

Los sistemas de interpretación

Rolando Tamayo y Salmorán

El paralelismo que hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa salta a la vista. Por un lado, se habla de Dios, por el otro, del legislador; ambos seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las revelaciones.

Hermann Kantorowicz

I. Introducción

1. *La interpretación.* Interpretar consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos (objeto significado). Cabe afirmar, pues, que de manera general, interpretar es determinar o asignar el sentido a ciertos hechos, signos fórmulas o palabras.

El intérprete es una especie de *mediador* que comunica a los demás (generalmente en lenguaje común) el significado que él atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos.

Los romanos llamaban *interpres* —intérprete, adivino— al que juzgaba de lo venidero por las entrañas de sus víctimas.

Esto es, el intérprete pone en conocimiento de los demás el sentido que (según él, o de acuerdo con cierto método) corresponde a determinados objetos. Así, por ejemplo, los brujos, augures o sacerdotes no hacían

sino dotar de sentido ciertos hechos, fórmulas o signos misteriosos que, en razón de su posición o poder, sólo ellos manejaban y entendían (o hacían creer que entendían). En esta situación se encontraban, *v.gr.*, los pontífices (antes de la indiscreción de Cneo Flavio) en relación con las fórmulas del derecho, fórmulas que sólo ellos conocían y que interpretaban a petición de los legos. Los primeros jurisconsultos eran sacerdotes y esto no puede sorprender. El derecho primitivo nace siempre en íntima relación con la religión y la magia; y, aún en épocas posteriores, conserva algo de ambas cosas. Inclusive, cuando la cultura comienza a decaer y el derecho a degenerar, renace a menudo esta conexión entre derecho y religión, como lo demuestra la Edad Media con sus 'juicios de Dios'. Así, vemos en la Roma Arcaica que eran los sacerdotes quienes disponían de fórmulas rígidas para la celebración de contratos y los ritos procesales. El colegio sacerdotal designaba cada año a uno de sus miembros para que diera consultas jurídicas al público, basándose en estas fórmulas monopolizadas por el sacerdocio y registradas en los *libri pontificiales*.

En ocasiones, la investidura mística del intérprete (magos, oráculos o sacerdotes no en el sentido romano) y del desconocimiento de sus métodos o procedimientos de significación, o mejor de interpretación, originó en gran medida la creencia de que estas personas poseían (en virtud de su situación o, incluso de una misteriosa razón) la aptitud, a veces extraña y sorprendente, de poder *encontrar* o *desentrañar* el sentido de las cosas.

Sin embargo, cualquiera que *inquiera* por el sentido que guardan ciertos objetos o signos y dé una "respuesta" se encuentra asignado un significado a dichos objetos o signos. Significado que podrá ser o no ser compartido, ser o no ser debido, etc., pero en todo caso, es un acto que otorga sentido a los objetos, sentido, del cual carecen de esta atribución de significado.

El sentido es siempre incorporado mediante la interpretación, pero ni se busca ni se desentraña. Dicen los académicos, al respecto, que 'interpretar' consiste en declarar el sentido de una cosa.

Las cosas, los signos, etcétera, no tienen, en consecuencia, un sentido en sí; las cosas o los signos adquieren cierta significación en virtud de un acto de establecimiento de sentido.

"Los elementos o componentes semánticos son llamados interpretativos en la medida que ellos interpretan los signos o componentes sintácticos".

2. *Interpretación de un lenguaje.* Ahora bien, el objeto por interpretar bien puede ser un lenguaje (o los términos de un lenguaje).

“En cualquiera investigación sobre el lenguaje existe un lenguaje objeto que constituye el objeto de la investigación y existe un metalenguaje usado por los investigadores para hablar del lenguaje objeto. Debe enfatizarse que el lenguaje objeto y el metalenguaje son términos relativos. Cualquier lenguaje, no importa lo simple o complejo que éste sea, es un lenguaje-objeto cuando se habla de él. Y cualquier lenguaje es un metalenguaje cuando es usado para hablar (to discuss) de un lenguaje objeto”.

En este caso, la función significativa de la interpretación consiste en la incorporación o asignación de un sentido a ciertos signos, expresiones o palabras a fin de hacerlos corresponder con determinados objetos. “En términos generales, una interpretación consiste en asignar sistemáticamente unos objetos denotados a parte de vocabulario primitivo”.

Que un lenguaje (o los términos de un lenguaje) sea el objeto de una interpretación no representa ningún problema particular. ¿Acaso no vivimos cómo el diccionario interpreta o significa el término “interpretar” para hacerlo corresponder a cierto objeto, en el caso: “el acto de declarar el sentido de una cosa”?

La interpretación de un lenguaje es la significación que se incorpora a un lenguaje (o a los términos de un lenguaje) —el lenguaje interpretado— mediante otro lenguaje —el lenguaje significativo.

“Al establecer una interpretación para un sistema formalizado enunciando explícitamente las reglas semánticas, empleamos otro lenguaje, el llamado metalenguaje. (Se supone que entendemos el metalenguaje). Las reglas semánticas están encuadradas en el metalenguaje y enuncian específicamente que las expresiones apropiadas del sistema lingüístico dado denotan tales y cuales objetos; dando por supuesto que entendemos el metalenguaje, llegamos también a entender el lenguaje-objeto, y el procedimiento de interpretación se hace explícito de este modo”.

El lenguaje interpretado o lenguaje objeto puede ser simbólico, ideográfico, algorítmico o ideomático; así como verbal o escrito.

Es bastante habitual considerar que ‘interpretar’ se refiere normalmente a establecer o declarar el sentido de un texto.

3. *El Lenguaje Jurídico y su Interpretación.* Una de las particularidades que ofrecen los objetos conocidos como formando la experiencia jurídica es que constituyen un lenguaje o se presentan como lenguaje. A este lenguaje bien podemos denominarlo lenguaje jurídico.

Desde la invención de la escritura existió la posibilidad de formular el derecho (o gran parte del derecho) por escrito. Célebres son los momentos en la historia institucional en que se ordenó o sistematizó el derecho mediante grandes compilaciones o codificaciones, buscando la fijación del derecho. De entre las grandes codificaciones, una, sin embargo, es de particular interés para la interpretación jurídica: el Código Civil francés de 1804.

Si ciertamente el código civil francés cambió el planteamiento de la interpretación del derecho —particularmente de la ley— el problema de la interpretación surgió como corolario del advenimiento del *ius scriptum*. Antes de abordar el tema de la interpretación de la ley, es necesario exponer algunos antecedentes, en materia de interpretación del derecho escrito, así como señalar las características que corresponden a la ley (en sentido moderno).

II. Antecedentes (Sobre la interpretación del derecho escrito).

Dos momentos han sido de enorme importancia para la interpretación jurídica: la *interpretatio* y los glosadores. Son en ellos donde se encuentran prácticamente todos los antecedentes de las reglas de la hermenéutica.

1. *Interpretatio.* En un principio, en Roma, los pontífices, de manera exclusiva realizaron la tarea de interpretar el derecho. Tarea que después fue asumida por los jurisconsultos: *hombres entendidos en derecho*. El hecho de que los pontífices hayan sido los primeros jurisconsultos es un dato que no puede sorprender.

En efecto, el derecho primitivo nace siempre en íntima relación con la religión y la magia, y, aún en épocas posteriores, conserva algo de ambas cosas. Inclusive, cuando la cultura comienza a decaer y el derecho a degenerar, renace a menudo esta conexión entre derecho y religión, como lo demuestra la Edad Media con sus 'juicios de Dios'. Así, vemos en la Roma Arcaica que eran los sacerdotes quienes disponían de fórmulas rígidas para la celebración de contratos y los ritos procesales. W. read that

pontifical college delegated This Junction annually (Shultz, p. 20). El colegio sacerdotal designaba cada año a uno de sus miembros para que diera consultas jurídicas al público, basándose en estas fórmulas monopolizadas por el sacerdocio y registradas en los *libri pontificiales*.

Como las Doce Tablas no podrán satisfacer el incremento de las necesidades jurídicas, se recurrió a la *interpretatio*.

“La interpretación de las XII Tablas y del rico repertorio de formularios procesales y negociables que se venían transmitiendo, siguió siendo hasta comienzos del siglo III un monopolio celosamente custodiado por el Colegio de pontífices (‘ponteneros’)”

“La historia de la jurisprudencia romana empieza con los *pontífices*. Concedores de la magia y teniendo a su cargo la confección del calendario del Estado Romano, pues ésta fue seguramente su función primitiva, los pontífices dominaron, probablemente desde tiempo, no sólo las reglas para que se comunicara la ciudad con los dioses (el *ius sacrum*), sino también las fórmulas para litigar en el proceso romano arcaico y fórmulas para la conclusión de negocios jurídicos. Porque los romanos de la época primitiva pensaban que en las relaciones jurídicas entre los hombres, al igual que en la oración, todo dependía del empleo de las palabras adecuadas; sólo el que sabía la fórmula apropiada podía obligar a la divinidad y vincular o desvincular a los hombres. Como todos los actos mágicos, el saber de los pontífices era, de suyo, secreto: el tesoro de fórmulas que encerraban el archivo del colegio (*los libri pontificales*) durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros y únicamente a su seno se transmitieron de generación en generación los métodos de aplicación del derecho que ellos habían desarrollado y practicado”.

Con el fin de satisfacer nuevas necesidades, los sacerdotes, mediante la *interpretatio*, cambiaron, por mucho, el sentido original de las XII Tablas.

Así, la *interpretatio prudentium* se convirtió en una ‘fuente del derecho’ (en un procedimiento creador del derecho) puesto que extendió la legislación de los *decemviri* a nuevas situaciones jurídicas.

La *interpretatio prudentium* fue el método que sirvió para convertir el derecho consuetudinario (sino scripto) en una de las formas del *ius scriptum*.

En efecto, la *interpretatio prudentium* fue considerado *ius non*

scriptum, pero en las institutas de Justiniano (i.2.3.) los *responsa* de los juristas fueron enlistados entre las demás formas del *ius scriptum*.

La *interpretatio* no se concretó sólo a la aplicación de las XII Tablas. La actividad interpretativa de los jurisconsultos romanos se hizo patente también cuando aparecen los *leges* y los edictos pretorianos.

En un último momento, en el Imperio, la interpretación del derecho escrito (de las compilaciones) llegó a ser una facultad especial del emperador. Y así Justiniano declaró enfáticamente que el Emperador, en tanto el legislador exclusivo, tiene el derecho exclusivo de interpretar el derecho (*qui soli concensum est logos interpretari*).

Los *intérpretes iuris*, en su tarea de extender el derecho, llegaron a establecer reglas y formular principios jurídicos. De ahí que el *interpres* fuera llamado 'aquel' que *iura condiderunt* (aquel que establece el derecho). Los romanos no elaboraron una teoría de la *interpretación*; empero en el Digesto nos legaron un conjunto de sus reglas.

2. *Los Glosadores*. Los glosadores se dedican al estudio del derecho justiniano (aunque también, en alguna medida, al derecho canónico y germánico).

Su función se caracteriza (o en todo caso así lo conciben), en explicar el sentido del texto legal. Para ellos no hay más derecho que el *corpus iuris civilis*.

Subyugados por el grado de perfección del derecho, y de la doctrina jurídica ahí reunida, ven en el *Corpus Iuris* no un derecho sino el derecho. El derecho, según su concepción, se ha dictado de una vez y para siempre y se encuentra, justamente, en las sentencias del *Corpus Iuris Civilis*.

Su método se caracteriza por realizar anotaciones de carácter aclaratorio (entre las líneas o al margen) para explicar el sentido del texto —glosae.

Aunque los glosadores conciben la idea de que solamente explican el sentido del texto, las glosas les permiten trazar antagonismos y paralelismos entre las diversas reglas, lo cual representa un grado de sistematización que se aleja de una mera interpretación literal.

Las *summae* son glosas que resumen el contenido de un cuerpo o de

una sección del *corpus iuris*. Glosas que demuestran un grado elevado de síntesis. Los *brocarda* por su parte son glosas que formulan reglas generales en donde los glosadores intentan hacer desaparecer las antinomias del texto. Esto último nos permite observar que, aunque los glosadores se limitan a explicar el sentido del texto justiniano, en realidad su método alejándose de la interpretación literal y formulando sistematizaciones que les permiten producir, gran cantidad de doctrinas. En las *questiones disputatae*, p.e., los glosadores se alejan completamente del texto de la ley discutiendo en un terreno doctrinal establecido argumentos *pro et contra*.

Un ejemplo nos servirá para constatar lo dicho: Modestino define el matrimonio como *dividum acue humane iuris communication*. Sentencia que los glosadores interpretaron en el sentido de que profesar distinta religión es impedimento para celebrar matrimonio.

Se suele señalar a la escuela de los comentaristas como otro antecedente de la interpretación legal.

Los comentaristas, en mayor grado que los glosadores, tienden a separarse del análisis literal. En efecto, los comentaristas aspiran a la construcción de una teoría general.

Es característica de la escuela de los comentaristas, el uso del método escolástico para comentar el derecho romano, o, las más de las veces, la interpretación que hicieron de él los glosadores.

Existe una decidida diferencia entre los primeros glosadores y los comentaristas, "los primeros glosadores tenían la ventaja de encontrarse constreñidos a considerar directamente las fuentes mismas; y tales constituían su objeto. Bartolo, por el contrario, tenían por objeto los escritos de los glosadores que habían vivido entre él y las fuentes... ésta es una de las razones por las que la escuela de Bartolo es tan inferior a la de los glosadores".

Esta escuela, sin embargo, no fue muy trascendental para la evolución del derecho. Se limitó a estudiar cuestiones secundarias, llevando a cabo divisiones y subdivisiones; sometiéndose a argumentos de autoridad sin un espíritu crítico.

3. *La legislación en los tiempos modernos.* a) *El mito de la ley.* Antes de explicar la exégesis francesa y su objeto primordial, la interpre-

tación de la ley, es necesario conocer lo que significó la legislación en el constitucionalismo y el liberalismo del siglo XVIII. En tal contexto, la ley es el conjunto de normas escritas, abstractas y generales, producidas por un cuerpo legislativo especial.

Una de las características de la ley es su manifestación por escrito. 'Lex' proviene del verbo latino 'lego' 'legare' que significa *leer*. (Cfr. Afalión). Sólo se puede leer las disposiciones escritas. La importancia de la ley escrita en el siglo XVIII es que, en combinación con su carácter impersonal y abstracto, satisface el ideal de un 'Estado de derecho'. Efectivamente, sólo por la palabra escrita pueden garantizarse los derechos ciudadanos, estableciendo, así, un sistema de competencias para los gobernantes. Sólo constando por escrito, en un pacto solemne (como lo es la ley, por ej., la ley constitucional), se garantiza un 'Estado de derecho'. Un ejemplo de esta concepción es la constitución de Virginia de 1776, en la cual se garantizan, por escrito, los derechos de los ciudadanos.

El carácter impersonal y abstracto de la legislación satisface el ideal de la teoría liberal de la igualdad ante la ley. De esta manera se garantiza un 'Estado de derecho' donde no existan situaciones jurídicas de excepción.

Si la legislación se presenta como la 'fuente del derecho' más importante en Europa Continental; se debe, entre otras cosas, al hecho de que la legislación presenta una regla formulada, lista para su aplicación satisfaciendo certeza y economía procesal.

Pero, si los individuos se sienten obligados a aplicar la legislación es que ella es una manifestación (más o menos inmediata) de la soberanía; la cual se encuentra encarnada en los cuerpos legislativos.

De conformidad a la teoría de la división de poderes, son los cuerpos legislativos los que transmiten la voluntad ciudadana en leyes; voluntad ciudadana que nunca se equivoca; es la *volonté generale* de J.J. Rousseau. Es pues, esta ideología normativa (Cfr. Ross), la que se encuentra atrás de la ley y la mistifica.

No hay que olvidar que el siglo XVIII fue la era del racionalismo. Entonces se creía posible determinar un cuerpo de normas universalmente válidas e inmodificables, aplicable a todos los países, a partir del conocimiento de la naturaleza del hombre. Un ejemplo típico de esta concepción es el Código Napoleón.

Es necesario distinguir a la legislación de las compilaciones o recopilaciones (tales como el Digesto, las Constituciones, el Real Patrimonio o el Fuero Juzgo, que codificaban el derecho ya existente). Por legislación se entiende, en el siglo XVIII, un procedimiento que conscientemente crea o establece un derecho nuevo (producto racional de los cuerpos legislativos).

III. La Escuela de la Exégesis

1. *Contexto e ideología normativa.* En este contexto ('El Estado de Derecho'), racionalismo, liberalismo, constitucionalismo, etc.), se genera en Francia un culto al texto de la ley y una fe ciega en su virtud. Características inseparables de la escuela de la exégesis.

Habría que indicar que la escuela de la exégesis fue resultado necesario de la legislación (entendida como un producto racional y como manifestación —directa o indirecta— de la soberanía nacional).

"Jamás escuela alguna hizo una profesión de fe más rígida, más completa, más dogmática, que la escuela de la exégesis"

La escuela de la exégesis francesa (cfr. Julián Bonnetcase) tuvo tres fases: la fundación (1804-1825), el apogeo (1830 a 1880) —a este período pertenecen los grandes comentaristas del Código Napoleón— y la decadencia (1880-1900).

Durante la fundación de la escuela, sus miembros no son muy numerosos. En este período, no había influido sobre los espíritus la aparición del código civil, por lo menos no hasta el grado de hacer desaparecer de una manera inmediata la concepción del derecho que había existido en siglos anteriores (V. nota 4, Julián Bonnetcase). De esta primera época el miembro más sobresaliente, por su fidelidad exegetica es A. Duranton (profesor en la Faculté du Droit de París cuyo curso de derecho francés de acuerdo al código civil comenzó a publicarse en 1825). Es de señalar que en esta primera etapa sus miembros fueron, en su mayoría, profesores universitarios.

La segunda fase está compuesta de cantidad de autores y profesores, también de magistrados, litigantes y abogados. A este período corresponden las frases tristemente célebres del profesor Bignet ("no conozco el derecho civil, enseño el Código Napoleón"). Pertenecen a esta fase grandes profesores como: Aubry (Prof. de Estrasburgo), Rau (Prof. de Estrasbur-

go) autores de la obra maestra de la exégesis; Demolombe (Prof. de Caen), Taullier, Demante y el primer presidente de la Corte de Casación: Tropolog, etc.

A la última fase de esta escuela pertenecen los últimos ortodoxos y aparecen algunas tentativas renovadoras de los principios de esta escuela. Entre los más famosos miembros de esta época, se encuentran Baudry Lacantinerie, Labbé, Bufnoir, Salelles y Beudant. Estos últimos representaron, de acuerdo con Bonnetcase, una tentativa de renovación que aparentemente fue vana. Según Bonnetcase, esta última etapa fue simplemente una transición entre la exégesis y la escuela científica francesa.

2. *Las características de la escuela.* Varios rasgos caracterizan a la escuela de la exégesis: a) El culto del texto de la ley. b) Considerar la 'voluntad del legislador' como pauta suprema de interpretación. c) Considerar al 'legislador' omnipresente y omnisapiente. El más característico es el primero. El derecho positivo se identifica por completo con la ley.

A este respecto, son célebres las palabras de Laurent: "Los códigos no dejan nada al arbitrio de un intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en texto auténtico" (*Cours Élémentaire du Droit Civil T. I., Prefacio p. 9*). En el mismo lugar, Laurent dice: "haciendo el derecho, los tratadistas, los magistrados o jueces usurparían el poder que la nación soberana ha otorgado al cuerpo legislativo (*ibídem*)".

Segunda 'característica', la ley es resultado de la 'voluntad' del legislador. Es el espíritu del legislador el guía seguro para comprender la letra de la ley. La misión del juriconsulto no es otra más que determinar la "voluntad del legislador".

Para entender la segunda característica de la escuela de la exégesis, nada más claro que las palabras del profesor Aubry: "frecuentemente y, por interpretar la ley a su arbitrio que por buscar el verdadero sentido de ella, han sobrepasado los límites asignados a la interpretación. Los profesores, encargados de impartir, a nombre del Estado, la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente, contra toda innovación que tienda a substituir la voluntad del legislador por la extraña".

El sentido del texto de la ley se encuentra —dice el profesor Taullier— buscando el faro que alumbró al mismo 'legislador'. En cuanto

al procedimiento para encontrar la 'voluntad del legislador', la escuela no es constante; pero tampoco parece ser que ese tema les haya preocupado demasiado. Pareciera que todos conocían la 'voluntad del legislador' y que, en dado caso, sabían cómo encontrarla.

Sin embargo, algunos proponían ciertos métodos así, por ejemplo, Demolombe sostiene que dicha intención puede encontrarse en una jurisprudencia definida (*Cours du Code Napoleon* T.I. p. 135.cit. por J. Bonnecase *op. cit.*, p. 151). Los profesores Aubry y Rau señalan que para encontrar la 'voluntad del legislador' es necesario proceder a 1) la comparación del texto que se va a interpretar, con las demás disposiciones legales relativas a la misma materia o materias análogas; 2) la investigación de los motivos o del objeto de la ley en los trabajos preparatorios a su redacción o en el derecho anterior; y 3) la apreciación de las consecuencias a que conduciría una aplicación extensiva o restrictiva del alcance de la ley, todo esto para verificar si el legislador hubiera querido los efectos de estas interpretaciones".

La idea de la 'voluntad del legislador' revela —dice Bonnecase— el carácter ficticio de la doctrina.

Otro rasgo de la escuela de la exégesis es la idea de la omnisapiencia del legislador. El culto al texto de la ley y a la intención del legislador, coloca a la escuela de la exégesis ante un legislador omnipotente, omnisciente, completamente racional. El legislador, en este orden de ideas, es completamente racional e infalible. De ahí que Mourlon declare que "en jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley."

3. *La interpretación de la ley.* Sobre interpretación de la ley se podrían señalar cuando menos, dos métodos: 1) el exegetico puro, 2) el sistémico. El primero reduce la exposición del derecho, no únicamente al código, sino, también, al orden de las disposiciones del código.

De esta manera, el poder judicial cuenta para sus decisiones con un plan y un orden ya preparado que son los libros, los títulos, los capítulos, las secciones del código civil y dentro de las secciones el orden mismo de los artículos.

En ambos casos, la obra del autor no sería más que un comentario del contenido de los artículos del código. Esta explicación no es más que una reseña analítica del sistema del código. El segundo método supone

que la observación de los datos sociales es un *fait accompli* realizado exclusivamente por los redactores del código.

Los redactores allanaron así la investigación del jurisconsulto, obligándolo por tanto a situarse dentro del conjunto de las reglas dictadas. Puesto que los datos históricos fueron observados —y sistematizados— por el legislador, los jurisconsultos no se preocupan ya por las divisiones usadas por los redactores del código, sino que examinan los textos tomando divisiones propias, presentando en forma original el objeto de la reglamentación del código. En ambos casos, la obra del autor no sería más que un comentario del contenido de los artículos del código. Es por ello comprensible que Demolombe declara, en cuestiones de interpretación y comentario, "Los textos ante todo". Para interpretar la ley es necesario desprenderse de los prejuicios.

Tal como recurrir al derecho antiguo (*coutumes*), o al derecho romano para explicar el derecho civil; éste sólo dañarí la 'ciencia' racional del derecho.

"Es en el Código Napoleón donde debe estudiarse el Código Napoleón". Todo se encuentra contenido en la ley, basta simplemente aplicarla, aplicarla.

Teniendo en cuenta las características racionales en las que se basaba un código (en el caso la compilación prusiana), Federico II prohibió en absoluto toda interpretación; de modo que la decisión del juez consistiera en una mecánica aplicación del mismo y quiso que, en caso de silencio o de ambigüedad en la ley, se debía siempre consultar al poder legislativo. Es necesario recordar que, para ambos métodos, en caso de incertidumbre o laguna de la ley, sólo habría que buscar, como indicamos, la 'voluntad del legislador'.

4. *Importancia.* Es innegable la importancia de la escuela de la exégesis particularmente en el campo del derecho civil. Puede decirse, sin lugar a dudas, que la construcción doctrinal que produce es el punto de partida del moderno derecho privado del mundo occidental.

5. *Crítica.* Muchos autores han atacado la *superficial idolatría de la ley* que caracteriza a la escuela de la exégesis francesa.

Savigny (*Sistema del Derecho Romano Actual, De la Vocación de nuestro Siglo para la codificación y la Ciencia del derecho*); Puchta (*El De-*

recho Consuetudinario) y Allen (*Law in the Making*) señalan, como lo habían hecho algunos detractores de la exégesis, que existe derecho incluso donde la ley falta.

La crítica fundamental a esta escuela consiste en señalar la reducción del derecho a la simple manifestación escrita de la ley, así como su creencia en métodos idóneos que nos llevarían, a conocer, sin lugar a dudas, la 'voluntad del legislador'.

IV. La Escuela Histórica Alemana

1. *Contexto e ideología normativa.* La escuela histórica floreció en Alemania.

De acuerdo con la escuela histórica, el derecho como el lenguaje —o el arte— se crea espontánea, constante e imperceptiblemente en un determinado pueblo. El derecho no es un producto de una razón humana abstracta sino es el resultado del *Volksgeist* (del espíritu del pueblo). Al carácter estático y exterior de la regla jurídica legislada, la escuela histórica opone la vida misma del derecho. Sostiene Von Savigny que el derecho se crea por las costumbres y las creencias populares, luego por la jurisprudencia; pero no por el arbitrio de ningún legislador.

Hay que desechar la legislación; la manera cómo deben tomarse las decisiones es más fácil introducirlas de las aplicaciones que lograron su fin (o de las que no lo consiguieron) que determinarlo, por medio de reglas generales.

2. *Características de la escuela.* La principal característica es la inclusión del espíritu histórico en el análisis de las instituciones: única garantía contra el racionalismo.

Ante el arbitrio del legislador y de la reducción del derecho a la ley es necesario recurrir al riguroso método histórico aplicado a la jurisprudencia. La característica de este método es encontrar hasta en su raíz toda la doctrina del pasado y descubrir su principio orgánico.

Lo que se pide al estudio del derecho no puede ser depositado en un libro solemne ni puede ser confiado a la custodia de un limitado número de doctos, debe pertenecer a todos los juristas teóricos y prácticos porque, en jurisprudencia, es preciso que la teoría tenga mucho de práctica y que la práctica sea científica (tal es el modelo de la jurisprudencia romana clásica).

3. *Interpretación de la ley.* Savigny estima que para interpretar y conocer el derecho es necesario poseer un conjunto de principios que se manifiestan en virtud de un hábito prolongado y fundado en sólidas bases que permitan argumentar jurídicamente.

A este respecto, es significativo lo que Savigny señala sobre la jurisprudencia romana clásica (se refiere al siglo de Papiniano y de Ulpiano) "La idea y los teoremas del derecho no aparecen en los jurisconsultos romanos como creación arbitraria, antes bien, son verdaderos seres reales, cuya existencia y genealogía se les ha manifestado en virtud de un hábito familiar muy prolongado. Así nació en ellos una seguridad en todo su procedimiento, procedimiento que se parece al de las matemáticas; puede decirse, sin temor de exagerar, que calculan con sus ideas". "Cuando los jurisconsultos romanos tienen que considerar un caso de derecho, parten de la vida intuición de éste, y ante nosotros se desarrolla poco a poco y plenamente, como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo deba deducirse. Para los jurisconsultos romanos no hay una distinción clara entre la teoría y la práctica: la teoría se lleva hasta la más inmediata aplicación y la práctica se ve siempre elevada a la altura del proceso científico. En cada teorema fundamental, se ve a un mismo tiempo un caso de aplicación, así como en todo caso práctico se descubre la regla que lo informa".

Este es el método de la jurisprudencia. Por todo ello la legislación debe ser entendida como disposiciones provisionales o meras instrucciones dirigidas a los tribunales. La historia romana, señala Savigny, enseña que cuando el derecho se encuentra en progreso vivo no se siente necesidad alguna de codificación. La marcha hacia la codificación, dice Savigny, es siempre ocasionada por la incontrastable decadencia del derecho.

No hay que desdeñar, sin más, a la legislación. Es preciso reconocer el esfuerzo de compilar el derecho. Pero en este sentido la legislación debe ser atendida como indicaciones que reflejan las tendencias del derecho consuetudinario para que la legislación realice una dirección semejante a la que en Roma ejercía el edicto del Pretor.

Los postulados del método histórico Badenes pueden ser reducidos a tres: empirismo, relativismo y antirracionalismo.

4. *Consecuencias y efectos.* La escuela histórica incorpora el análisis histórico a la jurisprudencia. Con la Escuela Histórica (con F. Von Sa-

vigny) la jurisprudencia adquiere un carácter sistemático. La escuela histórica inicia, en cierta medida, la lógica jurídica al referirse a los teoremas y a la argumentación del jurisconsulto (tomando como modelo la jurisprudencia romana, clásica). Con esta escuela se inicia la dogmática jurídica y la más sólida construcción doctrinal.

5. *Crítica.* Primeramente se señala que el método de esta escuela evita un planteamiento axiológico. ¿Cómo determinar si lo que se ha sido derecho vale intrínsecamente como derecho?

Otra crítica se dirige a la idea de que el derecho aparezca como un proceso pacífico, paulatino e imperceptible. Se olvida que en muchos casos el derecho se desenvuelve y perfecciona a través de la lucha de clases, a través de una legislación de objetivos conscientes inspirada por ideas jurídicas de oportunidad y progreso. La crítica más contundente se refiere a la idea de la realidad de una alma nacional. Señalando que la idea del alma nacional es una tendencia mística más que una observación de los hechos.

V. La Jurisprudencia Dogmática

1. *Contexto e ideología normativa.* La escuela de la jurisprudencia dogmática tiene a su más ilustre y genial representante, especialmente a lo que a métodos de interpretación se refiere, a Rudolf Von Ihering (1818-1892). El auge de las ciencias empíricas empieza a manifestarse en las humanidades. La jurisprudencia necesita dejar de ser un conjunto de glosas y recetas prácticas para convertirse en ciencia, en el riguroso sentido de la palabra. La jurisprudencia se ocupa de un derecho positivo para construir, a partir de él, un sistema unitario y coherente. El medio para construir este sistema es la 'lógica jurídica'.

2. *Características de la escuela.* El presupuesto básico de la teoría dogmática es el positivismo. La misión de la ciencia jurídica es investigar los materiales concretos suministrados por el derecho positivo, elaborado y formar una unidad sistemática mediante procedimientos lógicos. La jurisprudencia dogmática tiene que construir un sistema coherente y unitario a partir de cualquier derecho positivo. El sistema jurídico —construido por la jurisprudencia— es un conjunto de normas, reglas y principios jurídicos, que permite regular cualquier caso posible de la vida social. De ahí que no existan lagunas. Las incongruencias e incertidumbre de la ley son siempre satisfechas mediante la creación de normas derivadas de los principios generales del sistema.

El sistema jurídico se construye primero inductivamente partiendo del derecho positivo, en cierta forma de la legislación. Se busca lo general hasta llegar a los principios o dogmas generales en los cuales todas las disposiciones unitarias orgánicamente convergen. Todas las consecuencias lógicas de tales principios o dogmas son también reglas que van a completar el sistema. Es importante señalar el carácter normativo que tiene el sistema. Los principios generales de otras ciencias tienen sólo un valor cognoscitivo.

Los dogmas establecidos por la ciencia jurídica dogmática tienen fuerza y potestad vinculatoria.

3. *La interpretación de la ley (determinación del derecho positivo).*

A partir de la jurisprudencia dogmática, el problema de interpretación de la ley se convierte en una parte del problema general de la determinación, formulación y aplicación del derecho en general.

Para Ihering la interpretación de la ley es parte de la construcción del sistema jurídico.

Ihering concibe a la ciencia política como aquél procedimiento que nos lleva a la construcción de un orden sistemático del derecho.

Según Ihering (*El espíritu del Derecho Romano*), para conocer el derecho y crear un orden sistemático, el jurista recurre a dos medios básicos que son: a) La simplificación cuantitativa, y b) La simplificación cualitativa. La primera se refiere a la selección del material jurídico y se reduce al primado de hacer todo lo posible con el menor número de elementos. La simplificación cuantitativa se halla integrada por las siguientes operaciones: 1) Análisis de la materia, 2) Concentración lógica, 3) orden sistemático, 4) Terminología jurídica apropiada, 5) Empleo correcto de aquello que existe. En la simplificación cualitativa toda la idea es la *construcción jurídica*.

La interpretación es el primer paso que realiza el jurista para la construcción jurídica. La interpretación explica la materia jurídica (resuelve contradicciones, disipa obscuridades, etc., clarifica la 'voluntad del legislador'), con objeto de determinar los principios en que esta materia jurídica se encuentra fundamentada y obtener el alcance de todas sus consecuencias. Esta interpretación de la legislación no agota la labor del cono-

cimiento del derecho *ni condiciona totalmente la aplicación del mismo*. Es necesario pasar a la jurisprudencia superior, que consiste justamente en la conclusión sistemática del orden jurídico. La característica de los sistemas jurídicos es su completitud. De ahí que todo caso concreto supone una regla abstracta aplicable aunque haya sido creada por medio de una inferencia o argumentación jurídica.

La construcción jurídica, de acuerdo con Ihering, está sometida a ciertas reglas básicas: a) La construcción doctrinal (sólo podría haber construcción doctrinal) debe aplicarse exactamente al derecho positivo. De ahí que la legislación adquiera una singular importancia por la facilidad de acceso y conocimiento. Cabe señalar que, de acuerdo con Ihering, el legislador no construye; él presenta un derecho, el derecho dado. La construcción es obra de la ciencia jurídica, la construcción parte del derecho dado (del cual el legislado es una gran parte). La construcción respeta el contenido de ese derecho dado pero tiene completa libertad de formas en la vía de la construcción del orden sistemático del derecho; b) Ausencia de contradicción. Esto es immanente a la teoría de la construcción, puesto que las construcciones doctrinales que realiza la ciencia jurídica no pueden ser inconsistentes ni contradictorias; c) La belleza jurídica.

Esta regla no tiene la misma importancia en cuanto condición de la construcción. Sin embargo, señala Ihering, la ciencia jurídica requiere un verdadero estilo artístico entendiendo por ello la sencillez, la claridad, la transparencia, etc.

El resultado de este procedimiento es el sistema jurídico; sistema que sólo puede ser conocido por los juristas mediante su educación y métodos jurídicos de la argumentación. Dicho sistema va a proveer al juez o al jurista de una regla abstracta para solucionar todos los casos que la variedad de situaciones de la vida social les presente. Este es el procedimiento de interpretación del derecho positivo. Todas las incertidumbres, incongruencias y lagunas de la ley serán resueltas, deduciendo, de los principios (dogmas) del sistema, normas aplicables al caso concreto.

La lógica propia del sistema de la construcción jurídica no sólo sirve para conocer y sistematizar el derecho, sino que es fuente de nuevas reglas jurídicas (o, como cree el jurista dogmático, reglas existentes, pero hasta entonces desconocidas) encontradas mediante la interpretación.

4. *Consecuencias y efectos*. Puede decirse, quizás sin error, que las escuelas histórica y dogmática del derecho, produjeron los más grandes

adelantos de la ciencia jurídica alemana. Vale señalar aquí que su influencia fue decisiva en la producción doctrinal de la escuela alemana de derecho privado. Influencia que se traduce en el código civil alemán.

Crítica a la escuela dogmática. a) Se señala que la jurisprudencia dogmática, en razón de su formalismo en base a positivismo jurídico, ignora la axiología jurídica. Una evaluación sobre el derecho positivo que no sea desde el punto de vista de elementos que lo trascienden no permite una crítica y una elaboración adecuada del derecho; b) Otra crítica señala que nada nos garantiza que la construcción llevada a cabo por la ciencia jurídica sea una construcción correcta y por tanto nada nos garantiza que las deducciones de reglas particulares de los principios bases del sistema sean correctas; c) Debida su atención, casi exclusivamente, a la sistematización del material jurídico dado, olvidado los procesos sociales.

VI. La jurisprudencia de conceptos (Escuela de Leipzig)

1. *Características.* La escuela de Leipzig tiene como punto de partida el derecho positivo (cuya fuente principal, sobre todo para la elaboración y análisis de conceptos, es el derecho legislado). El representante más ilustre de esta escuela es Bernard Windscheid, quien "trató los conceptos jurídicos con un método normativo riguroso, con exactitud matemática y filológica, teniendo como fin la libertad de discusión sistemática para la realización de la máxima garantía jurídica".

2. *Interpretación de la ley.* Es importante señalar que en la jurisprudencia de conceptos (*Begriff jurisprudentz*), al igual que en la jurisprudencia dogmática, el problema de la interpretación de la ley (del derecho legislado) es parte de su metodología. La interpretación de la ley se encuentra subsumida dentro del problema, más general, de la interpretación del derecho (si bien hay que recordar que para la jurisprudencia dogmática como para la jurisprudencia de conceptos el derecho legislado constituye la mayor parte del derecho positivo).

Considera Windscheid que la interpretación es aquel procedimiento analítico que permite superar la incertidumbre y adscribir a los términos de la legislación un significado apropiado. Pero la interpretación determina los conceptos contenidos en las normas; para, luego, reducirlos en sus partes constitutivas.

Pensemos, verbigracia, en el problema de la compraventa.

Primeramente, encontraremos que las reglas relativas a la compraventa se encuentran contenidas en muy diferentes disposiciones, las cuales pueden estar en muy diferentes legislaciones. El primer paso es determinar y aislar los conceptos específicos que concurren en la compraventa. El segundo paso consiste en desarrollar los conceptos contenidos en las disposiciones relativas, resolviéndolos y reduciéndolos a sus partes constitutivas indicando los elementos contenidos en ellos.

En la compraventa, por ejemplo, se tendrían que analizar los conceptos de los cuales ésta se integra.

Si la compraventa es un contrato, es necesario saber qué es un contrato. Si el contrato es un negocio jurídico, habrá que determinar qué es el negocio jurídico. Si éste es una declaración de voluntad privada, es necesario determinar qué es declaración de voluntad.

Si en la compraventa se transmite una cosa por dinero, habrá que determinar qué es 'cosa', qué es 'traditio', qué es relación, acuerdo, etc.

Habiéndose analizado perfectamente todos los conceptos y desarrollados los elementos contenidos en aquéllos, entonces, de acuerdo con Windscheid, tendremos una inteligencia completa del contenido de los conceptos del derecho y una plena inteligencia del derecho positivo. Esto garantizará la seguridad de su aplicación.

3. *Consecuencias e importancia.* La importancia de Windscheid en la ciencia del derecho y, en general, de la escuela de Leipzig es inestimable.

Windscheid, no obstante ser el más grande de los pandectistas, tuvo discípulos de enorme talla aun fuera del derecho romano: de Binding (en el campo de la teoría penal), de Wach y de Helwig (en el campo del derecho procesal), de Stein.

Grandes fueron los productos de las escuelas histórica, dogmática y de conceptos alemanes reseñados. Pero había que señalar dos: la Escuela del Derecho Privado Alemán y la *Allgemeine Staatslehre*.

El derecho privado alemán se caracteriza por incorporar los estudios de derecho romano desde un punto de vista científico y sistemático. Se aprovechan sus métodos y para el estudio del derecho germano. Claro

ejemplo de todo esto es el código alemán de 1900. De entre varios miembros de la escuela del derecho privado alemán se puede citar a Enneccerus, Kipp, Wolf, Von Thur. Una mención especial dentro de la sistemática del derecho privado merece el profesor Otto Von Gierke.

La escuela de *Allgemeine Staatslehre* es también resultado de las escuelas alemanas del derecho, especialmente de la jurisprudencia de conceptos. Sus más importantes representantes son Laband, Gerber, Jellinek (creador de una teoría jurídica del Estado), los cuales son pilares del derecho público en el mundo. Es pues a partir de *Savigny, Ihering, Windscheid* (para citar a los jefes de las escuelas) que la idea de ciencia que informa el estudio del derecho cobra una muy alta expresión.

La Escuela de Leipzig es el paso inmediato anterior a la aparición de las obras específicas de filosofía jurídica que inicia Rudolf Stammler y que irían a cobrar enorme importancia con la escuela de Viena. A partir de entonces, la interpretación ya no es aspecto metodológico de la ciencia del derecho, sino un elemento del procedimiento de creación del derecho. La interpretación jurídica para la jurisprudencia dogmática es una actividad tendiente a reformular el derecho positivo.

VII. La Jurisprudencia de Intereses (Escuela de Tübingen)

1. *Contexto e ideología normativa.* Es Ihering también el punto de partida de esta escuela. La jurisprudencia de intereses es probablemente la dirección metódica que ha logrado una mayor popularidad.

El principal representante de esta escuela es Philip Heck. La jurisprudencia de intereses es una reacción contra la jurisprudencia de conceptos, y, además, un nuevo método. Estudia el derecho teniendo en cuenta la vida, sustrayéndola del primado de la lógica donde estuvieron sumergidos largo tiempo. Los elementos que maneja la jurisprudencia de intereses pueden ser muy variados (económicos, científicos, ideales religiosos, etc.), todos ellos alimentan la vida humana.

Esta es la vida humana que se impone a las normas. El papel de la jurisprudencia de intereses es obtener conceptos ordenadores que nos permitan sistematizar los mandatos y los intereses, con objeto de llevar a cabo una elaboración y clasificación, buscando constantemente y en el último término un efecto sobre la vida concreta.

2. *Características.* Las principales características de la jurisprudencia

cia de intereses son las siguientes: a) Funda en la experiencia toda decisión que no sea deducida directamente de la ley; b) Otra característica que le ha dado el nombre a la escuela es la importancia que concede al concepto de interés, la vida es un complejo de intereses que se mueven en distintas direcciones produciendo incesantes conflictos. Estos conflictos de intereses reclaman normas capaces de superarlos. c) En contrapartida con las otras escuelas jurídicas en que la determinación del derecho aplicable no es sino uno de los momentos de la determinación del fenómeno jurídico, la determinación de la norma aplicable es todo el método de la jurisprudencia de intereses.

Podría decirse que la jurisprudencia de intereses es únicamente el método o un conjunto de procedimientos que nos permitan encontrar el derecho aplicable dejando a un lado la misión ordenadora de la ciencia y la formación de conceptos.

3. *Interpretación de la ley.* Para interpretar el derecho positivo, para encontrar la decisión e interpretar la ley superando sus incertidumbres y lagunas, el juez debe ponderar los intereses que han tenido lugar en la creación de la ley. El juez debe reproducir los elementos de interés que existieron durante la creación de la ley para saber específicamente cuál es el equilibrio que la ley trata de imponer. Si el derecho es el resultado de fuerzas, es necesario que el juez pondere precisamente las fuerzas que le dieron origen. Una vez ponderadas y comprendidas, el juez está en posibilidad de captar la finalidad de la ley para poderla aplicar en casos similares o a casos extensivos. La escuela de Tübingen centró la esfera de la investigación a la mera práctica del derecho.

4. *Consecuencias y efectos.* La jurisprudencia de intereses introduce en el estudio del derecho en el terreno de la práctica, en la búsqueda del derecho aplicable la idea de finalidad, por una parte; y, por otra, incluye la idea de intereses (si bien ésta ya aparece en la dirección de Ihering).

La inclusión del teleológico permite en la práctica encontrar gran cantidad de soluciones paralelas siempre que se determine la finalidad u objetivos perseguidos por la legislación. De esta manera, el juez puede encontrar padrones que permitan hacer extensivas las leyes a casos similares, mientras satisfagan el mismo género de intereses y el mismo género de finalidad. Por otro lado, la idea de incluir interés imprimió un nuevo giro a la investigación jurídica, haciendo más empírica y concreta la observación del derecho.

5. *Crítica.* a) El método de la jurisprudencia de intereses carece de aplicación ordinaria. Dice Stoll que, en gran número de casos, el juez se conforme con la subsunción lógica sin realizar e incluso sin poder realizar (por falta de tiempo conocimientos, información, etc.) una ponderación de los intereses que participan en la elaboración de las leyes o que son paralelos a la elaboración de las leyes. De esta manera, el juez decide subsumiendo el caso dentro de la norma general, o bien declarando *non liquet*; b) Dedicar poca importancia a la teoría del derecho; c) El interés no puede erigirse en el único criterio metódico; el derecho no es simplemente el resultado o la superestructura de los intereses o el reflejo de los intereses. Las normas jurídicas ordenan intereses. La sentencia judicial decide sobre los intereses, compone conflictos de intereses. Pero no simplemente se adhiere al interés preponderante; d) Existe gran cantidad de actividades humanas que no son jurídicamente consideradas en base a conflictos de interés (tales como matrimonio, las relaciones de filiación, de patria potestad, etc.).

VIII. La Escuela Científica Francesa

1. *Contexto e ideología normativa.* La Escuela Científica Francesa representa una crítica definitiva a los métodos tradicionales siendo, a su vez, una nueva concepción metodológica. Rechaza el fetichismo legalista así como el riguroso conceptualismo. Sin duda, Francois Geny es el autor más distinguido de esta escuela. Podría decirse que Geny es para la ciencia jurídica francesa, lo que para Alemania lo son Ihering o Windscheid. Geny emprende una crítica al método tradicional de interpretación del derecho; primeramente ataca la identificación de la ley escrita con el derecho, posición positiva de varias escuelas, particularmente de la escuela de la exégesis.

La escuela es principalmente una reacción en contra de los procedimientos mecánicos de interpretación y aplicación del derecho. A este respecto, Geny considera que el jurista debe ser un hombre que medite sobre los datos de la naturaleza para organizar metódicamente el derecho y dirigir racionalmente la acción.

2. *Características.* El punto de partida de la obra de Geny es la distinción entre ciencia y técnica, la cual tiene como base la distinción entre el dato (*donné*) y lo construido (*contruit*). El dato formula la regla de derecho tal como resulta de la naturaleza de las cosas. Lo contruido hace referencia al trabajo artificial que tiende a establecer la regla jurídica en precepto susceptible de influir en la vida. Esto es, la ciencia tiene por

objeto constatar los datos de la naturaleza y los hechos; el contenido de la técnica es la constitución jurídica. Los datos pueden ser naturales, históricos, racionales o ideales. La técnica, por su parte supone dos procedimientos: la creación de formas y la determinación de conceptos. Entre las formas se encuentran las fuentes formales del derecho positivo (la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina). Los conceptos son las operaciones fundamentales que lleva a cabo el jurista para la construcción del sistema positivo.

3. *La interpretación de la ley.* Geny parte de la tesis de que la ley no es la única fuente del derecho; ciertamente la ley es la fuente más importante del derecho moderno. La ley, según Geny, no puede ser un mero producto racional, en su elaboración intervienen elementos irracionales, fácticos, psicológicos, biológicos, económicos, etc. Geny considera un error oponer la interpretación gramatical a la interpretación lógica: ambas se complementan. Tampoco se puede plantear una opción entre el texto y el espíritu de la ley.

Si una distinción puede ser hecha, es la interpretación mediante la fórmula del texto y la que se obtiene a la ayuda de elementos extraños a esta fórmula. Antes que todo —señala Geny— es a la fórmula del texto a la que hay que preguntar por la 'voluntad del legislador'.

En el momento que esta 'voluntad' se desprende del texto sin ser contradicha por ningún elemento exterior, ella dictará suprimiendo toda interpretación la decisión del intérprete. Siendo la ley el producto de la actividad consciente y reflexiva de su autor, no solamente él ha debido representar exactamente la regla que él entendía establecer, sino que debemos suponer igualmente que ha escogido, con reflexión y premeditación, las palabras que traducen fielmente su pensamiento y su voluntad. Es pues a la fórmula de la ley a la que se debe uno dirigir inmediatamente.

Sobre las concepciones jurídicas o definiciones que utiliza el legislador Geny, se pronuncia por no desconocer estas concepciones formuladas en el texto, pero que deben de ser entendidas vinculándolas lo más posible a las reglas positivas y desarrolladas en última instancia con gran moderación.

La búsqueda de la 'voluntad' legislativa, según el contenido mismo del texto implica —dice Geny— una lógica íntima, inherente al lenguaje inteligente sin el cual las palabras se mantendrían vacías de sentido... esta lógica, que trabaja sobre las palabras, se convierte más fecunda que el texto de la ley misma, en la medida que hace ver el texto de la ley no co-

mo una proposición aislada, sino como la fracción de un conjunto tomado en su unidad y en su totalidad. Debemos recurrir a varias disposiciones, como quiera que éstas se encuentren en los textos legales o en diferentes textos legales, para construir una disposición razonable a partir de distintas disposiciones.

Como la ley no es solamente fenómeno psicológico sino que es al mismo tiempo un fenómeno social, bañado de una atmósfera especial que le determina, es necesario que se tenga en cuenta ciertos elementos exteriores al texto a interpretar, sin los cuales dicho texto se mantendría mudo o no revelaría sino de manera incompleta la voluntad que contienen.

Estos elementos exteriores pueden señalarse entre otros, los elementos que el legislador ha querido organizar, a los cuales la disposición del legislador debe satisfacer. De esta manera se descubre la finalidad propia de la ley la *ratio legis*. Esto permite buscar medios idóneos para el mejor cumplimiento de la *ratio legis*. Otro grupo de elementos externos se encuentra en la observación del medio social del cual la ley ha salido. La ley que se encuentra determinada por acontecimientos (*Occotio Legis*), por el análisis de las concepciones jurídicas reinantes y la influencia de legislaciones extranjeras y de ambientes jurídicos o de escuelas jurídicas. Todos estos elementos y todos aquéllos que podrían incluirse todavía, me parecen, dice Geny, legítimamente empleados para arrancarle al texto legal su enigma y para penetrar mejor su sentido pero a condición de que se dirijan a descubrir la 'voluntad del legislador'. Esto es, mientras no contradigan directamente el texto de la ley.

Cuando se hace intervenir a la historia para aclarar el texto de la ley no es, no debe ser, la verdad histórica lo que se ha de buscar, sino solamente el ambiente histórico del legislador.

Los principios generales del derecho brindan una gran ayuda en la interpretación de la ley siempre que no se busquen los principios jurídicos en sí, sino específicamente las concepciones más adaptadas a la finalidad propuesta que es la interpretación de la ley.

El límite de la interpretación de la ley está cuando se encuentra no sólo ante obscuridades e incertidumbres sino ante lagunas. En este caso no es posible encontrar la 'voluntad del legislador', no podemos rastrearla por ningún lado. En este momento aparecen otros procedimientos que no son la interpretación. Es, pues, necesario distinguir, de acuerdo con Geny, dos procedimientos en la búsqueda de reglas jurídicas: a) La interpretación

que consiste en superar las incertidumbres y obscuridades de la ley; b) La libre investigación que consiste en la elaboración de las reglas jurídicas con independencia de la ley escrita.

Geny señala que el intérprete no puede olvidar la existencia de las demás fuentes formales. Estas pueden ayudar a la interpretación de la ley.

4. *Crítica.* Nos vamos a constreñir sólo a los procedimientos de interpretación de la ley y no de todo el sistema de Geny. La primera se dirige a la separación entre la ciencia y técnica. Doanti y Bonnetcase señalan que dicha separación es imposible. La técnica jurídica no es un momento cronológico o sistemáticamente sucesivo al de la ciencia sino que constituye con ésta una unidad conceptual. Otra crítica señala que en el dominio de la interpretación de la ley el método de Geny no se diferencia del método dominante; que reposa sobre el mismo postulado fundamental de la inmovilidad de las reglas jurídicas. Sólo en el dominio asignado a la libre investigación científica (específicamente en el de la integración) es donde el método de Geny se separa de los métodos dominantes.

IX. El cambio de Giro

Podría encontrarse que en los métodos de interpretación que hemos observado existen dos características comunes a todos. a) Los métodos tienen como finalidad encontrar un 'derecho aplicable' legislado o no; b) Otra característica de los métodos de interpretación es que al buscar el 'derecho aplicable' pretenden, consciente o inconscientemente, dar una formulación sistemática al derecho. La argumentación procura que se produzca un sistema coherente en su aplicación. Si el derecho (ya sea precedentes, legislaciones, etc.) tiene incertidumbres, lagunas o vaguedades, los métodos de interpretación intentan, consciente o inconscientemente (quizás sea una mera ilusión del jurista), la construcción de un *sistema*. El sistema se genera así, a través de los métodos de la aplicación.

X. El Sociologismo y la Escuela del Derecho Libre

1. *Contexto e ideología normativa.* Nació con el objeto de atacar la idea mística del jurista y substituir la técnica jurídica para la correcta aplicación del derecho. La escuela del derecho libre es la primera escuela que da una explicación de la interpretación. Esto es, de lo que efectivamente hace un juez cuando busca la norma aplicable. Varios autores

representan esta tendencia —la cual tuvo muy diferentes modalidades—. Sin embargo, de entre todos ellos puede señalarse a Hermann Kantorowicz y a Eugen Ehrlich.

2. *Características de la escuela.* Frente al derecho estatal Kantorowicz presenta un derecho libre, el cual no es derecho natural sino, simplemente, el derecho de los individuos y de la comunidad. El derecho libre es un derecho positivo, detrás de él se encuentra un poder, una voluntad, un reconocimiento. Señala Kantorowicz que el viajero en un país extranjero se hace familiar con la lengua, historia, arte y costumbre del pueblo, pero ni por sueños se le ocurre ni siquiera abrir sus códigos. Todos ellos viven con arreglo al derecho libre, de acuerdo con aquello que las opiniones de su círculo o su juicio individual les presenta como derecho, no como arbitrariedad o mera conveniencia. El derecho libre, dice Kantorowicz, constituye el suelo del que el derecho estatal dimana casi todos los pensamientos legislativos que han existido, con anterioridad, como principios del derecho libre. A este respecto, señala Ehrlich que frente al derecho del Estado frente a las leyes existe un derecho dinámico y concreto, un derecho vivo de la vida social.

3. *La Interpretación de la ley.* La escuela del derecho libre señala los procedimientos de interpretación (o integración) son, en gran medida, ficticios. Se basan en la "suposición ingenua e inconsciente de que exista un legislador que tenga exactamente los mismos deseos del que emplea los métodos de interpretación". La razón no desempeña el papel decisivo en los métodos de interpretación o en la búsqueda de los argumentos para las decisiones judiciales. Este papel corresponde a la voluntad. Los métodos de interpretación (o integración) se inspiran en la voluntad de conseguir el resultado deseado. Una interpretación no parece reunir todas las cualidades ni sus consecuencias pueden ser deseadas por nosotros. Esto ocurre con la interpretación extensiva, la analogía, la ficción jurídica, así como la *ratio legis*. El procedimiento de la interpretación revela que el intérprete escoge entre las premisas posibles aquellas que suministran conclusiones deseadas. Este procedimiento, en consecuencia no resulta de la razón sino de la voluntad.

Los juristas nos han hecho creer que, mediante la interpretación, las reglas aplicables al litigio son deducidas de conceptos generales del derecho, conceptos que, a su vez, son obtenidos inductivamente de la ley. En realidad, lo que hace es resolver los litigios mediante un acto de voluntad, los procedimientos metódicos para argumentar no son sino el disfraz con el cual le dan prestigio a su fallo. Dice Kantorowicz que Bartolo, el

más famoso de todos los juristas (sic), primeramente dictaba la resolución y luego hacía buscar a su amigo Tigrinio los pasajes aplicables en el Corpus Iuris. Kantorowicz identifica los procedimientos (de interpretación y construcción) de la jurisprudencia dogmática —en sentido lato— con los de la teología ortodoxa.

El jurista basa (o hace creer que basa) todas sus resoluciones en la ley, la iglesia reconduce cada una de sus instituciones a pasajes de la sagrada escritura. En la interpretación, la teología ortodoxa y la jurisprudencia dogmática, lo que existe es un acto de voluntad del actor. La deducción lógica no pasa de ser mera apariencia: no está al servicio de la verdad sino del interés.

4. *Consecuencias.* De lo expuesto podemos encontrar que la interpretación es un acto de decisión, los elementos de razón son mera apariencia. Tal situación, dice Ehrlich, es habitualmente obscurecida porque los jueces y los juristas, cuando resuelven una controversia pretenden justificarla invocando los artículos de una ley, principios jurídicos o reglas de argumentación jurídica. Ehrlich estima indispensable destruir esa falsa 'lógica' jurídica para dejar libre el terreno a la observación metódica y a la aplicación práctica del derecho vivo.

Desenmascarando tal procedimiento, la ciencia no se contentará con el papel de humilde sirvienta del legislador. Las necesidades de la vida jurídica exigen que la ciencia del derecho tenga una función creadora. La ciencia del derecho proporcionará definiciones, conceptos; pero no por construcción sino dotándoles de aquellas características que los principios del derecho libre suministran. Si la voluntad ha sido elemento integrador de las lagunas, entonces corresponde al derecho libre colmar las lagunas (de hecho siempre las colmó). La ciencia del derecho es una 'fuente del derecho'; al igual que el legislador, tiene que colmar las lagunas mediante la dirección del derecho libre. La misión de la ciencia deviene mayor, y menos modesta la ciencia del derecho constituye el descubrimiento libre.

5. *Críticas.* Como crítica fundamental podría señalarse la confusión entre ciencia jurídica y su objeto. La ciencia jurídica tendría la misma función que las autoridades: normar. ¿Quién realizaría la función de describir?

XI. Un punto de Vista Personal

1. *Los tipos de interpretación.* Los materiales jurídicos formulados por escrito (tales como leyes, constituciones, testamentos, contratos, etcétera) son, como cualquier otro lenguaje, objeto de interpretación. Pero, cabe preguntar ¿para qué se interpreta? o, bien, ¿quién o quiénes interpretan? Hemos visto que cualquiera que dote de significado un lenguaje (o los términos de un lenguaje) realiza o lleva a cabo una interpretación, de ahí que cualquiera que dote de sentido a estos "materiales jurídicos", es decir, quienquiera que otorgue cierto significado al lenguaje jurídico escrito se encuentra interpretándolo. No obstante, es posible determinar dos grandes tipos de interpretación jurídica, atendiendo a la situación que guarda el intérprete en relación con los materiales jurídicos que se van a interpretar. Estos tipos de interpretación pueden denominarse: interpretación *orgánica* e interpretación *no orgánica*.

a) *La interpretación orgánica.* Es fácil observar que los materiales jurídicos (constitución, leyes, etcétera) en razón de su función prescriptiva, se encuentran *dirigidos* a ciertos individuos, los cuales tienen que hacer uso de estos materiales, es decir, tienen que *aplicarlos*. A los individuos que se encuentran en la situación de aplicar o ejecutar los materiales jurídicos los llamaremos órganos. Esto es, los órganos serán los individuos que tienen como función aplicar o ejecutar el derecho.

Claro que —tal y como podrá observarse en el curso de la explicación— todo acto de aplicación es también un acto de creación (todos los materiales jurídicos condicionantes son, por su propia naturaleza, más o menos incompletos). Cuando en este caso hablamos de órganos lo hacemos de modo general sin importar si son órganos centralizados (funcionarios profesionales) o descentralizados (súbditos más o menos indiferenciados).

Ahora bien, para que un órgano aplique el derecho (constitución, tratados, reglamentos, etcétera) es necesario que establezca el sentido de los materiales jurídicos que tiene que aplicar. Cabe decir, para que el órgano pueda aplicar o ejecutar lo *dicho* por estos materiales es menester que los interprete.

La interpretación orgánica aparece como el acto de significación mediante el cual el órgano determina el sentido de los materiales jurídicos que él tiene que aplicar a fin de proseguir el proceso escalonado de creación del derecho, el cual se indica en la constitución y se termina en el

último acto individualizado de ejecución.

De lo anterior se desprende que los materiales jurídicos (constitución, ley, etcétera) que han de aplicarse, o más exactamente, el lenguaje en que son expresados (lenguaje del constituyente, lenguaje del legislador, etcétera) recibe, por parte del órgano aplicador, una cierta interpretación de la cual depende la forma en que es aplicado el derecho.

La interpretación orgánica juega, así, un papel definitivo en el procedimiento de creación del orden jurídico. En efecto, el órgano aplicador, al decidir el sentido que guarda el lenguaje jurídico elaborado, *decide*, a su vez, el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho. En la interpretación orgánica la interpretación *se traduce en actos o voliciones* cuyo resultado son los materiales jurídicos que completan un cierto sistema de normas jurídicas (la significación es base del acto de decisión).

En el caso de la interpretación que hemos denominado orgánica, la significación dada a los materiales jurídicos (o simplemente al derecho escrito) se manifiesta en un acto de voluntad más o menos arbitrario que decide el curso subsecuente de la aplicación y creación del orden jurídico positivo.

b) *La interpretación no orgánica.* La interpretación jurídica no es monopolio exclusivo de los órganos aplicadores del derecho. Hemos visto que cualquiera que dote de significado el lenguaje jurídico realiza una interpretación jurídica. La interpretación no orgánica puede caracterizarse, por consecuencia, como aquella que no es realizada por los órganos aplicadores del derecho (v.gr.: los profesores, los juristas, los particulares).

Si en la interpretación orgánica del lenguaje en que se expresa el derecho (constitución, ley, etcétera) es interpretado por los órganos encargados de su aplicación, a fin de crear los materiales jurídicos que los completan (decisiones administrativas, sentencias, etcétera), en el caso de la interpretación no orgánica el 'intérprete' es un elemento *ajeno* a la relación de aplicación.

El acto de interpretación que realiza el órgano aplicador es siempre —en atención a su carácter subjetivo— más o menos arbitrario. El órgano aplicador, de entre todas las significaciones que es posible hacer, *escogerá una* (la conveniente, la conforme a la voluntad del legislador, la justa, la viable, etcétera), siguiendo para ello ciertos métodos (el exegético, el de la escuela libre, etcétera), o haciendo caso omiso de ellos. Así pues, el

sentido que se le da al lenguaje jurídico dependerá de la cultura, de los sentimientos, instintos, credo político o religión, del órgano que lo interpreta.

No obstante lo dicho, no debemos olvidar que los materiales jurídicos (constitución, leyes, tratados, etcétera) determinan siempre, en mayor o menor grado, las características que deben tener los actos que los aplican para ser regulares. Sin embargo, esta determinación no puede ser exhaustiva. En efecto, si existen constituciones es para que pueda haber leyes, decretos, etcétera; si existen leyes es para que pueda haber sentencias judiciales y decisiones administrativas. Esto es, los actos que reclaman una aplicación son, necesariamente, más o menos incompletos. Por tanto, siempre habrá elementos que serán adicionados por los sucesivos actos de aplicación.

Por exhaustiva que pudiera ser esta determinación (y aun suponiendo que ésta fuera completa) no podría, sin embargo, evitar la *interpretación* que el órgano aplicador hace de estas determinaciones. Interpretación que, como hemos visto, es una apreciación significativa más o menos arbitraria de los materiales jurídicos que se aplican. Efectivamente, al quedar en posibilidad de interpretar (acto que, como hemos observado, acompaña necesariamente a toda aplicación), el órgano aplicador incorpora o adiciona nuevos elementos a los materiales jurídicos existentes.

Ahora bien, puesto que el intérprete no tiene la posibilidad de aplicar el derecho que interpreta, entonces la interpretación no orgánica se agota con la sola significación dada al lenguaje jurídico que se considera.

En el caso de la interpretación orgánica, la significación dada a los materiales que se aplican (constitución, leyes, etcétera) se manifiesta en actos de voliciones humanas que establecen otros materiales jurídicos (reglamentos, sentencias, decisiones administrativas), los cuales van constituyendo progresivamente el orden jurídico. Estos materiales jurídicos son parte de la experiencia jurídica; esto es, son derecho al igual que los materiales jurídicos que aplican.

Por el contrario, en el caso de la interpretación no orgánica, la significación suministrada a los materiales jurídicos no se manifiesta en actos de aplicación del derecho. En este caso, la interpretación no acompaña la producción de nuevos materiales jurídicos.

Ahora bien, si la interpretación no-orgánica no se traduce en mate-

riales jurídicos, entonces la significación producto de esta interpretación no es parte de la experiencia jurídica; es decir, no es derecho (éste se agota con los materiales que constituyen la experiencia jurídica). La interpretación no-orgánica es sólo significación (cognición, descripción, valoración, etcétera) del derecho.

2. *Los lenguajes jurídicos.* Hemos dicho que los materiales jurídicos constituyen un lenguaje o, en todo caso, son formulados en un lenguaje.

A este lenguaje, en razón del carácter prescriptivo de los materiales jurídicos, los denominaremos *Lenguaje jurídico prescriptivo*. Como es de suponerse, los materiales jurídicos que resultan de la interpretación o aplicación de otros son también parte del lenguaje prescriptivo. De manera que, en la interpretación orgánica, la significación que se da al lenguaje jurídico prescriptivo (por ejemplo: el lenguaje del constituyente) es expresada en su lenguaje prescriptivo (v.gr.: en el lenguaje del legislador). En el caso de la interpretación no orgánica, el lenguaje prescriptivo en que estos materiales se encuentran expresados (lenguaje del constituyente, del legislador o del juez), no es un lenguaje prescriptivo sino de carácter declarativo o enunciativo.

Es importante distinguir estos dos niveles de lenguaje para evitar grandes confusiones y paradojas. En particular, debe distinguirse perfectamente cuándo se trata de una interpretación orgánica (la cual forma parte del lenguaje prescriptivo) puesto que —como dice Kelsen— los actos jurídicos que se formulan en palabras o por escrito contienen ellos mismos alguna indicación sobre su significación. Esto, dice Kelsen, es una particularidad de los materiales jurídicos. Esta autointerpretación, sin embargo, no es sino parte del lenguaje prescriptivo, objeto también de la ciencia del derecho.

En otro lado, Kelsen dice al respecto que “esta es una de las particularidades de los hechos estudiados... por la ciencia del derecho. Una planta no puede comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. La Ciencia del derecho se encuentra así, muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos (materiales jurídicos) y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico” (el del lenguaje jurídico cognoscitivo).

Pues bien, mientras los materiales jurídicos (comportamientos o voliciones humanas) crean o establecen el derecho, las proposiciones que componen el lenguaje de la ciencia del derecho *conocen* el derecho, no lo

elaboran.

Una ciencia, en tanto tal, se agota en el conocimiento de sus objetos. De modo que una ciencia del derecho, en tanto que ciencia, no puede más que conocer su objeto: el derecho; y, en base a ese conocimiento, describirlo y analizarlo. Sin embargo, la "ciencia" jurídica tradicional bajo la apariencia de un conocimiento del derecho no hace sino tratar de reformularlo. Esto es, procura influir al órgano creador con objeto de modificar el orden jurídico positivo en el sentido en el que el jurista desea (es, pues, un acto de valoración y de voluntad). A esta "ciencia" la denominaremos jurisprudencia dogmática en contraposición con la ciencia del derecho que se agota en el conocimiento de su objeto.

En tanto que la significación de la ciencia jurídica es únicamente un acto de conocimiento, el establecimiento del derecho (la aplicación de materiales jurídicos y el establecimiento de otros) es un acto de voluntad que crea el orden jurídico. La significación que suministra la ciencia del derecho a los materiales jurídicos que interpreta, no se manifiesta en actos de aplicación del derecho (la ciencia del derecho no legisla, no condena, no ejecuta), se concreta sólo a *conocer* el derecho, y, en base a ese conocimiento, a describirlo y analizarlo. Así pues, el lenguaje que constituye la ciencia del derecho enuncia pero no prescribe.

Muy frecuentemente —sostiene Kelsen— se ignora la diferencia que existe entre la función de la ciencia del derecho y la función de la autoridad jurídica (los órganos del derecho), y, por consecuencia, entre el producto de la primera y el producto de la segunda. Así, por ejemplo, en el lenguaje ordinario las palabras "derecho" y "ciencia del derecho" aparecen como expresiones sinónimas.

En verdad —continúa Kelsen— la ciencia del derecho no puede más que describir el derecho, la ciencia del derecho no puede prescribir tal y como lo hace la autoridad jurídica. Ningún jurista puede negar que existe una diferencia esencial entre una ley publicada en el diario oficial de un Estado y un comentario hecho sobre esta ley, obra de la doctrina, o entre el código penal y un tratado de derecho penal. O bien —agregaríamos nosotros— entre una constitución y una explicación de esa constitución (obviamente nos referimos a la ciencia jurídica y no a la jurisprudencia dogmática).

Así es como Kelsen distingue entre función jurídico-prescriptiva, consistente en prescribir o normar el comportamiento humano, asignán-

dole un específico significado (por ejemplo: legislador, contratante, homicida, etcétera) y la función científica jurídica que consiste en conocer el derecho.

Al lenguaje mediante el cual la ciencia del derecho otorga cierto sentido a los materiales jurídicos que conoce, podemos denominarlo *lenguaje jurídico cognoscitivo*, en oposición al lenguaje jurídico prescriptivo en que se manifiesta el derecho, propio de los órganos creadores del orden jurídico (y en oposición al lenguaje valorativo-prescriptivo de la jurisprudencia dogmática). De acuerdo con esto, resulta que podemos diferenciar cuando menos, dos sistemas de significación o interpretación jurídica; o mejor, dos lenguajes jurídicos: el derecho (sistema de materiales jurídicos que proporcionan una significación jurídico prescriptiva) y la ciencia del derecho, sistema de enunciado que proporciona la significación jurídico-cognoscitiva.

De acuerdo con un ampliamente aceptado punto de vista, tenemos que considerar a la ciencia como un conjunto de proposiciones o enunciados cuya estructura y sentido dependen de reglas o principios básicos que las hacen posibles y, por tanto, reconocibles como entidades del conjunto que constituye el conocimiento científico. En otros términos, puede decirse que la ciencia no es más que un lenguaje organizado a partir de ciertas reglas explicativas. "La ciencia —afirmaba Condillac— es un lenguaje bien hecho".

"Siempre que hablamos de una teoría o sistema filosófico nos estamos refiriendo directa o indirectamente, o al menos así lo parece, a un lenguaje formalizado, esté o no formulado explícitamente tal lenguaje".

Estos lenguajes jurídicos, en tanto tales, esto es, en lo que a su función significativa se refiere, se distinguen entre sí de una manera precisa: en primer lugar, porque son lenguajes de niveles diferentes.

Con respecto a esta función significativa, dice J.C. Smith que "a partir de las investigaciones de Husserl, el problema lógico de la norma jurídica ha sido planteado no ya de un modo estrictamente formal, sino atendiéndose a la función que la misma cumple como significación, función que viene siendo identificada, en lo esencial, con la del juicio enunciativo". "Admiten, en efecto, que las diferencias funcionales que existen entre un juicio y una norma son sólo diferencias específicas, que en nada afectan a su común carácter esencial. Pues aun cuando la función del juicio consiste en enunciar y la de la norma jurídica consiste en imputar a

un hecho antecedente un hecho consecuente, *ambas funciones se identifican esencialmente en una genética, común en ambos casos: la función significativa*". Tanto el juicio enunciativo como el "juicio normativo" adquieren su carácter significativo en virtud de actos de "dar significación" que pertenecen a un mismo género: "el de las intenciones significativas".

Las proposiciones que formula la ciencia jurídica tienen como objeto las normas jurídicas, es decir, las normas jurídicas constituyen el objeto o contenido de las proposiciones jurídicas. De manera que el lenguaje normativo constituido por las normas jurídicas es *objeto* del lenguaje normativo compuesto por las proposiciones de la ciencia del derecho. Así pues, las normas jurídicas serían, en relación con las proposiciones jurídicas, un *lenguaje-objeto* y estas últimas constituirían, en relación con las normas jurídicas, un *metalenguaje*.

El lenguaje que se *usa* para hablar acerca de un lenguaje que llama "metalenguaje". En cualquier investigación sobre lenguaje existe un lenguaje-objeto que constituye el objeto de investigación y existe un metalenguaje *usado* por los investigadores para hablar del lenguaje objeto... Debe enfatizarse que el lenguaje-objeto y el metalenguaje son *términos relativos*. Cualquier lenguaje, no importa lo simple o complejo que éste sea, es un lenguaje-objeto cuando se habla de él. Y cualquier lenguaje es un metalenguaje cuando es *usado* para hablar (*to discuss*) de un lenguaje objeto".