posibilidad de confusión debe rechazarse el caso.

En embargo coherente con la posición doctrinal que admite cierto control cuando en las sentencias se hacen afirmaciones de carácter general que con prescindencia de la base fáctica del caso concreto, puedan ser de aplicación a otros casos similares, o cuando aparezca claramente del factum establecido por el juez de mérito, que éste ha sido subsumido dentro de una categoría contractual que no le corresponde" (PUCCIO SALA, Interpretación de los contratos en vía casacional, en Revista Persona de Jurisprudencia, No. 6, Año 3, Normas Legales, Trujillo, agosto, 2001, 94-95).



## 2) Si la interpretación al artículo estatutario fue correcta

El argumento que se utilizó, aún admitiendo (en posición que no comparto) la no aplicabilidad del art. IV del T.P. del c.c. en el estatuto, a efectos de eludir su "interpretación" como un supuesto de excepción, fue la de interpretar a contrario su significado, *vale decir*, deduciendo "que si existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones". Para entender el itinerario lógico del razonamiento de los vocales, individualizaré las premisas correspondientes:

- a. La premisa mayor es que las sociedades accionistas de Yanacocha tienen derecho de preferencia.
- b. La premisa menor es la excepción contenida en el art. 11 del estatuto, que establece que no cabe el derecho de preferencia en el supuesto de "transferencia por reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas (acciones) a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios".
- c. La premisa menor que se obtiene de la interpretación a contrario es "que si existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones".

Si bien es cierto que se puede aplicar el argumento a contrario partiendo de una premisa menor para llegar a una premisa mayor (como se vió en la misma interpretación del art. IV del T.P. del c.c., de la cual se desprende que sí se puede aplicar la analogía en las normas de carácter general); o de una premisa mayor a otra mayor (como el ejemplo que, de la interpretación del art. 1971.1, se desprende que existe responsabilidad civil en el caso de ejercicio irregular de un derecho), no cabe efectuar una interpretación a contrario de una premisa menor a otra, máxime cuando la primera premisa es de carácter excepcional, por cuanto el carácter de la premisa que se obtiene no es excluyente.

## 3) Qué otro argumento interpretativo hubiera sido recomendable utilizar

Aún compartiendo la decisión de los vocales de la mayoría, discrepo del argumento interpretativo utilizado. En mi opinión, se trata de un fraude a través de la persona jurídica. Vuelvo al itinerario lógico a recorrerse para sustentar mi punto de vista:

- i) La premisa mayor es que las sociedades accionistas de Yanacocha tienen derecho de preferencia.
- ii) La premisa menor es la excepción contenida en el art. 11 del estatuto, que establece que no cabe el derecho de preferencia en el supuesto de "transferencia por reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas (acciones) a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios".
- iii) Lo que se produjo fue una reorganización de una sociedad tenedora de las acciones de Yanacocha, en la cual, si bien no se transfirieron sus acciones, tuvo como efecto que la composición accionaria de dicha sociedad diera como resultado que otra sociedad participe en su control. En efecto, no se transmitieron las acciones de Yanacocha, sino las de la sociedad filial de Yanacocha.

Lejos de una argumentación a contrario, prefiero una argumentación a partir de principios jurídicos. En atención a ello observo que se ha configurado un (denominado) fraude a la ley, en el cual, amparándose en una norma de cobertura se burlan los efectos de una norma imperativa (denominada norma defraudada). Así:



- iv) La norma defraudada es la que se encuentra en el art. 115 de la LGS derogada (y el 101 de la actual), sobre la cual se basa el art. 11 del estatuto.
- v) La norma de cobertura es el art. 78 c.c. que reconoce la autonomía formal de la persona jurídica, respecto de la de sus integrantes.

Repto que, desde mi punto de vista, la actividad interpretativa se hace respecto de documentos y dispositivos legales para llegar a las normas jurídicas. Desde mi opinión, no cabría objetar que el art. 11 del estatuto, al no ser una norma jurídica, no calificaría para ser una norma defraudada: su naturaleza es (la de ser una norma de conducta entre las partes) que se basa en una norma carácter imperativo, por cuanto su incumplimiento acarrea la sanción de la aplicación del derecho de preferencia para los otros accionistas. No se olvide que el actual art. 101 LGS establece que "las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad".

Los alcances del art. 78 c.c., fueron discutidos por los vocales de la Corte Suprema, quienes elaboraron su propia interpretación, en los siguientes términos:

*"que el verdadero sentido de la acotada norma de derecho material se ilumina a partir de su texto íntegro, del cual se concluye que da existencia formal a la persona jurídica en vinculación con los aspectos patrimoniales a que el precepto alude (...): que en el presente caso no está en debate la responsabilidad patrimonial de las demandadas sino la declaración de un derecho de preferencia, por lo que la norma reclamada no es pertinente y, además, en atención a los fundamentos de la impugnada, aún cuando la norma de derecho material citada se aplicara al caso sobre la base de la equivocada interpretación propuesta por los recurrentes, ello en nada afectaría la decisión, puesto que es un hecho probado no susceptible de modificación en vía casatoria que las acciones objeto de transferencia son de Minera Yanacocha Sociedad Anónima y no de Mine Or Sociedad Anónima".*

Sorprende que los vocales sean tan elásticos en la interpretación de ciertos supuestos y tan literales en la interpretación del art. 78 c.c. Este artículo, aparte de reconocer el principio de autonomía patrimonial perfecta de la persona jurídica, reconoce el de autonomía jurídica de la misma, con respecto de sus integrantes, sobre el cual se basa el primer principio. Aún admitiendo que sólo se refiera a las relaciones patrimoniales, llama de nuevo la atención que se excluya dentro de las mismas el derecho de preferencia y, pecando con decir lo evidente (pero, creo necesario), se trata de un derecho patrimonial, de cual (también) deriva responsabilidad patrimonial.

En mi opinión, a través de la cobertura del art. 78 c.c. (que regula la autonomía subjetiva de la persona jurídica) se ha pretendido eludir los alcances del art. 11 del estatuto de Yanacocha. Comparando la argumentación teleológica de los vocales, la intención de las partes era la de no hacer intervenir más personas en la titularidad de las acciones de Yanacocha, intención que se pretendió burlar a través del escudo de la autonomía subjetiva de uno de los titulares de Yanacocha. Lejos de pretender hacer el estatuto por las partes, lo que se busca es (en caso de conflicto) darle la interpretación razonable, sistemática y (sobre

todo) justa. No se olvide que en la segunda instancia se hizo alusión a una actuación de mala fe<sup>195</sup>. Creo que esta hubiera sido una valiosa oportunidad para aplicar el principio de abuso de la personalidad jurídica (a través de la modalidad de fraude a la ley).

---

\* 195 Y así mismo, para una aplicación del principio de buena fe, el art. 168 c.c., que prescribe que "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe" y el 1362 c.c., el cual establece que "los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y con la intención de las partes".