

340.1
C3710
1970
F. J. P. S.
Ep. 1

UES BIBLIOTECA CENTRAL

INVENTARIO: 10109490

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

LA INTEGRACION DEL DERECHO

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

MAURICIO ALFREDO CLARA RECINOS

PREVIA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

SEPTIEMBRE DE 1970

SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA





U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R

RECTOR:

Doctor José María Méndez

SECRETARIO GENERAL:

Doctor Oscar Quinteros Orellana

F A C U L T A D D E J U R I S P R U D E N C I A

Y

C I E N C I A S S O C I A L E S

DECANO:

Doctor Guillermo Chacón Castillo

SECRETARIO:

Doctor José Guillermo Orellana Osorio

10-21/20 #32936

TRIBUNALES EXAMINADORES

PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL.

PRESIDENTE : Dr. Salvador Navarrete Azurdia
PRIMER VOCAL : Dr. Marcos Gabriel Villacorta
SEGUNDO VOCAL : Dr. Luis E. Gutiérrez

PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE : Dr. Miguel Antonio Granillo
PRIMER VOCAL : Dr. Francisco Callejas Pérez
SEGUNDO VOCAL : Dr. Romeo Aurora

PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES.

PRESIDENTE : Dr. José Enrique Silva
PRIMER VOCAL : Dr. José Ernesto Criollo
SEGUNDO VOCAL : Dr. Pedro Luis Apóstolo



ASESOR DE TESIS

DOCTOR CARLOS FERRUFINO

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

Presidente: Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz

Primer Vocal: Dr. Miguel Ángel Parada

Segundo Vocal: Dr. Roberto Oliva

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre

Don Edmundo Ulises Clará

A mi adorada madre

Doña Beatriz Recinos v. de Clará

=== OO ===

3) El fundamento de la sentencia sin ley.....	Pág.	98
1') La Ley.....	"	99
2') Los Principios Generales del Derecho.....	"	100
3') La Doctrina.....	"	104
4) El Derecho Natural.....	"	108

CAPITULO IV

CONCLUSIONES: LA PLENITUD EN EL ORDEN JURIDICO SALVADOREÑO

1) La Plenitud en la Legislación Civil.....	"	108
2) La Plenitud en la Legislación Penal.....	"	110
3) La Plenitud en la Legislación Laboral.....	"	113
4) La Plenitud en la Legislación Procesal.....	"	115

===00===

L I M I N A R

"Cada estudioso tiene el deber de aportar, al empeño común, su particular observación. De la suma de ellas, se hace la grandeza de la ciencia. En ésta, tanto como la verdad, importan los esfuerzos hechos para alcanzarla"
COUTURE.

Inspirado en el pensamiento de Couture, me he atrevido a penetrar al campo de un estudio, reservado a preclaras mentes y a mejores entendidos. Confío en la benevolencia del lector, considerando que se trata de la obra de un "aficionado", menos que la de un principiante; espero que el esfuerzo depositado en cada línea pueda ser útil a los estudiantes de mi querida Facultad de Jurisprudencia y que la crítica, sea bienvenido indicio de tan preciado galardón. Por ahora me conformo con el esfuerzo, el tiempo se encargará de lo demás. Como no pretendo ser modestia aparte de los que derraman en palabrería la sustancia de las ideas, paso de inmediato a plantear brevemente el contenido del presente estudio.

El trabajo se propone destacar, especialmente, la importancia de la función jurisdiccional en la vida del derecho, y a propósito del título de la obra, al referirnos a "La Integración del Derecho" enfocamos la problemática desde dos puntos de vista: el filosófico, mediante el cual pretendemos responder a las preguntas ¿Qué es y para qué sirve el Derecho?; y el práctico, mediante el cual pretendemos responder a la cuestión ¿Cómo se realiza el Derecho? Por esto el trabajo comprende dos partes bien diferenciadas pero al mismo tiempo concordantes: en la primera abordamos el problema ontológico y en ella nos interesamos por descifrar cómo se "integra" el "ser" del Derecho: si es norma (tesis: defendida por Hans Kelsen), o si es conducta (antítesis: defendida por Carlos Cossio), o si es un fenómeno complejo en el que se concilian elementos antitéticos (síntesis); y en la segunda desarrollamos la problemática que enfrenta el juzgador para aplicar el derecho, basándonos en el planteamiento carneltuttiano, y acentuamos el estudio en el problema de las "lagunas" de la ley, y a los diversos métodos para "integrarlas",

proyectando toda la problemática a la legislación salvadoreña (civil, penal, laboral y procesal). En cada una de las partes mencionadas -trato de esbozar y fundamentar mi criterio, naturalmente con el auxilio de las obras de consulta.

Es del caso insistir, que la presente obra no agota el tema de investigación, ni ha tenido esa pretensión. En realidad, para la Ciencia del Derecho y más aun para la Filosofía del Derecho, un hasta aquí es tan temerario como pretender ocultar la brillantez solar con un dédo. Valga esta advertencia, no en cuanto excusa, sino en cuanto verdad necesaria. Los problemas filosóficos han de perdurar en cuanto y en tanto el "Homo Sapiens" goce de libertad para pensar de acuerdo a sus convicciones o creencias, es decir, mientras el concepto del hombre coincida con el concepto de libertad ética.

Finalmente, deseo patentizar mis agradecimientos a todas las personas, catedráticos y compañeros de estudio, que alentaron esta investigación y que colaboraron a hacer luz en los problemas que discutimos, especialmente a mi asesor Dr. Carlos Ferrufino y al Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz.

San Salvador, 25 de septiembre de 1970

EL AUTOR

CAPITULO . I

EL ORDEN JURIDICO Y SU FINALIDAD

1) Existencia del orden jurídico.

En el curso de la vida, en cada hecho o fenómeno, advertimos la existencia de cierto orden. Así, cuando el investigador se enfrenta a la naturaleza, encuentra en la gama de fenómenos cierta conformación que trata de determinar bajo el concepto de un orden natural. De igual manera, cuando dirigimos la mirada hacia lo social, percibimos una no menos densa y complicada realidad fenoménica, interrelacionada en forma tal, que sentimos la necesidad de afirmar la existencia de un orden socio-cultural. La cuestión se complica cuando descubrimos, desde cierto ángulo, la interrelación entre ambos sistemas de la realidad: la naturaleza como base de sustentación de la cultura. Esa relación se patentiza en nosotros mismos. El hombre es, indudablemente, el puente que une la naturaleza a la cultura, pues participa de ambas esferas de la realidad. La calidad racional del hombre le impulsa a la sustracción de las leyes que gobiernan su base material, y en esa lucha ha logrado delimitar su doble naturaleza. Esta delimitación o escisión entre lo corpóreo y lo espiritual se logra por abstracción, y en cada una de las esferas así delimitadas se ve la posibilidad de la indagación científica. De ahí resultan dos tipos de investigación: las ciencias de la naturaleza y las ciencias de la cultura.

La ciencia, de acuerdo a la visión de Dilthey es "un conjunto de proposiciones cuyos elementos son conceptos, completamente determinados, constantes y de validez universal en todo el contexto mental, cuyos enlaces se hallan fundados, y en el que, finalmente, las partes se encuentran entrelazadas en un todo a los fines de la comunicación, ya sea porque con ese todo se piensa por entero una parte integrante de la realidad o se regula una rama de la actividad humana" (1). Las

(1) W. Dilthey: "Introducción a las Ciencias del Espíritu" 2a. Ed. México 1945, Fondo Cultural E. pág. 13.

proposiciones que integran la ciencia constituyen la riqueza de conocimientos que el investigador ha logrado fundamentar; toda ciencia tiene el auxilio de los conceptos, que funcionan como instrumentos del pensamiento para la determinación de los elementos de la realidad existencial. La ciencia da aportes al saber humano mediante la explicación de los fenómenos, cuando éstos corresponden al orden natural, o facilita la comprensión de los mismos, cuando pertenecen al orden cultural. El complejo de conocimientos, guarda asimismo, cierto orden, y es así, como se delimitan u organizan las ciencias particulares conforme a la materia especial de las indagaciones. Cada una de ellas suministra una porción de datos sobre la realidad existencial que les corresponde. Estos datos constituyen la médula de las proposiciones científicas.

Tanto en la esfera que corresponde a la naturaleza como en la que corresponde a la cultura, hablamos de la existencia de un "orden", y en uno y otro caso de un "orden natural" y de un "orden social". Fijemos de una vez el contenido de estos conceptos. En primer lugar, la palabra "orden" viene de "ordo" y de acuerdo a la noción aristotélica quiere decir: "arreglo especial de las cosas entre sí o de las partes entre sí de una cosa" (1). También se ha dicho, desde un punto de vista más formal, que el orden consiste en "la relación (o relaciones) entre los miembros de una clase según la cual (o los cuales) unos miembros preceden a otros y otros miembros siguen a otros. Los miembros son llamados con frecuencia elementos: se dice, pues, que hay orden entre elementos de un conjunto" (2). Cuando conceptuamos la naturaleza y la cultura como un orden, queremos referir o significar esas formas de la existencia, en la relación en que las percibimos, sin por ésto confundir el orden que ha de uniformar el saber de cada ciencia. El pensamiento construye o reconstruye la realidad mediante el legajo de proposiciones; éstas traducen una parte de la realidad o regulan un aspecto de la vida social. En todo caso, la ciencia es

(1) J. F. Mora: "Diccionario de Filosofía", 5a. Ed. Buenos Aires, 1966; Edit. Sudamericana, pág. 338.

(2) Ibid., pág. 339.

la integración ordenada del saber, obtenido por la verificación de sus afirmaciones. Es posible hablar de un orden en cuanto situación existencial y de un orden u ordenamiento del saber sobre aquella situación. En el primer caso nos referimos a la vida; en el segundo, a la ciencia que fija la vida para la accesibilidad del pensamiento en la explicación y comprensión fenoménica.

Nuestro estudio va encaminado hacia un aspecto de la realidad vital humana; la cultura; y dentro de ella, especialmente a uno de los enunciados que enriquecen a las ciencias de la cultura: las ciencias normativas; concretamente, la ciencia jurídica. Para la comprensión del objeto de las ciencias normativas, tenemos que comparar constantemente el objeto de las ciencias naturales. Ya adelantamos, que la naturaleza constituye la base material de la razón, es decir, es la base que sustenta la cultura. Reiniciamos nuestro planteamiento después de las aclaraciones anteriores.

Cuando afirmamos la existencia de un orden social, queremos significar la situación de los elementos que integran la realidad social, cuya máxima concretización se manifiesta en el Estado. En este aspecto, partimos del hecho que demuestra en el hombre su calidad generadora de un sistema de relaciones, al comprender la insuficiencia de sus posibilidades para cubrir satisfactoriamente sus apetitos. Estas relaciones, de carácter estable y continuado, encuentran medios favorables al desarrollo a través de la organización política. A esto han contribuido -siguiendo siempre a Dilthey- dos factores: a) El instinto social y b) La relación de dominación y dependencia entre voluntades (1). En efecto, se ha comprobado que el hombre aislado desde temprana edad, no logra desarrollar sus especiales cualidades humanas, pero siempre trata de establecer contacto con cualquier forma de vida, para acoplar a ésta sus manifestaciones, evidenciándose, la razón que asistía al Estagirita al afirmar, que el hombre aislado tiene que ser un Dios o un bruto, es decir, tiene que ser un individuo excepcional. Pero es evidente que: El hombre jamás ha dejado de vivir en el seno de un grupo y al mismo tiempo ha concurrido la tendencia de coordinar

(1) W. Dilthey: Ob. cit., págs. 72 y 73

a cada integrante en su actividad particular y colectiva; coordinación que se manifiesta primero en relaciones de mando o dominación, y posteriormente en relaciones jurídicas. De ahí que, aun en las asociaciones más primitivas que nacen con las más elementales necesidades de la vida: proveerse de alimentos y de una defensa efectiva- se acepta la forma de convivencia regulada, sea por libre y espontánea voluntad (costumbre, hábitos, usos), sea por imposición de una fuerza capaz de ser obedecida (conquista, sometimiento a esclavitud). Este elemento, que imperceptible pero con seguridad se incorpora a la vida en sociedad, a la que impregna y modela por dentro y por afuera, como condición de supervivencia, es el Derecho (1).

Hay pues, dos tipos de realidad: una gobernada por las leyes de la naturaleza, cuyo descubrimiento y explicación corresponde a las Ciencias Naturales y otra, que es fruto de las concepciones humanas y de la constante actividad, de la cual se ocupan las Ciencias de la Cultura o Ciencias del Espíritu (2). "La ciencia natural -expone Dilthey-, analiza la conexión causal del curso natural. Cuando este análisis ha alcanzado el punto en el cual un hecho material o un cambio material se halla vinculado regularmente con un hecho psíquico o con un cambio psíquico sin que sea posible encontrar entre ellos un eslabón intermedio, entonces cabe constatar esta relación regular pero no es posible aplicar la relación de causa y efecto a esta vinculación" (3). La relación de causalidad es la relación que traduce la secuencia del fenómeno natural y que plantea una relación de necesidad insoslayable entre supuestos y consecuencias; de ahí que, las leyes naturales constituyen algo definitivo o inalterable. Si por casualidad la ley natural falla, la falla no es exactamente de la ley, sino del

(1) G. Del Vecchio: Crisis del Derecho y Crisis del Estado, Madrid, 1935, Lib. de V. Suárez, pág. 123.; Enrique R. Aftalión; Olano y Vilanova: "Introducción a Derecho", 8a. Ed. Buenos Aires, 1967. La Ley, pag. 407 y sig.

(2) H. Kelsen: "Teoría Pura del Derecho". 4a. Ed. Buenos Aires, 1965, EUDEBA, págs. 16 y sigs.

(3) W. Dilthey: ob. cit., pág. 23.

entendimiento que falsamente estructuró la proposición; así, la ley de gravitación existe no porque la razón humana la haya descubierto y correctamente enunciado, sino que es y existe tal como se propone independientemente de dicha proposición. En cambio, en la actividad del hombre, en su dinámica socio-cultural se filtran elementos que fluyen y refluyen constantemente, entre los cuales se desarrolla una pugna que es índice de todo progreso, carácter que la inhibe a todo sometimiento. De lo dicho inferimos que la naturaleza es una; en cambio no puede decirse lo mismo de la cultura. Hay o ha habido tantas culturas como agrupaciones humanas, correspondiéndole a cada una un determinado orden social. La cultura atendiendo a su dinamismo, florece, se desarrolla y puede desaparecer ante el empuje arrollador de otra; desaparición que puede ser total o parcial; para el caso, de la cultura romana conservamos su Derecho Privado, y éste único elemento ha sido capaz de determinar un sistema u orden social, ya que el Derecho en general -pues el Derecho Privado no lo es todo- representa la fuerza que da forma y unidad a este aspecto de la realidad, y cuya articulación efectiva por su medio, obtiene un ente superior a los demás: El Estado (1). Esta diferente relación que enlaza a las proposiciones de las ciencias naturales y de las ciencias culturales, confirma el dato según el cual, el fenómeno natural se explica, en cambio - los fenómenos culturales se comprenden; esto, porque el eslabón intermedio entre la cultura y la naturaleza es el hombre, como sujeto que observa y participa a la vez dentro del fenómeno cultural. No obstante, cabe señalar, como afirma Kelsen, que dentro de las Ciencias Sociales -que nosotros conceptuamos como Ciencias de la Cultura o Ciencias del Espíritu" hay dos especies: Ciencias Sociales de carácter causal y Ciencias Sociales de carácter normativo. Las primeras describen la realidad o los hechos humanos tal cual son, las segundas - por el contrario se refieren a los mismos hechos pero no en cuanto a cómo son sino en cuanto cómo deben ser (2). Las ciencias que estu--

(1) W. Dilthey: ob. cit. pág. 69

(2) H. Kelsen, ob. cit. pág. 24 y sig.

dian los hechos sociales sin pretender otra cosa que descubrir y describir la relación mecánica, no difieren en nada de los procesos de investigación empleados por las Ciencias Naturales, pues se limitan a tales hechos; en cambio, las Ciencias que se enfrentan a la conducta estimándola en su deber ser, tienen que situarse en el plano de la valoración al interpretar los hechos (1). Esta interpretación supone, lógicamente, como substrato de la misma, aquellos hechos cuya proyección en la vida de la comunidad, ameritan programación en su aspecto práctico o dinámico. Esta doble conjugación entre lo objetivo y lo valioso legitima una doble y paralela investigación: la práctica, a que nos referimos y la teórica. Sin embargo, Kelsen estima que para la investigación científica, el investigador debe situarse frente al objeto tal cual es, sin otras indagaciones que las que le atañen directamente; así, frente al fenómeno jurídico, el jurista debe aislar lo de todo vestigio que no sea estrictamente jurídico, preguntándose "qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse" (2). Esta actitud no pretende otra cosa que aclarar el objeto de investigación, y es comprensible pero no es del todo atendible. En efecto, la valoración es lo que identifica al fenómeno cultural contrapuesto al fenómeno natural; por eso ha dicho Radbruch, que las ciencias de la naturaleza "son ciegas a la valoración e indiferentes a ella: establecen hechos.... Las ciencias de la cultura opuestamente se sitúan en un punto de vista que hace referencia al valor, interpretan los hechos ateniéndose a su contenido valioso" (3). El derecho corresponde al género de las Ciencias de la Cultura, y, específicamente, es una ciencia normativa en oposición a las ciencias regidas por la causalidad; asimismo, las proposiciones que integran la Ciencia del Derecho tienen al mismo tiempo valor teórico y práctico.

Conviene aclarar, que al referirnos a la interpretación que in-

(1) G. Radbruch: Introducción a la Filosofía del Derecho, 3a. Ed. - México 1965, Breviarios Fondo de Cultura Económica, pág. 60.

(2) H. Kelsen, ob. cit. pág. 15.

(3) G. Radbruch, ibidem.

tegra a la Ciencia del Derecho, no es en modo alguno la interpretación que del mismo hace la Filosofía. El hombre, debemos tener presente, no se conforma con la explicación o comprensión de los fenómenos; su curiosidad no se detiene ahí ante lo evidente o lo verificable, sino que enfila el pensamiento en la ruta que conduce a la averiguación de los supuestos o fundamentos del saber con el empleo de un método especial y diferente al que se emplea en la investigación científica. La indagación filosófica se esfuerza, ya no en el análisis sino en la -- construcción o determinación del objeto, pretendiendo señalar la razón de su existencia y su finalidad. Todas estas cuestiones rebasan las posibilidades de la ciencia, pero no obstante, se mantiene en uno y otro sector cierta relación, cierta comunicación. Por eso se ha dicho, que la Filosofía es también un tipo de investigación científica, aun cuando sus patrones sean diferentes; la Ciencia depende, y no por mera casualidad, de los datos que le suministra la Filosofía. En efecto, la Ciencia -como dice Legaz y Lacambra- trabaja con un objeto determinado, el cual se ofrece problemático en cuanto a su conocimiento íntimo; en cambio la Filosofía comienza en la ignorancia del objeto hasta determinarlo, y aun ya delimitado reinicia indefinidamente la investigación sobre él mismo, pues no se conforma con los resultados. Es este eterno devenir lo que engrandece la Filosofía y lo que hace de ella ser Filosofía y no Ciencia. Será Ciencia en cuanto los resultados y las indagaciones no constituyen fanfarronerías; es Ciencia porque sirve de base o sustento a la Ciencia en cuanto Ciencia (1). El Derecho como objeto de la investigación, también experimenta el doble enfoque: el científico y el filosófico. La Ciencia del Derecho trabaja con el objeto suministrado por la Filosofía del Derecho; el objeto, es decir, el ser a investigar por el jurista, plantea el problema que antes apuntamos: el de conocerlo íntimamente, y en esta labor, el investigador puede encontrarse en situación de remitir el objeto para una revisión filosófica. ¿Por qué puede ocurrir semejante cosa? Porque también la Ciencia puede confirmar el dato, aunque para tal propósito haga uso de instrumentos diferentes. Tratándose de las Ciencias de la Cultura, el

(1) L. Legaz y Lacambra: "Filosofía del Derecho", 2a. ed. Barcelona, 1961. ed. Bosch, pags. 11 y sgs.

investigador también puede verificar una interpretación sobre el dato, en el plano estrictamente científico; tal aserto se justifica cuando advertimos que en la misma actividad humana se incorpora un elemento que la caracteriza como valiosa. Valiosidad que impregna al hombre como fuente de la misma y que satura a todo aquello que modela y construye. Kelsen, quizás preocupado por desterrar la idea del Derecho Natural, olvida esta circunstancia.

Por otra parte, no olvidemos que la filosofía en su constante hacer y rehacer, se ha enriquecido de tantas concepciones como de filósofos. Esto explica la enorme variedad de las definiciones, pues cada una responde al método y a la concepción filosófica del autor. En todos los campos del saber se advierte en mayor o menor grado la influencia que ejerce determinada corriente, y en la Ciencia del Derecho advertimos la presencia de la diversidad. Ha sido notable en este rubro del saber, la polémica que surge del enfrentamiento de dos corrientes: el racionalismo y el empirismo. Cada tendencia, en uso de un método específico ha pretendido forjar la ciencia, sin recapacitar que en determinados casos es menester prestarse los instrumentos pues la naturaleza misma del objeto exige un cambio en el enfoque, o un doble enfoque sobre el mismo.

Dentro de la variedad de los planteamientos científicos, obedeciendo a la concepción filosófica que informa al objeto de la investigación, en lo que al Derecho se refiere, nos interesamos por hacer incursiones sobre dos teorías particularmente interesantes: aquella que considera al Derecho como norma jurídica, y la que lo identifica con la conducta. Kelsen y Cossio, son los máximos representantes de dichas tendencias, que se identifican genericamente con las Teorías Normativas y Existencialistas, respectivamente.

El normativismo sostiene que el objeto del derecho científico son las normas jurídicas. La norma es un concepto que encierra una idea; por eso Kelsen la define como "la expresión de la idea de que algo debe ocurrir, especialmente la de que un individuo debe conducirse de cierto modo" (1). Esta idea es la que esencialmente utilizan todas -

(1) H. Kelsen: "Teoría General del Derecho y del Estado", 2a. Ed. México, 1958, UNAM, pág. 42.

las disciplinas que se interesan de la conducta humana. La conducta deslindada del dominio de la causalidad y trasladada al ámbito de la imputación; del "ser" al "deber ser", de la naturaleza a la cultura. Esta es una de las razones que conducen a la contraposición conceptual entre norma y ley natural para la comprensión de las ideas. Y en este aspecto, ha sido el ilustre maestro de la Escuela de Viena que al estudiar la estructura lógica de las proposiciones causales e imputativas descubre, que el enlace o cópula determina la diferencia entre ambas. La idea que encierra la proposición causal es lógica y es real; esta correspondencia entre la realidad y el pensamiento que la capta, es lo que nutre al conocimiento científico; desde luego que el lenguaje empleado por la ciencia tiene que ser el adecuado pero no nos detendremos en mayores detalles. La ciencia natural viene a ser en un momento dado, una especie de reconstrucción de la realidad, y el descubrimiento de sus leyes puede anticipar las consecuencias, dados ciertos supuestos o condiciones. De ahí en adelante para lograr el dominio de la naturaleza no hay más que un paso. En cambio la proposición imputativa no describe lo que "es", sino lo que "debe ser". La norma no explica, ni se concibe para tal objeto, sino para aplicarse. La explicación de la conducta corresponde a ciencias que en modo alguno tienen carácter normativo, y esa es la razón por la que hacen uso de métodos empleados para las Ciencias Naturales; para el caso: la Criminología, que trata de explicar la génesis del delito, lo hace desde el punto de vista causal, porque sus contenidos, si bien pueden ser aprovechados por otras ciencias, inclusive por las ciencias normativas, no prescriben normas, si bien hacen recomendaciones, sobre todo en el capítulo de la Política Criminal.

Veamos como explica Kelsen la diferencia entre las proposiciones que integran las Ciencias Naturales y las Ciencias Normativas: "Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos... La fórmula del principio de causalidad es: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá", ejemplo: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de im-

putación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". Ejemplos: Si alguien os presta un servicio debéis agradecersele"; "El ladrón debe ser encarcelado". En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Además no interviene acto humano ni sobre humano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobre humanos" (1). Como se ve, la diferencia entre ambas proposiciones es radical. La dependencia que media entre el efecto y su causa en el orden natural es de "necesidad", y no puede ser de otro modo, pues si la causa que el pensamiento ha determinado como origen del resultado falla, no es, imponiéndose una revisión de los enunciados. En cambio, la proposición normativa, con ser hipotética no establece relación de necesidad entre sus extremos, sino de "posibilidad". Desde este punto de vista, la falla que puede establecerse entre las proposiciones normativas no denuncia error o ignorancia. Esto es así porque las proposiciones de las ciencias normativas no describen lo que es sino que se refieren a lo que debe ser. Las normas no explican sino se aplican; tal aserto no quita que en sí mismas tengan significación teórica al mismo tiempo que práctica. Ambas significaciones hacen del estudio del Derecho una ciencia; y una ciencia normativa, como cualquier otra, trabaja con proposiciones y conceptos; sin embargo, ya ha sido puesta en duda la calidad científica del Derecho, y no precisamente por lo que acaba de decirse, sino por la naturaleza integral de las proposiciones. Esta duda tiene como antecedente aquella exigencia que arranca desde Aristóteles y que el Renacimiento impuso como conditio del saber científico; esta condición consistía en la universalidad de los enunciados científicos, cuestión accesible a las nociones de la física matemática, y que pretendió absorber todo el conocimiento que presumiera de Ciencia. Luego, viene la demostración: ésta inunda el saber verdadero, el saber científico, con caracteres de legitimación. En medio de este debate el Derecho decía presente, pero resulta que ni presentaba carta de universalidad ni de demostración. Lo primero porque el Derecho se ofrecía singular y polifacéti-

(1) H. Kelsen: 1er. ob. cit., pág. 26.

co, variable en el tiempo y en el espacio, y por otra parte, sus proposiciones al enlazar como causa a una conducta y como efecto a otra, no era posible demostrar que la segunda era causa de la primera y por consiguiente se destrufa como contenido científico. Todo esto, coadyuvado por los instrumentos de la investigación, desembocaba en la conclusión de que el Derecho no podría constituirse como Ciencia. Sin embargo, el dato de la universalidad no es extraño al Derecho. En efecto, "los conceptos jurídicos genuinos o conceptos jurídicos en sentido estricto -a que se refiere Radbruch- gracias a los cuales se plasma en conceptos y puede ser manejado conceptualmente el contenido de las normas jurídicas", tienen que ser de validez universal", lo que vale tanto como decir que no pertenecen a un Derecho Positivo determinado y concreto, sino que valen para todo posible Derecho, en general (1). Y en cuanto a que las proposiciones jurídicas son indemostrables, tampoco le quita valor científico, pues ciertamente las normas jurídicas no prescriben verdad alguna, pues no se refieren a las cosas sino al "deber ser" humano en sus multiformes relaciones. De ahí que, en la proposición jurídica siempre figuren en cada uno de sus extremos - una acción, y es por eso también que no sea factible la demostración, pues, el contenido enunciado por la norma no es o existe porque así lo exprese, independientemente del dicho, como ocurre en la naturaleza, sino todo lo contrario, dada cierta acción, existe la posibilidad de que ocurra otra cierta acción en virtud de preverse a la primera como condición de la segunda en una proposición normativa. Esto no quita que la proposición normativa sea verificable.

No obstante lo que va dicho en abono de la tesis normativista, modernamente se pretende eliminar el concepto de norma, al mismo tiempo que se sustituye el concepto de causalidad, que informa a las Ciencias Naturales, por el concepto de "Campo", introducido por la física moderna, con el objeto de superar la dualidad entre "ser" y "deber ser", entre lo físico y lo metafísico. Este concepto hace referencia a las probabilidades que se deducen a través de las estadísticas obtenidas en el campo de la investigación experimental. En este sentido, las proposiciones de las Ciencias Naturales solo establecen, después

(1) G. Radbruch: ob. cit. pág. 11.

de la rigurosa observación, una relación de probabilidad entre los hechos que enlazan supuesta y consecuencialmente. En esta trayectoria encontramos a J. Guasp, B. Russel, y para sorpresa nuestra al mismo H. Kelsen cuando dice: "La ley de la naturaleza, no es sin embargo inviolable. Es posible que una ley natural tenga verdaderas excepciones. El enlace entre causa y efecto establecido en una ley natural descriptiva de la realidad física, tiene sólo el carácter de probabilidad, no el de necesidad absoluta pretendido por la vieja filosofía de la naturaleza". Y a continuación explica el nuevo concepto en los siguientes términos: "Si como resultado de la investigación empírica, dos fenómenos se consideran en relación de causa o efecto, y tal resultado se formula en una ley natural, no queda absolutamente excluido que un hecho pueda ocurrir en contradicción con esa ley, y constituya por tanto, una verdadera excepción de la misma. Si tal hecho queda establecido, entonces la formulación de la ley tiene que ser modificada de manera que el hecho nuevo corresponda a la nueva fórmula. Pero la conexión de causa a efecto establecida por ésta tiene solamente, como la antigua formulación, el carácter de probabilidad, no el de necesidad absoluta. Las excepciones a la ley no quedan excluidas" (1). Bajo este punto de vista, creemos, sin temor a equivocarnos, el conocimiento científico de la naturaleza se relativiza, pues la inseguridad de sus enunciados late a cada instante. Pero intuyo que con esta actitud, sólo ha querido evadirse un problema que verdaderamente atormenta al conocimiento científico cual es la posibilidad de lo metafísico que acompaña al hombre. La nueva concepción physicalista, que pretende remediar el impasse entre la causalidad y la imputación, entre el "ser" y el "deber ser" mediante el concepto de "campo" que traduce la idea de la "probabilidad" estadística y que acabamos de explicar, refiriéndose al derecho (tan violable como las leyes de la naturaleza), concluye que: "La ciencia del Derecho -expone Legaz y Lacambraha de ser, pues, el sistema de las posibilidades jurídicas, y precisamente cuando conozca las posibilidades jurídicas, estará en condiciones de entender las realidades por su comparación con el repertorio de lo posible". Y al mismo tiempo agrega: "Así, desde el punto de vista

(1) H. Kelsen: 2a. ob. cit, pág. 54.

de la ciencia moderna encuentra solución la dificultad primera que -veía Kirchmann para una ciencia del Derecho, a saber, el carácter individual del fenómeno jurídico -pues sólo habrá ciencia de lo universal-. Ahora, la perspectiva se invierte. Sólo lo individual es científicamente considerado, aun cuando se le contemple abstractamente: -pero es abstracción de lo individualizado y sólo existente en él" (1).

Honradamente creemos que esta posición no resuelve el problema que el ser humano ve pero que muy difícilmente traduce. Por nuestra parte reconocemos la impotencia que nos aflige al percatarnos del problema, al percibir su presencia, como la presencia de la irradiación solar, que, aun en la espesura de la noche delata su existencia en la penumbra. En efecto, hay en el hombre un sector en que se genera la sustracción de la voluntad de las leyes naturales, las que más bien no corresponden, porque en dicho sector se abandona, precisamente, la conexión causal al tropezarse con la vivencia de la entrega, de la negación o autodominio que patentiza nuestra libertad (2). Nos limitamos a plantear el problema, y desde ya anticipamos, que no es necesario recurrir al concepto de la probabilidad estadística, el cual inclusive, ya ha sido puesto en duda (3), y proponemos el de "posibilidad" y que más adelante explicaremos.

Antes de iniciar la exposición de los planteamientos antitéticos que la Teoría Ecológica del Derecho formula, queremos dejar sentado, que el normativismo concibe la existencia de un orden normativo, es -decir, de un sistema en el cual varios elementos -en este caso las -normas- guardan una relación, en el sentido que ya expusimos anteriormente (+). En términos generales, cabe preguntarse, como se concibe la integración del orden normativo. A tal pregunta, respondemos, que principalmente comprende dos grandes sectores, que por su lado integran también normas de naturaleza afín: el orden de la moral y el or-

(1) L. Legaz y Lacambra: ob. cit., pág. 236

(2) W. Dilthey: ob. cit. pág. 364.

(3) L. Legaz y Lacambra: ob. cit. pág. 235

(+) Véase pág. 2 concepto de "orden".

den del derecho (+) .

Pues bien, la teoría Ecológica del Derecho, constituyé en la actualidad una de las corrientes más atractivas dentro de la Filosofía del Derecho. No está demás destacar, que para el pensamiento filosófico representa uno de los aportes de nuestra América, y cuya influencia es cada vez más notable entre los filósofos jóvenes. La teoría Ecológica del Derecho nos interesa en el aspecto que concierne a la normatividad. Dicha teoría es, como explica Legaz y Lacambra: "una forma peculiar de aplicación de la filosofía existencial al Derecho" (1). Esta peculiaridad reside en el hecho de no constituir una pura aplicación del existencialismo, sino de un sistema complicado por la incidencia decisiva de la Lógica de Husserl y de la Teoría Pura del Derecho de H. Kelsen, constituyéndose esta última en uno de sus elementos; en este aspecto, la audacia de Cossio se patentiza cuando se refiere a la "autenticación" de la Teoría Pura, mediante la reducción de la misma a mera lógica jurídica.

La Teoría Ecológica elimina como objeto del conocimiento científico-jurídico la noción de norma jurídica. En efecto, para la ecología, el objeto del derecho no es la norma jurídica sino la conducta en interferencia intersubjetiva. El proceso que sigue para llegar a esta postura parte primero de la clasificación de los objetos en: objetos ideales, naturales, culturales y metafísicos, y segundo de la revisión del método para la aprehensión de los mismos (2). Los objetos ideales, expresa Cossio, son irreales y por consiguiente no tienen existencia en el tiempo ni en el espacio, y el método para la averiguación de los mismos es el racional deductivo, propio de la Lógica y la Matemática. Los objetos naturales son reales, tienen existencia en el tiempo y en el espacio, y el método para su investigación es el

(+) Se habla también de otros sectores normativos: la religión, las relaciones sociales o de la cortesía, y la Política. En este sentido se afirma la existencia de normas religiosas, de cortesía o trato social y de normas políticas.

(1) L. Legaz y Lacambra: ob. cit. pág. 180.

(2) C. Cossio: "La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad", 2a. Ed. Buenos Aires, 1964, Ed. Abeledo-Perrot, págs. 54 y ss.

empírico-deductivo. Los objetos culturales también tienen realidad, - existen en el tiempo y en el espacio, pero a diferencia de los dos anteriores, éstos son valiosos; su conocimiento reclama una intuición - sensible, a la vez que una intuición emocional; la primera para aprehender el substrato, y la segunda para aprehender el valor que encierra el sentido que da al primero; en este estado, Cossio introduce para la comprensión total de los objetos culturales el método empírico-dialéctico, y así se expresa: "En esta forma tenemos acceso a los objetos culturales puesto que su comprensión circula del substrato al sentido y viceversa, haciendo uno de tesis y otro de heterotesis" (1). Finalmente los objetos metafísicos tienen realidad pero no existen en el tiempo ni en el espacio, pero son valiosos.

A nuestro estudio interesa la ubicación del derecho que Cossio determina entre los objetos culturales. Desde este punto de vista, el derecho se integra por el substrato y el valor que le confiere sentido. La norma queda relegada a un segundo plano, pues careciendo de substrato y por ser neutra al valor, es sólo un objeto ideal. Lo existencial del derecho es la conducta humana en interferencia. Así se explica cómo la Teoría Ecológica pretende ignorar la norma por carecer de realidad. Ahora bien, para afirmar que el derecho es conducta y que es un objeto cultural, Cossio hace una distinción entre los objetos culturales señalando dos especies: a) aquellos que son producto de la conducta humana en los que por leve que sea se manifiesta la huella de la actividad que siempre se caracteriza por incorporar un sentido que delata la presencia de su valiosidad y b) la conducta misma del hombre como fuente generadora de sentido, es decir, de cultura, y que por ser la conducta misma denomina objeto ecológico (+). El derecho es entonces un objeto cultural ecológico.

Para llegar a la determinación de esta conducta que constituye la médula del Derecho, Cossio toma como punto de partida la libertad como deber ser existencial y desprecia la construcción ético-jurídica

(1) C. Cossio: ob. cit. pág. 79.

(+) En este sentido, las leyes escritas constituyen un objeto cultural, producto de la actividad humana, que por su objetivación constituyen objeto mundanal.

que proclama el racionalismo, y al mismo tiempo rechaza la tesis propuesta por el empirismo. Cossio arguye, contra el racionalismo, que el objeto del conocimiento jurídico no son las normas sino la conducta, porque las normas son conceptos con los que se piensa y conoce la conducta como verdadero objeto; las normas son objetos ideales de tipo lógico, razón por la que su conocimiento queda a la lógica jurídica (1); y contra el empirismo expresa: la conducta humana vista desde el ángulo jurídico (cultura) no constituye un tipo común de experiencia subordinada a la causalidad necesaria, sino que por el contrario, con figura una "experiencia de libertad donde la creación de algo exiologicamente original emerge en cada instante. Es por eso que la conducta como conducta, es decir, a la conducta en su libertad, no la podemos pensar como un ser, según es la pretensión del empirismo, sino como un deber ser existencial" (2).

Cossio continúa: Si el substrato del derecho es la conducta, y su valiosidad es lo que le confiere sentido, para la aprehensión del primer elemento "tomo un trozo cualquiera de conducta: sea el caso - que transporte este libro de un extremo a otro de esta mesa. Me atengo ahora a la intuición sensible de este dato" (3). ¿Qué es lo que - escueta y simplemente hay, encuentro o percibo? En este primer momento sensorialmente percibo la transportación del libro de un lado a - otro, y, el simple movimiento físico que es como la resultante de las fuerzas mecánicas que vencen la gravedad y la inercia. Lo percibido así, a secas, no es otra cosa que la naturaleza. Pero es posible otra intuición sensible del mismo dato, enriquecido con un nuevo elemento, y lo expresa así: "Considero ahora la traslación del libro no en mi - bruto y mero hacer, sino en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado con lo que omito (4). En este sentido, hay o concurre en cada "hacer" un elemento positivo y otro negativo: el primero, que traduce la acción misma, y el segundo, que traduce la

(1) C. Cossio: ob. cit. pág. 50; también en "Teoría de la Verdad Jurídica", Buenos Aires, 1955, Ed. Losada, pág. 27.

(2) Ibidem. pág. 51; también 2a. ob. cit. pág. 48.

(3) Ibid. pág. 78.

(4) Ibid. pág. 79.

omisión que implica el primer elemento: "La conducta -afirma Cossio- va produciendo omisiones a la par de la acción que ejecuta". Y concluye: "Mi hacer es ahora un poder hacer con su irrenunciable e inmanente referencia a un ego, es decir, es libertad en presencia" (1). En esta ampliación de lo intuido, conéctase el hacer con el no hacer, - pues, aun cuando pueden hacerse muchas cosas en un instante dado, todo lo que se hace implica un no hacer de todo lo que se omite, de manera que, desde este ángulo, el hacer es un poder en sentido positivo y un no poder hacer, en sentido negativo, pues que no puede hacerse todo a un sólo movimiento. Este poder, conduce, pues, a lo factible, - y por eso dice Cossio entre paréntesis: "y más exactamente, un deber ser existencial". En este proceso -agrega Cossio- aun es posible - otra intuición sensorial del mismo dato del ejemplo, en cuanto también es libertad: "Como la existencia humana es coexistencial, considero ahora la transportación del libre en cuanto que, en cada instante, eso que hago va coordinado e integrado al hecho de que un tercero me lo impide o no me lo impide" (2). En este sentido, el hacer, que primero intuimos como mero hacer, luego como un poder hacer, es plenariamente aprehendido como una hacer compartido entre el sujeto que ejecuta el hacer y el sujeto que ejecuta (al mismo tiempo) el no hacer y que se traduce como un hacer único. En esto estriba, según Cossio, la esencia del derecho cuando dice: "Esta nueva aprehensión es la consideración óptica de la conducta como tal en su interferencia interferencia intersubjetiva de acciones posibles, que la constituye en el objeto del conocimiento jurídico cuando, sobre tal base, quiere concebirla conceptualmente. Y así queda deslindo intuitivamente el ámbito total del Derecho para diferenciarlo de todo lo que fuere ajurídico" (3). Más adelante agrega: "El fenómeno de conjunto que el jurista considera está constituido por la participación que -ambas personas han tenido en él, dando por resultado una conducta única aunque compartida" (4). Se advierte, en el proceso que se ha se-

(1) C. Cossio *loc. cit.* pág. 79

(2) *Ibid.*, pág. 80

(3) C. Cossio: 2a. *ob. cit.*, pág. 80

(4) *Ibid.*, pág. 81

guido, que en la segunda fase, la situación se percibe con un sujeto, mientras que en la fase final aparece la presencia de otro, y sólo cuando éste concurre puede aprehenderse la conducta en interferencia que integra al derecho como un hacer compartido, mientras que cuando el otro no concurre, lógicamente no hay interferencia intersubjetiva de conductas, pero, subsiste la libertad como poder hacer en interferencia subjetiva de acciones posibles, que "constituyen el objeto del conocimiento moral cuando sobre tal base y en dependencia dialéctica, quiero concebirla conceptualmente" (1). De esta manera Cossio asegura haber aprehendido la esencia del derecho y de la moral sin recurrir a la noción de norma de que se vale el normativismo; y el derecho y la moral son confirmados como fenómenos sociales con realidad co-existencial y no sólo existencial.

El interés teórico del derecho es legitimado por esta tesis en cuanto considera a toda acción humana como permitida o como impedida, de manera que, frente a situaciones que encierren acciones de esa índole, el jurista ha de sentirse frente a lo propio y ha de saber con certeza que le incumbe, independientemente de la norma. Cabe preguntarse, qué papel designa la Teoría Ecológica a la norma jurídica, después de demostrar su irrelevancia y su desintegración del ente jurídico? Cossio designa a la norma jurídica como un concepto y como tal, la ubica dentro de los objetos ideales. Si la norma jurídica es sólo un concepto, la utilidad que tiene se reduce a la de un mero instrumento del conocimiento jurídico. De ahí que, la ciencia jurídica "es ciencia normativa porque conoce su objeto mediante normas; no porque suministra normas ni tampoco porque conoce normas" (2).

Para Cossio, la ciencia jurídica siempre ha sido una ciencia de objetos ideales porque ha sido una ciencia de conceptos. La norma jurídica en cuanto concepto no tiene otro papel que el de mediación entre la realidad jurídica y su conocimiento al mentar o significar la conducta que es el verdadero objeto de la ciencia jurídica (3). Si pa

(1) C. Cossio 2a. ob. cit. pág. 79

(2) Ibid., pág. 20

(3) Ibidem

ra algo sirve efectivamente la norma jurídica es, no para descifrar - qué es derecho sino para especificar alguna de sus modalidades, En efecto, si el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva, fe nomenológicamente, es libertad en presencia. Pero este concepto que - identifica al derecho lo tipifica in genere, sin embargo, la conducta siempre se concretiza de algún modo. Las modalidades que asume el derecho son cuatro según el caso: conducta-facultad, conducta-prestación, conducta-entuerto y conducta-sanción. Estas especies -dice Cossio- "Se fundan en la estructura de la norma" (1). De manera que: "lo que el ju rista no puede saber sin la norma es si esa conducta, con ser Derecho, es facultad, prestación, entuerto o sanción. Como estos conceptos son variables de la estructura lógica de la norma, sólo pueden determinarse a posteriori de acuerdo a lo que la misma norma diga en concreto" - (2). En tal virtud, el jurista podrá saber, qué es derecho al descubrir sensorialmente que tiene ante sí una conducta en interferencia in tersubjetiva, pero no sabrá de inmediato, sino por un proceso cognositivo, cómo es dicha conducta. En este aspecto es que la norma juega su papel mediador e identificativo. Gráficamente puede exponerse lo dicho de la manera siguiente:

Sujeto.....intuición.....objeto aprehendido (conducta).

Sujeto pensante..pensamiento-norma-concepto..objeto mentado (conducta)

Hay algo más, para Cossio, la norma no obstante reconocer su estructura lógica (3), para identificarla con el concepto, identifica al juicio con el concepto, es decir, que para Cossio, es lo mismo nombrar que juzgar, y así lo expresa: "siempre es posible convertir un nombre en un juicio y viceversa, manteniéndose la misma referencia objetiva". Así cuando digo "esta luz es roja", digo lo mismo al decir "esta luz ro ja", en cuanto que el mismo objeto está mentado en ambos casos como lo mismo. Allí nombró y aquí juzgo pero lo nombrado y lo juzgado son en realidad una misma cosa" (4) Luego agrega: "Exactamente igual situación se encuentra en el campo normativo. Si la norma expresa: "el in-

(1) C. Cossio: 2a. ob. cit. pág. 138

(2) Ibid., pág. 139

(3) Ibid., pág. 131

(4) Ibid., pág. 105

quilino debe pagar su alquiler, conservar la cosa en buen estado, etc", que dice, sino eso mismo, el simple sustantivo normativo inquilino? - (1) y más adelante concluye que, el análisis fenomenológico demuestra con claridad, que la norma "tiene una mismidad significativa de naturaleza conceptual" al evidenciarse que norma es pensar, significar y mentar; que la mismidad intuita, es decir, la conducta puede superponerse como "lo mismo" a la mismidad significativa o conceptual de las normas (2). Sin embargo reconoce: "la ciencia jurídica, como toda ciencia, es un conocimiento conceptual, resulta comprensible que el conocimiento del Derecho requiere el conocimiento de las normas. Según nuestra manera de ver éste es el único medio de tener un conocimiento científico" (3). Pero se cuida de aclarar "esto no quiere decir que el objeto conocido sean las normas mismas o que baste el conocimiento de las normas para tener por adquirido el conocimiento del Derecho" - (4).

La Teoría Ecológica del Derecho constituye en el pensamiento jurídico actual, un punto de vista crítico que trata de superar el antagonismo entre el racionalismo y el empirismo, según palabras del mismo Cossio, cuando señala la antinomia que presentan las dos corrientes, en cita a Ross: "Contra la tesis racionalista, el empirismo dice con razón que la validez de la norma como Derecho es relativa a ciertos fenómenos históricos relevantes. Y contra la tesis empirista, el racionalismo dice con razón que los fenómenos históricos relevantes son relativos a la validez de la norma como Derecho (5). Y más adelante, cuando señala el carácter secundario de la norma jurídica, al asignarle como única utilidad el papel mediador en la identificación de la conducta en su ser genérico y en su modalidad específica -como facultad, prestación, entuerto y sanción-, y después de indicar: lo.) la dualidad que incorpora la misma norma -en su "ser" del juicio y en su "ser" de la norma- y 2o.) la integración de la norma, como pensamien-

(1) C. Cossio: 2a. ob. cit. pág. 105

(2) Ibid pág. 110

(3) Idem

(4) Idem

(5) Ibid pag. 41

to, a la conducta misma, concluye: "Lo decisivo de esta solución egológica es que ella pulveriza la antinomia de Ross entre hecho y norma. La Teoría Egológica resulta ser, con esto, la única concepción jurídica que sabe qué hacer con las normas y qué hacer con la conducta, sin hacer perder su normatividad a las primeras ni hacer perder su efectividad a la segunda. Ambas cosas se ubican con unidad en la mismidad de la conducta, desde que se ha visto que la conducta jurídica se integra con el conocimiento de sí misma y que es normativa la naturaleza de este pensamiento".(1).

Como se comprende Cossio en un principio degrada la norma, al designarle un papel de simple mediación, como la que desempeña todo concepto en relación al objeto y al sujeto; pero él mismo reconoce que además la norma funge no ya como simple concepto, sino como algo que va hacia la estructura del ente jurídico.

Si como hemos visto, la Teoría Egológica representa un punto de vista crítico dentro del pensamiento jurídico, nos corresponde ahora dentro de nuestras posibilidades recabar las críticas que a la misma se formulan y agregar de nuestra parte las que sean pertinentes. Para tal objeto tomemos como punto de partida, que la Teoría egológica del derecho encarna un tipo de existencialismo, y sabemos que para dicha filosofía, el Derecho queda situado o comprendido dentro de la categoría de la inautenticidad, de lo que no es ni está, o sea, de lo que no existe realmente. De esta manera, el derecho siempre ha sido visto peyorativamente por la filosofía existencialista, como confirma Legaz y Lacambra en cita a Jaspers y transcribimos: "en Jaspers se encuentran también condenaciones bastante explícitas del Derecho. Sus normas son "muertas y mecánicas", repiten siempre lo mismo y sólo expresan la calculabilidad del obrar. El Derecho es sólo la regulación aplicable a la "sociedad de masas". Pero su fijeza, su previsibilidad y seguridad apartan al hombre de la existencia.... El Derecho es tanto más inauténtico desde el punto de vista existencial, cuanto más perfectamente se ajusta su funcionamiento a las exigencias de la moderna sociedad de masas. En cambio, se acercaría más a la autenticidad, -- existencial cuanto menos perfecto fuera como Derecho, o sea, cuanto -

(1) C. Cossio: 2a. ob. cit. pág. 139

más se guiase por lo excepcional y lo anormal" (1). Desde este punto de vista, la Teoría egológica del Derecho descubre fenomenológicamente, la médula o esencia del derecho como algo que existe porque es y está allí en la conducta en interferencia, como esencia humana y por ello existencialmente. Y es que, no toda filosofía existencial debe necesariamente condenar la inexistencia o irrealidad existencial del derecho. Cossio, pues, logra desde su punto de vista, redimir al derecho al autenticar su esencia; autenticación que estriba en el hecho de identificarlo con un elemento (la conducta) que existe en nosotros mismos y que por ello es existencial. De lo dicho se infiere, que la eliminación o desintegración de la norma del ente jurídico, no obedece a un simple capricho ni mucho menos. Sin embargo, conviene destacar que la desnormativación del ente jurídico no es ni puede ser absoluta, y esta relatividad indica que el papel de la norma, pese a la crítica existencialista, es decisivo para la conformación del derecho.

Con todo, la Teoría egológica del derecho ha sido criticada desde diversos ángulos en cada uno de los sectores que desarrolla. Por nuestra parte limitaremos al enfoque crítico a dos sectores: el ontológico y el lógico. Para este fin, recabaremos la información que tengamos al alcance, que por cierto es limitada, y trataremos de ampliar en lo posible los planteamientos.

Ya expusimos, cómo Cossio desnormativiza el ser del derecho, al captarlo sensorialmente sin tener que recurrir a la noción de NORMA, tomando como punto de partida al simple dato intuitivo, que enriquecido por el proceso fenomenológico concluye con la aprehensión de la conducta en su ser libertad y su ser derecho (+).

A este respecto, el doctor José Salvador Guandique, critica a Cossio cuando éste afirma, que, la intuición sensible, en el segundo momento del proceso, conduce a la aprehensión de la "libertad en presencia", sin percatarse o sin advertir qué pronto se opera el paso de la naturaleza a la cultura, sin que tal paso sea en efecto objeto de aprehensión por los sentidos. Dice Guandique: "En esta fase del proceso tenemos una acción ética y la libertad en presencia, que apareció de -

(1) L. Legaz y Lacambra: ob. cit. pág. 174

(+) Véase pág 16 y s.s.

de repente, no es más que la libertad ética" (1). Esto significa que se llega a la libertad en presencia "no por la vía intuitiva que pregona Cossio sino recurriendo a un pre-concepto ético"... Guandique insiste: "Estamos ante la libertad ética" (2). De manera que para evidenciar la "libertad en presencia" de que nos habla Cossio, es menester una noción previa de la misma. Y continuando el proceso, cuando Cossio declara que el "hacer nuestro único" es en lo jurídico un "hacer compartido en cuanto existe la interferencia intersubjetiva, Guandique arguye: - "Esa coexistencia que crea un hacer único -sin discutir su vaga y compleja estructura- no sería posible sin la Norma Jurídica". Es decir, que en ambos casos, tanto cuando se trata de la libertad ética como de la libertad jurídica, el preconcepto existe, pues "la libertad en presencia no se entiende sin una norma". Podría sostenerse que lo anterior lejos de contrariar la tesis egológica la confirma, pues Cossio da a la norma dicho papel: proveer al entendimiento de la libertad - cuando la identifica en su ser específico; pero Guandique no se ha referido a esto sino al hecho de que no puede hablarse de "libertad en presencia" sin la idea de la norma que funciona o puede funcionar ética o jurídicamente; tal aserto lo confirma cuando dice: "Libertad en presencia.... Preguntamos en presencia de quién. Si no hay más que un sujeto, un ego, como le place decir a Cossio, esa libertad moral está acompañada de una norma moral que en virtud de esa misma libertad, puede el hombre cumplir o no cumplir. En el segundo momento -el cual analizamos- la norma se precisa claramente, pues sin ella ese hacer nuestro único llevaría al caos. En el primer caso cuando hablé, para evitar referirse a la norma ética, de libertad en presencia, la norma es ética o moral. En el segundo momento es norma jurídica. De manera que no se explica que Cossio concluya: Así queda deslindado intuitivamente, el ámbito total del Derecho sin haber recurrido a ninguna norma" (3).

La crítica tiene por fundamento la imposibilidad de saber qué es derecho si prescindimos de la norma, o sea, la norma no sólo sirve pa-

(1) J. Salvador Guandique: "Proyecciones", 1a. ed., San Salvador Ministerio de Cultura. pág. 200

(2) Ibid. pág. 201

(3) Ibid., pág. 202

ra identificar la especie sino también el género, ya que la intuición por sí sola es ineficaz. En otras palabras: si de algo afirmamos que es derecho, no puede ignorarse la presencia de una norma. Guandique, sobre este aspecto, concluye: "los juristas que parten de la norma defienden una posición más segura que Cossio".

Otros partidarios del normativismo como J. Caamaño Martínez y E. García Maynez, han criticado la Teoría egológica desde diversos puntos de vista. El primero de los citados, sostiene contra Cossio, que el derecho no es simple conducta, sino norma reguladora de la conducta. Esta, sin referencia alguna a una norma será un objeto sociológico pero en ningún momento un objeto jurídico en estricto. (1). El segundo expone que si bien es cierto la conducta es el objeto de las normas jurídicas, esto no identifica al derecho con la conducta, pues una cosa son las normas que constituyen el objeto principal del conocimiento jurídico, y otra muy diversa, la conducta como objeto a que se refieren las primeras: "En otras palabras, el que la conducta sea objeto de las normas del derecho no prueba que esas normas no sean objeto del conocimiento jurídico, menos aún, que el objeto de tal conocimiento sea exclusivamente de la conducta (2).

Por otra parte W. Goldschmidt, ha puesto en duda, y con razón, la identidad de la intuición sensible en que Cossio fundamenta la aprehensión del derecho; cuando al analizar el procedimiento que sigue Cossio, y que ya expusimos en páginas anteriores, señala que después de haber delimitado el objeto, como primer momento del proceso, entra en juego la intuición del objeto ya delimitado a través de la intuición eidética a fin de descubrir la esencia del mismo; para el caso, la conducta en su bruto y mero hacer es el objeto delimitado. Pregunta Goldschmidt; ¿Es esta intuición transmitida por los sentidos, es decir, una intuición sensible? Cossio parece pensar que sí. Lo dudamos" (3), Y luego agrega: "Ya en la moral no advertimos nuestras posibles accio-

-
- (1) J. Caamaño Martínez: "La Libertad Jurídica", la. ed. Barcelona 1957, ed. Boch. pág. 84
- (2) E. García Maynez: "Lógica del Juicio Jurídico", México 1955. Fondo de Cultura Económica pág. 24
- (3) W. Goldschmidt: "Conducta y Norma", Buenos Aires 1955, Librería Jurídica. pág. 31.

nes y omisiones en interferencia subjetiva mediante intuición sensible, tal vez con algo que pudiera denominarse "intuición psíquica (introspección) en la cual también radica nuestra insobornable convicción de libertad. Menos todavía percibimos las omisiones ajenas que interfieren con nuestras conductas, con intuición sensible". Recordamos que "la libertad en presencia" como género de la conducta que integra al derecho en su ser, supone siempre a dos personas cuyas conductas interfieren intersubjetivamente, al traducir la conducta como un hacer compartido (+). Pues bien, en el plano de la moral, en que el "poder hacer" resulta del mismo sujeto frente así mismo, no es posible decir - Goldschmidt, percibir las omisiones sensorialmente (1), y en el plano del derecho, no puede negarse que jurídicamente interfieran la conducta de un niño abandonado en Buenos Aires con la de su madre en Alaska. Y concluye: "si se quiere conservar a la intuición de lo jurídico un interés práctico, hay que echar mano a normas jurídicas o morales o del uso. La captación de la conducta humana en su libertad no se realiza mediante una intuición sensorial sino por medio de la comprensión que posee un carácter complejo (2).

La objeción anterior pone en evidencia la ineficacia de la intuición sensible para que por sí sola capte la esencia del derecho. Goldschmidt, no obstante ser partidario de la Teoría egológica señala otra discrepancia en el análisis crítico lógico del imperativismo. Para Cossio, siempre es posible reducir a concepto el juicio y viceversa, o sea, de "S es P", puede pasarse a "SP". En el plano del juicio, esto es posible, no así, para el imperativo. Hasta aquí -y ello es lo esencial, dice Goldschmidt- Cossio tiene toda la razón. Pero agrega que, no puede adherirse a lo dicho, si por el contrario, pretendiéndose dar a entender que a esta ley lógica corresponde una ley lingüística, según la cual en cualquier idioma positivo, un juicio, a diferencia del imperativo, es substantivizable. Finalmente, Goldschmidt afirma: "un substantivo puede en abstracto tanto connotar un juicio, como una nor-

(+). Véase pág. 16

(1) W. Goldschmidt: ob. cit. pág. 32

(2) Idem.

ma, como un imperativo" (1). Precisamente lo contrario de lo que sostiene Cossio, y para quien el imperativo no es ni puede tener la forma del juicio, y por consiguiente la norma no es ni puede ser un imperativo porque se formaliza en juicio. Esto tiene por base que la concepción egológica identifica al derecho con la conducta, y siendo así -dice Goldschmidt- las normas que sólo son instrumentos del pensamiento (y no Derecho) pueden utilizarse para la cognición de aquella (la conducta), no pudiendo ser utilizados para el mismo objeto. En caso contrario, la consecuencia sería admitir con el racionalismo que el Derecho es un conjunto de normas(2). Sin embargo Goldschmidt introduce la posibilidad de coordinar el imperativo a la teoría de Cossio, para lo cual distingue entre el imperativo como "ente lógico" y el "acto de ordenar". Bajo esta distinción, el imperativo como ente lógico no puede ser Derecho pero permite el conocimiento del mismo, y por otra parte, el hecho de dar órdenes constituye una conducta en interferencia intersubjetiva, que puede consistir especialmente en dar o cumplir órdenes (Derecho Legislado), y en dar ejemplo sin haber recibido órdenes (Derecho Consuetudinario) (3). En este aspecto Goldschmidt pretende haber corregido a la Teoría egológica.

De todo lo que va expuesto, nos atrevemos a esbozar nuestro humilde criterio en tan intrincada problemática. Considero que el derecho es siempre algo más que una norma jurídica (pensamiento) y algo más que conducta en interferencia intersubjetiva (existencia). Decimos lo anterior sin dejarnos arrastrar por ninguna de las dos corrientes que aquí se han enfocado. En efecto, nuestra sospecha se funda en la dirección que cada una sigue; el normativismo, según se verá adelante, no tiene otra alternativa que asirse del elemento positivo hacia el cual se proyecta la norma, pues de lo contrario el derecho sólo podría ser pensado pero jamás se realizaría; la egología, por su lado, admite, y si bien es cierto asigna a la norma un papel secundario, la utilidad de las normas para la identificación del derecho en su carácter específico, pues si la conducta en interferencia intersubjetiva por sí sola de

(1) W. Goldschmidt; ob. cit. pág. 45, llamada de pág. 79

(2) Ibid., pág. 47

(3) Ibid., pág. 48

lata la presencia del derecho, es impotente para determinarlo en su especie: facultad, prestación entuerto o sanción. Desde este punto de vista, creemos que la norma como pensamiento y la conducta como realidad existencial en cualquiera de sus especies, tienen que integrar el ser del Derecho sin prelación alguna. Se dirá que nuestra posición lejos de resolver complica el problema, pero lo cierto es que no somos nosotros los que complicamos la investigación, sino por el contrario, es el objeto el que se nos ofrece complicado. Quien pretende identificar al derecho con las normas o con la conducta en interferencia intersubjetiva, conocerá un aspecto del "ser", pero no lo captará plenariamente. Alguien ha dicho ya, y con cierta razón, que la realidad es en gran parte alógica, irracional y que por eso un seco racionalismo no es satisfactorio, al mismo tiempo que reconoce que la realidad es también, en parte, lógica, y en tal sentido no puede prescindirse del logos.

Nuestro punto de vista, lejos de condenar reconoce el esfuerzo del normativismo y de la Teoría egológica. Creemos que mucho depara el futuro sobre ambas posiciones; ya el mismo Goldschmidt, que se muestra partidario de la egología en muchos aspectos, admite que la captación de la conducta humana en su libertad no se logra a través de una intuición sensible sino a través de un complicado proceso cognositivo (+). Esto es así, porque el ser mismo del derecho se nos ofrece complejo, pues no sólo es norma ni sólo es conducta. La integración se opera de la norma a la conducta y de ésta a aquélla. Ambos son factores de terminantes, ni uno ni otro puede ser ignorado, sin que se corra el riesgo de verse en la necesidad de volver sobre el elemento desintegrado del ente jurídico. Para quienes la idea anterior resulte desprovista, preguntamos: ¿Qué será de una conducta en interferencia intersubjetiva sin norma que la delimite? y ¿Qué será de una norma jurídica sin conducta en interferencia intersubjetiva que la vitalice?.

Por otra parte, Cossío ha sostenido contra el historicismo jurídico, que la conducta en su ser derecho, no es ni puede ser un dato histórico, pues siendo libertad en presencia, este "no proviene desde", sino que "irrumpe en". Efectivamente, la historia para la cien-

(+) Véase pág.24 y siguientes.

cia, sólo es pasado, Cabe preguntarse respecto a las normas ¿son del pasado o son del presente? En mi criterio, una norma jamás puede referirse al pasado sin forzar sus extremos, porque la conducta en interferencia intersubjetiva a que se refiere, se integra al esquema normativo al instante mismo de su realización, y la norma, en tanto no se realice la conducta correspondiente "permanece en" y "desde" solo en cuanto a partir de su presencia, pero en modo alguno como cosa del pasado. La historia sólo se ocupa de lo que fue: la norma solo impropiamente puede afirmarse que ha sido, y su potencialidad en el tiempo cuando es, delata su presencia. La integración del Derecho siempre opera en el presente, pero la norma en sí representa una idea que late a cada instante, dotada de una realidad sui generis, sin que pueda afirmarse ántojadizamente que tal concepción descompone la unidad ontológica del derecho, y que acepta la yuxtaposición del pensamiento y los hechos. Si somos consecuentes puede advertirse que la ciencia toda, - aún las ciencias naturales, tienen que verificar una escisión que en modo alguno pretende distorcionar la realidad existencial, pero si viabilizar la inteligencia del fenómeno. En efecto, las leyes naturales tal cual existen en la realidad constituyen una unidad inescindible más que por el pensamiento; los hechos naturales no existen sino en proceso o estado dinámico, de suerte que lo que llamamos un hecho resulta ser realmente un proceso, y si un hecho debe causar otro es necesario que ambos sean contiguos en el tiempo, de lo contrario habría la posibilidad de que se introduzca un elemento que impida el resultado, de ahí que, la causa y el efecto deben ser y son en realidad, procesos temporalmente contiguos; de esta manera, Russell concluye: "que es muy difícil creer respecto a las leyes físicas, que la primera parte de la proposición que se refiere al proceso-causa pueda influir en el afecto, en tanto la última parte del proceso-causa permanezca invariable" (1). De lo anterior inferimos que en todo hay unidad y a lo más que puede llegar el pensamiento es a inmovilizar el proceso por abstracción, de ahí, también, que sólo convencionalmente y para la inteligencia del hecho puede concebirse al mismo fenómeno en estado de

(1) B. Russel: "Análisis del Espíritu, Buenos Aires 1962, ed. Paidós pág. 102.

reposo, sin que tal situación se de nunca en la realidad, sino en el entendimiento. En el Derecho, también es posible concebir al fenómeno jurídico en estado de reposo, pero de una manera especial, pues aquí no opera la causalidad sino la imputación; sin embargo el derecho no se detiene, pues la realidad se impregna a cada instante del elemento jurídico, y en ese proceso no hay límite de tiempo. De manera que, así como el científico naturalista fija el fenómeno a través de las leyes, así también el jurista tiene que fijarlo en normas cuando del derecho se trate. La diferencia entre uno y otro sector de la realidad, estriba en que la naturaleza se traduce en su "ser", - en cambio, el derecho en su "deber ser", sin que tal implique sustrarse a la realidad, pues a ella se dirige al mismo tiempo con la finalidad de constituirse derecho en el presente y de proyectarse hacia el futuro, siempre en espera de su integración plenaria.

En esto radica la positividad de la norma. Volveremos sobre este asunto en el tema de la Validez y Eficacia del Derecho, pero antes queremos esclarecer, que una cosa es el "deber ser" positivo de la norma como mera cópula lógica sin referencia al valor, y otra la del "deber ser" axiológico a la que también apunta el derecho como objeto valioso.

Kelsen ha sostenido, que el estudio del derecho debe limitarse a la determinación del "ser" sin preguntarse cómo "debería ser", al mismo tiempo que critica toda referencia a valores porque se introduce un elemento ideológico, extraño a la naturaleza propia del derecho; no obstante, los partidarios de la Teoría egológica reconocen que no hay impedimento alguno para sostener que toda norma presupone siempre un juicio de valor que le confiere sentido, esto, porque el objeto que representa (conducta) es un objeto valioso, y aun en el caso extremo, de que algo puede no deber ser desde el punto de vista axiológico, por implicar un desvalor, puede sin embargo, ser al mismo tiempo un deber desde el punto de vista lógico, si está normativamente imputado (1). Recordemos que Kelsen se preocupa por la depuración conceptual del Derecho-ciencia, y para tal propósito toma como punto de partida la concepción de la moral como valor absoluto, censurando el influjo de

(1) E. R. Aftalión, F. G. Olano y J. Vilanova: ob. cit. pág. 111

ésta sobre la noción del Derecho. Recordemos también, la tendencia - que hubo de identificar al derecho con la justicia, hasta llegar al extremo de afirmar que sólo puede ser derecho el Derecho justo. Bajo esta corriente, las normas jurídicas no pueden ser otra cosa que juicios de valor; cuestión que ha sido esclarecida por Husserl en sus investigaciones, al determinar que la norma no es juicio de valor sino que lo presupone (1). De manera que la preocupación del jefe de la Escuela de Viena, tiene razón de ser para aquel tipo de concepción. Sin embargo, Kelsen identifica a la norma con el valor. Esto nos sorprende. Radbruch se enfrentó al mismo problema al plantearse la interrogante (2) que lo condujo a la distinción, entre el concepto y la idea del derecho, entre el ser y el valor del derecho (3). La distinción trae por consecuencia, inferir que el Derecho como objeto cultural es en sí mismo un objeto valioso pero no por encarnar valor alguno sino por su sentido hacia el valor.

Las normas presuponen un juicio de valor, y éste determina diversos tipos de valoración en dirección al valor a que tiende la norma.

-
- (1) C. Cossio: 1er. ob. cit., pág. 741: "las breves consideraciones de Husserl sobre este punto han hecho cosa juzgada. Por ej.: - la norma "todo guerrero debe ser valiente", no se entiende sino sobre la base del juicio: "todo guerrero valiente es un buen guerrero". Este último es un juicio de valor porque acá se predica del sujeto de la proposición, una calidad valiosa expresada en adjetivo panaxiológico "bueno". Pero la norma simplemente enuncia, como debiendo ser, una conducta; o mejor dicho, simplemente representa una conducta en su deber "ser". H. Kelsen: en su Teoría Pura, sostiene, a nuestro entender erróneamente lo contrario, "Como ya lo expresamos más arriba una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor" Teoría Pura del Derecho. pág. 104.
- (2) G. Radbruch: ob. cit. pág. 28 y sig. ¿Hasta qué punto -y en aparente contradicción con el dualismo metodológico -es el sentido la idea de valor de una relación de vida existente, un factor decisivo, determinante, en cuanto al derecho justo?.
- (3) Ibid., pág. 47 y sig.: "El Derecho es un fenómeno cultural; el concepto del Derecho, es, por consiguiente, un concepto cultural. Ahora bien, los conceptos culturales no son ni conceptos axiológicos ni puros conceptos ontológicos. Son más bien conceptos que se refieren al valor".

Por ejemplo, habíamos adelantado que el normativismo concibe dos gran des sistemas: el orden de la moral y el orden del derecho, sin ignorar la existencia de otros sistemas entre los que destaca el orden de la religión. Cada sistema se integra por normas de naturaleza afín, y cada una presupone un juicio de valor en la forma que se ha explicado, de manera que podría hablarse de un sistema de valores: santidad, bondad y justicia. Cada una delimita el juicio de valor que presupone la norma religiosa, moral o jurídica.

Antes de concluir esta parte del trabajo, queremos referirnos a la ya tradicional contraposición que se plantea entre el orden jurídico positivo y el Derecho Natural, como expresiones que tratan de plasmar las ideas de lo imperfecto y de lo perfecto del derecho, respectivamente. La extensión de la literatura alrededor del llamado Derecho Natural parece ilimitada, basta recordar que fue inaugurada A. de C. por Sófocles el príncipe de la Tragedia griega al enfrentarse a Kreón -como titular de las leyes positivas- y a Antígona, que cree en la existencia de leyes anteriores y superiores a las leyes vigentes. La pugna se desarrolla en torno a la validez de ambos derechos. El Derecho Natural, según se concibe, se integra por principios normativos intrínsecamente justos, y por consiguiente, válidos por sí mismos; el Derecho Positivo se compone de normas cuya validez depende del proceso de formación acorde a los principios fundamentales, independientemente de sus contenidos. Los partidarios del Derecho Natural alegan la superioridad de éste y pretenden enjuiciar al Derecho Positivo como un sistema imperfecto. En cambio, los positivistas niegan la existencia del Derecho Natural, razón por la cual los juristas, generalmente, lo ven con desprecio, no así los filósofos que lo consideran desde un punto de vista crítico. El Derecho Natural así concebido, no puede sino señalarse en estado inorgánico y consecuentemente, capaz de cubrir todas las situaciones posibles, sin más limitaciones que la misma razón humana. No obstante, dentro de los ius-naturalistas hay diversas corrientes, inclusive una que concibe la posibilidad de un Derecho Natural Positivo.

Por nuestra parte, creemos no en la existencia de un Derecho Natural (Positivo) pero sí en la necesidad de un tipo de juicio crítico sobre el Derecho Positivo, cualquiera sea el nombre que se le

asigne al sistema de dichos juicios.

2) Validez y Eficacia del Derecho. Su carácter normativo y coercible.

Este tema, y los dos subsiguientes, nos interesan por la discusión que origina la idea estática y dinámica del Derecho; por la distinción que introduce el normativismo entre las normas y los hechos, que resulta ser un problema del positivismo jurídico como lo hace ver la Escuela Ecológica del Derecho.

Tomamos como punto de partida a Kelsen, para quien el Derecho es un conjunto de normas que tienen la unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema (1). Cada norma constituye un elemento del sistema u orden jurídico, con la peculiaridad de poseer una estructura lógica-hipotética. Bajo este punto de vista, la norma jurídica que de por sí constituye una unidad lógica, se compone de dos miembros que se expresan en la fórmula: "Si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C". De aquí se infiere que la norma jurídica además de hipotética es coactiva. Estos dos miembros entrañan, de acuerdo con Kelsen, la presencia de una norma primaria y de una norma secundaria, correspondiendo a la primera la relación que se establece entre el ilícito y la sanción, y que jamás puede faltar para constituir una verdadera norma jurídica; a la segunda corresponde prescribir la conducta que debe observarse para no ser objeto de la sanción. Este puede faltar en la formulación expresa de la norma y de ahí la posibilidad de que hayan proposiciones jurídicas completas e incompletas. Es lo que ocurre generalmente en las leyes penales, al establecer únicamente la relación típica de un hecho con una sanción. En efecto, en la ley penal no encontramos el enunciado normativo: "no matar", pero sí la descripción típica del ilícito y la pena. Otro tanto ocurre en las leyes civiles cuando por ej. describen las diversas clases de contratos y establecen para el caso de incumplimiento la acción para demandar la ejecución forzada. (2).

(1) H. Kelsen: 2a. ob. cit. pág. 3

(2) H. Kelsen: la. ob. cit. pag. 76 y sig.

Veamos seguidamente, qué significado encierran los conceptos de validez y eficacia del Derecho. Para Kelsen, la validez de una norma jurídica no es otra cosa que el modo peculiar de su existencia: "Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos" (1). Esta relación es precisamente el origen de agudas críticas que se formularon a la teoría normativista, especialmente de parte de la Escuela Ecológica. Sobre esto volveremos adelante.

Kelsen fundamenta la validez o existencia de una norma jurídica en una norma fundamental o norma constitucional que constituye la base del sistema jurídico; y partiendo del supuesto de que dicha norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que está subordinado. La validez de las normas jurídicas legitima su fuerza obligatoria frente a los sujetos cuya conducta regula; validez que se genera por la conformidad entre las normas que integran el sistema y la norma constitucional. En este sentido, la conformidad de una norma puede ser calificada de dos maneras: por ser conforme al procedimiento prescrito en la Constitución, o validez formal, y por ser conforme al principio contenido en las normas fundamentales o validez material. En cambio, la eficacia de la norma jurídica descansa en otro aspecto: "Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas (2). La conformidad de una conducta con la norma jurídica, puede establecerse en el miembro secundario y por ser acorde a la prescripción normativa - despeja al ilícito y por consecuencia despeja también la aplicación de sanciones; por el contrario, si la conducta no se conforma a dicha prescripción, puede ante la infracción o ilícito, aplicarse una pena. Esta posibilidad constituye un deber jurídico para el órgano encargado de administrar justicia. El hecho de haberse infringido la norma en un primer momento, en modo alguno afecta a su existencia o validez, que continúa vigente en el tiempo y en el espacio; lo que afecta es la eficacia. Frente al entuerto, la norma prescribe aplicar una san-

(1) H. Kelsen: la. ob. cit. pág. 35

(2) Ibid. pág. 25

ción, y aquí también concurren las posibilidades de infracciones que afectarían por igual a la eficacia de la norma.

No obstante, Kelsen reconoce cierta relación-entre la validez y la eficacia de la norma al aceptar que: "un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar en cierta medida de acuerdo con la realidad". La validez o existencia de la norma ya no depende absolutamente de su conformidad con la norma fundamental, sino en cierto modo de su eficacia. Este es el problema - a que se enfrenta el positivismo normativista, pues trasluce la ingerencia del "ser" y el "deber ser". Ambas categorías se excluyen lógicamente pero interfieren cuando hablamos de la positividad de la norma jurídica.

Los partidarios de la egología se han percatado de este problema y han atacado al normativismo desde diversos ángulos. Cossio por ejemplo, ha señalado, que hablar de un Derecho Positivo constituye una redundancia, pues no se concibe la existencia de un Derecho sin positividad; al mismo tiempo él y sus seguidores han censurado como una *contradictio in adjectio* la distinción que se hace entre hecho y norma jurídica y hacen el siguiente análisis: "Para las doctrinas dogmáticas, formalistas, todavía dominantes, el tema de la positividad representa un callejón sin salida, una aporía quizá la más formidable que afronta el pensamiento iusfilosófico. Esta aporía se instaure sobre los siguientes supuestos, aceptados por la doctrina sin mayor discusión crítica: 1) oposición entre hecho (hecho en bruto, efectividad, conducta real, positiva, efectivo ser) y norma (logos, sentido, validez, deber ser); 2) en relación a dicha oposición, ubicación del derecho en el plano de la norma, es decir, definición del derecho como norma; 3) admisión incuestionada -aunque contradictoria con los puntos 1 y 2- de que al jurista le interesa el derecho "positivo", que es su objeto propio de estudio". Y luego añaden: "El último supuesto hace que se deslice necesariamente en el objeto de la ciencia jurídica -como no podría menos que ocurrir- una nota de afectivo hecho, de efectividad, de efectivo ser, de realidad, que da por tierra con los otros dos referidos supuestos (con la tajante separación entre hecho y norma y con la definición del derecho como norma") (1).

(1) E. R. Aftalión, F. García Olano y J. Vilanova: ob. cit. pág. 202 y ss.; C. Cossio: 2a. ob. cit. pág. 120 y ss.

Ante esas críticas, los partidarios de la egología plantean la siguiente solución: "1) El derecho es la conducta (no la norma; 2) el derecho es un objeto cultural; 3) como objeto cultural que es, la conducta no puede ser concebida como un hecho en bruto sino, siempre, como un hecho con sentido; 4) la norma es la representación conceptual de la conducta; 5) como toda representación conceptual, la norma puede representar adecuadamente la conducta en su sentido (y entonces es verdadera) o puede representar erradamente la conducta (y entonces es falsa" (1). Sobre los primeros cuatro puntos omitimos comentar para evitar repeticiones inútiles, recordando que nuestra tesis si bien no se identifica plenamente con ninguna de las teorías en pugna, tampoco las rechaza, pero si consideramos oportuno, hacer al último planteamiento algunas observaciones, pues tal como ha sido formulado se presta a confusiones. En efecto, la representación conceptual de la norma jurídica en ningún caso puede tener como contenido enunciaciones falsas o veraces. Las normas jurídicas no enuncian verdad alguna, tampoco se refieren a un objeto ideal o irrealizable, precisamente porque se refieren a una posibilidad son normas, y si el juicio que contienen no establece verdad alguna, tampoco puede afirmarse de ellas una falsedad. La falsedad o veracidad de los enunciados es propio de las proposiciones que nutren las Ciencias Naturales, y aun aquí según se ha visto, se acepta ya la erradicación del concepto de causalidad por el de la probabilidad estadística (+). De otro modo, ¿Cómo se explicaría el caso de normas jurídicas que en un momento histórico prescriben el deber en determinado sentido, y más tarde, con el correr del tiempo varíe dicha prescripción? No se dirá que en un primer momento la norma representaba falsamente la conducta por error u otro accidente, y que por el contrario, en la actualidad enuncia una verdad, en virtud de una rectificación; y ¿si mañana hay una reforma? Por eso insistimos: la norma jurídica establece un deber ser independientemente de la verdad o falsedad que quiera atribuirse a su enunciado. (++)

Ahora bien, la verificación de una norma jurídica entre el enunciado y la realidad que constituye su elemento vital, puede demostrar una coincidencia ya en lo positivo, ya en lo negativo de las normas, es

(1) E. R. Aftalión, F. G. Clano y J. Vilanova: ob. cit. pág. 205

(+) Véase pág. 11 y ss.

(++) Véase H. Kelsen: 2a. ob. cit. pág. 129.

decir, puede ser acorde al enunciado del miembro secundario que despeja al ilícito, o puede afectarla acomodándose al enunciado del miembro primario, es decir, con el ilícito que acredita la aplicación de sanciones. En ambos casos no es dable hablar de verdad o falsedad, sino de eficacia o ineficacia.

Tal vez cabría hablar de verdadera o errónea representación conceptual, cuando la norma es analizada desde un punto de vista estimativo, refiriéndonos a la justicia o injusticia que entraña, cuestión ésta que no desconocen los autores del planteamiento (+), pero el hecho de que efectivamente haya discrepancia entre el "deber ser" lógico-imputativo y el "deber ser" axiológico en cuanto al fondo, no implica falsedad en el sentido común y corriente del término. Podría atacarse de errónea o injusta apreciación a la representación conceptual que discrepa con el juicio de valor que presupone toda norma jurídica, pero de ahí no pasaremos a afirmar que el enunciado normativo constituye una mentira, sino que es y existe, muy a pesar de posibles injusticias. Que nuestro deber (desde el punto de vista moral) es analizar la representación conceptual desde el punto de vista axiológico, para que el Derecho constituya un orden de la justicia, al servicio del bien común, que nos aproxime a la idea de perfección que se atribuye al llamado Derecho Natural. Luchar para que ésta, sea efectivamente un "deber ser" existencial, aliado del "deber ser" axiológico en todo lo que vale, ha de ser nuestra inspiración ahora y siempre. La norma jurídica, bien entendida, constituye esa posibilidad. Mal entendida, sólo representa un instrumento de opresión que amerita su inconsistencia frente a la realidad, y a un cuando el proceso sea lento, el signo de la ineficacia conducirá a su inexistencia o desintegración.

Ahora bien, cuando nosotros hablamos de la posibilidad que entraña la norma jurídica, en modo alguno eludimos la idea de probabilidad estadística de que hablamos antes. Esta toma como punto de partida un sin número de casos que constituyen la base o sustentación del principio, empleando un proceso experimental que aliado de la observación extrae, ante la constancia de los resultados, la idea de lo probable al concurrir ciertas circunstancias. No es difícil advertir

(+) Véase pág. 29

que dicho método es más propio de la investigación natural que de la normativa. En ésta no es posible experimentar, pero la observación no es ajena ni extraña al jurista, al legislador, ni aun al filósofo, precisamente para no perderse en lucubraciones infructuosas. Cuando hablamos de la posibilidad de la norma jurídica en la vida real y efectiva, nos referimos a priori a la posible concreción de sus prescripciones independientemente de su efectividad.

Entonces la eficacia o ineficacia de la norma jurídica es coordinable con la idea de la posibilidad, supuesta que sea su existencia o validez. Así, por ejemplo, hay una norma jurídica que prohíbe el robo o causar la muerte a otra persona. Mientras dicha prescripción sea observada, no habrá robo ni muerte ocasionada, y podemos afirmar su eficacia y su carácter normativo. Si dicha norma no se cumple porque concurre la comisión de esos delitos, la prohibición ha sido ineficaz, pero el carácter normativo subsiste pues la norma permanece vigente no obstante haberse desatendido en innumerables casos. Para que la ineficacia de una norma afecte a la existencia, aquélla debe ser absoluta.

Frente a la ineficacia de la norma en un primer momento, entra en juego el aparato coactivo del Estado. En efecto, lo que caracteriza al derecho es la coacción canalizada por un sistema de sanciones que aplica un determinado organismo. Para Kelsen no existe a este respecto duda alguna. Esta es la razón, por la que determina como norma primaria, al miembro que relaciona al entuerto con una sanción. Cuando ésta falta, técnicamente no puede afirmarse la existencia de una norma jurídica; será una especie de norma o recomendación, pues desprovista de la fuerza coactiva no encuentra diferencia con la moral. Para nosotros, ante la ocurrencia del entuerto, surge de inmediato una posibilidad más: el ejercicio de la coacción, y preferimos hablar de dicha posibilidad porque puede faltar. Esta posibilidad es conceptualmente conocida como la coercibilidad. En este sentido, la norma jurídica es coercible, carácter que le acompaña en toda circunstancia jurídica.

3) Composición del orden Jurídico Positivo. La Jerarquía de las Normas según H. Kelsen.

La idea del orden jurídico como un sistema de normas, ha sido perfeccionada por Kelsen. Este sistema tiene la particularidad de constituir: 1) un orden cerrado o hermético, y 2) un orden jerárquico. En cuanto a lo primero, la relación que entre sí guarden las normas jurídicas es a un mismo nivel, cubriendo toda situación jurídica posible sin vacíos o lagunas. Respecto a lo segundo, significa que las normas jurídicas tienen cierta jerarquía en orden ascendente y descendente. Como base del sistema, están las normas fundamentales o normas constitucionales; en el plano subsiguiente, las normas secundarias: leyes, decretos, y reglamentos; y finalmente, en un tercer plano figuran las normas jurídicas individuales.

La jerarquía que media entre un plano y otro, consiste en esencia, en la dependencia o referencia que debe guardar cada norma inferior respecto a las normas superiores; de esta manera la norma individual, que constituye uno de los extremos del sistema, deberá coordinarse con su inmediata norma secundaria (ley, decreto o reglamento), que por su parte, ha de referirse a la norma fundamental, como un eslabón intermedio entre ésta y aquella. Este planteamiento tienen la virtud de mostrar al Derecho en situación estática o inerte. En realidad, el derecho visto como simple norma no conduce a otra idea.

La norma fundamental tiene dos atributos: señalar el procedimiento para la formación del derecho (como norma) y determinar el contenido del mismo. Si la validez o existencia de una norma tiene como supuesto la concordancia que debe guardar respecto a la norma fundamental, tanto en sentido formal como en lo material ¿qué pasa cuando dicha norma se aparta de ambos requisitos? Kelsen parece forzado a romper con su hermetismo lógico pues acepta -ante la dura realidad- la validez o existencia de dichas normas hasta en tanto un determinado órgano decida la nulidad, de lo contrario ¿cómo podría hablarse de una norma inconstitucional vigente? (1). En todo caso, la norma defectuosa ya en sentido formal o material, se incorpore, aun

(1) H. Kelsen: la. ob. cit. pág. 156

con apariencia de validez, al sistema jurídico.

Como aquí, sólo nos interesa destacar el aspecto estático del De recho, en cuanto ordenamiento de la conducta, podemos concluir que el derecho aparece como un programa o proyecto esquemático, sin vida y por consiguiente inanimado. ¿Cómo es que el derecho adquiere dinamis mo? Trataré de explicarlo en las siguientes líneas:

4) Las Fuentes del Derecho.

Sobre la idea de las fuentes del derecho existe una inmensa lite ratura. No es propósito del presente tema abordar los diversos crite- rios, pero si tocar aquellos que tienen relación con las teorías que aquí nos interesa destacar.

La teoría kelseniana, fiel a su hermetismo lógico, y congruente a su construcción, ha esbozado la idea de las fuentes del derecho en conexión a la fuente de validez o existencia del mismo. Por eso ante pusimos la visión estática del derecho, concebido como un sistema de normas; aquí, nos corresponde detallar cómo se genera y adquiere dina mismo dicho ordenamiento. Con este criterio, la norma jurídica supe- rior o norma jurídica fundamental constituye la fuente de todo el sis- tema en orden descendente, hasta la concreción misma del derecho en una norma individualizada. En este sentido, la fuente del derecho no representa una entidad diversa al mismo, sino una mismidad? Aquí sur- ge la concepción dinámica del derecho que se traduce en creación por aplicación de la norma jurídica, al descenderse por la escala jerár- quica, así: las normas jurídicas secundarias: leyes, decretos y regla- mentos, son creados en virtud de la aplicación de las normas fundamen- tales o normas generadoras del sistema; las normas jurídicas indivi- duales, tienen igual que las anteriores, referencia en las normas se- cundarias y su creación resulta por aplicación de dichas normas; y si como se ha dicho, la legislación secundaria sólo constituye un esla- bón más que canaliza el desarrollo de las normas fundamentales, la - fase final de dicho desarrollo adquiere efectividad mediante la indivi- dualización del derecho a través de las normas jurídicas individuales. Así concibe Kelsen el dinamismo del Derecho, no sin antes reconocer algo verdaderamente interesante: que tanto las leyes y las normas ju-

rídicas consuetudinarias son producto semielaborados, cuya conclusión depende de las decisiones particulares y de la ejecución de éstas (+)(1)

Recordemos una vez más, que la Teoría del Derecho elaborada por Kelsen, tiene por objeto purificar los conceptos jurídicos, para integrar definitivamente una verdadera y autónoma ciencia jurídica, pues antes, el derecho parecía diluirse en conceptos preparados para otras ciencias. Esto no significa que debemos adherirnos así porque sí a la tesis kelseniana, pero merece tenerse presente este propósito en cada una de sus conclusiones.

Por otra parte, el problema de la costumbre jurídica como fuente de derecho, ha sido abordado por Kelsen con criterio racionalista; en principio afirma que la costumbre sólo puede constituir derecho si la norma fundamental así lo establece, empero, como suele ocurrir, las normas constitucionales, generalmente no la refieren, tiene que cubrir el vacío, concibiendo al lado de la constitución escrita la constitución no escrita, ante la realidad de existir efectivamente una costumbre generadora de derecho a nivel secundario, que sólo encuentra apoyo en esta constitución. En tal sentido coordina el principio de legitimidad en cuanto la ley regula su propia creación, y el derecho consuetudinario hace lo propio (2).

La Escuela Ecológica del Derecho no conforme con semejante criterio, reitera la crítica al encontrar otra discrepancia entre racionalistas y empiristas al advertir la presencia de la antinomia entre hecho y norma. Sobre este aspecto ya tratamos en páginas anteriores. Veamos por ahora la crítica que formula C. Cossio a la visión estática y dinámica del derecho expuesta por Kelsen.

(+) Tradicionalmente ha reinado la ambigüedad sobre el concepto de fuente del derecho, sobre todo se ha destacado la tendencia sociológica del mismo; para obviar la presión que ejerce dicha tendencia y coordinarla con el sentido estrictamente jurídico que debe tener, se ha ideado la concepción de las fuentes formales y fuentes materiales del derecho. Corresponde a la primera la generación de las normas por un procedimiento determinado, independientemente de los contenidos, y a la segunda, los hechos que materialmente constituyen derecho independientemente de la forma en que se generan.

(1) H. Kelsen: 2a. ob. cit., pág. 159.

(2) Ibid. pág. 149.

La egología inicia su enfoque sobre la relatividad de los conceptos creación y aplicación del derecho. Para Kelsen, el desenvolvimiento de las normas se traduce en creación de derecho por aplicación del mismo (1). En este sentido, el derecho en situación estática es el sistema de normas, y en situación dinámica el conjunto de actos ejecutores del mismo. Bajo esta concepción, la pirámide jurídica determina gráficamente el proceso de concretización del derecho, al mismo tiempo que conduce a la individualización de las normas para la procesación definitiva del derecho. En cada escala de la pirámide jurídica, Kelsen determina la existencia de una nueva norma, si bien acepta que dicha norma representa una proyección concreta de la que le precede. Para Cossio, la situación es distinta: censura de ingenua la concepción estática del derecho, pero acepta la dinámica (2), al mismo tiempo que introduce la siguiente observación: "esta descripción kelseniana -refiriéndose a la concepción dinámica- se ha cumplido reclamando un elemento espurio a la Lógica, a saber: un acto de creación normativa cada vez que se pasa de una grada de normas a otra inferior..." y añade: "Es evidente que el acto creador de un órgano es un objeto de una región óptica diferente de la región lógica de las significaciones creadas. Lo correcto de la descripción kelseniana es que proyecta la lógica normativa como la lógica de las decisiones de un protagonista, a diferencia de la lógica del ser que se proyecta como la lógica de las contemplaciones de un espectador" (+). Cossio imprime una nueva moda-

(1) H. Kelsen: la. ob. cit. pág. 41: "si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos..."

(2) C. Cossio: la. ob. cit. pág. 110 refiriéndose a Kelsen dice: "con evidente confusión, cree que ambas nociones -estática y dinámica- se refieren a la misma cosa -el Derecho-, aunque desde diferentes puntos de vista. No ve que, en un caso, habla de las normas, que son pensamientos; en tanto que, en el otro, habla de la conducta de los órganos, que son hechos reales. No ve que, con lo primero, se refiere a conceptos sin intuiciones; en tanto que, con lo segundo, se refiere a conceptos con sus correspondientes intuiciones impletivas, por lo cual solamente aquí se le ofrece un verdadero problema de conocimiento científico en el sentido de Kant y Husserl".

(+) Ibid., pág. 109. el jefe de la escuela egológica trata de destacar un elemento extraño a la lógica esquemática que se ocupa de la significación conceptual en cuanto fórmula del pensamiento para la accesibilidad del entendimiento, y no como pretende Kelsen, por vía de consecuencia la generación de un nuevo concepto del concepto base.

lidad a la dinámica del derecho, al explicar, consecuente con su teoría de la conceptualización de la ciencia jurídica, la utilidad de los conceptos, tematizada por la lógica en su valor esquemático, ya que la ciencia es sólo un modo de la vida, y siendo el conocimiento un modo efectivo de vida, estima la necesidad de destacar al mismo tiempo, el valor impletivo de los conceptos, o sea su conjunción con la situación concreta a que se refiere. Este carácter impletivo a la par del carácter significativo del concepto o norma jurídica, hace innecesario el desdoblamiento del mismo como significación y fuente generadora, pues se trata del mismo concepto en proceso de conjunción con la realidad que constituye el elemento vital para la integración de ésta con su pensamiento, sin tener por que recurrir a la relatividad conceptual de creación y aplicación del derecho. A esto agreguemos que si el concepto o norma jurídica se integra al ser mismo como conducta (+), es decir, se integra al hombre mismo como sujeto pensante, es irredarguible -sostiene Cossio-, que el valor esquemático del concepto normativo sea al propio tiempo su valor impletivo. Esto entraña la unidad del ser y por consiguiente, resulta superflua la dualidad esquemática (estática) e impletiva (dinámica) (1).

Ahora bien, Cossio acepta la visión dinámica del derecho, no porque Kelsen así la haya concebido, sino precisamente, porque todo hecho es en realidad un proceso, un fenómeno (2), pero si es del caso destacar una coincidencia de pensamientos entre ambos filósofos: el hecho de concebir el derecho siempre inacabado, es decir, como algo que requiere constantemente su integración, sin que la misma constituya una integración definitiva. La discordancia entre ambos pensadores está en la forma que el derecho se integra o constituye plenariamente: para Kelsen

(+) Véase pág. 19 y sig.

(1) C. Cossio: la. ob. cit. pág. 110

(2) Ibid., pág. 111 y s. : "Usando las expresiones metafóricas de Kelsen, ha de señalarse que el Derecho estaticamente considerado carece de toda existencia intrínseca y nadie dirá que lo ha podido encontrar concluso como cosa de experiencia con tan peregrino atributo; en cambio, el Derecho dinámicamente considerado se ofrece como actos humanos existentes en un proceso empírico que está en permanente prosecución, y por ello siempre inacabado". Véase pags.

el Derecho se constituye en norma como producto semi-elaborado es decir, inconcluso; por lo tanto la norma no es todo el derecho sino uno de sus extremos; para que este producto constituya plenamente Derecho, es necesario su aplicación hasta llegar a la individualización completa del derecho en los casos particulares atinentes y a la ejecución positiva de la norma en hechos: conducta. Para llegar a esta última etapa, que por cierto constituye la fase decisiva, Kelsen concibe un proceso de creación parcial en cada tramo de la pirámide jurídica. Cossio, en cambio, no admite que haya en cada tramo una especie de creación; acabamos de ver, cómo concibe la fórmula para descartar ese elemento extraño a la Lógica Jurídica y que Kelsen ha filtrado del sector ontico del Derecho al pensamiento. Para Cossio, pues, no hay realmente creación sino, que se trata de la misma norma jurídica superior mencionada, es decir, conceptualizada concretamente - porque sólo así se realiza la mención que contiene y en que precisamente consiste (1) .

La teoría de C. Cossio no se queda ahí, sino que aplicando la fenomenología en la visión dinámica del derecho, estudia la función individualizadora que el juez realiza al dictar sentencia. Pero en esta explicación, Cossio parece flaquear un poco, al admitir expresamente que el juez como sujeto pensante aparece inmerso en el derecho que aplica, limitado por el pensamiento normativo que le precede. En efecto, cuando expone la descripción fenomenológica de la sentencia, toma como punto de partida, el hecho según el cual, el juzgador adopta emocionalmente, un punto de vista sobre la justicia que ha de impartir en el caso que se le somete. Este punto de vista es la vivencia emocional sobre la justicia que experimenta el juez. Pero luego reconoce: "Sin embargo, como la conducta sentenciadora del juez se -

(1) C. Cossio: la. ob. cit. pág. 112: " la norma inferior no es un objeto diverso sólo mentado por la norma superior; la norma inferior es la concreción de la norma superior porque solamente así se realiza la mención que consiste precisamente en eso. Tal es la relatividad de la significación "aplicación-creación" del Derecho. Y en ello se ve que el valor esquemático de esta significación lógica concierne al valor impletivo que la misma significación puede suministrar".

integra con la norma individual que dicta y como esta norma individual es impletiva de la norma general que aplica, resulta visible que la vivencia del sentido emocional de justicia no nace libremente, sino que nace revestida con el pensamiento de la norma general que aplica" (1). Cabe preguntarle a Cossio: ¿Cómo puede sostenerse la fundamentación emocional de la justicia si ha ella precede y gobierna la norma? Por eso no parece congruente que Cossio agregue en seguida, que la sentencia -como expresión de la intencionalidad de la conciencia del juez -vaya revestida de pensamiento normativo en forma entrañable y originaria. No obstante Cossio concluye: "Si ese pensamiento normativo general, como ocurre en el Derecho Consuetudinario, es el de los usos jurídicos, la comprensión del juez será una comprensión usualmente emocional. Y si es el de las leyes, como ocurre en el derecho escrito, la comprensión del juez será una comprensión conceptualmente emocional, porque en este caso el pensamiento jurídico está dado por anticipado en forma de conceptos para el uso judicial (2). Por otra parte, la función jurisdiccional al concebirse como una función estrictamente jurídica, en cuanto constituye el eslabón final para la individualización del derecho, es parte integrante del mismo y no un agregado contingente o accesorio auxiliar; de ahí recibe sentido ontológico la máxima que impone al juez la obligación de resolver cualquier situación que se le plantee, no obstante deficiencia u oscuridad que notare en el ordenamiento jurídico, y de ahí también, que la administración de justicia no sea en realidad una simple administración, sino al mismo tiempo, creación jurídica desde todo punto de vista, pero con las limitaciones del pensamiento jurídico comunitario, pues la conducta humana no es aislada sino coexistencial, es decir, que el hecho de la convivencia obliga a entenderse con los demás, a lo cual el juez no hace excepción. (3) Se advierte como el

(1) C. Cossio: 1a. ob. cit. pág. 114. También en 2a. ob. cit. pág. 189 y ss. "El juez tiene que contar con las leyes y las leyes, por un lado, le están mentando e integrando el sentido del propio caso".

(2) Ibid., pág. 114

(3) Ibid., pág. 177

citado filósofo incurre en contradicciones: 1o.) al reconocer la limitación normativa o conceptual y 2o) al reconocer la actividad creadora y no simplemente impletiva del juez al sentenciar.

Más adelante, cuando tratemos la temática relativa a los problemas de la aplicación del derecho, volveremos sobre esto con mayor detenimiento. Por ahora sólo nos resta decir, que el problema de las fuentes del Derecho, es para unos el problema de la causación o motivación del derecho. Este problema, como hicimos ver anteriormente, da pauta para retomar el problema ontológico ya que el mismo Cossio, cuando nos habla de la fuerza de convicción como generadora de lo jurídico, reconoce que dicha fuerza "camina sobre dos piernas, el contenido axiológico y la estructura normativa" (1).

(1) C. Cossio: la. ob. cit. pág. 179

CAPITULO II

LA PLENITUD DEL ORDEN JURIDICO

Un tema cuyo debate se remonta a tiempos inmemoriales es el que pasamos a tratar; nos atrevemos a opinar que la problemática de la plenitud hermética del orden jurídico se actualiza especialmente al generalizarse el sistema de legislación, pues, si bien es cierto que el derecho consuetudinario también confronta el mismo problema, el régimen consuetudinario puede obviarlo con menor esfuerzo, ya que la costumbre manifiesta cierta flexibilidad, que relativamente al tiempo abre el camino a nuevas modalidades. En este caso, la función jurisdiccional ha sido siempre el vehículo mediante el cual el derecho se ha actualizado a nuevas situaciones, basta recordar que dicha función precede históricamente a la formulación de la ley. Pero cuando ésta se manifiesta con pretensiones de monopolizar toda la vida jurídica, surge de inmediato el problema de si la ley por si sola es capaz de cubrir satisfactoriamente todas las situaciones que la incontrollable vida humana es capaz de engendrar; cuando se patentiza la imperfección del sistema legal, se filtran so pretexto de ausencia u obscuridad de la ley, las corrientes del llamado derecho natural, y el problema pasa del plano positivo al de la especulación filosófica. Ya en este plano, el problema ha sido encausado tradicionalmente al sector de la axiología o estimativa jurídica; sin embargo hay una tendencia a ubicarlo precisamente en el sector ontológico, pues si el tribunal no puede en modo alguno abstenerse de juzgar, so pena de prevaricar, su resolución, en cuanquier sentido, tendrá el carácter de norma individualizada, cuya esencia es ser derecho.

Este problema de la plenitud del orden jurídico, no ha sido ajeno a los intereses, especialmente cuando se destaca que la función del juez se reduce exclusivamente a la aplicación de la ley, recuérdese: "dura lex sed lex". Empero, ninguna tendencia humana puede tener carácter definitivo; la contrapartida surge ahora o más tarde, en el error o en la verdad. Así por ejemplo, se configura la tendencia que trata de liberar al juez del total sometimiento a ley, no para violar

la, mediante el ejercicio arbitrario de la jurisdicción, sino para perfeccionarla completando sus vacíos. Esta tendencia ha sido adoptada por los filósofos de la llamada "Escuela del Derecho Libre", y aún cuando las críticas han demostrado los peligros que entraña, merece tenerse en cuenta por su valor antitético.

Ahora bien, las investigaciones realizadas nos demuestran con clara ventaja el predominio de la tesis que acepta la plenitud del orden jurídico. Nos preguntamos: si el orden jurídico no puede tener lagunas, la ley puede tenerlas? Es certera la distinción que se formula, a propósito de este problema, entre la ley y el derecho? Y si en efecto no hay lagunas, es acaso una contradicción del legislador el establecimiento de reglas que adjudiquen al juez la facultad de integrar los vacíos de la ley? Estas y otras interrogantes tendrán que ser abordadas; por ahora, limitaremos el espacio a la exposición resumida de los partidarios de una y otra tesis, sin otro afán que el de ilustrar el contenido de este trabajo, y el de aprovechar los puntos de vista que hemos de proyectar en los capítulos subsiguientes.

a) La Teoría de Hans Kelsen:

Sobre la plenitud del orden jurídico ha insistido especialmente Kelsen. El rigor lógico que imprime a su construcción no admite ni por excepción, concebir la posibilidad de confrontar, con criterio normativo, casos no previstos en el engranaje de la pirámide jurídica en cualquiera de sus compartimientos. En efecto, recordamos que para Kelsen toda norma jurídica ha de tener un punto de referencia ya en la norma fundamental, cuando se trata de las leyes o normas secundarias, ya en éstas cuando se trata de las normas individuales. De lo contrario, la existencia o validez de cualquiera de estas normas es sólo aparente, ya que se sujetan a un proceso de revisión, que para el caso de no tener dicha referencia, concluye con la declaratoria de inconstitucionalidad, cuando de las leyes se trata, o en la declaratoria de ilegalidad, casándose la resolución que carece de apoyo en la ley; de esta manera se logra conservar la uniformidad del orden jurídico. Por otra parte, Kelsen sostiene expresamente la plenitud pues toda situación es factible de resolver en base al derecho, por ejemplo, si partimos del hecho de que la facultad jurídica (o derecho subjeti-

vo) es el mismo derecho objetivo (o norma positiva), aquél cuya pretensión carece de norma que la sustente, no tiene ante sí sujeto de obligación, por consiguiente, tampoco hay deber jurídico correlativo, y en tal virtud la absolucíon se impone, y esta forma de resolver estaría acorde al derecho actual, pues si el legislador calla, no lo hace por ignorancia, sino por que ha considerado que tal situación pertenece a la esfera de lo permitido. Esta imprevisión, es sólo aparente, ya que la misma no deja de ser situación jurídica prevista tácita o implícitamente. Con este criterio, toda situación admite solución tomando en cuenta el derecho actual, y ningún sistema de normas jurídicas tendrá el problema de los vacíos o lagunas; lo que ocurre dice Kelsen: "es que la decisión lógicamente posible parece el órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuno e injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente" (1). Por lo tanto, el problema no es de la lógica jurídica, ya que ésta siempre conduce a la solución del caso que la realidad plantea, sino que es un problema -como antes habíamos dicho- de estimativa jurídica. Recordemos que la norma jurídica presupone siempre un juicio de valor, y que entre el deber ser imputativo y el deber ser axiológico puede surgir un conflicto, y es éste el que ha originado el problema de la plenitud hermética. Kelsen reafirma lo anterior cuando dice: "aca donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro derecho considerado mejor o más justo" (2). Pero de ahí no es posible asegurar lógicamente, que el caso planteado por la realidad no admita solución; aunque ésta choque a la conciencia del juzgador, su deber es aplicar el derecho legislado o consuetudinario, a efecto de no incorporar al orden jurídico un elemento extraño que rompa la uniformidad del mismo. En este sentido el derecho es pleno u omnicomprensivo. La idea de las lagunas o vacíos de la ley no es más que una ficción, que incluso erróneamente ha sido admitida e incorporada al sistema de normas jurídicas por el legislador al regular dicha posibi-

(1) H. Kelsen: la. ob. cit. pág. 173.

(2) Idem.

lidad.

A este respecto, es importante recordar que Kelsen ha introducido últimamente la distinción entre norma jurídica y regla de derecho: "La norma jurídica -afirma Kelsen- puede quedar contenida en muy diversos productos del proceso legislativo y expresarse lingüísticamente de maneras muy diversas (1). Con lo que quiere decir, que la norma jurídica se ofrece como un marco de posibles concretizaciones a través de las reglas de derecho, pues ésta no es más que la descripción que asume aquélla.

b) Otras teorías:

Sobre el problema de la plenitud hermética del orden jurídico, se han pronunciado otros pensadores, y más bien es a ellos a quienes se refiere el enunciado con que encabezamos este subtema. Aquí he de hacer ver al lector, que la carencia de fuentes directas ha sido uno de los principales problemas que he confrontado, y en gran parte, depende de la exposición de las referencias de los autores consultados.

Tenemos pues, además de Kelsen, una serie de pensadores que adoptan la actitud negativa de las lagunas en el derecho. Casi todos coinciden en que, la esfera de lo jurídicamente permitido está delimitada por los preceptos que establecen facultades y prohibiciones: así, por ejemplo Zitelmann dice: "en los casos en que se habla de lagunas, lo que en verdad ocurre es que falta en la ley, para determinados hechos, una regulación jurídica diversa de la establecida por la norma general. Lo que quiere expresarse con el giro suplir lagunas, es que el juez rompe esa norma, y resuelve tales hechos de acuerdo con un precepto nuevo, que casi siempre supone la aplicación extensiva de otro ya en vigor (2). En igual sentido J. Dualde (3) refiriéndose al mismo Zitelmann, Donati y Bergbohn las atribuye la conclusión siguiente: el derecho es un ordenamiento de la libertad jurídica; el derecho es limitación de la libertad, de ahí resulta que todo aquello

(1) H. Kelsen: 2a. ob. cit. pág. 52 y ss.

(2) E. García Maynez: Lógica del raciocinio jurídico, México 1964. Fondo de Cultura E. pág. 43.

(3) J. Dualde: Una revolución en la Lógica del Derecho. Barcelona 1923, Ed. Bosch.

que no esté expresamente prohibido está jurídicamente permitido.

Aparte de estos pensadores, hay otra corriente menos radical y que puede calificarse de ecléptica, como indica Torres Lacroze cuando se refiere a los que afirman que la ley si tiene o puede tener lagunas, no así el derecho cuya amplitud le coloca frente a aquélla en relación de género a especie (1). Entre estos encontramos a García Maynez, Helvig, etc.

Sobre estas teorías destaca indiscutiblemente el pensamiento de Carlos Cossio, al encarar el problema con criterio lógico y práctico. Por desdicha no contamos con su obra "La plenitud del Orden Jurídico y la Interpretación Judicial de la Ley", pero para el presente trabajo, es suficiente la versión con que contamos en las obras que citamos del connotado autor.

C. Cossio también es partidario de la plenitud hermética del orden jurídico; mucho habría que recorrer para llegar a la conclusión que adopta, pero trataré de exponer en resumen su pensamiento. Aprovechamos a este respecto, las explicaciones anteriores al tratar de la existencia del orden jurídico y de las fuentes del derecho. Como se recordará, el orden jurídico puede explicarse gráficamente como una pirámide formada por varios compartimientos, de los cuales destacan esencialmente en la vida del derecho los extremos: normas fundamentales y normas individuales. Pues bien, en ambos extremos existe verdadera creación jurídica, pero a nosotros nos interesa la parte que toca a las normas individuales, pues a través de ellas el derecho se concluye al verificarse, en nuestro criterio, la integración del ser existencial del derecho. Pues bien, la norma jurídica individual que provee el tribunal, tiene que tomar en consideración los hechos y la norma aplicable. Pero en la escogitación de la norma el juez verifica, primero la intuición de los hechos o conductas que constituyen el substracto; en seguida, por intuición emocional logra descifrar el sentido de la norma aplicable para refundir en un sólo ente substracto y sentido, tal cual es en realidad, pues no existen separadamente. Sobre este proceso en que se logran conjugar ambos elementos es seguro que volveremos, pero lo interesante es destacar que la norma legal escogida -

(1) F. T. Lacroze: Manual de Introducción al Derecho. B. Aires 1967. Ed. La Ley pág. 71.

para el caso, puede presentar el problema de la imprevisión, y sin embargo ser aplicable.

Trataré de exponer cómo explica Cossio el problema a que nos acabamos de referir. En primer lugar, ¿qué es para el autor citado un "caso jurídico"? A esto responde: "A priori sólo sabemos que es conjunto de circunstancias ocurridas" (1). Estas circunstancias ocurridas constituyen la unidad que integra la conducta. Estas circunstancias del caso, dice Cossio, pueden en su totalidad estar mencionadas en la ley, y entonces no hay problema para su aplicación, pero esto no siempre es así, es más, por lo general los casos de experiencia siempre contienen circunstancias no mentadas en la ley, pero las que figuran mentadas no por eso pierden su papel genérico y tipificador, sin embargo, tampoco las no mencionadas desaparecen, pues integran la unidad del hecho al que se subordinan en la tipificación estructurada por la ley. La cuestión fundamental radica en el hecho, de que el juez, al analizar las circunstancias del caso, escoge siempre un punto meridiano para formarse una idea en perspectiva que comprenda la totalidad del caso, y para tal efecto puede tomar bien una circunstancia mentada en la ley, bien una circunstancia no mentada, pues ambas configuran la unidad. El problema consistirá en determinar mejor dicha perspectiva.

Antes de continuar la explicación del proceso que sigue el juez ante los casos que se le presentan a su decisión, aclaremos que Cossio distingue entre sentencias regladas y sentencias facultativas.

Las primeras son aquellas en que la norma general y abstracta aplicable concurre sin distorsión alguna, y por ello mismo, la voluntad del juzgador aparece atrás de dicha norma. En este sentido, la valoración de la ley, que es valoración de las circunstancias que mienta y que coordina con el caso, parece rígida y específicamente predeterminada. En cambio, las segundas, son las sentencias en que la norma general y abstracta aplicable faculta al juez para decidir a su arbitrio entre varias posibilidades; son las normas de integración; en este caso, la voluntad del juzgador aparece, a simple vista, antes que la norma legal, sin embargo no es así, sino que siempre la norma antecede a la voluntad del juez. Lo interesante de las sentencias -

(1) C. Cossio: 2a. ob. cit. pág. 185

facultativas es que la imputación normativa aparece después de la elección de la circunstancia meridiana elegida, y no a priori, como en las sentencias regladas.

Bien, hecha esta aclaración continuamos el desarrollo del proceso, que no es un simple proceso de subsunción lógica, como tradicionalmente se ha explicado, sino un complicado método empírico-dialéctico. Decíamos que para la comprensión del caso, el juez toma un punto, es decir, una circunstancia que figura como eje de las demás y que permite asir el caso en su totalidad pero en perspectiva, es decir, sin mayores detalles. Este punto de referencia o esta circunstancia meridiana, puede ser una circunstancia mentada o no en la ley. Cuando ocurre lo primero, se hablará "de aplicación lisa y llana" de la ley. Pero en el segundo caso, se impone un distingo axiológico que determina -según Cossio- dos especies dentro de la significación lógica de la ley: a) se dirá que la ley no se refiere a los casos que contienen esta circunstancia o b) que la ley se refiere únicamente a dichos casos pero no a los de la otra especie, es decir, a los que no contienen aquella circunstancia, no obstante poder subsumirse lógicamente sin contradicción normativa. A este proceso dice Cossio, se le llama interpretación (1). Pues bien, lo que por el momento nos interesa mencionar es que el juzgador, aun en los casos en que elige una circunstancia no mentada en la ley, toma a ésta, pues el caso a resolver no pierde su carácter unitario. Pero la elección de la norma legal, para integrarla al sentido del caso como conducta, con el sentido de la norma, no obedece a un proceso científico, sino que por obedecer a una intuición emocional no permite hablar de un conocimiento científico, como ocurre en el primer momento del proceso, que versa sobre la referencia de la conducta a la ley.

Ahora bien, qué ocurre cuando no hay ajustamiento entre la conducta y la ley? Ocurre que el caso cuestionado no está referido en la norma de que se ha echado mano, sino en otra respecto de la cual se replantea el mismo proceso gnoseológico. Y a este respecto Cossio insiste: "Sin norma genérica para subsumir en ella el caso, no hay fuerza de convicción jurídica, pero no basta la norma genérica para -

(1) C. Cossio: 2a. ob. cit. pág. 193.

que la haya" (1). Por de pronto nos interesa la primera parte del enunciado, cuando se refiere a la posible vivencia de contradicción - que puede experimentar el juzgador, al confrontar el caso, la ley y el sentido de ambos. Cuando dicha vivencia se presenta, el juez no aplicará la ley. Pero el rechazo de una estructura legal, no faculta al juez para hacer lo que él desea, sino que necesariamente le hace caer en otra estructura legal dada de antemano por el ordenamiento jurídico. No hay pues, lagunas o espacios sin juricidad, y cada nueva estructura elegida por el juez replantea el mismo problema valorativo. El juez -afirma Cossio- no suple al legislador ni crea a su gusto la justicia o el orden que acaso pudiera desear pues solo se desplaza optando por estructuras creadas dentro de un todo cerrado, de modo que opera con el ordenamiento completo, vivenciando el sentido del mismo, que por su plenitud es un substracto objetivo. Por lo demás, concluye Cossio, bien se sabe que la última estructura del ordenamiento, es la del axioma ontológico "todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido (2).

c) Existencia de las Lagunas en la Ley.

No obstante cuanto se ha dicho acerca de la plenitud hermética del orden jurídico, aun persiste en el pensamiento de muchos filósofos la idea de que el legislador, no es lo suficientemente capaz de prever - todas las posibles situaciones jurídicas que la vida en sociedad puede plantear en el presente y en el futuro; es tal la fuerza de dicha idea, que el mismo legislador ha llegado a reconocer expresamente, que a falta de disposición aplicable será el juez quien decida la conformación del derecho para el caso imprevisto. Esta es la idea que informa nuestra legislación en diversas disposiciones legales, excepto en materia penal donde impera el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", como garantía inmanente de la libertad. A este respecto, cabe destacar que ninguna legislación como la suiza, ha llegado al extremo de reconocer de manera tan clara, el poder del juez para crear

(1) C. Cossio: 2a. ob. cit. pag. 193.

(2) Ibid. pág. 197 y s. y 242 y s.

la norma aplicable al caso que no ha sido regulado previamente (1). - Esta circunstancia de las llamadas lagunas de la ley, como dijimos anteriormente, ha cobrado actualidad a partir de las codificaciones, y a la labor integradora del juez se han opuesto desde diversos ángulos, - doctrinas de tinte político y puramente jurídicas. Las primeras toman como punto de partida, entre otras, la separación de funciones, de acuerdo a la cual, a la legislación, administración y jurisdicción corresponde de manera exclusiva: crear la ley, respecto a la primera, y aplicarla respecto a las otras dos: la administración cuando no existe controversia o conflicto; a la jurisdicción cuando concurren estos elementos. Bajo este criterio, la labor del juez se limita a la mera aplicación de la ley en los casos indicados, sin otra facultad que adaptar la conducta esquematizada en la norma jurídica a los hechos sobre que recae la controversia, de manera que en ningún momento puede ir más allá de lo preceptuado en el ordenamiento jurídico. Esta sumisión del juez frente al legislador tiene por base o fundamento la perfección de la ley.

Frente a ese principio que se erige como un dogma, el dogma de la perfección de la ley, de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo, el de la omnisapiencia del legislador, reacciona toda una generación de juristas que integran la llamada Escuela del Derecho Libre, - instaurada por Francisco Geny, y apoyada la falsedad en que se apoya el monopolio creador de Derecho, y por consiguiente, tratan de justificar la concurrencia de otros instrumentos creadores que tienen por finalidad adecuar la ley a las nuevas exigencias.

Ante la ausencia de un instrumento para que el derecho no quede a la saga de la vida social, como acontecía en la antigua Roma con el edicto del Pretor, Geny propugna por un método progresivo de interpretación, que supere al tradicional criterio de interpretación matemática, que se limita a un repensar, ni más ni menos, la idea del legisla

(1) El artículo 1o. del Código Suizo dice: "A falta de una disposición legal aplicable el juez debe juzgar de acuerdo al derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, de acuerdo a las reglas que él como legislador hubiese dictado".

dor (+). A estas tendencias se oponían los juristas de aquella época, fascinados tal vez por la monumental obra de la codificación, sin reparar que la vida social genera cada vez situaciones más complejas que vuelven nugatoria la aplicación de normas, que no tardarán en caer en desuso y en ocasionar un problema de integración del derecho. Demolombe y Buguet, creían en que el derecho se reducía a la ley, y que ésta siempre que fuera bien interpretada sería susceptible de aplicarse (1).

Para apoyar aun más su particular idea, Geny cita de Portalis interesantes pensamientos expuestos por el renombrado jurista en su célebre Discurso Preliminar al proyecto presentado para la codificación de las leyes civiles, en los que sostiene y reconoce la impotencia de la ley para cubrir todas las facetas de la vida: "Hágase lo que se quiera, jamás las leyes podrán reemplazar enteramente al uso de la razón natural en los negocios de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, el comercio entre los hombres tan activo, los intereses tan múltiples, sus relaciones tan extensas, que es imposible al legislador preverlos todo" (2) Y más adelante agrega: "Una multitud de cosas quedan por lo tanto, abandonadas al imperio de la costumbre, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces" (3).

(+) En esta idea, Geny toma apoyo en Ihering quien ya criticaba el exagerado valor que se atribuía al elemento lógico en la interpretación, sustituyéndolo por las ideas de fin o motivo de las instituciones y normas jurídicas.

(1) "La regla jurídica es clara, precisa, bien construida: basta un cuidadoso análisis del contenido, pesar sus términos y ponerlos en relación con los hechos. El mecanismo, sabiamente ordenado, funcionará en cierto modo por sí mismo; será entonces peligroso y contrario a su fin intentar ir demasiado lejos; y una de las máximas que sintetizan la prudencia, acumulada por generaciones de juristas, nos detendrá diciendo: cuando una ley es clara, no puede irse contra la letra, so pretexto de penetrar su espíritu". Francisco Geny: "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo", ed. REUS, S.A. Madrid 1925, 2a. ed. pág. 37.

(2) Francisco Geny: ob. cit. pág. 96.

(3) Idem.

De lo dicho inferimos, que Geny es el que ha sistematizado las ideas de aquellos que como Portalis, veían la imposibilidad o inconveniencia de reconocer a la ley como única fuente de derecho; y aun cuando el legislador puede vedar al juez, la facultad de conocer sobre cuestiones que carecen de apoyo en la ley, semejante situación no conduciría a otra cosa que a una verdadera denegación de justicia, si no fuera posible completar la ley, más que por un procedimiento de interpretación legislativa, coetánea y permanentemente, al lado del tribunal. Esto es lo que hizo Justiniano (1).

La solución está en dejar al juez en libertad para la investigación del caso y de la norma jurídica que debe aplicar; la libre investigación científica no es otra cosa que la investigación en torno a qué norma habría dictado el legislador en caso de haber pensado en el caso no previsto. No obstante, Geny reconoce el respeto que el juez debe mantener hacia la legislación, sin intentar nada que sobrepase aquella voluntad (2).

Sin embargo, Geny y todos los que como él han pensado, tienen que soportar las críticas de muchos juristas, que ven en su doctrina la infiltración de tendencias anarquizantes, que propician la insubordinación del juez a la ley, etc. A pesar de todo, la doctrina no puede pasar desapercibida, incluso por insignes maestros; C. Cossio, por ejemplo entra al análisis de dicha tendencia no sólo por un interés teórico en general, sino particularmente porque, como él mismo dice, no desea que se le identifique su Teoría con el Derecho Libre, ni siquiera por aproximación.

Cabe preguntarse, por qué le preocupa a Cossio la Teoría del Derecho Libre? Recordemos a este respecto, que para Cossio las normas jurídicas no son el derecho, las leyes no son más que pensamientos, cosas y objetos ideales, carentes de realidad y por consiguiente, su

(1) Francisco Geny: ob. cit. pág. 116.

(2) Francisco Geny: ob. cit. pág. 481: "Los jueces están encargados de aplicar la ley, o mejor de poner en acción el derecho sea expreso o latente. Si bien aquellos -los jueces- pueden crearlo para un asunto determinado. No están facultados para erigirle en precepto destinado a regir los casos posteriores".

utilidad se rebaja a la de mero instrumento para identificar al derecho; y sí, como se ha comentado por muchos, la Teoría del Derecho Libre, llevada a su mayor extremo también concluye por ignorar las leyes, por cuanto el derecho codificado no lo es todo, hay que aceptar que para esta corriente el derecho es algo más que la ley. Por otra parte, la Teoría Ecológica al identificar el derecho con la conducta en interferencia intersubjetiva, siempre que ésta se manifieste estará presente el derecho, independientemente de norma jurídica que la esquematiza, de donde podría deducirse, que esta teoría propugna por cierta libertad respecto a la ley.

Pero Cossio, después de desnormativizar el derecho, tiene que volver sobre sus pasos, precisamente, so pretexto de indentificar al derecho como facultad, prestación, entuerto y sanción. Y en cuanto a la función del juez como elemento del ordenamiento jurídico, que coadyuva a la individuación del derecho, declara que para tal labor, el juez debe tener el respaldo usual o conceptualmente emocional, es decir, el respaldo de las normas jurídicas consuetudinarias o legales, de otro modo a las sentencias faltaría fuerza de convicción. En esta circunstancia, el juez no obstante ser el dercho conducta en interferencia intersubjetiva, queda siempre atado a las leyes o a las costumbres vigentes, según el caso, pues aun cuando en el hecho se le presente una conducta que en su totalidad no está prevista en la ley ni en la costumbre, no obstante ser derecho, sin norma que determine su naturaleza específica: facultad, prestación, entuerto o sanción, el juez no podría pronunciarse por ninguno de estos atributos, porque no es libre. Esto viene a demostrar otro de los puntos discutibles de la Teoría Ecológica.

De nuestra parte pensamos, que toda actitud o posición dogmática conduce a situaciones irresolubles, cuando tal vez la realidad las exige: nos atrevemos a esbozar provisionalmente, que un criterio mixto en la elaboración del derecho puede salvar todos los problemas que confrontan los tribunales, frente a situaciones imprevistas por el legislador, amén de que como se ha tratado de demostrar, la labor del juez, no es de simple aplicación, sino también de creación de derecho; ahora bien, la creación de derecho por el juez debe tener como primera fuente la ley, pero esto no quiere decir que en otras circunstan--

cias sea la costumbre jurídica, los principios generales del derecho y la equidad, más aun si el legislador ha reconocido esta posibilidad. Es cierto que en última instancia, la casi totalidad de cuanto quiera hacerse valer como derecho, debe tener apoyo en la ley para que prospere como pretensión fundada, pero también es cierto, que en el Derecho moderno han surgido nuevas fuentes directas que no constituyen ni siquiera un residuo de la legislación, como ocurre en el Derecho del Trabajo, según veremos oportunamente.

Claro está que al esbozar la idea de un criterio mixto, no pretendemos reconocer en el tribunal un poder legislativo sino que, para el caso de confrontar situaciones dudosas o lagunas, el juez tenga la posibilidad de aceptar una demanda que aún sin apoyo en ley expresa, debetramitarse como si se tratara de un caso previsto. Este criterio parece ser el que informa a la mayoría de las legislaciones del mundo, inclusive la nuestra. El juez con buen uso, y no abuso del derecho tiene ante sí la facultad integradora del orden jurídico para que constituya un todo pleno.

Refuerza este punto de vista, el hecho de que las normas jurídicas permanecen de manera latente en las reglas jurídicas que constituyen la legislación; y si aceptamos esta distinción, hay que admitir que la forma de expresar dichas normas no siempre es feliz, luego entonces, hay que consultar la norma jurídica que inspira a la regla de derecho, labor específica del intérprete judicial. De otro modo no se explica la necesidad, muchas veces advertida por el legislador, de emitir la interpretación adecuada mediante otra regla, comunmente llamada interpretación auténtica.

El juez representa en definitiva el instrumento mediante el cual culmina el proceso de individualización de la ley; esto no significa que los particulares no puedan coadyuvar a la concretización del derecho por actos de voluntad, claro que sí; la celebración de un contrato, el cumplimiento de las obligaciones convencionales y aun legales, concluyen en definitiva dicho proceso; pero si tomamos la labor del juez, es porque las situaciones jurídicas particulares, que tienen por fuente la voluntad de las personas, pueden ser llevadas a conocimiento del juzgador, a efecto de resolver la existencia de un conflicto jurídico, y por otra parte, sólo la resolución del juez adquiere caracte-

res específicos de norma jurídica, a la que se agrega la perpetuidad e inflexibilidad a que conduce la cosa juzgada. El juez, por lo consiguiente, coadyuva y complementa la labor del legislador. Esta colaboración de la jurisdicción en la vida del derecho no es nueva; históricamente, señalábamos hace poco, surgió primero la función del juez y los precedentes, poco a poco fueron perfeccionándose hasta que se petrificaron en las primeras leyes. La ley de las doce tablas por ejemplo, representa entre los romanos, el primer intento para la determinación de una fuente segura de derecho (1). Sin entrar a mayores deta--

(1) E. Petit: Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Mac., México - 1961, pág. 38 "La ley de las Doce Tablas reglamento a la vez el derecho público y el derecho privado. Los romanos la consideraron como la fuente propia de su derecho. Es la ley, por excelencia, y todo lo que de ella deriva es calificado de legitimun". El derecho, como tratamos de demostrar en la primera parte de este trabajo, es si se quiere un mal pero es necesario; tanto que el derecho adquiere positividad, aún bajo la forma indiferenciada de norma; cuando es posible un tipo de vida social más o menos estable, la que no se hizo esperar mucho tiempo, según expresa Engels, lo que representa uno de los grandes progresos para reemplazar la carencia de poder defensivo. El Origen de la Familia. Edit. Claridad, 6a. Ed.; destacándose en esta época los mandatos majorum emanados de la autoridad materna, que aun cuando carecen de la fuerza y eficacia que la coercibilidad imprime son acatadas con gran respeto en virtud del elemento religioso que las caracteriza. Véase a este respecto Napoleón Rodríguez Ruiz: Elementos de Historia del Derecho", Publs. Fac. de Derecho, S.S., Tomo I, pág. 22 y ss. También M. Weber: "Economía y Sociedad, Sociología del Derecho, Tomo II pág. 35. La evolución y el crecimiento del grupo, son elementos determinantes para robustecer las normas incipientes, y a la par de este progreso van manifestándose las primeras infracciones. Este es un hecho por demás interesante, índice de haber adquirido conciencia de la obligatoriedad de las normas, pues sólo en este punto es posible afirmar que se ha cometido una infracción. Ahora bien, en el seno del grupo, las cuestiones pudieron resolverse sin mayor complicación, cualquiera haya sido la medida reparadora; entre éstas, como es sabido, la venganza ilimitada es la primer sanción reconocida, y cuando los grupos se multiplicaron, el contacto entre los mismos dió lugar a que individuos pertenecientes a un grupo lesionaran los intereses de los de otro grupo. Esto es fuente de enconadas luchas, que inclusive amenazaron la existencia humana, y para restablecer la paz fue necesario el establecimiento de un organismo que aun rudimentariamente fuese capaz de aplicar medidas reparadoras. Así surgió la autoridad jurisdiccional. En esta etapa, el hombre había logrado darse cuenta que la unión con los demás de su misma especie, tenía como soporte o fundamento la obtención de la supervivencia, pero logrado este propósito mediante la formación

lles, podemos expresar este proceso histórico con la siguiente fórmula:

1) tesis: época en que la función jurisdiccional predomina ante la ausencia total de la legislación; en esta época se inicia la etapa en que los precedentes judiciales, poco a poco van adquiriendo cierta autoridad, pero el juzgador aun es libre para elegir entre ellos o su voluntad; 2) antítesis: época en que la función jurisdiccional es sometida totalmente a la función legislativa; el juzgador tiene que limitar su actividad a la simple y mecánica aplicación del derecho legislado o consuetudinario, y no tiene facultades para ir más allá de lo previsto en la ley; en esta etapa el legislador ha reivindicado para sí el monopolio creador del derecho; 3) Síntesis; época en que tanto la función legislativa como la jurisdiccional se concilian para coadyuvar a la vida del derecho; la primera no pierde su carácter de fuente de derecho, pero la segunda no es una labor meramente mecánica, sino que también es fuente de derecho. La diferencia está en los alcances: la legislación es de carácter general, la jurisdicción se limita a los casos particulares de que conoce el tribunal, pero ya se manifiesta cierta revolución en el Derecho del Trabajo. En esta etapa, adquiere connotación la idea kelseniana de creación por aplicación del derecho.

Viene de la página anterior:

del grupo, en el seno del mismo y fuera de él se estaba aniquilando, lo que evidenciaba un retroceso. Para superar esta situación, se establece el órgano jurisdiccional, unas veces encarnado en el brujo, otras en el rey, y finalmente en un Consejo o en el pater familia. Basta referir lo anterior, para encontrar en la obligación que tiene el tribunal de resolver cuanta controversia o conflicto se le someta a conocimiento, la que no puede evadir, so pretexto de ambigüedad o falta de disposición legal, un profundo basamento sociológico y político.

en el presente trabajo nos interesa únicamente enfrentar la problemática que acecha al juez en la búsqueda del derecho que ha de aplicar al caso particular de que conoce.

El carácter abstracto y genérico de la ley, evidencia el primer problema en la labor individualizadora del juez, pues tiene que confrontar la situación hipotéticamente prevista, con la situación de hecho que se le ha planteado, y luego proyectar sobre la misma el precepto de aquella. Desde este punto de vista, el problema se resuelve cuando el juzgador, determinada la situación de hecho, logra al mismo tiempo determinar la norma jurídica que le atañe. Pero esta determinación supone haber superado los problemas que en seguida pasamos a tratar.

En el presente estudio hemos encontrado variados planteamientos, pero, en provecho a la claridad me limitaré a la fórmula expuesta por Coviello y mejor sistematizada después por Carnelutti. El primero, atribuye al juez investigar la existencia de la norma jurídica aplicable, y calificar su validez conforme a la Constitución; superada esta etapa, el juzgador tiene que descubrir el significado y la extensión del significado de la norma; y en caso de no existir norma aplicable, tiene que completar las lagunas por los medios previstos en la misma ley (1).

El gran Carnelutti -procesalista y filósofo del derecho- expone con nitidez encomiable la problemática que plantea la aplicación del derecho, y citaremos textual: "La determinación de la norma a aplicar, puede presentar las dificultades siguientes:

a) Puede suceder que haya que escoger entre varias normas distintas, aptas para regular una situación idéntica. Tal coexistencia, que puede parecer y está en pugna con los fines de certeza que deben inspirar el orden jurídico, se explica por la limitación de la hipótesis de las normas jurídicas en el tiempo y en el espacio.

b) En segundo lugar, puede suceder que haya que escoger, no en

(1) N. Coviello: "Doctrina General del Derecho Civil", Edit. Hispano Americana México, 1949 UTEHA, 4a. edic., Pág. 64.

tre varias normas, sino entre varios significados de una misma norma. También esta eventualidad está en pugna con los fines de certeza a que tiende el orden legislativo; pero, aunque no sea más que a causa de la imperfección del lenguaje, es punto menos que inevitable, por mucho -- que sea el cuidado puesto por el legislador en la expresión de su pensamiento.

c) Puede, por último, suceder que no exista norma expresa a la que corresponda el caso a regular.

A estas tres hipótesis corresponden tres diversos problemas y tres categorías de normas de aplicación: normas de elección, normas de interpretación y normas de integración" (1).

I) La certeza de los planteamientos nos obliga a omitir mayores comentarios, sin embargo, no ha de pasar desapercibido, que en el primero, Carnelutti limita la casuística al problema que ofrece el concurso de leyes en el tiempo y en el espacio, cuando en realidad, no pocas veces ocurre que la claridad de una norma jurídica desaparece, cuando se encuentra al mismo tiempo y en el mismo cuerpo legal, otra norma que parece regular la misma situación y en forma distinta, no obstante la identidad de hipótesis. En este caso el intérprete debe recurrir a otros criterios que colaboran a la determinación de la norma aplicable. En efecto, en casos como el indicado, no es posible utilizar el llamado principio de la temporalidad de la ley conforme al cual la norma jurídica se aplica a partir del momento de su vigencia, respecto a los casos que se van sucediendo, reservándose la aplicación de la norma anterior derogada a los casos que ocurrieron durante su vigencia para respetar derechos adquiridos. Dicho principio no puede observarse porque no se trata de normas que se suceden en el -- tiempo, sino de normas contenidas en un mismo código y que determinan la concurrencia real o aparente de leyes sobre un mismo asunto. A este respecto, la doctrina ha elaborado cuatro reglas que coadyuvan a la determinación de la norma que en definitiva ha de aplicarse: 1) la regla de la alternabilidad: conforme a la cual, una norma jurídica ex

(1) F. Carnelutti: Sistema de Derecho Procesal Civil, Ed. UTEHA, Buenos Aires 1944, Tomo I, pág. 104.

cluye a la otra, debido a la incompatibilidad de preceptos que contienen; por lo tanto el juzgador debe elegir solo una. Más, como se advertirá, apenas si hemos dicho nada, pues este criterio nos dejará -- siempre la duda de cuál habría sido la mejor elección; 2) la regla -- de la subsidiaridad: establece que ciertas normas son aplicables únicamente en el caso de no serlo otras de carácter prevalente; pero aquí también se advierte la falta de consistencia, pues la regla secundaria o subsidiaria, sólo será aplicable en los casos en que expresamente indique el legislador, y entonces no hay dificultad pues no -- hay real concurso de leyes; 3) la regla de la especialidad: establece que cuando dos normas regulan la misma situación, pero una lo hace de manera general, extendiéndose a hechos semejantes, en tanto la otra -- regula la misma situación pero con mayor precisión y detalle, ésta -- prevalece sobre aquella. Esta regla (1) indiscutiblemente coadyuva a la determinación de la norma aplicable; 4) la regla de la consunción o absorción: ésta tiene observancia sobre todo en materia penal y está inspirada en principios humanitarios; en efecto, cuando el delincuente ha cometido varias infracciones, dentro de las cuales destaca una que es en definitiva la culminación de aquellas otras, -- como cuando para cometer un robo, el agente rompe la puerta, no se le aplicará la sanción por daños, sumada a la de robo, sino únicamente esta última. La consunción exige que las infracciones menores -- tengan relación de medio a fin respecto a la infracción más grave para que sea la única sancionable. (")

(1) Art. 4 y 13 C.C.; la primera de las disposiciones citadas establece la prevalencia de las disposiciones contenidas en los códigos de Comercio, Minería y demás especiales, respecto a las leyes del Código Civil; y la segunda, establece de manera genérica que las disposiciones especiales contenidas en cualquier ley, prevalecen sobre las generales de la misma, en cuanto hubiere oposición.

(") Sobre lo expuesto en doctrina hay los siguientes principios: a) "La norma especial precede a la norma general"; b) "La norma superior precede a la norma inferior"; c) "La norma posterior precede a la norma anterior"; d) "La derogación sólo alcanza a la norma especial cuando es expresa"; e) "La norma territorial precede a la norma extranjera."

Como puede apreciarse, de las cuatro reglas, las dos última--mente citadas tienen verdadera utilidad en la elección de la norma aplicable. En nuestras leyes existen verdaderas normas de elección que el juzgador debe tomar en cuenta para determinar la norma aplicable (4). Desde este punto de vista consideramos que, la intuición emocional de que habla Cossio, al referirse a la elección de la norma por el juez, al momento de sentenciar, desaparece por fuerza de la misma ley, que señala al juzgador el camino que debe seguir en la escogitación de la norma, al menos en este primer planteamiento.

En conclusión creemos poder afirmar que el juez para elegir la norma aplicable tiene que hacer el siguiente análisis: a) Examinar la existencia o validez de la norma elegible, o declarar su inaplicabilidad por ser contraria a la Constitución (1); b) Determinar ubicar en el tiempo la ley vigente al momento de sucederse el hecho o hechos hipotéticamente previstos en la norma, sobre todo cuando ha habido sucesión de normas en el tiempo; de igual manera debe proceder respecto a normas que se aplican a hechos ocurridos en determinado lugar; lo dicho obedece al principio de los derechos adquiridos, en relación a los otros de la irretroactividad y territorialidad de las leyes, respectivamente (2); y examinar los casos en que hay lugar a la derogación tácita (3). c) Examinar los casos en que hay concurso real o aparente de leyes, es decir, aquellos en que no deben aplicarse las reglas de la derogación tácita ni de la temporalidad de las leyes, sino las de la especialidad o consunción (4).

(4) Véase las llamadas siguientes.

- (1) Art. 95 C.P.: "Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Poderes, contraria a los preceptos constitucionales".
- (2) Arts. 9 y 15 C. y 169 C.P.
- (3) Arts. 50 y 51 C.C.
- (4) Arts. 4 y 13 C.C. y 53 y 54 C. Pn.

II) Elegida la norma jurídica aplicable al caso planteado, el juez tiene que hacer su análisis o interpretación. No entraremos de inmediato a mayores detalles, por ser objeto especial del tema siguiente, pero adelantamos que en nuestro criterio la interpretación constituye siempre una labor intelectual del juzgador, que se esfuerza en descubrir o desentrañar el significado intrínseco de las frases y palabras empleadas por el legislador, no siempre certero en el uso del lenguaje; debido a esta eventualidad, ha previsto varias reglas que señalan la técnica a seguir para determinar el significado propio de las palabras de la ley. Veamos cuáles son esas reglas.

Algunas de las reglas de interpretación incorporadas en la ley, tienen por finalidad limitar la labor interpretativa, y otras, por el contrario establecen hasta cierto punto la facultad discrecional del juzgador, con el objeto de poder adecuar a la realidad las normas previstas. Se ha discutido la naturaleza de estas reglas de interpretación, en cuanto que, si en realidad constituyen normas jurídicas, ellas también deben ser interpretadas ante la posible obscuridad o ambigüedad de sus expresiones. Si tal cosa ocurre ¿Qué reglas de interpretación se aplicarían a dichas normas de interpretación? Es en este extremo en que se afirma, que las reglas de interpretación contenidas en la ley, no son verdaderas normas jurídicas, sino reglas lógicas, y por consiguiente no hacen falta en el cuerpo legal, pues independientemente de su incorporación, serán siempre aplicables. Por nuestra parte creemos, que algunas de las reglas contenidas en la ley, efectivamente regulan la técnica de la interpretación y es menester que figuren para que el juzgador no tome otro sendero; pero hay otras, que por su carácter estrictamente lógico, estimo que su incorporación no es indebida sino superflua, pues su observancia es y será siempre universalmente aceptada. Veamos, pues cuáles son esas reglas.

la.) Regla que hace referencia al elemento gramatical o literal: esta regla está contenida incluso en nuestra legislación, con el objeto de imponer al intérprete un límite: "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu"; "Las palabras de la ley se entenderán en su

sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" (1). El sentido de la ley es claro, cuando sus palabras no dejan la menor duda acerca de su significación, es decir, cuando se han empleado términos precisos que no permiten ambigüedades, y por consiguiente, no es posible variada interpretación; por otra parte, las palabras de la ley han de entenderse en su sentido o significado comunmente aceptado, que es el expuesto en el Diccionario de la lengua. Me parece que esta regla debe figurar en la legislación, pues constituye en realidad un límite para el intérprete, que de no existir, dejaría la posibilidad de entrar a análisis que no requiere la norma claramente expuesta en la ley; análisis que en última instancia, a lo mejor vendría a torcer el verdadero significado y alcance de la ley. Únicamente en los casos en que el legislador ha señalado un significado especial a ciertas palabras que ordinariamente significan otra cosa, debe acatarse la definición legal(2).

2a.) Regla que hace referencia al elemento lógico: cuando el elemento literal es insuficiente para descubrir el verdadero significado de las palabras de la ley, es menester poner en juego las reglas de la lógica; pero no se trata de las reglas simplistas de la lógica, sino de un complicado método, en el que se combinan diversos elementos, de los cuáles puede deducirse el genuino significado literal; en esta investigación, el intérprete puede dar primacia a alguno de dichos elementos, y entonces puede hablarse del método teleológico o finalista, del sistemático y del histórico. En el primero, el intérprete destaca especialmente la finalidad de la norma, es decir, cuál es su objetivo inmediato, y al delimitarse su objetivo, es fácil descubrir su significado; en el segundo, el intérprete toma en consideración, no a la norma aislada, sino en relación a todo el sistema de normas, o a todo el conjunto de normas que se refieren a determinada institución de la que forma parte, con el fin de coordinar su significado con el resto de dichas normas, las que por su claridad no dejarán duda del significado que debe atribuirse a la norma -

(1) Arts. 19 y 20 C.C.

(2) Art. 20 inc. 2o. y 21 C.C.

imprecisa u obscura; y si esto no fuere posible, porque la institución está en su totalidad obscuramente regulada, lo que es muy difícil pero no imposible, hay que relacionar dicha institución con el resto de las instituciones contenidas en el cuerpo legal, cuyos sentidos han de tomarse en cuenta para interpretar aquella ambigüamente regulada; y finalmente, para el tercer método se recurre sobre todo al análisis de las circunstancias históricas que acompañaron la formulación de la ley, así como los antecedentes, actos preparatorios o proyectos, considerandos y discusiones atinentes a dicha norma (1). Creo, que para el empleo de estos métodos de interpretación no era necesario que el legislador los señalase expresamente, pues por su carácter lógico y práctico, su empleo en busca de la verdad no hace falta ser imperado; el hecho de figurar en la ley no les agrega efectividad. Es más, tratándose de reglas lógicas, será el juzgador quien decida en todo caso su empleo, lo que no obsta a las partes hacer los señalamientos del caso, ante determinada situación.

A estas reglas de interpretación se agregan otras, que por constituir verdaderas clases de interpretación y no simples reglas técnicas, dejaremos su estudio para más adelante (+).

En conclusión, consideramos, que elegida la norma a aplicar, el juez ha de interpretarla, recurriendo en primer lugar al análisis gramatical o contextual de la ley, y en caso de ambigüedad u obscuridad del lenguaje, debe hacer uso del elemento lógico, empleando los métodos teleológico, sistemático e histórico. (++)

(1) Art. 10 inc. 2o. y 22 C.C.

(+) Nos referimos a la interpretación analógica, extensiva y restrictiva; Arts. 22 inc. 2 y 25 C.C. Véase pág. 87

(++) La doctrina también ha elaborado ciertas reglas de interpretación, que vale la pena mencionar, brevemente. Recordamos a este respecto el llamado principio de contradicción o "a contrario sensu", de acuerdo al cual, si una cuestión está prevista, deben entenderse excluidas todas las demás. Este principio o regla de interpretación puede ser certero en algunos casos, pero no siempre es así, por lo que su aplicación ha sido calificada como peligrosa. En efecto, el silencio de la ley en algún sentido no nos asegura en definitiva, que permite o autoriza lo no previsto. Don Luis Claro Solar, expone que "el argumento o contrario no prueba sino cuando, partiendo de una disposición excepcional, permite volver al derecho común que recupera su imperio y por esta razón debe ser empleado

III) Pero puede suceder, no obstante haber intentado la elección e interpretación de una norma, que al compararse la situación de hecho, previamente determinada, con las situaciones hipotéticamente previstas en la ley, no logre determinarse (en ninguna de sus normas) la plena o cercana identificación para subsumirlas. Frente a éste caso, que se advierte como una laguna, vacío o deficiencia en la ley, el juzgador, tiene no obstante la obligación de pronunciar sentencia. El problema que afronta tiene que resolverlo, sea eligiendo una norma prevista en la ley, aún cuando expresamente no se refiera al caso planteado, o formulando una especial norma para el caso no regulado. Y aquí, si creo que entra en juego la llamada intuición emocional de que nos hablara Cossio, pues el sentimiento de justicia debe predominar sobre el silencio de la ley.

A esto agreguemos que, efectivamente existen normas de integración, que aún en forma limitada, autorizan al juzgador dicha labor. Como veremos más adelante, es consecuencia de la colaboración de funciones, - sin desconocer como lógico, la prevalencia de la ley como fuente de derecho. Dichas normas establecen la necesidad de resolver cualquier conflicto jurídico planteado al tribunal, sin que el juez pueda escudarse en la obscuridad o deficiencia de las leyes, ya que el mismo legislador ha previsto, que a falta de claridad o ausencia total de ley expresa, se acuda al espíritu general de la legislación o a la equidad natural (1). A esto agreguemos que en la ley penal se establece como -

(Viene de la pág. ant.)

con mucha cautela y discreción". También existe el llamado principio "a fortiori", en virtud del cual se extiende el alcance de la ley a un caso específicamente no previsto, - pero que racionalmente debe considerarse regulado, pues la regla parte de una cuestión mucho más amplia o mucho más grave. Se traduce en la fórmula siguiente: "si se puede lo más, se puede lo menos", o "si está prohibido lo menos, con mayor razón está prohibido lo más" Ejemplo: el Art. 969 No. 1o. C, al referirse a la indignidad para suceder por causa de muerte, menciona al heredero que ha cometido el crimen de homicidio en el causante o al que participó en él por obra o consejo. Con mayor razón será indigno el heredero que comete el crimen de asesinato o parricidio por tratarse de homicidios agravados.

(1) Art. 24 C.C. "En los casos a que no pudiere aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

delito, la actitud negativa del juzgador que alega obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, para no juzgar o dictar sentencia (1), amén de los dispuesto en la legislación procesal sobre la fundamentación o basamento del fallo, que al señalar a la ley, no limita a ésta como única fuente, sino también reconoce expresamente, pero a falta de la primera, a las doctrinas de los expositores del Derecho, y en última instancia, a las consideraciones de buen sentido y razón natural(2). Asimismo, en la ley laboral, existe una regla más precisa y completa - que no deja la menor duda de cual ha sido la intención del legislador salvadoreño respecto al posible problema de la integración del derecho (3). También la costumbre ha sido incorporada como fuente de derecho con ciertas limitaciones (4).

Sólo en el campo de la legislación penal, se justifica, -atendiendo a caros principios, que constituyen una garantía de la libertad individual ante posibles arbitrariedades que originaría el apartamiento u olvido del "nullum crimen, nulla poena sine lege"- la prohibición absoluta para crear por analogía o interpretación analógica, figuras delictivas con sanciones similares; pero este límite no representa para el tribunal el deber de adoptar una actitud pasiva, sino por el contrario, ha de poner en conocimiento al alto Tribunal de Justicia, aquellos hechos que ameritan ser tipificados, a efecto de que en el futuro no permanezcan imprevistos y que el principio a que nos acabamos de referir, no represente un valladar para la justicia (5).

A lo anterior hay que agregar que el principio de legalidad, rigurosamente necesario en materia penal, es sólo respecto a la aplicación de las penas, pero nada se opone al empleo de la interpretación analógica en la consideración de atenuantes (6).

(1) Art. 284 N. 1o. C. Pn. "Incurrirán en las mismas penas del artículo anterior: 1o. El juez que se negare a juzgar, bajo pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

(2) Art. 421. C. Prs. C.

(3) Art. 360 C. Tr.

(4) Art. 2 C.C.

(5) Art. 2 C. Pn.

(6) Arts. 40, 42 y 13 C. Pn. establecen el principio de la legalidad de la pena; y el Art. 9 No. 11a. C. Pn. reconoce la aplicación de la interpretación analógica para las atenuantes.

Conforme a lo dicho, en nuestra ley existen verdaderas normas de elección, de interpretación y de integración; pero, si en efecto constituyen verdaderas normas jurídicas, su observancia ha de estar garantizada por el mismo derecho, estableciendo los instrumentos adecuados que posibiliten la enmienda de errores, tanto en la elección de la norma como en su interpretación, y por qué no, cuando indebidamente se aplican las normas de integración. Como es del conocimiento, en todo régimen de derecho es permitida la impugnación de los fallos, con o sin razón, y sólo en casos excepcionales, que no ameritan volver sobre el mismo asunto, el legislador ha vedado expresamente el uso de dichos recursos, entre los cuales destaca el recurso ordinario de apelación y el extraordinario de casación. Aquí nos interesa el último de los citados, sin pretender analizar su naturaleza, sino sus objetivos o finalidades.

Dijimos hace poco que el juez puede equivocarse en la aplicación del derecho, equivocación que ha sido designada tradicionalmente como "error de juicio" o "error in iudicando". Pues bien, para enmendar posibles errores se ha establecido el recurso extraordinario de casación cuyo especial objeto es procurar la observancia del derecho, pero cuando el derecho es aplicado por el tribunal. Este recurso depende de la actividad de las partes, empero, también se establece en "interés de la ley", por no decir, en interés de la colectividad o del Estado mismo; tanto es así, que su ejercicio ha sido encomendado al Ministerio Público, y sabido es, que éste actúa en representación de la sociedad o del Estado (1). Ahora bien, en cuanto al error de juicio, el recurso de casación puede fundarse específicamente en "violación o interpretación errónea de la ley" y en la llamada "aplicación indebida de ley" (lo mismo se observa respecto a la doctrina legal en materia civil).

La doctrina ha dicho que la violación de ley ocurre cuando se desconoce o ignora la existencia de la norma jurídica aplicable, no obstante su vigencia, o por el contrario, cuando se elige una norma inaplicable al caso, sea porque dicha norma no existe o no ha existido o carece de naturaleza jurídica; sea porque se aplica a hechos anterior-

(1) Art. 24 L. de Cas.

res a su vigencia, vulnerando derechos adquiridos, cuando no se le ha dado efecto retroactivo; sea porque se aplica a hechos ocurridos en cierto lugar en que rige otra norma cuya aplicación ha de observarse con preferencia.

En esa virtud, podemos afirmar que la violación de ley ocurre cuando se elige incorrectamente la norma aplicable desconociéndose sus efectos en cuanto al tiempo o al espacio en que rige, y desconociéndose las normas de elección.

También se infringe la ley, cuando no obstante haber elegido correctamente la norma jurídica aplicable, es incorrectamente interpretada (aquí se desatienden las normas de interpretación); en este caso se da a la norma jurídica un significado que no tiene, contrariándose el texto o el espíritu del precepto; como es natural, esto se patentiza con facilidad cuando la ley es clara y precisa, pero es fuente de controversia cuando reina la obscuridad y ambigüedad en las expresiones; habrá entonces que verificar, si el juzgador ha empleado correctamente las reglas de interpretación suministradas por la ley o el sano juicio, y en este aspecto la casación es el instrumento idóneo para uniformar la jurisprudencia, sobre todo en cuestiones de variada interpretación, cumplimentando así a cabalidad su carácter correctivo. A este motivo de casación se denomina "errónea interpretación".

Cuestión tanto más debatida en la doctrina constituye la infracción de la ley por aplicación indebida de la misma, pues se reconoce como un motivo específico de casación, como si la violación o interpretación errónea no fuesen por intrínseca naturaleza, también indebida aplicación de la ley; sin embargo la Honorable Corte Suprema de Justicia de nuestro país, ha adoptado, basándose en la ley, la trilogía: violación, interpretación errónea y aplicación indebida de la ley o de doctrina legal (ésta sólo en materia civil), y al desarrollar estos tres conceptos les da significaciones diferentes, que conducen a consecuencias importantes, una de las cuales es que no pueden alegarse en forma cumulativa. La doctrina que ha implantado al máximo tribunal es la siguiente: a) Violación de ley: "consiste en la omisión o falta de aplicación de la ley (error en la elección de la norma); b) Interpretación errónea de la ley: "consiste en alterar el sentido de la misma en su aplicación, de tal manera que se le da un sentido dis

tinto del que verdaderamente tiene, sea ampliando o restringiendo sus alcances o efectos" (error en la interpretación) y c) Aplicación indebida de ley: cuando el fallo se funda en leyes ajenas a la cuestión debatida" (error en la aplicación) (1).

En realidad, después del estudio que hemos realizado, no alcanzamos a comprender la diferencia entre la "violación" y la "aplicación indebida" de la ley. Nos atrevemos a afirmar, que la distinción anterior no nos convence; y si eso vamos, hay que declarar, que en el fondo ninguna de las diferencias debería fundamentar un motivo especial de casación, pues casi siempre se trata de un juego de palabras que solo ha servido para negar el andamio del recurso; quizás por esta razón, otra doctrina formulada por el mismo tribunal, pero integrado por otros jueces, llego a la conclusión siguiente: "Cuando resulta inequívoco que lo que se impugna en una sentencia es la violación de la ley por inaplicación de un precepto jurídico a una determinada situación que aquél expresamente regula, aunque el recurrente haya usado en forma indiscriminada los tres motivos específicos e independientes de violación, interpretación errónea y aplicación indebida de la ley, procede casar la sentencia (2).

Es del caso reparar, que si el recurso de casación es de derecho estricto, el hecho de no haber especificado concretamente el motivo, y que debió ser alguno de los indicados en el No. 10. del art. 30. L. de Cas., era suficiente para rechazarlo. Sin embargo no se estimó así y se le dió trámite; pero no obstante, esa doctrina está acorde con la primeramente citada pues reconoce expresamente que se trata de tres motivos independientes la violación, interpretación errónea y la aplicación indebida de la ley.

Pierr Calamandrei, considerado por muchos como el genio sistematizador de la casación expone "la diferencia entre el error de juicio por "violación" e "interpretación errónea" de la ley, es más doctrinal que práctica, y razón así: "en efecto, también cuando el juez se engaña acerca del significado de la norma jurídica rectamente elegida por él, los efectos de este error son similares a los que se produci-

(1) Revista Judicial Tomo LXVI. año 1961. pág. 186 y sig.

(2) Revista Judicial Tomo LXIII, año 1958, pág. 490.

rían si el Juez ignorare la existencia de la norma misma, ya que establece como premisa mayor de su silogismo una norma que, a causa de la errónea interpretación, tiene un contenido diverso del de la norma elegida, esto es, en sustancia, una norma diversa de la que él cree aplicar" (1). Y concluye que ya no hay razón para distinguir entre violación y errónea interpretación de la ley.

Pero en qué consiste la "aplicación indebida" de la ley? Calamandrei, explica que se trata del error de subsunción del caso particular en la norma jurídica, pero, para que el Juez pueda llegar a la fase de subsunción tienen primero que escoger, determinar o calificar los hechos que configuran el caso para proyectar después la subsunción (+). De aquí se deduce que es posible errar en la selección de las circunstancias del caso y en la subsunción de estas circunstancias en la norma jurídica elegida. Se trata de dos operaciones, que a pesar de la distinción formulada, en la práctica se funden en una sola que constituye la "aplicación indebida" de ley, en cuyo caso, los efectos o consecuencias jurídicas establecidas en abstracto por la norma, en la hipótesis de que se realicen ciertos hechos, son atribuidos por el Juez a un caso particular concreto que no es el previsto por la norma elegida, o bien no son atribuidos, debiéndolo, a un caso particular concreto similar al previsto por la norma (2).

Bien, lo interesante es que después de este planteamiento, Calamandrei concluye que todos los "errores de juicio", no obstante reconocer la importancia de las distinciones formuladas, pueden tener cabida con facilidad en el concepto único de "error en la interpretación de la ley", por ser, en sustancia, el motivo fundamental de casación por "error in iudicando" (3). En mi sentir, esta es la trayectoria que debería adoptar la ley, pues de lo contrario, el recurso será cada vez menos operante, pues en la actualidad se presta al capricho subjetivo del alto Tribunal, al calificar la procedencia del recurso.

(1) Piero Calamandrei: "LA CASACION CIVIL" Edit. Bibliográfica Argentina. B. Aires 1961.

(+) Véase pág. 50 y sig.

(2) P. Calamandrei: 2a. ob. Cit. pág. 291

(3) Ibid. pág. 294.

Creo que lo anteriormente expuesto, es suficiente para demostrar la trascendencia jurídica de la observancia de las normas de elección, interpretación e integración, según el planteamiento carnulutiano en que basamos este estudio.

En la ejecución del derecho está interesado primordialmente el Estado. Se trata nada menos que de su derecho. Y la actividad jurisdiccional, es el medio adecuado para procurar dicha ejecución. Ciertamente, que en la mayoría de los casos el Tribunal no interviene sino a instancia de los particulares, pero esto no significa que en el proceso se debate única y exclusivamente un interés particular; también se debate, y en gran medida la existencia y la eficacia del derecho. Los particulares al ocurrir a la jurisdicción, proporcionan al Estado la oportunidad de mantener la observancia del derecho. Pero el respeto al derecho, no es un deber exclusivo de los particulares, también el funcionario debe acatarlo, y primordialmente el juzgador, pues como afirma Cossio, el Juez es parte del mismo derecho, el Juez "no es un ente extraño y separado del Derecho" como si "estuviera fuera del Derecho mirándolo o conociéndolo desde cierta distancia, cual si el Derecho fuera una cosa conclusa y fija que pudiera tomar a voluntad para aplicar cuando llegare el caso, como quien asienta el sello sobre el lacre" (1). De allí que la actividad jurisdiccional sea una actividad estrictamente jurídica tan importante como las otras actividades. Pues bien, insistimos que el respeto al derecho, no es deber exclusivo de los particulares, también el Juez está en la obligación de respetar y acatar el derecho en su calidad de funcionario cuando va a resolver un conflicto jurídico. No es otro el espíritu que priva en las disposiciones de la ley penal, cuando tipifican como delito (prevaricato) la actitud del juez que dicta "sentencia injusta" ya en causa criminal, ya en causa civil (+). El problema que advertimos en dichas disposiciones es:

(1) C. Cossio: la. ob. cit. pág. 115

(+) Título VII, Capítulo I del Código Penal. Cabe hacer notar, que la ley penal vigente solo se refiere a las sentencias injustas pronunciadas en causas civiles y penales. Nada estipula sobre la administración de justicia en materia laboral, inquilinato y tránsito, por lo que al ocurrir arbitrariedades en estos tipos de jurisdicción, no habría delito por ausencia de tipicidad. Lo anterior amerita una reforma que incorpore las materias indicadas a los casos previstos, pues en materia penal no es posible la interpretación analógica pa-

¿qué debe entenderse por sentencia injusta?; problema que conduce al tema de la clasificación de la justicia, si es que dicho valor la admite (+). Nosotros, a propósito de la legislación penal, que castiga y tipifica como delito la conducta del Juez que provee sentencia injusta, limitamos el enfoque a la justicia en estado inorgánico y a la organización de la justicia. La primera se identifica con el Derecho Natural, la segunda con el Derecho Positivo. Desde este punto de vista, la sentencia es injusta cuando va contra los principios del derecho natural o cuando va contra los principios del derecho positivo. ¿A cuál de ellos se ha referido el legislador? Indiscutiblemente que a la contrariedad de los principios del Derecho Positivo. Pero es necesario aclarar, como lo hacen los penalistas, que no se trata de una contradicción por mero error de aplicación o interpretación de la ley, sino de una "injusticia manifiesta", que denota la peligrosidad del juzgador en la alta misión que se le ha encomendado. Para los casos de error en la elección, interpretación e integración de la norma jurídica, existe como ya vimos el recurso de casación.

Ahora bien, qué ocurrirá cuando el Juez en uso de su facultad integradora dicta una sentencia supuestamente injusta? Aquí se impone el siguiente análisis: en primer lugar debe estudiarse, si efectivamente la cuestión planteada no ha sido prevista por la legislación o por la costumbre jurídica, en los casos que ésta es fuente de derecho. Si en realidad, el caso planteado no está regulado en ninguna forma, hay que aceptar como fundada la atribución integradora que compete al juzgador; pero esto no es suficiente, se impone examinar, que técnica ha empleado el juez para formular la nueva norma jurídica individualizada, pues aun en este aspecto, su actividad no es arbitraria, sino que se sujeta en gran parte a las mismas reglas de elección y de in--

(+) En nuestra opinión la justicia es una; que la justicia se proyecte sobre el individuo o sobre la comunidad, es cuestión que no desnaturaliza la esencia de la justicia. Ahora bien, no ignoramos la determinación de la llamada justicia legal, en oposición a la justicia como valor auténtico e inorgánico. De acuerdo a la primera, es justo todo lo que tiene asidero en la ley; pero ¿cuántas veces, la ley es justa? Es cuestión que no puede decirse pero que advertimos en nuestro sentimiento.

interpretación a que nos hemos referido, y por consiguiente, todo cuanto se ha dicho a ese respecto debe acatarse. Esto significa, que la inobservancia de dichas reglas acarrea como consecuencia "errores de juicio", impugnables mediante la casación o denunciables como delito. Pero no obstante el buen uso de dichas reglas, puede el interés de las partes sentirse afectado y esgrimir el recurso para promover la corrección del fallo supuestamente injusto. ¿Haría el Tribunal de Casación? Podrá casar la sentencia de los tribunales de instancia, no obstante el buen uso de la facultad integradora del Derecho? En qué se basaría el Tribunal de Casación en un caso como el planteado? Será suficiente una divergencia de criterios? Considero que no, pues en la situación planteada suponemos que no se ha infringido ninguna norma jurídica, y una divergencia de criterios o de convicciones no justifica el cambio de un fallo por otro, pues en este caso sería el capricho y no la ciencia la que se impondría. Pero si la sentencia es manifiestamente injusta, irracional o absurda, ¿puede imputarse delito? Si concurren los elementos del tipo creo que sí.

Tal como hemos desarrollado, hasta este momento, la problemática en la aplicación del derecho, nos permite en páginas subsiguientes entrar a otros detalles que completarán nuestra visión. Por ahora hemos anticipado algunas soluciones, veremos si en desarrollos subsiguientes, las confirmamos, ampliamos o restringimos.

lo.) La interpretación. Elementos y Clases de interpretación.

Hemos señalado entre los problemas que enfrenta el juez, el de la interpretación del derecho. En efecto, la aplicación de las normas jurídicas no puede operarse de manera mecánica, en la forma que lo exigía la llamada Escuela de la Exégesis, sino que por la índole misma de las normas, o sea por la forma en que se exteriorizan, se impone un examen de las ideas que contienen o refieren. Hay que tener presente, que la ley, de cualquier manera es la manifestación de una voluntad, que por medio de signos o palabras se transmite y comunica a los hombres, con el objeto de que éstos, e inclusive el mismo legislador, la pongan en práctica observando sus mandamientos. ¿En qué consiste la interpretación del derecho? Hace poco expresamos que la interpretación consiste en una operación del intelecto, encaminada a descubrir el sentido o significado de alguna cosa; cuando esta cosa es el derecho,

la interpretación es la operación mediante la cual el entendimiento describe el significado del derecho y cuál es el alcance de dicho significado para proyectarlo a la realidad. Ahora bien, nosotros hablamos de la interpretación del derecho, pues aunque ordinariamente la interpretación recae en la ley, nada impide que se interprete la cos rumbre jurídica.-

La interpretación del derecho, de acuerdo a Kelsen, es una operación que tiene lugar, cada vez que se va a aplicar. Desde este -- punto de vista, es posible clasificar la interpretación atendiendo al órgano que aplica el derecho en legislativa y judicial. La primera tiene lugar cuando el legislador, al mismo tiempo que desarrolla y aplica las normas de derecho constitucional, crea la ley secundaria; y la segunda, ocurre cuando el órgano jurisdiccional tiene que aplicar el derecho para resolver los conflictos jurídicos que se le plantean, creando al mismo tiempo normas jurídicas individualizadas. En efecto, tanto el legislador como el juez, tienen que descubrir, respectivamente, el sentido o significado de la norma jurídica constitucional y secundaria, para el correcto desarrollo y aplicación de los preceptos que contienen. Pero en este aspecto, hay algo por -- demás interesante en la teoría de Kelsen, y es que para él, toda nor ma jurídica se ofrece como un marco de posibilidades, que va desde -- la más amplia (normas constitucionales) hasta la más restringida (nor mas individuales). De ahí, el por qué se atribuya a Kelsen, ser uno de los filósofos que propugnen por el voluntarismo, ya que el órgano al aplicar el derecho, tiene que elegir (al interpretar) una de las posibilidades que le ofrece la norma jurídica. Por consiguiente, la interpretación no es un método que conduzca a una só la e inequívoca determinación del significado o sentido del derecho. Kelsen es volun tarista en cuanto depende de la voluntad la elección del sentido o -- significado de la norma jurídica. A dónde llegaríamos con semejante criterio? No es esto una especie de arbitrio o un camino que conduce o puede conducir a la arbitrariedad? El significado de una norma jurídica no puede ni debe quedar a la libre elección del órgano que la aplica, sin que por ello participemos de la rigidez absoluta del derecho. Ya veremos, como la interpretación puede ser un magnífico -- instrumento para la adecuación del derecho a nuevas circunstancias ,

pero de aquí no pasaremos a la arbitrariedad. En este aspecto disentimos del parecer del ilustre maestro vienés.-

Ahora bien, si como dijimos , la interpretación es una especial actividad del intelecto, por medio de la cual tratamos de desentrañar el sentido de la norma jurídica, desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, ¿Será correcto hablar de clases o especies de interpretación? Considero que no, pero si es posible clasificar la interpretación desde el punto de vista del órgano o sujeto que realiza dicha actividad. En este sentido, ha sido tradicional en la doctrina, el señalamiento de varias especies de interpretación:

a) la llamada interpretación "auténtica", que es realizada por el legislador cuando declara cómo debe interpretarse un pasaje discutido o de difícil intelegencia de la ley; no es pues, la interpretación que realiza de las normas constitucionales al momento de desarrollar dichos principios en reglas secundarias. Pero no ha faltado quien niegue a la interpretación auténtica su naturaleza interpretativa. En efecto, Coviello (1) niega este carácter al afirmar que las declaraciones del legislador sobre el significado de alguna regla legal al tiempo de su expedición (interpretación contextual (+) o con posterioridad a la misma, no es, dice el citado autor, verdadera interpretación, por constituir una real y verdadera norma jurídica, dotada de obligatoriedad aunque su sentido no corresponda al que le darían las reglas de la lógica y la lingüística. La única variante que destaca el autor, es que la nueva ley que no tiene carácter interpretativo, sólo excepcionalmente tiene efecto retroactivo, y en cambio las normas interpretativas, para ser acordes a la idea que encierran, se les reconoce en todo caso dicho carácter, pues se consideran una sólo con la norma que interpretan (1). Sin embargo, la generalidad de los tratadistas, están de acuerdo en reconocerla como una especie de interpretación.-

(1) Ob..cit., pág. 74 y sigs.

(+) En nuestra legislación hay varios casos de interpretación contextual: Arts. 25 y 560 C. C.; 10 No. 2o. C. Pn.; 14 C. Tr.; en todos esos casos el legislador ha determinado como o en qué sentido debe entenderse cierto término.-

(1) Arts. 3 y 9 C.C.-

b) Existe también la llamada interpretación "judicial", practica da por el Juez como titular del órgano jurisdiccional en la solución de los conflictos jurídicos que se someten a su conocimiento. Esta interpretación es de una trascendencia inimaginable, si tomamos en cuenta que el órgano jurisdiccional no tiene respecto a los otros órganos del Estado ninguna relación de dependencia. El juez no debe --obediencia ni al legislador ni al ejecutivo; la ley misma se ha encargado de esta separación y en un régimen de derecho, la práctica y el reconocimiento de esta situación es garantía de seguridad y libertad para el ciudadano. El juez solo debe obediencia a la ley, y la interpretación que de ella haga ha de ceñirse a las normas que la misma le proporciona; ni el diputado ni el ministro tienen algo que ver en las cuestiones particulares que se plantean al tribunal. El juez colabora a la vida de la ley, a la vida del derecho, y en este sentido si puede hablarse de colaboración entre el órgano jurisdiccional en relación al órgano legislador. Recordemos que la jurisdicción es la última etapa en la individuación del derecho, precisamente la fase decisiva del derecho, y de acuerdo a Kelsen y Cossio, hay que aceptar que la actividad legislativa y la jurisdiccional son dos momentos en el proceso de individuación del derecho.-

La interpretación del derecho, cuando es realizada por el Juez, es denominada generalmente como jurisprudencia, y así decimos, que tal cuestión ha sido ya considerada por la jurisprudencia cuando un juez ha conocido de ella, aunque sea en una oportunidad. Sin embargo algunos sostiene que para hablar de jurisprudencia se necesitan varios fallos que tienen el carácter de precedentes. En la aplicación del derecho, los precedentes siempre han gozado de cierto prestigio en relación a la calidad o categoría del juzgador; pero es necesario recalcar, que se impone no reconocerles tanta importancia sino hasta cierto punto, pues debido a las posibilidades del error y del estancamiento de las ideas jurídicas, podría llegarse a resultados completamente negativos.-

En la doctrina se habla inclusive, de la jurisprudencia como --fuente de derecho, es decir, como una fuente separada de las otras (legislación y costumbre) a pesar de que la mayoría de las legislaciones le niegan dicho carácter o atributo. En realidad el problema de

las fuentes del derecho es un problema que conduce a otros dos: al de la separación de funciones, y al del monopolio creador del derecho, no sólo respecto a determinada función o poder sino respecto al Estado mismo. Pero, bien, volviendo a los límites del tema que aquí tratamos, hay que determinar cómo la jurisprudencia puede generar derecho. Hay que partir de que la jurisprudencia solo en casos especiales crea derecho de manera general y abstracta (+) pues normalmente crea derecho pero de modo particular y concreto. Ahora bien, esta -- creación por interpretación (aplicación) en ciertos casos merece un formarse, pero la uniformidad de la jurisprudencia, establecida por la ley (++) en ningún momento debe significar una camisa de fuerza -- para el juzgador, sino que debe estar dotada de la flexibilidad con -- que siempre ha contado dicho funcionario en la individualización de la norma jurídica, so pena de verse en la necesidad de continuar en el error en que hayan incurrido jueces anteriores (+++). Nuestra Ley de Casación establece la doctrina legal y para algunos constituye -- fuente de derecho.-

En realidad, la doctrina legal debe considerarse en nuestra legislación como una especial regla de interpretación judicial y en modo alguno ha de atribuírsele carácter de fuente de derecho. Entendida en esa forma, la doctrina legal responde a su esencial naturaleza y finalidad, que no es otra que la de ser una guía para la interpretación y aplicación del derecho. No ha faltado quien atribuya a la -- doctrina legal el defecto de la inconstitucionalidad, por considerar la -- precisamente como una fuente en franca competencia con la actividad legislativa, y como una intromisión de la jurisdicción al considerar, que los precedentes tienen la virtud de generar un nuevo derecho, completamente distinto del contenido en la ley, lo que constituye un absurdo, pues en todo caso, la jurisprudencia siempre consulta la ley al aplicarla, y tan no es ley dicha doctrina, que el juez inferior bien puede fallar en contra de ella, sin que por esto pueda --

(+) En lo laboral, la sentencia que resuelve un conflicto colectivo -- de carácter jurídico.-

(++) Nuestra Ley de Casación ha incorporado la llamada doctrina legal en el Art. 3 No. 1o.

(+++) Si el juzgador omite erróneamente aplicar la doctrina legal -- para eso existe el recurso de casación.-

afirmarse que ha infringido la ley, lo que ocurre es que en un caso como el propuesto, las partes bien pueden hacer uso del recurso de casación en vista de no haberse aplicado dicha doctrina o interpreta-ción (+), pero el alto tribunal, bien puede conceder la razón a las apreciaciones del tribunal de instancia. Esto es así, porque se trata en efecto de una doctrina, hasta cierto punto oficial, o como dijimos anteriormente, es una regla de interpretación que adquiere vigencia al cumplirse el número de fallos que la integren.-

c) Finalmente vamos a referirnos a la llamada interpretación doctrinal o particular (no oficial), que es practicada por los estudiosos del derecho y expuesta en sus comentarios a la legislación. Este tipo de doctrina, obra relevancia jurídica, en legislaciones que como la nuestra, admiten la posibilidad de que el juzgador se enfrente a un problema de integración o difícil interpretación del derecho. En semejante caso, la ley autoriza al juez a informarse de la doctrina de los expositores, ya que es incocebible una radical divergencia entre la ley y su doctrina. Cuantas veces el legislador ha consultado a ella para formular una regla de derecho.(1)

En cuanto al alcance o el resultado de la interpretación, ésta puede clasificarse en interpretación analógica, declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva, pero antes conviene estudiar la analogía.

LA ANALOGIA

El estudio de la analogía admite un doble enfoque. En primer lugar hay que hacer el distingo entre la analogía y la interpretación analógica, y luego analizar, si este tipo de interpretación se diferencia o no, de la llamada interpretación extensiva (2).

(+) Art. 3 No. 1º. L. Cas. establece: "Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los Tribunales de Casación, en cinco sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semajantes". Por otra parte, en cuanto a la inherencia de los órganos jurisdiccionales en la legislación, hay que destacar, como sobre todo en la legislación laboral se concede al juez la formulación de verdaderos actos regla.

(1) Arts. 421 C. Prs. C. y 360 C. Tr.

(2) A. Alessandri R. y M. Somarriva U. : "Curso de Derecho Civil", Ed. Nascimento, Santiago 1961 Tomo I, Vol II, pág. 147: La doctrina distingue dos clases de analogía: a) Analogía legal (analogía legis), que busca la solución aplicable en otra disposición legal o en un complejo de disposiciones legales y b) la analogía jurídica (analogía iuris),
...continúa en la página siguiente...

La analogía (estricto sensu) toma como punto de partida la ausencia o silencio de la ley sobre determinado asunto; en otras pala-
bras, puede emplarse en presencia de las "lagunas de la ley". Pero -
hay que recalcar, que la solución de un caso mediante la analogía su
pone la imprevisión total del mismo en las hipótesis de la ley; sólo
así podremos describir las diferencias en relación a la interpretación
analógica y extensiva. En efecto, con la analogía se formula una nor
ma que no existe en la ley ni en la costumbre, aunque puede argüirse
que tiene por base el "espíritu de la legislación" y la semejanza con
otras reglas para casos también semejantes. Pero mediante la analogía
se va más allá de la letra de la ley, y por eso no es interpretación
en el sentido ordinario del término. Desde este punto de vista las -
"lagunas" o insuficiencias de la ley o de la costumbre jurídica, no
aparecen en tanto y en cuanto la interpretación sea suficiente para
resolver una cuestión jurídica; mientras que la "analogía" se convier-
te en buena parte, como el instrumento idóneo para cerrar las "lagu-
nas" para reafirmar la plenitud del orden jurídico.-

Entonces la analogía es un método para colmar "lagunas". Vea-
mos en qué consiste dicho método. Dentro de la lógica, se ha dicho -
que el razonamiento por analogía es aquél que va de lo particular a
lo particular, en tanto que el razonamiento deductivo e inductivo va
de lo general a lo particular y viceversa, respectivamente. Las con-
secuencias del empleo de la analogía difieren notablemente de las re-
sultantes de la deducción e inducción. En efecto, los métodos últi-
mamente citados pueden tener proyecciones generales, en cambio, por
la analogía en ningún caso los resultados pueden generalizarse. Por
otra parte, si en la analogía se va de lo particular a lo particu-
lar, ya en el campo jurídico hay que hacer notar, que la premisa que
se toma como punto de partida y que contiene el caso particular que
servirá de referencia al caso no previsto y que figura en la segunda
premisa del juicio, deben tener elementos comunes, pues un total di-
vorcio en las situaciones comparadas, conduciría necesariamente a --
una conclusión totalmente absurda. La comparación exige la presencia
...viene de la página anterior...

que deriva la solución de todo el conjunto de la legislación actual.
En verdad, este último tipo no es sino el espíritu general de la le-
gislación o los principios generales del derecho, principios que, a
pesar de no estar escritos, están implícitos como supuestos lógicos
del derecho positivo. -

de elementos comunes en la situación jurídica prevista y en la situación jurídica imprevista; gráficamente puede exponerse la situación en la siguiente forma: si la situación legal contiene los elementos a, b, y c. y la situación planteada contiene los elementos a', b', c' y d, es factible proyectar sobre la segunda las consecuencias jurídicas previstas en la primera. En conclusión, podemos afirmar que en la medida en que la similitud existe, es lícito aplicar el método analógico y como expresa K. Engisch: "Allí donde la similitud cesa, allí donde aparece una diferencia esencial, encuentra la analogía sus límites y aparece en ciertas circunstancias el llamado "argumentum a contrario", el razonamiento que va desde la diferencia de los presupuestos a la diferencia de las consecuencias jurídicas" (1). En resumen, el empleo de la analogía exige por lo menos los siguientes supuestos: a) que se trate de un caso no previsto en la ley ni en la costumbre jurídica; b) que exista cierta relación de semejanza entre el caso imprevisto y el regulado y c) que la concurrencia de los elementos comunes o semejantes, posean cierta relevancia, es decir, debieron ser los que determinaron la regulación del caso previsto.-

Veamos ahora el papel que puede desarrollar el método analógico en nuestra legislación. Conforme a los planteamientos que hemos sustentado, el legislador salvadoreño autoriza al juez la potestad de integrar los posibles vacíos o lagunas de la ley, y a ese respecto, hemos destacado las principales normas de integración que prevén soluciones al problema (+). En este sentido es aceptable afirmar que por regla general se autoriza el empleo del método analógico para cubrir las "lagunas", y mal haría un juez en absolver argumentando que la cuestión no está expresamente regulada, y que por consiguiente, la demanda no es atendible, basado en el principio de que "lo no regulado está implícitamente permitido". Este principio debe observarse con mucho cuidado, para no convertirlo en instrumento del delito de denegación de justicia.-

Pero nos apresuramos en hacer la siguiente aclaración: en materia penal para la calificación de delitos y penas, la analogía en la

(1) K. Engisch: Introducción al Pensamiento Jurídico. Edic. Guadarrama. Madrid 1967. pág. 183.

(+) Véase pág. 69

mayoría de las legislaciones del mundo ha sido rechazada. En efecto, en la legislación penal reina el principio de legalidad del tipo y legalidad de la pena (+), o "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir: "no hay delito ni pena sin ley"; en este sentido, la "plenitud hermética" en materia penal es una verdadera realidad, en tanto y en cuanto el juzgador no puede colmar los vacíos que advierta ante la presencia de hechos que repugnen a su conciencia jurídica. -- Sin embargo, la prohibición no se extiende a la consideración de --- otras cuestiones que no constituyan la trama de un nuevo tipo o pena por lo que es aplicable el razonamiento analógico en la consideración de atenuantes.-

El empleo de la analogía exige mucho cuidado tratándose de situaciones reguladas por normas de excepción, en materias no penales, pues el examen de los elementos comunes se complia con el examen de la situación excepcional que también debe informar a la no prevista.-

Cabe hacer notar, aún cuando el examen que de la jurisprudencia hemos realizado es muy escaso, en relación al cúmulo de fallos habidos, que con seguridad el empleo de la analogía en nuestro medio ha sidomuy restringido, y es que en la práctica, los jueces se muestran temerosos al ensayo de la primera vez, y siempre se esfuerzan por localizar un precedente, como si en esto estribara la realización del derecho o de la justicia.-

Y sobre la existencia de vacíos en la ley procesal? A ese respecto, también es posible la aplicación del método analógico si concurren los supuestos necesarios. Hay que tener presente que las normas procesales tienen un carácter eminentemente instrumental, de ahí que se les denomine normas "medio", pues constituyen el medio para obtener la aplicación del derecho material. También ha de tenerse -- presente que el vacío de la ley procesal puede ser total o parcial; en efecto, puede suceder, que en absoluto se haya previsto el procedimiento o que solo se hayan omitido ciertos aspectos. Lo primero es casi imposible, pero si se diera el caso, de igual manera que el --

(+) Véase pág. 70

juez no puede dejar de juzgar por silencio u obscuridad de la ley material, tampoco puede negarse arguyendo que la ley no ha establecido procedimiento...Sería una "contradictio in adjectio" que por una parte se estableciese la obligación de resolver y por otra se prohibiese - la integración de la ley procesal si el caso no tuviera trámite señalado.- El procedimiento es -como explica Calamandrei (1)- un método de razonamiento prefijado por la ley para obtener una sentencia justa; agregamos, que si bien es cierto que los procedimientos deben estar prefijados, este no es un requisito indispensable para la realización de la justicia. Nuestra ley procesal da una respuesta a dicho problema cuando establece que siempre que una cuestión no deba decidirse sumariamente y no tenga trámites especialmente señalados, se decidirá en juicio ordinario de hecho o de derecho, según su naturaleza (2). Quiere decir, que en cuanto a la imprevisión total de un procedimiento no hay problema, sin embargo, en la práctica hay un caso que merece nuestra atención. Es el caso del juicio de identidad. Como es del conocimiento, no hay regulación especial para determinar la identidad de una persona, es decir, cuando por la diversidad de nombres se plantea la incertidumbre o la duda sobre la persona a quien corresponden; bajo este supuesto, el proceso sería declarativo y tendría que seguirse en juicio ordinario por no haber trámite especial, y así es como lo instruyen algunos jueces; sin embargo, no son pocos los que lo instruyen en proceso sumario. ¿En qué pueden basar esta práctica? En realidad, si se observa el texto de la ley, tiene que concluirse que los jueces que aplican el procedimiento ordinario cumplen con ella; pero resulta entonces un contrasentido y es el siguiente: la ley ha regulado bajo la forma del proceso sumario la determinación del Estado Civil Subsidiario de las personas. Como es sabido, nombre y estado civil son atributos de las personas naturales. Cabe preguntar: ¿Si para establecer el estado civil, el legislador ha previsto un juicio sumario, el hecho de no haberse referido al esclareci

(1) P. Calamandrei: "Proceso y Democracia". Edic. EJEA. Buenos Aires 1960. pág. 30

(2) Art. 127 C. Prs. C.

miento de la identidad de las personas, significa que conscientemente ha querido que para tal caso se siga juicio ordinario? En ambas situaciones se trata de la incertidumbre sobre un atributo de la persona. Se trata ni más ni menos de cuestiones análogas. Por consiguiente, me parece ajustada al espíritu de la ley, aunque no a la letra, la práctica de los jueces que aplican las reglas del proceso sumario.-

Por otra parte, cuando la imprevisión es parcial, también es posible el empleo de la analogía; es cierto que alguien puede argüir que en tal caso, como el señalado en el párrafo anterior, se vulnera la disposición que prohíbe al juez la dispensa, restricción o ampliación de los procedimientos (1), pero hay que dejar establecido, que dichas limitaciones se refieren a los procedimientos prefijados; luego entonces, no se prohíbe la integración de la ley procesal, y acorde con lo que dijimos hace poco, podemos anticipar a título de ejemplo, el caso que se presenta cuando el actor amplía la demanda en tiempo hábil: si el demandado no ha sido emplazado no hay problema; la cuestión se presenta cuando ya hubo emplazamiento: la ley no dice qué término se debe conceder para contestar la parte de la demanda que constituye la ampliación; tampoco ha dicho si se dará o no traslado de ella; pero si consideramos que la demanda es una sola, es nuestro criterio debe darse nuevo traslado y nuevo término de ley para contestar, cumpliéndose a cabalidad toda las reglas que regulan esa primera fase o actuación procesal. Esto es por analogía, pues existen en uno y otro caso situaciones semejantes.-

Interpretación analógica:

Con estos antecedentes considero la posibilidad de entrar al análisis de la interpretación analógica y señalar sus diferencias con la analogía. De acuerdo al concepto de interpretación, ésta siempre recae sobre algo; en no pocas ocasiones el mismo legislador autoriza expresamente la interpretación analógica, cuando extiende la aplicación de la norma a cuestiones similares o análogas (+). Aquí advertimos ya una diferencia en relación a la analogía: ésta está autoriza-

(1) Art. 2 C. Prs. C.

(+) Casos en que la ley se refiere a otros semejantes: Arts. 78, 80 No. 7º C. C.; 9 No. 11º. C. En.-

da por la ley, implícitamente, al ordenar al juzgador que debe dar una solución justa a cualquier conflicto que se le plantee, sin que pueda negarse alegando silencio o defecto en la ley; en cambio, la interpretación analógica ha de estar prevista en la misma ley, como ocurre al ordenar su aplicación a situaciones jurídicas similares. Bajo este punto de vista, en la interpretación analógica, el intérprete va de la ley al caso que contiene elementos comunes con aquel perfectamente definido en la misma; en cambio, en la analogía, hay en verdad un caso previsto, pero la ley ha callado respecto a otros semejantes, cuando uno de éstos se presenta debido a sus caracteres, - el intérprete lo inserta en la hipótesis normativa. De ahí que, ante el silencio de la ley, la analogía crea una nueva norma jurídica, que es la misma que ya existe, pero para cierto caso, que no es precisamente el que se plantea al juzgador; por eso no se trata de una simple incorporación a la norma prevista. La diferencia es sutil, pero es evidente y comprensible.-

Interpretación extensiva:

Este tipo de interpretación constituye un medio para corregir la defectuosa redacción de la ley. En efecto, se atiende primordialmente a la idea de la ley antes que a sus palabras. Pero no se trata de obscuridad o ambigüedad, sino que debido a las expresiones literales de la ley, ésta resulta exigua o restringida, cuando su propósito ha sido comprender otros aspectos que no resultan contenidos, pero que es necesario considerar incorporados para la recta aplicación de dicha norma. De ahí por qué se le denomine extensiva : porque al interpretarla, se extiende su significado a situaciones literalmente no comprendidas. De manera que a este tipo de interpretación no se le debe confundir con la analogía ni con la interpretación analógica, pues parte de supuestos distintos; especialmente toma en consideración el espíritu de la ley.-

Interpretación restrictiva:-

La restricción o interpretación restrictiva también constituye una fórmula para corregir la ley mal redactada. Los supuestos son los mismos que concurren en la interpretación extensiva, pero se proyectan en sentido inverso; para el caso la estructura literal de la ley, da a entender, que comprende ciertas situaciones, pero el intérprete

logra descifrar que la idea del legislador no ha sido esa y por consiguiente restringe el campo de aplicación, sin por esto desnaturalizar su sentido.-

La doctrina se ha esforzado en demostrar que tanto la extensión como la restricción, constituyen modalidades de la interpretación, o puestas naturalmente a la analogía; sin embargo hay cierta corriente que se ha atrevido a señalar en la referida tipología, cierta argucia que trata de encubrir la analogía con el ropaje de la interpretación. Veamos si en efecto hay algo de cierto en estas imputaciones: vimos que por la analogía (razonamiento de lo particular a lo particular) hay una cuestión prevista: "a, b y c", pero el jugador conoce de otra: "a, b, c, y d"; ambas situaciones tienen elementos comunes o semejantes, pero en la segunda hay situaciones similares (no idénticas), no comprendidas en la ley, ni ésta se ha referido a ellas en abstracto bajo la fórmula "y otros casos semejantes"; luego por analogía, aplicamos a esta situación la regla prevista para la primera. ¿qué ocurre en la extensión? Aquí la ley contiene los elementos: -- "a, b, y c", pero deja fuera los elementos: "d y e"; qué ocurre? ocurre que la ley se aplica o extiende su aplicación a los elementos "d y e", operándose un estiramiento de la norma a elemento que no comprendía. Y en la restricción ocurre lo contrario: la ley comprende los elementos: "a, b, c, d, y e", pero el intérprete estima que los últimos elementos (los d y e) no deben considerarse involucrados, pues de lo contrario se iría contra la intención o espíritu de la norma. Y aquí viene la crítica, que por cierto no es destructiva; la doctrina que sostiene o sustenta el uso de la extensión, responde efectivamente al método analógico, pero no lo sostiene abiertamente debido a las censuras de que ha sido objeto de parte de los liberales al señalarlo como el camino que conduce a la arbitrariedad; particularmente en el campo del Derecho Penal, sería una amenaza a la libertad y seguridad individual. En efecto, por el método analógico cualquier cuestión puede resolverse, sobre todo si recordamos que la dialéctica señala en toda cosa o cuestión, elementos semejantes y diferentes que poseen la virtud de conjugarse en un extremo en que se funcionan o concilian, de suerte que el campo de aplicación de la norma se amplía demasiado, pero también es cierto que hay casos muy particula--

res que exigen el empleo de este método; sin embargo, como existe un valladar crítico lógico se ha ideado la teoría de la interpretación extensiva para obtener el mismo resultado sin mencionar la analogía a secas.-

¿Y respecto a la interpretación restrictiva? Ocurre el fenómeno opuesto. Si por la analogía se coman o cierran lagunas, mediante la restricción se abren, pues parece evidente al intérprete que la aplicación de la norma a los casos: "d y e", es injusta o inconveniente. Para aclarar la idea podemos citar a título de ejemplo en nuestra -- ley, la regla que rige la disolución del vínculo matrimonial y que dice así: "Art. 169 C.: "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por la sentencia ejecutoriada que declara el divorcio absoluto". Nos interesa la primera parte de la regla cuando se refiere a la muerte. Se cuestiona: ¿Comprende a la muerte real y presunta declarada judicialmente, o debe limitarse a la primera? La ley no distingue y en tal sentido se comprenderían ambas situaciones; pero, ¿fué ese el propósito de la ley? ¿qué pasa si el desaparecido vive y retorna? ¿será conveniente restringir su aplicación al caso de la muerte real o debe incluirse la presunta que normalmente parece comprender? En mi criterio, la regla no debe aplicarse al caso de la muerte presunta, por ser ésta una institución cuyos efectos se proyectan únicamente sobre el patrimonio del presunto muerto, pues en dicho tratado el legislador omitió toda referencia al estado civil. Apoya este punto de vista: 1o.) La historia de la Ley; en efecto, la regla original tomada del Código Civil Chileno, hasta donde nos interesa establecía lo siguiente: "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges". De acuerdo a la doctrina y al espíritu de la Legislación Chilena, la regla se refirió siempre a la -- muerte real o natural y en ningún momento existió duda de la exclusión de la muerte presunta. Tanto es así, que para modificar este -- criterio, el legislador en la nueva Ley de matrimonio, se refirió expresamente a la muerte presunta como causa de terminación del matrimonio; 2o.) En nuestro ordenamiento jurídico priva aún el antiguo espíritu de la legislación chilena respecto a la muerte como causa de extinción del matrimonio, y una de las ideas predominantes es la protección de este instituto en cualquier situación de incertidumbre que

afecte a su existencia; 3o.) Repetimos, en el Tratado de "La Presunción de Muerte por Desaparecimiento", se regula especialmente la suerte del patrimonio del muerto presunto, inclusive, hay una regla que expresamente señala la disolución de la sociedad conyugal si la hubiera, pero omitió referirse al matrimonio, y por consiguiente, no quiso la disolución (1).-

A propósito de la interpretación extensiva y restrictiva, hay una regla que establece lo siguiente: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que debe darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes" (2). ¿Será posible sostener, en base a esta regla que se prohíbe la interpretación extensiva y restrictiva? Si fijamos la atención en la primera parte de la regla, es posible; pero al desentrañar el alcance de lo que reza la segunda parte, hay que concluir que se permite pues en los casos de obscuridad u otro motivo que conducen a dudas en la inteligencia de la ley, se aplicarán las reglas de la lógica, y si tal no fuera posible, hay que recurrir al "espíritu general de la legislación y a la equidad natural".-

Interpretación progresiva:

Señalamos al inicio de este capítulo, que uno de los más serios problemas que enfrenta el derecho en su aplicación, es el cambio constante de las relaciones sociales. Esta situación constantemente dinámica, afecta las bases del orden jurídico, pues a corto plazo parece un régimen descoordinado de la realidad a la que pretende proyectarse. A penas acaba de iniciarse la vigencia de una ley aparecen de inmediato sus imperfecciones; pero la justicia no puede esperar una enmienda que provenga del órgano u órganos que la sancionaron; el juez tiene ante sí, un caso que debe resolver aun a falta de disposición aplicable. Es aquí, donde cabe destacar un tipo de interpretación que sin desconocer al derecho, sepa conjugar el espíritu de la legislación con la realidad. Tanto más es necesario el empleo de este método en la aplicación del derecho, cuanto más vieja resulte la norma jurídica. Por necesidad, las circunstancias que acompañaron

(1) Art. 82 C.C.

(2) Arts. 23 C.C. y 24 C.C.

a la promulgación de una ley no son las mismas que la acompañan en su aplicación, por consiguiente, para que el derecho corresponda a la realidad, no solo debe investigarse el sentido objetivo o intrínseco de la norma jurídica, sino que hay que llevar ese sentido hasta el final de sus consecuencias jurídicas, tomando en cuenta la nueva situación social, las nuevas necesidades, en síntesis, tomando en cuenta las nuevas circunstancias, sea para restringir, ampliar o corregir el alcance de dichas normas. A este tipo de interpretación denominamos "progresiva", porque con ella el derecho progresa o evoluciona a la par del progreso y evolución de la vida social.- Solo en esta forma, el derecho puede salvar su utilidad y su prestigio. Ejemplo típico de este criterio en materia de interpretación, es el hecho de no observarse ciertas reglas que establece la ley penal, cuando se va a ejecutar a un condenado a muerte, y que se refieren a la publicidad de la ejecución (1).-

Este método de interpretación, aún cuando nuestra ley nada dice, es aplicable; a ningún juez se le ocurriría ir de paraje en paraje pregonando los pasajes de la sentencia de muerte del suplicado, y menos dejar el cadáver de éste en el lugar de ejecución, para ser -- recogido hasta una hora antes de oscurecer. Es indudable que el empleo del método requiere la presencia de un juez, que no sólo conozca el espíritu de la ley, sino que también tenga la suficiente conciencia del cambio social, para percatarse de que el sentido de la ley también debe cambiar. Jueces de esta talla hay que forjarlos a -- través del estudio de la Sociología y la Filosofía Jurídica. La primera proporciona la conciencia social, la segunda el sentido de dicha conciencia. Creo, sinceramente que este es el tipo de interpretación que puede salvar a la justicia, de un derecho que parece petrificado sobre las páginas de los códigos. Si en efecto, el derecho no solo es norma, sino también conducta, y ésta no es otra cosa que la vida humana viviente, ambas deben mantenerse en coordinación constante para que la vida dentro del derecho sea o pueda ser una realidad y no una utopía.-

La interpretación progresiva del derecho no es cosa nueva. Ahí

(1) Arts. 24 y 25 C. Pn.-

donde el cambio exige una agilización inmediata del derecho es aún más notable. Por ejemplo, en el Derecho Mercantil y aún en Derecho Civil, la interpretación progresiva no solo ha readaptado al derecho, sino que ha llegado a determinar nuevos institutos. Citamos a título de ejemplo un caso que tuvo lugar en el Derecho Romano: en este derecho, para que se realizara la tradición de la "res mancipi" era necesario seguir un procedimiento solemne y no una simple entrega, pero luego ocurrió que la multiplicidad del comercio exigía un procedimiento más simple y entonces surgió la "venta"; por medio de la venta el dueño que vendía no dejaba de serlo, por lo tanto podía ejercer la "rei vindicatio", pues sólo la "mancipatio" trasladaba el dominio de un sujeto a otro; de ahí resultaba una injusticia, pero el Magistrado -- concedió al comprador una excepción de "res venditi y traditi" que le aseguraba la retención de la cosa comprada, y de esta manera llegó a crearse un nuevo sistema de adquisición de la propiedad.-

Otro ejemplo que podemos citar de interpretación progresiva del derecho es el siguiente: en la legislación francesa desde el Código de Napoleón, existe una regla que establece la prohibición para estipular por otro. En base a dicha regla, todos los contratos de seguro quedaban prescritos, pero es evidente, que al formularse dicha regla ni siquiera pudo preverse la enorme utilidad que representarían los seguros en las relaciones sociales, sobre todo tratándose de los seguros de vida. La jurisprudencia de dicho país, por cierto una de las más reconocidas en la doctrina, interpretó la prohibición como un exceso del legislador, y determinó que la intención de la ley es la de procurar la seguridad en los negocios, pero en modo alguno ha de interpretarse, que si alguien actúa como gestor oficioso de otra, -- que saldrá beneficiada, como en el caso del seguro, debe aplicarse la regla prohibitiva, sino que debe excluirse y mediante la analogía integrar el vacío creado por el intérprete, aplicando entonces las reglas de la gestión de negocios. Así, el contrato de seguro -- fue legitimado en una legislación que lo excluía, mediando la interpretación progresiva.-

En el Derecho Civil se regulaba el contrato de arrendamiento de servicios, pero este contrato no respondía a las necesidades de los trabajadores; de ahí se desdobló una nueva institución que condujo

a la estructura de un nuevo derecho; el derecho de los trabajado--res. Sólo queremos destacar lo siguiente: en las relaciones labora--les lo que cuenta no es el contrato sino la relación de trabajo. La realidad así lo demanda, de ahí que la misma ley de trabajo haya in--terpretado que para establecer la relación de acreedor y deudor, no es necesario probarlo mediante un contrato, sino mediante la efecti--va relación de trabajador y patrono, respectivamente. El empleo de la interpretación progresiva ha de mostrar su utilidad sobre todo en esta rama del derecho; se advierte este progreso al recordar que ha sido tradicional exigir como fuente primaria de obligaciones conven--cionales a los contratos, pero en Derecho Laboral, esa exigencia ñha sido superada y sustituida por la realidad; las relación de traba--jo. Si en el legislador priva ese principio, con mayor énfasis debe utilizarlo el juzgador.-

En conclusión, la interpretación progresiva del derecho permiti--rá la adecuación del mismo a la realidad imperante en determinado lu--gar y tiempo. No es posible que el juzgador se limite a un repensar lo pensado por el legislador que sancionó una regla, y que se obli--gue a la práctica del absurdo.-

2) La Función Jurisdiccional: su importancia en la vida del de--recho.-

Parece supérfluo a estas alturas, insistir una vez más en la im--portante tarea que se le encomienda al órgano jurisdiccional. Pero este trabajo ha sido inspirado precisamente en esa circunstancia, y tiene el firme propósito de ser útil dentro de la modestia de sus planteamientos. Es por eso, que he querido destacar aquí en especial, la enorme trascendencia de la actividad jurisdiccional en la vida so--cial, y sus repercusiones jurídicas y sociológicas.-

No faltará algún excéptico, que niegue cuanto aquí se diga ante la dura realidad que nos presenta un panorama plagado de corrupción en la administración de justicia -salvo raras excepciones-, y no sólo ahí, sino en toda la organización social. Sin embargo, cabe des--tacar que un intento para propi--ciar un cambio de mentalidad del juzga--dor será siempre aceptable, dentro de cualquiera circunstancias, y -una forma de intentarlo es mediante el estudio de la institución que lleve a la conciencia el reparo de su responsabilidad con el conglo--

merado social del cual forma parte.-

En efecto, la "Función jurisdiccional" tiene un profundo basamento sociológico (+). Cuando el Estado recupera del "pater familia" el derecho de vida y de muerte sobre los ciudadanos y elimina la "vendentra", se opera en la vida social una transformación que se inspira en principios de paz, seguridad y justicia. A la proscripción del derecho de hacerse justicia por mano propia, sucede la administración de justicia por cierto organismo caracterizado por la imparcialidad y el apego al derecho. Este es el órgano jurisdiccional, cuyo estudio histórico ha de ser objeto de otro trabajo.-

Limitada la auto-defensa a casos muy excepcionales, surge para el Estado la obligación de crear el organismo encargado para conocer y resolver las situaciones de conflicto que genera la vida en sociedad. Dos cuestiones de vital importancia se obtienen mediante la jurisdicción: el aseguramiento de la paz social y el aseguramiento de la eficacia del derecho. El juzgador no debe perder de vista lo anterior, pues ambas finalidades deben coordinarse para la continuidad de las relaciones sociales, y en aquellos casos en que el derecho debe transmutarse, porque las exigencias sociales así lo demandan, no debe creer que atenta contra la eficacia y la idea del derecho, sino todo lo contrario, precisamente de eso se trata, de reajustarlo para que sea eficaz y justo.-

La misión del juez no difiere de la misión del derecho. Por eso participamos del pensamiento de C. Cossio cuando sitúa al juez inmerso en el derecho, como un ser que participa del "ser" del derecho(++). Bajo este punto de vista, la responsabilidad del juzgador adquiere relevancia inicitada; sus deberes y obligaciones jurídicas se ensanchan y las exigencias del ciudadano frente al mismo adquieren sólidos fundamentos. Basta recordar una vez más, que la sentencia del juez (que constituye el acto jurisdiccional por excelencia) es la última etapa en el proceso de individualización del derecho, por no decir, es el momento en que se realiza o positiviza el derecho. En efecto, de la sentencia en adelante, no resta más que la ejecución voluntaria o forzada de su precepto, empero lo que nos interesa resaltar es

(+) Véase llamada de la pág. 59

(++) Véase págs. 44 y 75

cómo el Juez crea derecho, no sólo en el caso de encontrarse ante un "vacío" de la ley, sino siempre que dicta sentencia. Claro está, que no se trata de un derecho abstracto y genérico, impersonal o indeterminado con proyección futura; caracteres que por su naturaleza corresponden única y exclusivamente al acto regla, sino que es derecho, es norma jurídica, porque la sentencia reúne las características de dicha norma: es bilateral y esencialmente coercible.-

La sentencia, es pues, acto norma, porque sus efectos se proyectan sólo sobre los sujetos del litigio, es decir, es un derecho individualizado. Pero ¿acaso el juez no puede crear derecho en otra forma? Como hace poco expresamos, las ideas han evolucionado y seguirán en ese proceso a medida que las exigencias de la realidad lo demanden; en el Derecho Laboral, fundamentalmente, se ha operado esta evolución de manera más apresurada. En efecto, aquí el juez no sólo crea normas jurídicas individuales, sino que también crea derecho abstracto y genérico, con algunas limitaciones; por ejemplo, cuando resuelve un conflicto colectivo de carácter jurídico originado por la interpretación de un contrato colectivo de trabajo, la interpretación que establece en el fallo debe acatarse por todos los sujetos que sean afectados por dicho contrato, lo que acontece al colocarse en las situaciones hipotéticas de las normas que integran al contrato. La limitación arriba advertida es más aparente que real, pues en general, todo el derecho se limita a los sujetos que se sitúan en las hipótesis normativas (+).-

La actividad jurisdiccional y con ella la actividad de los jueces, es pues, la piedra angular del sistema jurídico, cualquiera que sea la filosofía que lo inspire. Hay que darse cuenta, cómo el derecho poco a poco ha ido canalizándose a través de la jurisdicción(++), al grado que uno de los últimos vestigios del absolutismo en el Estado moderno, como es la administración encomendada al órgano ejecuti-

(+) Arts. 387 y 392 C. Tr.; por otra parte, es en Derecho Laboral - donde ha desaparecido el monopolio estatal del derecho, pues los trabajadores, a través de sus asociaciones, tienen la capacidad de crear verdadero derecho, ej. el Contrato Ley, Arts. 246 y ss. C. Tr. y 190 C.P.

(++) El vocablo jurisdicción viene de Juris=derecho-; dicctio=decir.

vo, ha experimentado la necesidad de que sea la jurisdicción la que resuelva los conflictos jurídicos que surgen de aquella actividad en sus relaciones con los particulares. Es así como en la mayoría de las legislaciones se establece la justicia contenciosa-administrativa para la aplicación de las normas de Derecho Administrativo, cuando por la incertidumbre o la inobservancia, no pueden realizarse voluntariamente sus preceptos.-

La función jurisdiccional es al mismo tiempo una garantía para el ciudadano. Es una garantía de la libertad jurídica, en los regímenes respetuosos de la autonomía de esta función. El juez que obedece al derecho y a los dictados de su conciencia jurídica, antes que a los dictados del jefarca, materializa aquella garantía. La separación de Poderes no ha tenido otra finalidad; técnicamente se trata de una separación de funciones; el Poder es uno. Empero, el monopolio de actividades específicas no debe constituirse en regla inflexible. No se concibe que al órgano legislativo sólo corresponde legislar y que al órgano jurisdiccional sólo juzgar. También el órgano jurisdiccional ha de tener cierta "vigilancia" por ley sobre las otras actividades. En efecto, el control jurisdiccional sobre las actividades legislativas y administrativas, no constituye una intromisión sino algo inherente a la "garantía" que pretende la jurisdicción. A la primera se controla cuando la jurisdicción califica la invalidez de las normas jurídicas por no estar de acuerdo a la Constitución; esta vigilancia puede realizarla en dos formas: 1o.) concretamente cuando al resolver un conflicto declara que la norma jurídica elegible es inaplicable por el defecto de la inconstitucionalidad, y 2o.) de manera general y abstracta, cuando califica la inconstitucionalidad mediante el proceso del mismo nombre; la sentencia que el Alto Tribunal de Justicia pronuncia en tal caso, es por su forma un acto jurisdiccional, pero en cuanto a sus efectos, es un verdadero acto regla (1). Esta concesión del legislador constitucional hacia el órgano jurisdiccional, constituye una real excepción a otro principio, conforme al cual las leyes se derogan de la misma forma en que se aprueban. Esto es así, porque la jurisdicción es en definitiva la única que ofrece posibilidades de fiscalización honrada e imparcial mas o menos efectiva.-

(1) Art. 10 L. de Prs. Consts.

El control jurisdiccional también es proyectable sobre los actos de la administración, para calificar la legalidad o arbitrariedad de dichos actos. Todo lo anterior es suficiente para comprobar la importancia de la función jurisdiccional en la vida del derecho.-

Cabe preguntarse ¿Quién controla al controlador? Hay que tomar en cuenta que lo humano es por necesidad de las circunstancias algo imperfecto, sin embargo la imperfección es relativa, y es así, como el mismo Alto Tribunal de Justicia en algunos ordenamientos jurídicos fiscaliza las actuaciones de los otros órganos, y en otros se ha establecido un organismo independiente como parece ocurrir en Francia. En nuestro orden jurídico, la jurisdicción fiscaliza la actuación de los otros órganos, y de los mismos tribunales de instancia, por medio de la Casación, pero creo que el Ministerio Público debe fiscalizar las actuaciones de la jurisdicción con la efectividad del caso.-

Aun cuando lo expuesto hasta aquí no concluye el tema, espero haber destacado algunos de los objetivos más relevantes de la función jurisdiccional en la vida jurídica.-

3) El fundamento de la sentencia sin ley:

Al hablar de la sentencia sin ley, tenemos que referirnos nuevamente a los "vacíos o lagunas". Al estudiar la problemática de la interpretación anticipamos lo suficiente como para no volver sobre lo mismo, y especialmente cuando estudiamos "la analogía", comprobamos que se trata de un método o razonamientos, que al ir a lo particular, permite cerrar las "lagunas" (1). Pero hay casos en que el juez no puede hacer uso de la "analogía" por no concurrir los supuestos necesarios para llevar adelante dicho razonamiento (2); de ahí que, en semejantes situaciones tiene que recurrirse a otros elementos: los "principios generales del derecho", la "doctrina" y el "Derecho Natural". Pero estos tres elementos que sirven para inspirar una sentencia justa ¿tienen asidero en la ley? Antes de penetrar a este análisis, queremos iniciar el desarrollo refiriéndonos a la sentencia que no obstante ausencia de ley, tiene directo fundamento en ella.

(1) Art. 10 L. de Procds. Consts.

(2) Véase pág. 84.

1) LA LEY:

Cómo puede explicarse que un fallo judicial, no obstante la existencia de una "laguna", tiene por fundamento la ley? La respuesta ha quedado formulada atrás; precisamente cuando estudiamos la "analogía", establecimos que el juzgador toma por base el hecho que la realidad le plantea, o viceversa, es la situación de hecho la que el juzgador acomoda a la situación hipotéticamente prevista en la norma que estrictamente no le corresponde. Vamos a citar algunos ejemplos: en la ley civil, en el tratado "De las Acciones del Suelo", se establecen las reglas que deben observarse para la determinación de los linderos de las propiedades riberanas en los casos siguientes: a) si el río varía de curso, es decir, cuando se desvía del cauce acostumbrado y b) si el río se divide en dos brazos que no vuelven a juntarse. Pero hay un tercer caso que no está expresamente previsto: cuando el río se extingue y abandona el cauce por desaparición. La ley no ha referido el caso, pues ni siquiera al tratar de las variaciones del curso del río se ha remitido a situaciones semejantes para dar lugar a la interpretación analógica; luego entonces al emplear la analogía, advertimos que aún cuando la ley no se ha referido expresamente al caso de la extinción definitiva del río, hay que aplicar las mismas reglas que se observan para la variación de su curso y así establecemos la parte del cauce que accede a los propietarios(1). Concurriendo la misma razón, debe aplicarse la misma disposición.-

Otro caso en que procede aplicar el método analógico y la observancia del mismo principio que acabamos de citar, es en la accesión de cosas muebles a inmuebles, es decir, en los casos de edificación con materiales propios en terreno ajeno y a la inversa, cuando se edifica con materiales ajenos en terreno propio, siempre que sea procedente la reposición de los materiales o el pago de su valor; pues bien, el Capítulo que trata "De la Adesión de las Cosas Muebles a Inmuebles" no dice nada a ese respecto y por consiguiente, por tratarse de situaciones análogas deben aplicarse las reglas pertinentes del tratado de "Las Prestaciones Mutuas".-

En situaciones como las planteadas concurren los supuestos necesarios para la aplicación del método analógico, pero hay casos en que

(1) Arts. 635 y 636 C. C.

no es posible, y a ellos vamos a referirnos en lo que sigue.-

2) LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO:

Cuando es improcedente la aplicación de la "analogía", cabe la posibilidad de recurrir a los principios generales del derecho. Casi todas las legislaciones remiten a dichos "principios" la solución de cuestiones no previstas en la ley. Aun cuando ya lo expresamos, es del caso recordar que la "plenitud del orden jurídico" constituye un dogma infranqueable, ya desde el punto de vista lógico, ya desde el punto de vista axiológico. En efecto, lógicamente todas las cuestiones que la vida jurídica es capaz de generar admiten una solución, por absurda que ésta aparezca, de acuerdo al derecho vigente; pero -allí, donde choca la conciencia jurídica con la conciencia de la justicia, allí donde aparece una "laguna" en sentido axiológico, hay que evitar el absurdo, la injusticia. Es por eso que previendo el conflicto entre el deber ser lógico y el deber ser axiológico, el legislador con buen criterio, autoriza al juzgador resolver dicho conflicto, recurriendo para tal propósito a la investigación de ciertos principios que tienen la virtud de coordinar esas fricciones. Estos "principios" ¿deben buscarse en la legislación o admiten lucubraciones de otra índole? Estimo que los principios generales deben investigarse en la misma legislación. Los principios generales son principios contenidos implícitamente en la ley. La consecuencia de esta tesis es que el juzgador no puede arbitrariamente concebirlos. Antes de entrar a mayores detalles sobre la posición que adoptamos, quiero referirme a las diversas acepciones en que se ha tomado a los "principios".-

1) En primer lugar, se ha identificado a los "principios generales del derecho" con el Derecho Romano. Recordemos, que el Derecho Romano fue considerado por mucho tiempo como el derecho común, al que se acudía cuando la ley local no daba una respuesta al problema que la situación real y concreta planteaba. Pero el Derecho Romano es eminentemente privatista, de suerte que la generalidad de sus principios es relativa a dicho sector; por otra parte, como bien afirma Legaz y Lacambra, en esta acepción se encuentra el germen de dos corrientes de la interpretación, que ha dividido a los civilistas sobre este asunto: la histórica o positivista y la filosófica o yusnaturalista(1).

(1) Legaz y Lacambra: ob. cit. págs. 565.

Esta posición conduce a la otra acepción de los principios generales:

2) Para los positivistas por " principios generales del derecho" debe entenderse aquellos principios que inspiran determinada legislación en cierto lugar y tiempo. Para los jusnaturalistas, los "principios generales" son ciertas verdades de validez universal, y por consiguiente, no están limitadas por el lugar ni el tiempo. G. Del Vecchio es uno de los filósofos que más ha trabajado en la sistematización de esta corriente.-

3) También se ha identificado a los "principios generales del derecho" con ciertas "verdades jurídico-morales y religioso-teológicas" (1). Esta posición es una variante de la anterior, por no decir que es la misma. Así, Legaz cita como ejemplo, que el cristianismo afirma la personalidad del hombre en cuanto hombre, independientemente de la posición que ocupa en la sociedad (2).-

4) Hay otra tesis que identifica a los "principios generales del derecho", con las normas o principios de Derecho Constitucional, referidas en la "parte dogmática" de la Carta Magna, y que constituyen el fundamento del régimen de garantías que favorecen a los sujetos de derecho frente al Poder Público y las reglas que uniforman el pensamiento y la ideología del legislador.-

5) Finalmente se habla de "principios generales del derecho" cuando nos referimos a ciertas "máximas" o "verdades lógico-jurídicas", deducibles de la conformación total del orden jurídico positivo. Por ejemplo, el aforismo conforme al cual "nadie debe enriquecerse sin causa", tiene asidero lógico-jurídico (3). Se trata de una máxima que en sí misma constituye una norma sintetizada.-

Estas acepciones pueden reducirse a dos tendencias antitéticas: la interpretación positivista y la interpretación jusnaturalista.-

El jusnaturalismo afirma que los "principios generales del derecho son principios ideales, captables por el pensamiento, a priori, de validez absoluta que sirven al mismo tiempo y en cualquier lugar a la estructuración del derecho justo. La Escuela Positiva, por el contrario, niega el carácter ideal y a priori de estos principios,

(1) Legaz y Lacort: ob. cit. pág. 566

(2) Ibid. pág. 567

(3) Art. 1558 Inc. 2o., 2042 C.C., 2048 C.C.

y por otra parte les concede o reconoce un valor relativo. Para captar o descubrir el enunciado de un principio general, es menester que el intérprete o investigador se informe previamente del enunciado normativo que prevalece en todo el ordenamiento jurídico, por consiguiente, al rechazar a toda metafísica, el descubrimiento de los "principios" es a posteriori. Se trata de una labor de síntesis en gran escala; se puede tomar como base a toda la legislación para descubrir acuál es la idea que prevalece, y luego en una síntesis manifestar dicha idea; o bien, puede tomarse por base a una institución y después del correspondiente estudio, deducir la idea que priva, y la traducción de esa idea constituye el principio que la informa. Por eso se ha dicho y con cierta razón, que el descubrimiento y determinación de estos "principios" pueden perfectamente, no sólo suplir la ley, cuando ésta es ambigua, obscura o incompleta, sino que pueden reemplazarla totalmente, y que un Código de Máximas o de "Principios Generales del Derecho" puede ser mucho más práctico que los Códigos actuales, perdidos en el detalle, pues responden a problemas pasados y solo imperfectamente responden a los futuros.-

En mi criterio, la Escuela Positivista tiene razón al señalar que los principios han de buscarse en el ordenamiento jurídico positivo. En realidad, la determinación correcta de estos principios puede ser de gran utilidad en la aplicación del derecho desde todo punto de vista. Se trata de principios contenidos explícita o implícitamente en todo el ordenamiento jurídico, de ahí que no pueden descubrirse, como estimó la Escuela del Derecho Natural, a priori, sino a posteriori. Determinado que sea un principio general del derecho, el juzgador no debe pronunciar un fallo que lo contradiga. Esta contradicción iría contra la ideología de la legislación, es decir, es atentar contra el "espíritu" o sentido del ordenamiento jurídico. Conforme a este criterio, el intérprete ha de tomar en cuenta al investigar la existencia de un principio general, la ley que regula específicamente la cuestión que se le plantea, y debe coordinarla con el total de la legislación que la contiene, y luego, algo más difícil aún, debe tratar de coordinarla con la totalidad del derecho, tomando en cuenta los principios constitucionales. En ocasiones, para determinar la idea que prevalece tiene que tomar en cuenta cuestiones de ca

rácter filosófico y político. Por ejemplo: en nuestra legislación -- prevalece en buena medida el principio general de "la autonomía de la voluntad" correlativo al principio que reconoce la "personalidad de todo ser humano". Pues bien, el principio de la autonomía de la voluntad ha tenido que relativizarse cada vez que se solidifica y proyecta más el principio de la personalidad del hombre, pero obedeciendo a cuestiones que previamente no había sido advertidas, así, en la legislación laboral el principio primero citado, ha retrocedido al comprobarse que en vez de beneficiar perjudica los intereses de la clase trabajadora, pues bajo dicho principio se escudaba una situación de injusticia social. Entonces, el intérprete, ha de tener presente, que cuando se trata de cuestiones que caen bajo la órbita del Derecho Civil, específicamente de las obligaciones contractuales, -- prevalece la voluntad de las partes, y conforme a dicho principio, -- han de interpretarse las cláusulas del contrato; pero si se trata de un contrato de trabajo, el juzgador no tomará en cuenta dicho principio, y por más que se le demuestre que ha sido tal la voluntad de los contratantes, dicha voluntad no es absolutamente libre, sino que ha de tener presente las reglas de los contratos colectivos de trabajo, de los contratos ley, y las reglas del derecho de trabajo, que están inspirados en principios generales que obedecen a otra filosofía, que toma en cuenta la situación desventajosa del trabajador frente a su patrono. En realidad, mal podría aplicarse en las relaciones laborales el principio de la autonomía de la voluntad, pues la historia demuestra que frente al patrono, el trabajador carece de libertad para discutir las condiciones de trabajo, y en semejante caso, solo la voluntad del patrono lograría imponerse. El Derecho del Trabajo y los principios generales sobre los que se construye rechazan la autonomía de la voluntad y postulan el principio de la imperatividad de sus normas, en contraposición a la dispositividad de la ley civil.-

Ahora bien, cabe reflexionar si en nuestra legislación se autoriza al juzgador a investigar la existencia de "principios generales" que coadyuven a la solución del problema de las "lagunas". El Art. - 24 C.C. que transcribimos dice así: "En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán

los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural". Esta regla está contenida en el Capítulo Preliminar de la legislación civil, pero todos están de acuerdo en que dichas reglas se aplican a la totalidad de la legislación secundaria. El quid de la cuestión está aquí, en qué debemos entender por "espíritu general de la legislación". En nuestro sentir, aquí se está refiriendo expresamente a los principios generales del derecho, pues éstos no son otra cosa que las ideas generales que informan la legislación. Por otra parte, el espíritu general de la legislación solo puede determinarse a posteriori, después de estudiarla toda, ya en forma fraccionada por instituciones, ya en forma sistemática al relacionarla.-

La legislación salvadoreña acorde al principio de la plenitud -- del orden jurídico, reconoce pues la aplicabilidad de los principios generales del Derecho, y a ese respecto, adopta el criterio de la Escuela Positivista, pues como alguien ha dicho ya, estos principios "no son por ello nada misteriosos y alusivo, como las esencias angélicas o las abstracciones superiores, sino normalmente la propia idea central de una institución positiva desenvolviéndose en la vida de ésta y presidiendo todo su funcionamiento. Razonar en derecho, interpretar las normas o los actos jurídicos, aplicar el derecho, no es más que operar con esos principios, alrededor de los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y los actos concretos" (1). En realidad, el ideal sería ese: reducir toda la vida jurídica a principios o máximas. En esta forma el sistema adquiriría una flexibilidad inusitada, y el problema de las lagunas escasamente se presentaría.-

3) LA DOCTRINA:

La doctrina, se integra por los trabajos científicos desarrollados por los juristas. Qué valor pueden tener estos trabajos para el caso de aplicar una ley defectuosa o en ausencia de la misma? La obra científica del derecho tiene cierta relación con el derecho vigente. Es cierto que el criterio antojadizo del legislador, puede dar al -- traste con el esfuerzo del jurista - ;Oh Kirchmann!- pero no denigra ni rebaja ni le resta méritos a la Ciencia. Todo lo contrario, la --

(1) E. García de Enterría: "Prólogo a Tópica y Jurisprudencia" de - Theodor Viehweg Ed. TAURUS, Madrid, 1964, pág. 17

ciencia del derecho puede en la mayoría de los casos constituirse en elemento crítico y revolucionario para la transformación del derecho, y también puede constituirse en elemento estabilizador.-

En la historia del Derecho hubo una época en que la opinión de los entendidos tuvo tanto valor como el de la ley; me refiero a la época del Derecho Romano decadente. Sabemos que el Pretor Romano era en cierta medida una especie de legislador (Derecho Pretoriano), pero debido a la crisis que experimentaba el imperio, el espíritu creador se vió opacado. Fue entonces cuando surgió la necesidad de perseverar en aquel Derecho que ahora se nos muestra como una obra casi perfecta. Respondiendo a esa exigencia se estableció la obligación de consultar la opinión de los grandes Jurisconsultos: Papiniano, Paulo, - Ulpiano, Gayo y Modestino.-

Como se ve, el criterio que adopta el legislador cuando ordena la consulta de la doctrina no es nuevo, y cuando ésta remisión es inequívoca, el juzgador ante una "laguna" de la ley tiene que inspirar se en la opinión de los tratadistas que de la manera más a corde y justa se pronuncien. Nuestra ley, particularmente, autoriza dicha -- consulta mediante una regla contenida en la ley procesal, pero por -- su naturaleza es en realidad una norma de derecho material (1). Di-- cha regla debería estar entre las disposiciones generales de la le-- gislación. Por otra parte, la ley laboral o de trabajo, también se remite, a falta de normas previas, a la consulta de los "principios doctrinarios del Derecho del Trabajo y de justicia social" (2).

No queda la menor duda, de que en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina de los expositores del derecho debe ser consultada en -- todos los casos de vacío o defecto en la legislación. El sentido co mún y el sano juicio, guiarán al juzgador en la selección de las -- obras de consulta.-

4) EL DERECHO NATURAL:

Cuestión un tanto más debatida y problemática representa para -- el juzgador, la aplicación de principios de derecho natural. En e-- fecto, a esto se agrega el problema ontológico del Derecho Natural: ¿Cómo se integra este derecho? ¿Qué guía hay que adoptar para deteru

(1) Art. 421 C. Pr. C.

(2) Art. 360 C. T.

minarlo? ¿Existe realmente el derecho Natural? (+). No vamos a tratar de responder a estas interrogantes, propias para iniciar un tratado sobre el Derecho Natural. Recordamos eso sí, que el Derecho Natural, de acuerdo al criterio de sus partidarios, se integra por principios de validez universal, intrínsecamente justos.-

Nos interesa por ahora indicar si nuestra legislación ha hecho alusión expresa o tácita a dichos principios, y en qué medida pueden utilizarse por el juzgador para colmar las "lagunas" de la ley. En realidad, del estudio de las normas de integración no logramos extraer la idea que buscamos, es decir, aquella que nos señale con la claridad del caso, la autorización para recurrir a los principios del Derecho Natural. Sin embargo, en las normas de interpretación se hace referencia implícita, así el Art. 24 citado establece que cuando las reglas de interpretación expresadas no sean suficientes para resolver la obscuridad o contradicción entre las normas jurídicas, puede recurrirse al espíritu general de la legislación o a la "equidad natural".-

Todo se reduce a determinar qué debemos entender por "equidad natural". La palabra "equidad" viene del latín "aequitas-atis" que significa: proporción igual o igualdad. Recordemos que el discípulo de Platón introduce la equidad como un correctivo de la justicia legal. En efecto, la justicia legal es un rasero que no analiza con mayor detalle cuestiones que ameritan un cambio de medida; previendo esas situaciones, la equidad interviene para enmendar el rigorismo de la ley, por lo que se dice que: la equidad es la justicia del caso concreto, en oposición a la justicia legal, abstracta y genérica de la ley. Dicho lo anterior, podemos concluir, que la equidad es una especie de la justicia en sentido amplio, y si a ella agregamos el vocablo "natural", hacemos referencia a la justicia natural, en otras palabras, al llamado y discutido Derecho Natural.-

En este sentido, la ley autoriza el estudio de los principios del Derecho Natural para emplearse como reglas de interpretación. --

(+) Véase lo dicho en pág. 31

Así lo ha reconocido la doctrina (1). Pero el Art. 421 C. Prs. C., remite al juzgador, en última instancia, a falta de ley aplicable y a falta de doctrina, a "consideraciones de buen sentido y razón natural". A qué se ha referido el legislador con semejante frase? En mi sentir, no se refiere al Derecho Natural, pero sí a algo que lo comprende como es: el sentido común del juzgador, que no puede ser otro que el sentido por la justicia, con las limitaciones de la razón humana. De esta suerte, la expresión comprende en amplio margen los -- principios generales del derecho y el criterio equitativo del juzgador. Es aquí, donde la intuición emocional de la justicia ha de aflorar con ímpetu mesurado, para que el derecho confirme su plenitud por la naturaleza de las cosas. Sin embargo, para algunos esa frase alude concretamente al Derecho Natural. En realidad no me parece -- porque restringe demasiado el alcance de las expresiones, que de por sí se ofrecen extraordinariamente amplias. De manera que mi tesis no se opone sino que amplía a la anterior.-

Estimo que con todo lo dicho acerca de la problemática en la aplicación del derecho, cuya solución reafirma el dogma de la plenitud del orden jurídico, es posible, entrar a la etapa final de este trabajo, que sin pretender agotar el tema, dará algunas conclusiones que ojalá sean útiles.-

(1) A. Alessandri Rodríguez y M. Somarriva U.: Curso de Derecho Civil, Edít. Nascimento, Santiago de Chile, 1961 3a. Edic., pág. 137 y sig.

CAPITULO IV
CONCLUSIONES

LA PLENITUD EN EL ORDEN
JURIDICO SALVADOREÑO

a) La plenitud en la legislación civil: la legislación civil salvadoreña, reafirma el principio de la "Plenitud del Derecho", y da pautas al juzgador para colmar los vacíos o lagunas de la ley.- Entre los problemas que plantea la aplicación del derecho, ninguno es más difícil de resolver que el de su integración. Este problema exige en el juzgador cualidades especiales que no es común encontrar en los funcionarios. No obstante, el legislador ha reconocido su impotencia para prever todos los problemas que el comercio jurídico puede generar, y ha confiado en la capacidad del juzgador para que cierre aquellos vacíos, que no son cosa traída de los cabellos, sino una realidad. La principal regla de integración en la ley civil salvadoreña la contiene el Art. 421 C. Prs. C., que no obstante estar ubicada en la ley -- procesal civil, es regla de derecho material, la que debería reubicarse entre las reglas generales de la legislación..Este artículo reza así: "Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. SERAN FUNDADAS EN LAS LEYES VIGENTES; EN SU DEFECTO, EN DOCTRINAS DE LOS EXPOSITORES DEL DERECHO; Y EN FALTA DE UNAS Y OTRAS, EN CONSIDERACIONES DE BUEN SENTIDO Y RAZON NATURAL". A esto agreguemos, que la legislación penal en el Art. 284 C. Pn. No. lo. establece: "Incurrirán en las mismas penas del artículo anterior; lo. El juez que se negare a juzgar, bajo pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley". El Artículo anterior a que se refiere la disposición citada, establece la pena de dos meses de prisión menor e inhabilitación especial durante el tiempo de la condena, disposiciones que se refieren al delito genérico de prevaricación.-

Por último, recordemos las reglas de interpretación previstas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil; reglas -- que son aplicables en toda la legislación nacional, y que en seguida -- transcribimos:

Art. 19: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".-

"Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".-

Art. 20: "Las palabras de la ley, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".-

"Las definiciones de las palabras de una ley, hechas en otras ley posterior, se tendrán como interpretación auténtica de aquéllas, y estarán sujetas a lo dispuesto en los artículos 3 y 9".-

Art. 3: "Sólo al legislador corresponde explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio..... "(El resto de la disposición es inaplicable pues se refiere a la interpretación auténtica de la Constitución, cuestión ésta que no ha sido prevista en la -- Carta Magna vigente).-

Art. 9: "La ley no puede disponer sino para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo".-

"Sin embargo, las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes o cuyos conceptos sean oscuros o de dudosa o varia interpretación, se entenderán incorporadas en éstas, pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

"En cualquier otro caso, aunque la ley aparezca como declarativa (interpretativa), se considerará como una nueva disposición, sin efecto retroactivo".-

Art. 21: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".-

Art. 22: "El Contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".-

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

Art. 23: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes".-

Art. 24: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".-

Sentimos el impulso de transcribir estas reglas, pues el trabajo puede llegar a manos que no cuenten con la ley salvadoreña, ya que las citas que hemos realizado se limitan a destacar algunos aspectos relevantes de la misma, amén de que reafirma nuestro punto de vista en relación a la plenitud de la misma ley.-

Pero es interesante destacar, que la plenitud en la legislación civil salvadoreña no debe considerarse como un sistema cerrado o hermético, tal como lo concibe Kelsen, sino que es un sistema pleno pero abierto, es decir, que permite la incorporación de normas que pueden tener por fundamento la analogía, la interpretación analógica, la interpretación extensiva, restrictiva y aún la progresiva, los principios generales del derecho, la doctrina y la equidad o Derecho Natural. En este el criterio que priva en las legislaciones más modernas, como la suiza, que autorizan al juez colmar una laguna de la misma manera que lo haría si fuera él legislador. Así se resuelve en definitiva el viejo problema que representaba el dogma del legalismo y de la separación de poderes, superado por un principio flexible, que no es precisamente el del derecho libre, sino el del Derecho Justo, por una parte y por otra, por el principio de la colaboración de las funciones legislativa y jurisdiccional en la vida real y efectiva del derecho.-

b) La plenitud en la legislación penal: en la ley penal, la plenitud del ordenamiento jurídico constituye una realidad lógica; una auténtica plenitud hermética, cerrada en toda su extensión, de suerte que el ilícito penal no puede calificarse sin regla que lo determine

previamente. Aquí adquiere plena vigencia el principio de legalidad de la pena: NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE. Este principio constituye en el sentir de connotados penalistas una garantía para la libertad individual de las personas, un valladar o regímenes arbitrarios. - Novoa Monreal cita a Von Liszt, para quien el aforismo citado representaba la Carta Magna del delincuente "porque este puede exigir que no se le sancione sino por el hecho que previamente la ley hubiere declarado delictuoso y solamente con la pena que también la ley le tuviere preestablecida". El mismo Novoa Monreal agrega: "Alguien, certeramente, añadió que con mayor razón era la Carta Magna de los que no delinquen, porque éstos saben de cierto que no han de hacerse acreedores a sanción alguna mientras su conducta no incida en laguna de las figuras delictivas que la ley tiene establecidas, ya que todo aquello que expresamente no haya sido declarado por la ley como delictuoso no puede dar origen a pena alguna" (1).-

Conforme a ese criterio, que es el que informa a la ley penal salvadoreña y que priva en la mayoría de las legislaciones calificadas como "liberales", la ley penal es la única fuente de la penalidad y la única que puede establecer los tipos o conductas sancionables. Para nada pueden servir en este caso, la analogía, y los tipos de interpretación que hemos estudiado, la doctrina, la costumbre y los principios generales del derecho. No obstante ha habido intentos por incorporar el método analógico, pero los resultados han sido perjudiciales, pues cuando se aplicó en el régimen totalitario del nacional socialismo, el único que lo ha practicado en su mayor extensión, fue utilizado para saciar las pasiones que laten en el hombre, y que se anteponen en cualquier lugar y tiempo a la realización de la justicia.-

Ahora bien, este principio que constituye una garantía individual no debe transformarse, como dijimos en otra ocasión, en un instrumento que constituye la negación de la justicia, sino que ha de motivar la actuación de los órganos jurisdiccionales y de la legislación, para incorporar al sistema legal, aquellos hechos o conductas -- que atentan contra preciados bienes jurídicos, y que ameritan ser san-

(1) E.N. Monreal: Curso de Derecho Penal Chileno, Edit. EJC. Santiago, 1960, pág. 117

cionados con una pena. Es por eso que la ley penal salvadoreña preve en el Art. 2 C. Pn.: "En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión, y no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Supremo Tribunal de Justicia las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal a fin de que lo haga presente al Cuerpo Legislativo. Las mismas observaciones puede dirigir a la Asamblea Nacional la Corte Suprema de Justicia".-

La disposición legal citada, es acorde con la establecida en el Título Preliminar de la Legislación, Art. 5 que dice así: -- "La Corte Suprema de Justicia, en uso de la iniciativa de ley que le concede la Constitución, dará cuenta al Cuerpo Legislativo en cada -- una de sus secciones ordinarias, de las dudas y dificultades que le hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que haya notado en ellas, proponiendo los correspondientes proyectos de ley". Esta es una regla general, aquélla es especial, pero en materia penal adquiere relevancia inicitada, siempre y cuando sea debidamente observada, pues, para el caso, existe en nuestra sociedad, la conciencia de que el "agio" o la "usura" repugnan al espíritu de la justicia, sin embargo nada se ha hecho para combatirlos a través de la represión que implica una pena.-

Si por casualidad un juez iniciara la instrucción de un - hecho que no constituye delito, por atipicidad y ausencia de pena la - ley procesal penal establece como solución el sobreseimiento irrestricto. A ese respecto el Art. 181 C. I. establece: "El juez de Primera - Instancia decretará el sobreseimiento en los casos siguientes: lo. Cuando el hecho que hubiere dado motivo al sumario no tuviere pena señalada en las leyes".-

Lo dicho hasta aquí es perfectamente aceptable para la fi- jación de las penas y calificación de agravantes; pero, respecto a las atenuantes? Ya habíamos anticipado, que es aceptable la interpretación analógica, y en cierta medida la analogía. En efecto, esa es la idea que priva en el legislador salvadoreño, cuando expresamente autoriza - lo que hemos determinado como interpretación analógica, por el hecho de remitirse a situaciones semejantes, pero esto no constituye, al me-

nos para nuestro pensamiento, que se descarte la analogía si concurren los supuestos necesarios. Lo anterior aparece confirmado en el enunciado del Art. 9 del Código Penal, numeral onceavo (11a.), que establece expresamente diez circunstancias atenuantes, y que dice: "Cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores". Para el caso, la doctrina cita a título de ejemplo: la senilidad, fiebre -- láctea, deficiencia mental, sordomudez iltrada, y otras.-

En conclusión, la ley penal admite la integración de vacíos cuando se trata de favorecer al reo, pero la rechaza cuando trata del establecimiento de nuevas penas y de nuevas figuras delictivas.-

c) La plenitud en la legislación laboral: la legislación laboral salvadoreña como la civil, preve la plenitud del orden jurídico con criterio abierto, no cerrado o hermético como en la legislación penal. Ya habíamos anticipado que en este rubro del derecho se ha experimentado una verdadera revolución que viene a sentar las bases de un nuevo derecho, de un derecho más humano y por consiguiente, más justo. Es así, como el monopolio que ostentaba el Estado en la creación del derecho ha sufrido un fuerte golpe en las relaciones laborales, -- pues, cuando el Estado es indiferente a las exigencias de la clase laborante son sus dirigentes los encargados de formular el derecho. Atendiendo a esa idea y especialmente a la idea de "justicia social", -- la ley formula una regla mucho más completa que la establecida para la legislación civil.-

Esta regla contenida en el Art. 360 C. Tr., y que aquí -- trataremos de descifrar brevemente, constituye una verdadera norma de integración. Se compone de varias reglas que permiten al juzgador en cualquier circunstancia resolver una cuestión no prevista en la ley de trabajo. Para la mejor comprensión haremos una exposición analítica -- pero sencilla del artículo:

Art. 360 C. Tr. "Las sentencias serán fundadas según el -- orden siguiente:

1º) En las disposiciones de este Código y demás normas legales de carácter laboral; en los contratos y convenciones colectivas e individuales de trabajo; en los reglamentos internos de trabajo y en los reglamentos de previsión o de seguridad social".

Este numeral comprende tres partes: a) en la primera, además de comprender lógicamente las disposiciones del Código, se incluyen las normas pertinentes de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social y la Ley del Instituto Salvadoreño del Seguro Social; b) en la segunda parte, quedan comprendidas las normas que surjan de los acuerdos entre patronos y trabajadores; acordados en que los sindicatos tienen la posibilidad de obtener la superación de la ley. - Los contratos colectivos y las convenciones, sustancialmente no se diferencian, al menos en nuestra legislación, y constituyen la ley laboral de la empresa. Los contratos individuales, tienen relevancia a -- falta de acuerdos colectivos; y c) finalmente, se incorporan a la ley de la empresa los reglamentos: el propio de la empresa y el que establecen las mismas leyes de previsión, que por lo mismo quedan incluidos en la primera parte y no era necesario mencionarlos aquí. El reglamento interno de trabajo puede formularse con la participación de los trabajadores y debe ser aprobado por las autoridades de Trabajo para su vigencia.-

29) "En los principios doctrinarios del Derecho del Trabajo y de justicia social";

En ausencia de ley, de contrato o convención colectiva y de reglamento interno de trabajo, el juzgador debe consultar la doctrina que inspira al Derecho del Trabajo y la justicia social. Pero es del caso interrogar: Incluiremos aquí a los "principios generales del Derecho del Trabajo? Considero que sí, pues nada se opone a ello; es más, la doctrina puede ser un auxiliar para descubrirlos, si no ha sido ella quien los ha formulado antes. Y respecto a la justicia social? Por justicia social entiendo, aquella que trata de restablecer la igualdad entre los miembros de una clase y otra, en este caso, entre los -- trabajadores y los patronos. Hay otros rubros del Derecho que responden a la misma idea: el Derecho Agrario y el Derecho de Inquilinato o Vivienda, que constituyen en doctrina el nuevo Derecho Social porque -- responde a la cuestión social.-

30) "En la legislación común en cuanto no contraríe a tales principios";

A falta de doctrina aplicable, de principios generales del

derecho del trabajo y de principios de justicia social, el juzgador -- puede recurrir a la "legislación común". En realidad, no creo que la legislación común pueda servir fielmente a las ideas que prevalecen en Derecho del Trabajo. Si por Derecho común entendemos el Derecho Civil o Mercantil, damos por descontado que responde a principios totalmente distintos, luego me parece un contrasentido remitir a ellos al intérprete. Mejor/habría sido remitir a los "principios generales del Derecho del Trabajo", pues aunque nosotros los incluimos en el numeral anterior, no están referidos expresamente.-

4º) "En razones de equidad y buen sentido".-

Podríamos remitirnos al tema de "El Derecho Natural", a propósito de la sentencia sin ley, donde tratamos de determinar el contenido de la equidad y las razones de buen sentido. Sin embargo, cabe reflexionar, que aquí se trata de la equidad en nuevo enfoque, proyectado sobre la problemática social. De tal suerte, que el juzgador no debe perder de vista esa "cuestión", para no cometer una injusticia.-

Con lo que va dicho, creo reafirmar el criterio de la plenitud del orden jurídico en la legislación laboral, con un criterio abierto, no hermético, pues permite, con mayor amplitud que la ley, civil, la incorporación de un nuevo derecho.-

d) La plenitud en la legislación procesal: La legislación procesal salvadoreña en cuanto a reglas de integración es deficiente; tanto, que solo nos atrevemos a mencionar una contenida en la ley procesal civil y otra en la ley procesal penal. Por cierto, ésta se remite a la ley procesal civil en todo lo que fuere aplicable y no estuviere previsto en los procedimientos penales (1). Pero, en lo procesal civil, después del Art. 127 no hay otra regla que oriente al juzgador ante vacíos o lagunas (). Sin embargo, quizás en ningún otro rubro del derecho, desempeña mejor papel la costumbre. Sin embargo, para implantar o iniciar una costumbres, el juzgador debe tener ciertas pautas, ciertas reglas de integración de la ley procesal, y una de ellas debe ser la "analogía". En efecto, ya habíamos anticipado que en rela--

(1) Art. 566 C. I.

() Véase lo expuesto en págs. y s.

ción a la ausencia total de un procedimiento para definir una contienda o litigio, si no hay procedimiento especial debe ventilarse en juicio ordinario de hecho o de derecho. Pero cuanto se trata de "lagunas parciales", la ley no da ninguna regla; es aquí donde el juzgador debe analizar la presencia de otros procedimientos para aplicar la analogía, dando a las partes las mismas oportunidades en atención a los principios generales que informan al Derecho Procesal: igualdad, audiencia, economía procesal, etc.-

Para concluir, debo aclarar que al conceptuar la plenitud del orden jurídico en la legislación civil, laboral y procesal como una plenitud abierta, debe entenderse que aceptamos la posibilidad de incorporar al sistema, normas jurídicas individuales que carecen de asidero directo en la ley, porque la cuestión debatida no ha sido prevista, pero que en virtud de la existencia de las normas de integración en cuanto autorizan colmar las "lagunas", adquieren en buena parte fundamento legal. Lo anterior parece un contrasentido, si no fuera verdad que el fundamento de la sentencia llega hasta donde se reconoce la facultad integradora del juzgador, pero en adelante, y esto es lo interesante, en cuanto al contenido de la norma jurídica individualizada hay que admitir que la cuestión no estaba prevista en la ley, o no habría "laguna". De ahí que en la legislación referida nos atrevemos a hablar de una plenitud abierta; en este sentido adoptamos una posición semejante a la de Cossio, cuando clasifica las sentencias en sentencias reguladas y sentencias facultativas; no obstante él sostiene la plenitud hermética del orden jurídico, pues considera que la voluntad de la ley siempre antecede a la voluntad del juez; nosotros en cambio, sin desconocer la primacía de la ley, distinguimos entre la facultad integradora autorizada por la ley y el contenido de la decisión que integra al sistema: en la primera aparece primero la voluntad del legislador al autorizar al Juez la integración de la ley; pero inmediatamente pasa a primer término la intuición emocional, el sentimiento de la justicia, pues el contenido de la resolución no está en la ley, sólo está la facultad para proveerla. Ahora bien, en la legislación procesal, el enfoque cambia, pues no se trata del contenido del fallo sino de alguna faceta del proceso; aquí pende en el juzgador la obligación de juzgar, pero esta obligación incluye a todo el proceso y no sólo el acto de la decisión sobre

el mérito de la cuestión, por consiguiente, ante el vacío de la ley -- procesal, debe suponerse necesariamente la facultad de integrar o llenar ese vacío, sin violentar las normas establecidas y teniendo presente los principios que regulan al proceso en general. En cambio, en la legislación penal no concurre la facultad integradora de la ley, ni para la tipificación de los delitos, ni para la determinación de las penas, por tratarse en efecto de un sistema pleno y cerrado, a priori por mandato legal, aunque de hecho o de derecho concorra un verdadero vacío de la ley, bien porque no se ha tipificado el delito, bien porque no se ha previsto la pena. A título de ejemplo citamos el caso de ausencia de penalidad en el Art. 260 C.Pn., dice así la disposición en su primer inciso: "El reo de acusación o denuncia calumniosa, será castigado con la mitad de la pena correspondiente al delito o falta imputados". Esta regla no ofrece ningún problema cuando el delito o falta es de aquellos que tienen pena divisible, como las penas pecuniarias o de pérdida de la libertad, pero tratándose de delitos cuya pena es indivisible, como la muerte, es evidente que la ley guarda silencio, y se da el curioso caso de que hay delito pero no hay pena, en consecuencia, el juzgador no tiene más alternativa que la de sobreseer, pues no tiene la facultad de integrar la "laguna" en virtud del principio de legalidad de la pena. El sobreseimiento tendría por base el Art. 181 No. 1o. C.I.-

B I B L I O G R A F I A

- Aftalión, E. R.; Olano, F. G. y Vilanova, J. Introducción al estudio del Derecho.
- Alessandri, A. y Somarriba, M .. Curso de Derecho Civil.
- Cossio, C. La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad. Teoría de la Verdad Jurídica.
- Caamaño Martínez, J. La Libertad Jurídica.
- Carnelutti, F. Sistema de Derecho Procesal Civil, T.I
- Calamandrei, P. Proceso y Democracia. La Casación Civil.
- Claro Solar, L. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comprado. Tomo I.
- Coviello, N. Doctrina General del Derecho Civil.
- Del Vecchio, G. Crisis del Derecho y Crisis del Estado.
- Dilthey, W. Introducción a las Ciencias del Espíritu.
- Dualde, J. Una Revolución en la Lógica del Derecho.
- Engisch, K. Introducción al Pensamiento Jurídico.
- Ferrater Mora, J. Diccionario de Filosofía.
- García Maynez, E. Lógica del Juicio Jurídico. Lógica del Raciocinio Jurídico.
- Geny, F. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo.
- Goldschmidt, H. Conducta y Norma.
- Guandique, J. S. Proyecciones
- Kelsen, H. Teoría Pura del Derecho Teoría General del Derecho y del Estado.
- Lacroze, F. T. Manual de Introducción al Derecho.

Legaz y Lacambra, L.	Filosofía del Derecho
Novoa Monreal, E.	Curso de Derecho Penal Chileno.
Petit, E.	Tratado Elemental de Derecho Romano.
Radbruch, G.	Introducción a la Filosofía del Derecho.
Rodríguez Ruiz, M.	Elementos de Historia del Derecho.
Russell, D.	Análisis del Espíritu.
Revistas Judiciales.	Tomo LXVI y LXIII.
Weber, M.	Economía y Sociedad, Tomo I.



E R R A T A S

Se lee	Debe leerse	pág.	renglón
Si la condición A si realiza	Si la condición A se realiza	9	34
como se concibe la <u>in</u> tegración del orden - normativo	cómo se concibe la <u>in</u> tegración del orden - normativo?	26	26
perósito	propósito	39	8

==000==