

## CAPITULO VIII

### LA TECNICA JURIDICA

1. *La técnica jurídica.* 2. *Técnica de elaboración.* 3 *Técnica de aplicación.* 3.1 *Aplicación.* 3.2 *Interpretación.* 3. 3 *Integración.* 3.4. *Conflicto de leyes en el tiempo* 3.5 *Conflicto de leyes en el espacio.*

#### 1. La Técnica jurídica

El Derecho, en cuanto disciplina específica, constituye tanto un conjunto de conocimientos teóricos **-ciencia-** como un conjunto de procedimientos prácticos destinados a obtener determinados fines específicos **-arte o técnica-**.

Ya hemos examinado oportunamente todo lo referente al Derecho como ciencia; pasemos a estudiar al Derecho como técnica.

Es necesario recordar que los antiguos distinguían entre tres especies de saber o modos de conocimiento. En primer lugar, el **saber-puro**, la *sophía* de los griegos o la *sapientia* de los romanos, constituido por un interés por el saber mismo, por un conocimiento abstracto sin ninguna finalidad práctica inmediata; tiene por objeto el conocimiento de las verdades absolutas –teología- y de las verdades relativas -filosofía-; son las llamadas **ciencias del ser**. En segundo lugar, el **saber-obrar**, la *frónesis* de los griegos y la *prudentia* romana, conocimiento que se busca para saber obrar o proceder y que, por lo tanto, observa las cosas según su aspecto valorativo o utilitario; son las **ciencias de los valores**. En tercer lugar, el **saber-hacer**, la *tékne* de los griegos y el *ars* de los romanos, el saber que guía para realizar bien las cosas, la habilidad, destreza, sagacidad o experiencia para saber hacer; son las ciencias prácticas.

Como hemos afirmado, el Derecho, si bien está constituido por un conjunto de conocimientos teóricos, especulativos y abstractos, esos

conocimientos encuentran su razón de ser en cuanto fundamento de una actividad destinada a la solución de casos concretos, para lo cual se necesita también el manejo de cierto instrumental técnico.

Así entendida, la Técnica Jurídica, en sentido amplio *–lato sensu–*, comprendería: por un lado, el manejo de medios idóneos para la elaboración normativa **–técnica de elaboración o técnica de formulación normativa–**, y, por otro, la utilización de procedimientos prácticos para la aplicación de las normas generales y abstractas, ya elaboradas, a los casos particulares y concretos que se presentan en la vida diaria **–técnica de aplicación normativa–**.

A su vez, y en la medida en que las fuentes formales son básicamente tres *–ley, costumbre y jurisprudencia–* es que podría hablarse, en principio de una técnica de elaboración legislativa o técnica legislativa, de una técnica de elaboración consuetudinaria o técnica consuetudinaria y de una técnica de elaboración jurisprudencial o técnica jurisprudencial. Pero en realidad de todas éstas la que ha merecido siempre un tratamiento académico es la primera *–técnica legislativa–* ya que siendo las normas consuetudinarias fruto de un proceso espontáneo es imposible hablar propiamente de un proceso de elaboración, ya que éste supone necesariamente un proceso reflexivo y, en cuanto a la técnica jurisprudencial, esta quedaría reducida a la técnica de elaboración de la sentencia, la que, en su procedimiento formal, resulta relativamente sencillo y por esas razones se deja fuera de los estudios introductorios. De allí que, normalmente cuando, se habla de técnica de elaboración se le asimila y reduce a la técnica de elaboración legislativa.

En función de los objetivos que nos hemos propuesto, luego de unas breves consideraciones sobre la técnica de elaboración, profundizaremos en el estudio de la técnica de aplicación.

## **2. Técnica de elaboración**

Cuando anteriormente hablamos de la norma jurídica, afirmamos que se trataba de un uso del lenguaje prescriptivo, de lo que deducimos que para que

una norma exista debemos estar en presencia de cierta actividad lingüística; inclusive, las normas que se forman mediante un proceso espontáneo, como las consuetudinarias, que no aparecen originalmente como fórmulas lingüísticas sino como prácticas sociales que un grupo determinado comienza a aceptar como jurídicas, si se desea expresarlas, solamente puede hacerse recurriendo a medios lingüísticos.

En el caso de las formas reflexivas de producción normativa, como la ley, no se puede pensar sino en mandatos expresados mediante el lenguaje escrito, aunque después se reduzcan mediante el empleo de otros símbolos -como el caso de las notas musicales de un himno que se declara oficial y se incluye en el cuerpo de una ley o el de de las señales de tránsito en las carreteras.

Así, la elaboración de la norma consiste en una tarea de construcción lingüística de distintas hipótesis a la que se le asignan consecuencias o efectos jurídicos, mediante un proceso de generalización y abstracción que trata de abarcar los singularísimos casos particulares y concretos a través de una fórmula comprensiva. Esto implica necesariamente cierto alejamiento de la realidad ya que el constructor se ve obligado, de alguna manera, a dejar de lado las especificidades propias de los casos concretos para poder alcanzarlos a todas mediante una fórmula simple; sería imposible pensar en otro modo de proceder ya que no podrían regularse las relaciones humanas dictando reglas para cada caso concreto, como tampoco sería conveniente normas demasiado vagas que pudieran eventualmente ser objeto de controversias en su interpretación.

En el proceso de elaboración de estas normas la técnica transforma a veces la representación directa de la realidad simplificándola, ordenándola en categorías, homogeneizándola conceptualmente a través de ciertas construcciones dogmáticas. Ese alejamiento progresivo de la realidad va desde los simples conceptos, que a veces coinciden y a veces no con los datos aportados por la realidad, hasta las presunciones y las ficciones que son creaciones artificiosas.

De allí que la elaboración normativa debe responder a dos exigencias,

formales, paradójicamente opuestas: la de generalidad y la de casuismo. Toda norma debe tener cierto grado de generalidad que le permita alcanzar, dentro de sus objetivos específicos, el mayor número posible de casos reales, de tal modo que los matices propios de cada realidad concreta queden rezagados ante el requerimiento de lo general. No obstante, en la medida que la norma va, en última instancia, a regular casos concretos, conductas humanas concretas, debe ser un modo adecuado y óptimo que tome en consideración las especificaciones propias del mayor número posible de casos.

Sin duda que estas dos exigencias son, en sí mismas, difíciles de conciliar pues son exigencias antagónicas que, a primera vista, parecen tender a excluirse. Justamente de su posible adecuación y equilibrio depende una correcta técnica de elaboración normativa. Si esto se logra, se habrá obtenido una elaboración técnicamente irreprochable. Si se hacen concesiones a la generalidad, algunas importantes especificidades de la cuestión quedarán marginadas de la ley y, en consecuencia, abarcadas por el común denominador de lo genérico. Si, por el contrario, el casuismo prevalece, el Derecho contemplará exageradamente las especificidades propias de las particularidades concretas, pero frente a las inevitables imprevisiones de la conducta humana, muchas que debieron haber sido tenidas en cuenta, no lo fueron, provocando, incertidumbre e inseguridad.

En ese proceso el productor debe considerar aspectos como los lingüísticos, lógicos, sistemáticos, entre otros.

El legislador utiliza su lenguaje natural -como el castellano- pues está interesado en transmitir con facilidad sus órdenes; de no hacerlo obstaculizaría su propio accionar, impidiendo una fluida comunicación con sus destinatarios. Pero el hecho de que el legislador utilice un lenguaje corriente, implica que debe cuidar celosamente su empleo para evitar que su voluntad sea desvirtuada y reducir al extremo posible las limitaciones propias del lenguaje. El uso de un lenguaje natural compromete al productor con una tarea rigurosa que trate de evitar posteriores problemas de interpretación, teniendo siempre en cuenta que los destinatarios tendrán ante sí, más que normas propiamente, un conjunto de

oraciones cuyo significado tratarán de alcanzar.

No es exagerado sostener que los operadores se encuentran vinculados, en el derecho legislado, más que por un conjunto de normas por una serie de oraciones cuyo significado le es asignado de acuerdo con ciertas reglas semánticas y sintácticas, las haya tomado o no en cuenta el propio legislador. Una coma, quizá mal colocada, constituye para los intérpretes un obstáculo mucho más grave que la supuesta intención del legislador acerca del sentido de una palabra, puesto que los tribunales no pueden alterar lo que está escrito en un texto legal, pero si pueden adaptar el significado de las expresiones a usos lingüísticos diferentes a los seguidos por el legislador.

También los productores deben tener en cuenta, cuando expresan sus ideas, las reglas de inferencia lógica, para evitar que los eventuales intérpretes extraigan conclusiones diferentes a las queridas, al hacer uso del análisis lógico.

La consideración sistemática debe ser otra preocupación permanente del productor normativo. Debe tener en cuenta que la norma o las normas que se estén creando deben formar parte de un sistema ya dado y, por lo tanto, incorporarse a él armónicamente, sin generar nuevos problemas, contradicciones, redundancias o lagunas que, en vez de constituir un instrumento de solución de conflictos, produzca nuevos focos de controversias.

### 3. Técnica de aplicación

En realidad, la **técnica de aplicación**, en sentido lato, comprende cinco grandes problemas: el de la **aplicación** (propriadamente dicha o en sentido estricto) para el caso de que estemos en presencia de una norma clara, el de la **interpretación** para el supuesto de necesitemos aclarar el sentido de una norma, el de la **integración** para cuando observamos lagunas de la ley, el de **conflictos de leyes en el tiempo** para resolver cuestiones de retroactividad o irretroactividad de las leyes y el de **conflictos de leyes en el espacio** para dilucidar situaciones de incompatibilidad entre disposiciones nacionales y

extranjeras, tal como lo explicaremos a continuación.

### 3. 1 La aplicación (stricto sensu)

#### 3.1.1 Concepto

Definíamos a la norma jurídica como un **mandato** general, abstracto, vinculatorio y coactivo producido o reconocido por el Estado. Mandatos que pretenden que aquellos a quienes dirigen se comporten de acuerdo con ellos, representando, al mismo tiempo, normas de decisión para aquellos que han de resolver los conflictos; la mayor parte de las normas jurídicas son por tanto **normas de conducta** para los ciudadanos como **normas de decisión** para los tribunales y órganos administrativos.

Es entonces característico de una norma su pretensión de validez, es decir, el de ser una **exigencia vinculante de comportamiento** y el de ser una **pauta vinculante de enjuiciamiento** no para un caso determinado, sino para todos los casos de “tal clase” dentro de su ámbito espacial y temporal de validez - su carácter **general**-.

En principio **aplicar** significa **subsumir** un **hecho** (particular y concreto) a una **norma jurídica** (general y abstracta) mediante un **actividad de mediación** que concederá determinados **efectos o consecuencias jurídicas** que le serán imputadas a algún sujeto de derecho (**imputación**).

Por lo que en la aplicación resultan involucrados: la norma jurídica aplicable, los hechos sucedidos, la actividad de mediación, las consecuencias y la imputación de las consecuencias, como veremos más adelante.

#### 3.1.2 Modos de aplicación

En realidad todos los sujetos aplican las normas, dando lugar a distintos modos según el sujeto que la realice.

Así, se habla de un modo de **aplicación por los particulares**, cuando la actividad la realizan las personas comunes. Es normal que las personas, en su habitualidad, tengan que enfrentarse con disposiciones legales a las cuales deban darle determinado alcance; en esta categoría deben incluirse las que realizan los abogados que, aunque más técnicas, siguen siendo aplicaciones de particulares.

Por otro lado se habla de **aplicación por los órganos del Estado**. Así se habla de una **aplicación administrativa** cuando la realiza la Administración Pública en ejercicio de sus potestades, de una **aplicación judicial** cuando la realizan los jueces al decidir las controversias sometidas a su conocimiento y de una **aplicación legislativa**, cuando el legislador aplica los textos constitucionales dentro de los cuales debe desenvolver su actividad.

### **3.1.3 La técnica de aplicación**

Como habíamos dicho, en la aplicación resultan involucrados: la norma jurídica correspondiente, los hechos sucedidos, la actividad de mediación, las consecuencias jurídicas y la determinación e imputación de las consecuencias.

#### **a) La norma jurídica aplicable**

Como sabemos, la norma jurídica enlaza una “hipótesis jurídica” o “supuesto de hecho” con una “consecuencia o efecto jurídico”, circunscrita asimismo de modo general. El sentido de esta asociación es que, siempre que se dé el hecho señalado en el supuesto deberán darse las consecuencias jurídicas, es decir, valer para el caso concreto.

El enlace de un suceso fáctico, tal como está descrito en la hipótesis de la norma, con una consecuencia jurídica que “entra en vigor” con la realización del supuesto de hecho, es lo específico de la proposición jurídica como forma de expresión lingüística de una norma.

Así, una norma jurídica completa, según su sentido lógico, nos dice que: siempre que un supuesto de hecho (A) se vea realizado en un hecho concreto de la realidad (B), las consecuencias jurídicas previstas en la norma (C) deben ser aplicadas a determinado sujeto (D).

Esto es lo que se llama “silogismo de subsunción”; en él, la premisa mayor viene constituida por la norma jurídica completa y la premisa menor por la subordinación de un hecho concreto -del “caso”- al supuesto de hecho de la norma jurídica; la conclusión afirma que, para este hecho, vale la consecuencia jurídica prevista en la norma jurídica.

Por supuesto que se trata del caso más sencillo ya que en la realidad un suceso de la vida puede caer bajo supuestos de hecho de diferentes normas jurídicas que son aplicables conjuntamente. Así, una misma conducta puede constituir un ilícito penal, un daño civil, un evento de responsabilidad administrativa etc.

En el silogismo que sirve de base a la aplicación del Derecho se subsumen hechos (enunciados) bajo la hipótesis prevista en la ley. Tal como veremos, el hecho en cuanto enunciado debe ser distinguido del hecho en cuanto fenómeno vital (acaecido). Más bien la subsunción presupone un enjuiciamiento del hecho enunciado según ciertos criterios valorativos por lo que puede resultar simplista calificar la formación la actividad de aplicación como una mera operación lógica (“subsunción”), pues, con ello, se desconoce la participación decisiva del enjuiciamiento, es decir de la mediación.

Algo similar sucede con las consecuencias; una cosa son las consecuencias previstas en la norma de manera general y abstracta y otra es la determinación de la consecuencia jurídica en el caso particular y concreto.

Por otra parte, la selección de las normas jurídicas se hace a través de un sistema de aproximación a las normas que le son posiblemente aplicables al hecho, eliminando aquellas definitivamente inaplicables y admitiendo otras de



posible aceptación.

Aquí radica, precisamente, la gran importancia práctica del grado de conocimiento del jurista. El mejor manejo de conceptos, categorías, criterios clasificatorios, normas legales y del sistema mismo posibilita proceder ágil y metódicamente en la búsqueda de las normas jurídicas que han de ser traídas a consideración. En primer lugar, si el que enjuicia puede orientarse rápidamente en el sistema, será capaz de delimitar el caso al conocer el sector del ordenamiento donde deberán ubicarse y extraerse las normas aplicables; sabrá si se trata de Derecho público o privado, de civil o penal, de contratos civiles o comerciales

El proceso de selección de las normas jurídicas no es siempre simple. Hay situaciones donde el que enjuicia tiene la duda de que normas debe aplicar y por ello intentará saber todas aquellas circunstancias del hecho acaecido que pueden ser importantes en relación con los criterios de selección. Estas circunstancias las recogerá en el hecho en cuanto enunciado, que él ha de formar, porque son relevantes para sus reflexiones ulteriores y, por tanto, también para la resolución final. De nuevo se manifiesta que la formación definitiva del hecho en cuanto enunciado depende de la selección de las normas jurídicas a él posiblemente aplicables; pero éstas dependen también, por un lado, de las circunstancias que hasta entonces han llegado a ser conocidas por el que enjuicia y, por otro lado, de su conocimiento de nuevos y más estrictos complejos de normas, en cuya esfera de regulación incide el hecho o, a primera vista, puede incidir.

#### **b) El hecho en cuanto acontecimiento y en cuanto enunciado**

Las normas jurídicas deben ser “aplicadas” a sucesos fácticos, a un hecho **acaecido** pero, como ya hemos visto, esto sólo es posible en cuanto el hecho acaecido es **enunciado**. Lo que en la hipótesis de una norma aparece como “hecho” es el hecho en cuanto enunciado.

El hecho en cuanto enunciado no está, por tanto, dado de antemano al

que enjuicia, sino que tiene que ser primero formado por él mismo atendiendo a los hechos que ha llegado a conocer y a su posible significación jurídica. La “representación” que el que enjuicia se hace del hecho acaecido, es articulada por él para poderla comparar con las notas distintivas del supuesto de hecho normativo.

El que debe enjuiciar un caso jurídico, parte, las más de las veces, de un “hecho”, que le es presentado en forma de relato. En este relato se encuentran muchos acontecimientos y circunstancias que carecen de importancia para el enjuiciamiento jurídico y, por ello, serán de nuevo separados del hecho definitivo (en cuanto enunciado) por el que enjuicia, en el curso de sus reflexiones.

El hecho que definitivamente será sometido a la norma es el resultado de una elaboración intelectual; para poder enjuiciar jurídicamente el hecho tal como ha sucedido, el que enjuicia tiene que darle antes la forma de un enunciado, en el que recoja todo aquello y sólo aquello, que puede ser relevante para el enjuiciamiento jurídico. Y lo que es relevante para el enjuiciamiento jurídico se obtiene de las normas jurídicas posiblemente aplicables al hecho.

El que enjuicia parte del hecho que le es relatado, examina qué normas jurídicas le son posiblemente aplicables y completa, después, el hecho atendiendo a las hipótesis de estas normas jurídicas, que él, por su parte, concretiza de nuevo –siempre que las normas no posibiliten una clara subsunción-.

Se trata de una especie de círculo vicioso lógico, de un “ir y venir de la mirada de la premisa mayor al hecho de la vida”, del “círculo hermenéutico”; se trata de un proceso intelectual a través del cual el “hecho-bruto” será transformado en un hecho enunciado y el texto de la norma concretizado para el enjuiciamiento del hecho.

### **c) La actividad de mediación**

Al enjuiciar un hecho con el objeto de ver cuales normas le son aplicables

se hacen por parte de los operadores jurídicos juicios de muy diferente índole. No se trata de un mero procedimiento lógico silogístico sino de una actividad de mediación humana donde el operador introduce ciertos juicios simples, no proporcionados por la propia norma, sino ajenos a ella.

Así se introducen distintos tipos de juicios, por ejemplo.

**Juicios basados en la percepción.** Los enunciados sobre los hechos se basan, por regla general, en percepciones; el que enjuicia se apoya en percepciones propias o, las más de las veces, en percepciones ajenas (testigos, peritos, policías), que le han sido comunicadas. Las percepciones particulares se asocian, en virtud de la experiencia cotidiana, en imágenes representativas y constituyen una “interpretación” de los hechos.

Hay hechos que pueden ser constatados mediante simple percepción, son, por ejemplo: el nacimiento de una persona, la destrucción de una cosa; la las palabras efectivamente pronunciadas en una determinada situación, etc. Sin embargo, las hipótesis normativas no se refieren sólo a aquellos hechos que han de verificarse por la mera percepción, sino a aquellos hechos y sucesos, como es el caso en especial de los actos humanos y declaraciones de voluntad, que han de comprenderse de un modo determinado; los juicios que se requerirán para calificar un hecho no se basan siempre sólo en percepciones y en su asociación en imágenes representativas sino que, con frecuencia, se trata de juicios que se basan en una interpretación de la conducta humana, en la experiencia social o en una valoración.

Para abundar cabe decir que también las relaciones jurídicas pueden ser elementos de supuestos de hecho; la circunstancia de que alguien es propietario, representante legal de otro, padre o ministro puede ser discutible en un caso particular por lo que es preciso previamente analizar los hechos en los que dieron lugar a la relación jurídica en cuestión.

**Juicios basados en la interpretación de la conducta humana.** Hay otros juicios que se refieren a la interpretación de la conducta humana, al lado

externo de la conducta humana, juicios que se hacen sobre la base de la propia experiencia.

Por ejemplo, en las declaraciones de voluntad jurídico-negociales, donde se interpretan gestos, palabras o signos que ayudan a ver su contenido, significado o alcance o las diferentes posibilidades de significados, son a menudo objeto de juicios apoyados en el conocimiento de la situación a la que se refiere, de las costumbres especiales del que habla, así como de aquellas circunstancias que él presupone conocidas por los destinatarios de sus palabras.

**Juicios proporcionados por la experiencia social.** A veces lo que se interpreta no es la conducta humana sino otras circunstancias de la realidad. Por ejemplo, calificamos una cosa de “defectuosa” cuando no es como, a nuestro juicio, “debiera” ser; decimos que la culpa fue “grave”, que alguien conducía a “alta velocidad” basados no solamente en juicios de percepción sino en juicios extraídos con ayuda de experiencias sociales, en las denominadas “máximas generales de experiencia” que sirven, particularmente al juez, como medio auxiliar del enjuiciamiento jurídico, y aseguran, hasta un cierto punto, la regularidad en la aplicación de la ley a través de la jurisprudencia uniforme.

**Juicios de valor.** A veces la escogencia exige un juicio de valor, sobre todo cuando la norma nos da una pauta; conceptos como “buenas costumbres”, “moral social”, “buena fe”, “normas de decoro” precisan ser llenadas de contenido. La ley remite, frecuentemente, para una determinación más concreta de la consecuencia jurídica, a la “equidad”.

Pero valorar significa tomar una posición, enjuiciar; se ha de entender ante todo como un acto de toma de posición personal y subjetiva del que enjuicia sobre el hecho y así como puede haber juicios racionales, puede haber juicios emocionales o emocionalmente condicionados.

Pero frente al filósofo de la Moral, que intenta algo similar, el jurista tiene en esto la ventaja de que a él las pautas de valoración últimas le son dadas en el orden jurídico, particularmente en la Constitución y en los principios jurídicos

aceptados por ésta. Para “justificar” una determinada valoración tiene que demostrar su consonancia con esas pautas fundamentales y con su posterior configuración en el orden jurídico total.

Inclusive el Derecho a veces nos da la pauta, insinuando u orientando la valoración; así, la pauta de “buena fe” hace referencia a la confianza ofrecida y aceptada como consideración recíproca en la relación de las partes; la “equidad” quiere decir un justo equilibrio. Pero no siempre es así y el operador debe decidir según su convicción personal.

Especialmente interesante resulta el tema del margen de libre enjuiciamiento del juez no sólo en la concretización de una pauta de valoración que precisa ser llenada de contenido sino, también, en el enjuiciamiento de un hecho en base a experiencias propias o sociales.

Dentro del margen de libre enjuiciamiento el juez ha de resolver tal como lo exige, según su prudente arbitrio, la pauta legal o el tipo, incluso cuando ya no pueda fundamentarlo hasta lo último; el juez tiene la obligación de fallar aunque la pauta sea demasiado imprecisa. Es suficiente con que el juez haya agotado todos los medios de concretización de que dispone, con ayuda de reflexiones jurídicas y con que, según ello, su resolución aparezca “defendible” aunque sea “criticable”

#### **d) Las consecuencias jurídicas**

Las normas jurídicas preveen efectos o consecuencias para el caso de que en la realidad suceda el hecho previsto. Esas consecuencias, básicamente consisten en la creación, modificación, traslación o extinción de derechos y obligaciones.

*“Las causas productoras de obligación son: los contratos, los cuasi-contratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley”* (artículo 632 del Código Civil). Esto significa, por ejemplo, que si alguien causa un daño a otro la norma establece

como consecuencia la **creación** de una obligación para el sujeto que cusa el daño y el correspondiente derecho de quien lo reclama a ser indemnizado.

*“La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia de modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o limita conforme a la ley por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su incapacidad legal...”* (artículo 36 del Código Civil). En este caso la norma prevé la **modificación** de la capacidad de las personas en función de su edad, estado civil, etc..

*“La propiedad de un crédito pasa al cesionario, en sus relaciones con el cedente, por el solo efecto de la cesión;...”* (artículo 1104 del Código Civil). Un ejemplo de una norma cuyos efectos son de **traslación** de derechos y obligaciones.

*“Cuando se reúnen en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se confunden los derechos y se extinguen el crédito y la deuda”* (artículo 826 del Código Civil). He aquí un ejemplo de consecuencias que implican **extinción** de derechos y obligaciones.

En fin, todas las consecuencia jurídicas consisten en estas cuatros posibilidades, o crean, o modifican, o trasladan o extinguen derechos y obligaciones.

#### **e) La determinación e imputación de las consecuencias**

Tal como sucede con los hechos, en donde se distingue entre el hecho como previsión general y abstracta de la norma y el hecho como suceso enunciado de la realidad particular y concreta, en materia de consecuencias jurídicas debe diferenciarse entre las consecuencias también prevista en la norma de manera general y abstracta y las consecuencias efectivas que resulten de la aplicación al caso particular y concreto.

Dispone el ya citado artículo 111 del Código Penal, tipificando el homicidio simple: “*Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años*”.

En este ejemplo, el legislador ordenó, en forma general y abstracta, que en el caso de que una persona matara a otra fuera condenada por el juez a cumplir al menos doce y como máximo dieciocho años de prisión, pero esas consecuencias deben ser **determinadas en concreto e imputadas a determinados sujetos**, precisamente como parte del proceso de aplicación de la norma.

Pero ese proceso, con frecuencia, no es sencillo. Muchas veces se requieren investigaciones muy complejas para averiguar la razón de la conducta o la magnitud del daño y, con ello, el contenido preciso de las consecuencias. Por tanto, el resultado del “silogismo de determinación de la consecuencia jurídica” es, en casos, sólo provisional; para la determinación definitiva y precisa de la consecuencia jurídica se necesitan ulteriores investigaciones, con frecuencia muy detalladas, a través de un procedimiento formal que le permite al juez cuantificar la pena.

Otro problema a veces complicado es el de la imputación de las consecuencias. Conocemos ya cuáles son las consecuencias pero ¿a qué sujeto de derecho se las imputamos?

Pareciera que lo justo y lógico sería imputarle las consecuencias a quien efectivamente realizó materialmente el hecho; en principio, sería absurdo que los efectos recayeran sobre otra persona. Pero sucede que, en ocasiones, las propias normas determinan que las consecuencias recaigan sobre un sujeto diferente al que realizó la conducta, en lo que nosotros llamamos el fenómeno de “desviación de la imputación”.

Por ejemplo, el artículo 1047 del Código Civil establece que: “*Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que*

*habiten en su misma casa...*” Entonces, en este caso, no sólo habrá que tener en cuenta el “hecho jurídico principal” (el daño causado por el menor) sino también “el hecho de desviación de la imputación” (la paternidad y la cohabitación). Quien intente responsabilizar a un padre en este tipo de casos deberá probar no sólo que el menor ha sido quien ha causado el daño sino también la paternidad y la cohabitación.

Pero este es un ejemplo demasiado sencillo, ya que podemos encontrar otros en donde el fenómeno de desviación de la imputación resulte sumamente complejo y pueda dar lugar a una verdadera investigación del hecho jurídico de desviación de la imputación, como sucede en muchas cuestiones del moderno Derecho económico, ambiental o tributario.

A título de ejemplo, el artículo 32 de la Ley 7472, de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor dispone: *“El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio... Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor”*.

Sólo en este ejemplo, puede verse la eventual complejidad que supondría determinar a quien o a quienes de estas personas deberíamos imputarle las consecuencias. En algunos casos sabes perfectamente cual es la norma aplicable, cuáles son las consecuencias pero tenemos dificultad en saber a quien se las imputamos dando lugar a una verdadera “investigación” sobre el hecho jurídico de desviación.

### **3.1.3 La técnica de interpretación**



Hemos adelantado que, en muchas ocasiones, cuando vamos a tratar de solucionar una cuestión, nos encontramos ante una norma poco clara o confusa, entendiendo como tal aquella que da lugar a más de una significación por lo cual será necesario previamente interpretarla para luego poder aplicarla según su sentido o alcance.

Como ya hemos subrayado, aplicación e interpretación son dos operaciones técnicas diferentes. Ello, no significa que se realicen aisladamente sino que, por el contrario, suelen aparecer íntimamente relacionadas, planteando una serie de variables. Puede haber interpretación y aplicación y puede haber interpretación sin aplicación, como sucede con la interpretación doctrinaria, pero ¿puede haber aplicación sin interpretación, ¿la mera aplicación no supone necesariamente una cuestión interpretativa?, ¿afirmar que tal norma no se interpreta porque es clara no supone cierta interpretación? Personalmente, pensamos que aún la mera aplicación supone, de algún modo, una actividad interpretativa.

#### **a. Interpretación. Concepto. Modos**

Interpretar, en general, es determinar el sentido de ciertas formas representativas, es decir de ciertas manifestaciones objetivas; así se interpretan signos, expresiones, frases en lenguas extranjeras, ademanes o gestos, fórmulas químicas o algebraicas, mensajes cifrados, los rasgos taquigráficos, partituras musicales, textos religiosos, doctrinas filosóficas o políticas, etc. La interpretación no es una actividad específicamente jurídica, sino aplicable a todas las diversas manifestaciones del pensamiento y de la conducta del hombre y a los fenómenos de la naturaleza.

Dentro de este concepto genérico, queda comprendida, como una de sus especies, la **interpretación jurídica**, consistente en determinar el sentido de los fenómenos jurídicos. Se interpretan el contrato, el testamento, la confesión en juicio, la declaración de un testigo, un dictamen pericial, un documento, una sentencia, una doctrina jurídica, una tesis jurisprudencial, etc. Como una parte importante de la interpretación jurídica, tenemos la **interpretación normativa**.

Por otra parte, utilizando diferentes criterios pueden agruparse los diferentes modos de interpretación normativa. Así según el sujeto que la realice puede hablarse de interpretación por los órganos del Estado o por los particulares; a su vez, dependiendo de cuál de los órganos del Estado o qué particulares la realicen, pueden señalarse distintos modos: interpretación legislativa, administrativa, judicial, doctrinal o usual.

Está por demás señalar que los resultados de todos estos modos de interpretación no resultan vinculantes, con excepción de la llamada “interpretación auténtica” que es la que realiza la Asamblea Legislativa, interpretando su propia ley mediante otra ley, en función de la autorización del artículo 121 inc. de la Constitución Política.

Por otra parte, según el resultado de la averiguación del sentido de la ley, puede suceder que: el texto legal dice **lo mismo** que resulta ser el verdadero sentido de la ley, en cuyo caso hablamos de **interpretación declarativa**; el texto legal dice **más** de lo que resulta ser el verdadero sentido de la ley, en cuyo caso hablamos de **interpretación extensiva**; el texto legal dice **menos** de lo que resulta ser el verdadero sentido de la ley, en cuyo caso hablamos de **interpretación restrictiva**.

También puede tomarse como criterio el método que se utilice hablándose, por ejemplo, de una interpretación literal, gramatical, lógica, histórica, progresiva, finalística, etc... como, a continuación, tendremos oportunidad de explicar.

## **b. El problema de la interpretación**

Decíamos que interpretar es determinar el sentido de ciertas **formas representativas**, o sea, de ciertas manifestaciones objetivas, en este caso provenientes de otros seres humanos que supongan algún interés o reclamo a nuestra inteligencia o sensibilidad. Es decir se trata de una actividad del conocimiento que, por lo tanto, comparte su misma estructura y elementos.

Existe una forma representativa: el objeto (O) producida por alguien, el autor (A) que necesita ser conocido, en función de cierto interés, por un determinado sujeto (S). En el caso específico de la interpretación normativa, existe una objeto (la norma) producida por alguien (por ejemplo, por el legislador) que necesita ser conocido por determinado sujeto (el intérprete o hermeneuta).

De allí que superando un equívoco común en los juristas, decimos que lo que se interpreta no es la “voluntad del legislador” (del autor) como tal sino, más bien, la forma en que esa voluntad viene explicitada. Por eso, cuando se habla de interpretar la “voluntad” se usa una frase impropia ya que lo que se interpreta no es la voluntad (como entidad psicológica subjetiva) sino su concreción en formas (objetivas). Es indudable que el autor ha impreso su impronta en el objeto, pero, una vez que se ha concretado, lo que se conserva no es la voluntad sino una concreta forma exterior.

De este modo, se da una inversión del proceso de producción de la norma en el proceso interpretativo; inversión por la cual, en el camino hermenéutico el intérprete debe volver a recorrer en sentido retrospectivo el *iter* genético.

En fin el problema de la interpretación responde a la misma lógica que cualquier problema del conocimiento –porque es una forma del conocimiento- por lo cual presenta idénticos elementos fundamentales, a saber un **objeto** (una forma representativa) y un **sujeto** (el intérprete). Por lo tanto, necesariamente, surge una situación de tensión entra las exigencias del objeto y del sujeto

El objeto tiene sus exigencias: **objetividad**; exige que se le respete tal como es, tal como está dado. Pero, a su vez el sujeto tiene sus propias exigencias: **subjetividad**; el sujeto es un ser actual, viviente e interesado en volver a conocer, reconocer o reconstruir el objeto a partir de sus particulares intereses. De aquí, nace la antinomia de dos exigencias a las que el intérprete debe obedecer por igual. De un lado se le impone al intérprete una exigencia de objetividad en cuanto la reproducción debe ser lo más adaptada y fiel posible al

valor expresivo de la forma representativa que se trata de entender. Pero tal objetividad sólo es posible a través de la subjetividad del intérprete. El intérprete es llamado a renovar y a reproducir el pensamiento ajeno como propio, pero si bien se ha tornado propio debe tener en cuenta que está enfrente de algo que es objetivo y ajeno.

Al estudiar a continuación los métodos de interpretación se verá como de esa antinomia inevitable nace toda la dialéctica del proceso interpretativo y cómo sobre ella puede construirse una teoría general de la interpretación.

### **c. Métodos de interpretación**

A lo largo de la historia han ido apareciendo distintos métodos de interpretación. Por razones metodológicas prescindiremos de la explicación de los métodos muy antiguos para concentrarnos en los aparecidos a partir de los primeros años del siglo XIX, distinguiendo entre lo que se conocen como métodos tradicionales y métodos modernos de interpretación, aunque todos han sufrido una gran transformación.

#### **c.1 Métodos tradicionales**

Se le llama **métodos tradicionales** a aquellos que se desarrollaron durante el transcurso del siglo XIX, principalmente por parte de la Escuela de la Exégesis francesa y la Escuela Histórica alemana. Para ellos **interpretar es conocer la voluntad subjetiva del legislador**, es saber qué es lo que quiso decir el legislador.

Se conoce como Escuela de la Exégesis Francesa a un conjunto de notables juristas que desarrollaron su pensamiento en torno al Código Napoleón de 1804. Para estos autores, imbuidos en la ideología del humanismo racionalista de la Revolución Francesa, la ley, como expresión de la soberanía popular, tiene

una altísima dignidad, es casi sagrada y debía ser respetada al máximo, por lo cual a nadie, ni a los propios jueces, le era permitido variar sus contenidos; a esta posición se conoce como el “endiosamiento de la ley” –o del legislador-. Inclusive, algunos pensadores pertenecientes a esta corriente llegaron a sostener que era innecesaria la interpretación, ya que la ley era de por sí, perfecta y completa. No obstante, algunos de sus cultores, consideraron que en ocasiones podía ser necesario interpretar por lo cual podían admitirse métodos, siempre y cuando respetaran la “voluntad del legislador”, el contenido del texto legal.

En esta línea, el juez es, según MONTESQUIEU, solamente, “la boca que pronuncia las palabras de la ley”.

Aún así admitieron y desarrollaron los llamados métodos gramatical y lógico.

### **El método gramatical**

Según este método la ley se entiende en el sentido más directo y material de los vocablos que emplea (y no en ningún sentido derivado, figurado o metafórico), además de que se supone que el legislador conoce a la perfección todas las reglas gramaticales y que siempre se apega a ellas. Por tanto este método consiste en tratar de determinar el alcance de una norma por medio del significado de las palabras. Llamado también “literal” o “semántico” este mecanismo trata de acercarse a la “voluntad del legislador” a través del análisis del significado de las palabras utilizadas por él cuando exista alguna duda sobre su alcance. Así se formulan principios que parten del dogma de la perfección del legislador: “tanto lo afirmado como lo omitido es inobjetable”, “el legislador sabe lo que hace, nunca se equivoca”, “toda palabra tiene valor exacto”, “nada hay ocioso ni sobra en la ley”, “toda omisión es intencional”, “las palabras deben entenderse en su sentido natural y obvio a menos que pertenezcan a una ciencia o técnica o hayan sido definidas por el legislador”, “cuando el tener literal de las palabras sea claro no se podrá interpretar”.

Este método aconseja entonces, en su versión original, recurrir al uso de

diccionarios de la lengua y técnicos que nos permitan acceder a un uso pretendidamente objetivo de las palabras.

El método gramatical hoy en día ha evolucionado en otras direcciones, sobre todo a partir de que debe coexistir con otros métodos y de que ha recibido los aportes de la semiótica o la lingüística. Actualmente más que conocer el significado óntico de un término resulta necesario conocer su connotación y denotación, es decir su sentido y alcance.

Como sabemos, la unidad lingüística es la palabra; las palabras constituyen **símbolos** creados convencionalmente para representar la realidad, como otros tantos. Pero los símbolos deben diferenciarse conceptualmente de los **signos**. Los signos presentan una relación natural o causal con el objeto que representan -como el trueno respecto al rayo o el humo en relación con el fuego-; los símbolos, en cambio, implican una relación convencional con el objeto representado. El énfasis en la distinción entre signos y símbolos se justifica por el hecho de que algunas concepciones filosóficas han pretendido mostrar a las palabras como signos, como si existiera una relación natural entre la palabra y la cosa representada.

Este “esencialismo conceptual” (NINO) supone que el significado de las palabras está determinado por la realidad ya que las cosas poseen ciertas propiedades esenciales que deben reflejarse en el significado de las palabras con las que se les designa. Se trata de una derivación hacia el plano lingüístico de las antiguas ideas esencialistas que, en última instancia, se remontan al pensamiento platónico. La preferencia que muchos juristas demuestran por el estudio etimológico de los vocablos, hunde sus raíces en esta concepción. Al partir del presupuesto de que las palabras poseen un único y verdadero significado, se cree que el procedimiento loable para descubrir el sentido de las mismas es recurriendo al análisis original de ellas. Precisamente el método gramatical, tal como fue concebido por la Escuela de la Exégesis francesa, se limitaba a buscar el significado de las palabras recurriendo a su significado “natural”.

Hoy, sin desconocer el considerable que tiene la noción etimológica de una palabra, especialmente en materia jurídica, sobre todo cuando se estudian conceptos antiguos, no puede exagerarse su importancia. Si bien es cierto que el sentido etimológico puede ayudar a la conceptualización, a veces resulta un medio poco confiable para establecer su significado real o actual. Pensemos, por ejemplo, en palabras como “pecuniario” o “provincia”. Poco ganaríamos, hoy enseñando que “pecuniario” significa “intercambio de ganado” o que “provincia” es “una ley para vencidos”. Aunque una palabra haya tenido determinado sentido originario, el mero transcurso del tiempo ha podido generar nuevos significados. Lo que ha sucedido con la misma palabra “Derecho” es un ejemplo elocuente de las variaciones que puede sufrir un determinado término.

Al tomar partido por la posición que considera a las palabras como símbolos y al entender que en los símbolos la conexión entre significante y significado es convencional, y no natural, pensamos que una palabra con la que se señala determinado tipo de objetos podría ser reemplazada –en virtud de una nueva convención- por otra, como sucede con los vocablos de otros idiomas. También, que un mismo término podría usarse con un significado distinto al del lenguaje común y que, en última instancia, el hombre es libre para asignarles nombres a los objetos, aunque esto pudiera obstaculizar la comunicación.

Sin descontar la ambigüedad y la vaguedad de las palabras. Estas no tiene siempre claramente definido su campo de aplicación; casi todas las palabras tienen esta característica denominada “incertidumbre denotativa”. El problema se acrecienta cuando se trata de vocablos clasificatorios que plantean problemas de pertenencia a determinada categoría. Por ejemplo, como hemos visto, normas generalizadas o individualizadas.

Otras palabras son de textura abierta. Respondiendo a un universo de conocimiento abierto y mutable, el lenguaje se va modificando lentamente; estas novedades dan lugar a neologismos, palabras nuevas, o a la extensión forzada de palabras ya conocidas, especialmente en los lenguajes especializados que toman vocablos y los llevan al lenguaje técnico con otros o ampliando sus

significados originales. Tal como sucede, por ejemplo, con la palabra persona que el lenguaje jurídico lo extiende para llamar tales a las “personas jurídicas”.

### **El método lógico**

La escuela de la Exégesis admitía también que, además del problema del significado de las palabras, podrían también presentarse dudas sobre la lógica utilizada por el legislador; no sobre el significado independiente de las palabras sino del juicio en su conjunto, de allí la aceptación de un segundo método denominado, precisamente, **método lógico**.

La interpretación lógica busca establecer el sentido exacto de la ley tratando, por medio del razonamiento, de reproducir el sentido lógico utilizado por el legislador; busca, en la terminología de su época, el “espíritu de la ley”. Para ello se examinan distintos elementos, como la relación y comparación del texto de la ley con otras disposiciones análogas relativas al mismo objeto; también se toman en cuenta las consecuencias de la ley, según se le entienda en un sentido o en otro. Este procedimiento se funda en que las leyes que regulan determinada materia deben ser armónicas, responder a un sistema único, a una idea general, que prevalezca sobre las especificidades.

Significa la investigación del “espíritu de la ley”, no de una manera abstracta, sino práctica buscando la explicación lógica de la ley en los **motivos** que la han hecho dictar, es decir, en la *ratio legis*.

También resultan importantes aquí las llamadas **reglas lógicas** o reglas del buen pensar para lo cual, inclusive, se han ido elaborando célebres máximas o adagios, las cuales son de origen antiguo y se usan con frecuencia, mencionándolas generalmente en latín. Puede recordarse entre estos el adagio “donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir”, queriendo significar que cuando la ley se expresa en términos generales, el intérprete no puede hacer distinciones para aplicarlos en unos casos y en otros no; parece lógico admitir que si el legislador hubiera querido hacer distinciones hubiese más bien hecho



las salvedades pertinentes, dando lugar a otro adagio “allí donde se incluye al uno, se excluye al otro”. También adagios analógicos como “allí donde existe la misma razón existe la misma disposición” y su contrario: “allí en donde hay una misma razón existe una misma disposición”. Y más célebre aun es el argumento a *contrario sensu* el cual se utiliza para demostrar que si la ley se refiere a un caso dado, lógicamente, no comprende a otro.

### **El método histórico**

También a comienzos del siglo XIX se divulgan en Alemania las ideas de la Escuela Histórica cuyo máximo exponente fue SAVIGNY. Esta Escuela, a diferencia de la de la Exégesis, explicaba que el Derecho es producto de la historia de cada pueblo y esta concepción debía influir necesariamente en el modo de entender la interpretación.

SAVIGNY admite la idea tradicional de que el objeto de la interpretación es la “reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de la ley”, entendiendo que el intérprete debe “colocarse en el puesto del legislador” y de allí realizar la interpretación, por lo cual los métodos gramatical y lógico resultaban útiles, aunque insuficientes.

Para “poder saber la idea de la ley” tienen que tenerse en cuenta las circunstancias históricas de su génesis. Hoy resulta un lugar común sostener que el Derecho es un producto histórico, lo que implica aceptar dos ideas. La estrecha relación entre la norma y el momento histórico de su producción, lo que supone la necesidad de conocimiento del modelo social que le da vida. Otra es la estrecha relación existente entre el orden jurídico vigente y las estructuras sociales, políticas y económicas que las contienen, lo que significa admitir que las normas jurídicas no son neutras sino que responden a las necesidades o intereses de ciertas instancias, lo que implica abandonar la interpretación meramente gramatical y lógica de los mandatos para atender al significado y la función efectiva que cumplen en un momento y lugar determinado. Significa que las categorías y conceptos con los cuales opera el Derecho no son entidades

abstractas sino respuestas a situaciones históricas reales y concretas.

Por ello, es importante conocer los **antecedentes** de la ley, es decir de los materiales pre-normativos entendiendo como tales:

A los precedentes remotos, constituidos por el sustrato, conceptos e instituciones de la cultura jurídica a la que pertenece, en la medida en que estos precedentes representan los elementos medulares que dan a un sistema de Derecho características peculiares y definitorias. Así, nuestro Derecho positivo, al formar parte de la tradición romano-germánica, adopta todos los elementos de dicha cultura, que deben ser tomados en cuenta a la hora de interpretar la ley.

A los precedentes legislativos inmediatos, formados por las normas o textos jurídicos, nacionales o extranjeros, que han servido como modelo a determinada legislación; por ejemplo el Código de Napoleón que, como sabemos fue el texto básico de donde surge nuestro presente Derecho civil. En muchos de nuestros más importantes textos legislativos, como son los códigos, se reconoce con facilidad el modelo del cual han sido tomados, e inclusive copiados. De allí la importancia de considerar tanto esos textos modelos como la doctrina de sus respectivos autores.

A los materiales del proceso preparatorio de la ley: anteproyectos, proyectos, informes de comisiones técnicas, actas de los debates y discusiones públicas. Este conjunto de materiales, ligados directamente a la formulación de la ley, es de extraordinario valor para el intérprete; inclusive, los juristas más fanáticos de esta tendencia llegaron a otorgarle a estos antecedentes el valor de una verdadera interpretación auténtica, expresión directa de los deseos del legislador.

A la exposición de motivos de las normas, en cuanto resume su proceso de elaboración y los principios y directrices que la informan. Aunque se discute el valor vinculante de estas exposiciones, carentes de validez formal por no estar incluidas en el cuerpo mismo normativo, nadie duda de su valor como criterio hermenéutico, en la medida que condensa o resume la razón de ser y los motivos

que han llevado al legislador a crear las normas.

### **El método sistemático**

Según SAVIGNY la interpretación tiene, además, que conocer tanto la especificidad de la norma interpretada como su significado respecto al ordenamiento en su totalidad, es decir, respecto del sistema. Este criterio se ha confundido a veces con el método lógico, sin embargo, cumple una función propia e independiente. Mientras que el método lógico trata de comprender la norma en sí misma, el sistemático, en cambio, pone a la norma en relación con otras normas en el marco de un ordenamiento jurídico determinado, buscando entenderla en función de su ubicación –*sedes materiae*- dentro del sistema.

Así resulta importante conocer el lugar que ocupa la norma en el orden jerárquico del sistema -¿es de rango constitucional?, ¿es de rango ordinario?, ¿es subordinada a otra de mayor jerarquía?-, como también su ubicación dentro del orden material –¿es de Derecho público o de Derecho privado?, ¿es de Derecho civil o laboral?, ¿es un contrato civil o comercial?-, en la medida que, conocer el lugar que le destinó el legislador, puede ayudar a comprender su intención.

Este método ha tenido siempre una importancia práctica destacada, pero actualmente debido a lo que se denomina “interpretación acorde a la Constitución” y a la ubicación sistemática del texto magno en la cumbre del ordenamiento, es que el método adquiere una significación mayúscula en la medida que la interpretación deje ajustarse a pautas constitucionales.

### **c.2 Métodos modernos**

A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX los métodos tradicionales comenzaron a ser blanco de fuertes críticas. Entre las más importantes, sobresale el reproche a su excesivo apego al texto de la ley, y su inmovilismo interpretativo, que desconoce que aquella sufre las influencias de los cambios

históricos y, por consiguiente, no es posible reducir toda la búsqueda a la “voluntad del legislador” como única fuente de interpretación.

Esos métodos tradicionales pudieron resultar valiosos al aplicarse a poco tiempo de producida la ley. Pero cuanto más se aleja la ley del momento de su aplicación más desactualizada se encuentra. La evolución de las condiciones generales de la vida y la aparición de fenómenos jurídicos novedosos no han podido ser nunca contemplados por el legislador que produjo la ley en condiciones históricas absolutamente diferentes.

Es característico de los países del sistema romano una marcada lentitud en los procesos de reforma legal. Muchas de nuestras leyes tienen hasta más de cien años de vigencia -como sucede con nuestro Código civil-; por otra parte, el Derecho se mueve a través de actos periódicos y súbitos de reforma que generan una falta de sincronización cuando el legislador no reacciona inmediatamente ante los cambios operados en la vida social que requieren nuevas soluciones. Ante esta situación es inevitable que los otros órganos del ordenamiento, principalmente los jueces, se sientan inclinados a actualizar la ley a través de una aplicación evolutiva del Derecho. En muchos casos, ese movimiento adaptativo se convierte en el único; ocurre inclusive que a veces no se corrigen leyes vetustas simplemente porque los tribunales se han encargado de adaptarlas; así la sensibilidad de los jueces muchas veces corrige la inercia de los legisladores.

Pero el método también tiene sus riesgos, pues puede poner en peligro el principio de la supremacía de la ley ante los posibles abusos de los jueces en el ejercicio de su función; ese ejercicio abusivo traicionaría al ordenamiento si, aduciendo la actualización, se la utilizara para lograr resultados opuestos o alejados.

Así aparecen los métodos de interpretación modernos que, a diferencia de los tradicionales, entienden que interpretar no es buscar la voluntad subjetiva del legislador sino el **sentido objetivo de la norma**, es decir, el sentido incorporado a la norma misma, y no el sentido subjetivo, o sea, el pensamiento

de las personas que intervinieron en su creación. El Derecho es una ciencia práctica, llamada a dar una respuesta inmediata y actual a toda cuestión jurídica que se presente sin que pueda negarse por razón de lagunas, contradicciones o ambigüedades de la ley. Ello obliga al operador, ética y jurídicamente, a conocer y entender las leyes mejor que las mismas personas que intervinieron en su redacción, a sacar de la ley más de lo que aquellas personas pusieron conscientemente en ella, al redactarlas o aprobarlas.

La teoría objetiva de la interpretación no sólo afirma que la ley, una vez producida, lo mismo que cualquier palabra hablada o escrita, puede adoptar para otros un significado diferente al asignado por el autor, sino, también que lo importante jurídicamente no es el significado tenido en cuenta por el autor (subjetivo) sino el significado objetivo, inmanente a la ley, que ha de ser averiguado con independencia de aquél.

Así van apareciendo nuevos métodos como los que a continuación explicaremos y que son conocidos precisamente como los métodos modernos, desarrollados particularmente durante el siglo XX:

### **El método de la evolución histórica**

Este método, expuesto por SALEILLES a fines del siglo XIX, parte de la idea de que la ley tiene una doble exigencia: por un lado, ajustarse a las razones del momento de su producción, respondiendo así a las necesidades que las han hecho nacer, y, por otro, adaptarse, igualmente, a las exigencias del porvenir, satisfaciendo las nuevas necesidades jurídicas derivados de esos cambios.

Para llenar estas exigencias los textos legales no deben ser tomados como expresión de la voluntad del legislador, sino como expresión o revelación de las necesidades que han dado lugar a su sanción; transformadas estas necesidades, o surgidas otras nuevas, la interpretación debe armonizarse con esas mutaciones. Para cumplir esta función, la interpretación debe recurrir a elementos externos a la ley como las costumbres, las necesidades de la vida

económica o la modificación de las relaciones sociales, como criterios de interpretación que habrán de dar a los textos una nueva vida. Este método ha sido llamado de la evolución histórica precisamente porque los textos siguen la evolución y transformación de las necesidades sociales.

La diferencia con los métodos tradicionales viene dada en que para éstos, aún en su forma más adelantada, la ley es siempre la expresión de la voluntad del legislador y el Derecho está vinculado con el desenvolvimiento y aplicación de esa voluntad; en cambio, para el sistema de la evolución histórica, los textos adquieren una vida autónoma de la voluntad del legislador y se vinculan más que a las necesidades que las han hecho surgir a los cambios que las han sobrevenido y modificado.

En fin, el método histórico-evolutivo parte de la base que la norma ha de aplicarse de acuerdo con las aspiraciones y las necesidades del momento en que se realiza la aplicación, y **no** del momento en que se emitió la norma. Aunque permanezca inalterada la estructura gramatical del precepto, éste evoluciona en su contenido, según las nuevas ideas de la colectividad y del intérprete.

### **El método de la libre investigación científica**

Según su expositor, GÉNY, la ley escrita debe ser considerada como un acto de voluntad humana; aunque se trate de un grupo más o menos numeroso el que la sanciona, la ley es siempre la obra de ese grupo y responde a un cierto orden de ideas y necesidades que la han hecho surgir. Para determinar el contenido de la ley debe indagarse el sentido y alcance de la voluntad del legislador, tomando esta voluntad en el momento de su sanción y examinando con todo cuidado las condiciones y necesidades que se han querido satisfacer al sancionarla. Hasta aquí pareciera escucharse a cualquier expositor de los métodos tradicionales.

Pero -continúa GÉNY- desaparecidas las condiciones y necesidades previstas por el legislador, la ley debe dar lugar, en substitución, a la aplicación de las otras fuentes normativas. A falta de una ley escrita directamente aplicable,

sea por no haber existido nunca o porque haya dejado de ser aplicable en virtud de haberse modificado o desaparecido las condiciones y necesidades previstas por el legislador, el intérprete debe recurrir a las otras fuentes del Derecho; unas que conocemos –las otras fuentes formales como la costumbre- y otras **fuentes no formales**, la naturaleza de las cosas positivas, reveladas por los procedimientos de la libre investigación científica.

Para ello admite un doble procedimiento: la interpretación por la *fórmula del texto* (interpretación intrínseca), y la interpretación con la *ayuda de elementos externos* (interpretación extrínseca) a la fórmula, es decir, los trabajos preparatorios, las ideas jurídicas reinantes, los antecedentes históricos y la legislación comparada; estos dos procedimientos, lejos de separarse y aislarse el uno del otro, se completan recíprocamente.

Entre el método de la evolución histórica y el sistema de GÊNY existe una diferencia fundamental. En el primero, la teoría de la interpretación se vincula siempre a la ley; aunque las condiciones y necesidades previstas por el legislador cambien o se modifiquen, los textos legales, interpretados y vivificados con ayuda de los elementos externos, deben ser siempre quienes nos den las soluciones jurídicas requeridas por las nuevas necesidades. En el método de GÊNY, en cambio, la concepción es más audaz y más en contacto -diríamos- con la realidad de las cosas; cuando las condiciones y necesidades previstas por el legislador se modifican, cuando ellas desaparecen o surgen nuevas necesidades, la aplicación de los textos cesa y las otras fuentes del Derecho vienen a proporcionarnos las nuevas soluciones jurídicas que las circunstancias exigen; la costumbre, la autoridad y la tradición, los variados elementos sociales que sirven de revelación de la naturaleza de las cosas positivas, no nos dan soluciones jurídicas a través de los textos de la ley escrita, sino soluciones directas, independientes en absoluto de los textos, plenas de vida y de vigor, como todo el Derecho que nace de la realidad social.

La fórmula de este sistema, puede ser sintetizada así: “siempre por los textos de la ley, pero más allá de los textos”. Ese más allá de los textos, que unos juristas persiguen por un camino y otros por otro, señala la orientación moderna

en el doble problema de las fuentes y de la interpretación y aplicación del derecho.

### **El método teleológico**

La interpretación **teleológica** atiende a la **finalidad** de la ley y trata de descubrir el significado de aquélla, para lograr que sea el medio más eficaz en relación con su fin.

Ese método es consecuencia de las ideas de la llamada Escuela de la Jurisprudencia de Intereses la que considera el Derecho como un sistema de “protección de intereses”. Esto significa que los preceptos legales no sólo están dirigidos a delimitar intereses sino que ellos mismos son productos de intereses. Las leyes son las resultantes de los intereses que se contraponen unos a otros y luchan por su reconocimiento. De allí la necesidad de “conocer, con exactitud histórica, los intereses reales que han ocasionado la ley, y tener en cuenta los intereses conocidos para la resolución del caso”. De acuerdo con esto, el legislador pasa a segundo plano en relación con las fuerzas sociales, denominadas “intereses”, los cuales han conseguido entrar en la ley por medio de esas fuerzas.

Entonces el centro de gravedad se traslada de la decisión personal del legislador y de su voluntad, entendida psicológicamente, primero a sus motivos y después a los “factores causales” que la han motivado. La interpretación -postula HECK- ha de retroceder, por encima de las ideas del legislador, “a los intereses causales de la ley”.

HECK denomina “teoría genética de los intereses” a la concepción según la cual determinados intereses, al originar en el legislador “ideas de deber ser” que se transforman en mandatos, son “causa” de normas jurídicas. Con ello queda claro por qué se postula como método de interpretación de la ley la “investigación histórica de los intereses”. Así como un “hecho” es científicamente conocido cuando es reducido a sus causas –físicas, biológicas o históricas-,



también la interpretación de la ley es primordialmente “explicación de las causas”.

No obstante, ya en HECK se encuentra un nuevo orden de ideas que trascienden la “teoría genética de los intereses”. Junto a los numerosos pasajes en que el “interés” aparece como “factor causal”, que ha ocasionado las prefiguraciones del precepto en el legislador y, por medio de ellas, el propio precepto legal, se encuentran otros en los que el interés significa más bien, el objeto al que se refiere la valoración llevada a cabo por el legislador. El legislador -nos dice HECK- quiere “delimitar unos de otros los intereses vitales que luchan entre sí”. Por tanto, hace sobre ellos un juicio de valor que, por su parte, se funda “en la idea de un orden deseable, es decir, en un ideal social”. Con más claridad, dice STOLL, que toda norma jurídica independiente contiene “un juicio de valor sobre los antagonismos de intereses a ella subyacentes”. Pero como toda valoración, bien entendida, es un acto libre del que valora. Con la introducción del concepto de valor se abandona la consideración meramente “causal” de las normas jurídicas. El interés, por consiguiente, ha de ser tanto pauta de valoración como “factor causal”.

De todas estas ideas se deriva el llamado método teleológico, a nuestro juicio el más ambicioso y progresista intento de explicar el sentido de la norma.

El método hace una distinción fundamental entre el “fin”, entendido a la manera del método lógico, es decir como motivo del legislador al momento de dictar la ley -como *ratio legis*- y el fin como objetivo permanente de la norma. Uno es el motivo que pudo tener el legislador al momento de producir la norma, motivo que quedó estáticamente anclado en el pasado, y otro es el fin de la norma en un contexto dinámico y evolutivo, el fin va evolucionando con la propia norma y más que un punto de partida es un punto de llegada.

En la indagación el intérprete debe poner en relación la finalidad de la norma con los criterios teleológicos del ordenamiento jurídico en general y del modelo social, expresados en las normas, valores y principios constitucionales.

El método teleológico es perfectamente compatible con el método de la

interpretación objetiva o evolutiva de la norma, ya que una interpretación dinámica de la norma supone cuestionarse constantemente su finalidad y objetivos.

Finalizando decimos que todos estos métodos no están rigurosamente separados, sino que tienen puntos comunes, de suerte que en parte se mezclan y hasta en ocasiones se confunden entre sí, algunos de ellos.

#### **3.1.4 La técnica de integración. Las lagunas de la ley**

El juez competente debe fallar en todo caso sin buscar excusas ni pretextos; se consideran “pretextos” para no resolver, la alegación de que la ley oscura o ambigua o de que no existe ley aplicable. Cuando no existe una norma legal que regule directamente el caso, ya no se trata de interpretación, sino de **integración**.

Se habla, entonces, de **lagunas de la ley**. Efectivamente, la que puede presentar lagunas es la ley, no el Derecho, pues todo conflicto jurídico debe ser necesariamente resuelto. Y no existen lagunas del Derecho cuando existen mecanismos que permiten llenar esos vacíos legales; a esos mecanismos le llamamos integración-.

Entre esos mecanismos sobresalen la analogía, la costumbre interpretativa y los principios generales del derecho.

##### **- La analogía**

La analogía es una técnica para llenar una laguna existente en la ley gracias a una conclusión fundada en razones de semejanza, en la correspondencia entre ciertas notas características del caso regulado y las de aquel que no lo está; la analogía se funda sobre el principio de que “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”.

Se acostumbra a distinguir entre ***analogia legis*** y ***analogia iuris***.

La *analogia legis*, que es la analogía propiamente dicha, permite subsumir un caso no contemplado expresamente por el legislador a un texto semejante. Aunque se habla de “analogía de leyes” es necesario aclarar que, si observamos con detenimiento el fenómeno, advertiremos que las semejanzas no son de leyes, sino de situaciones de hecho no reguladas que se subsumen en una disposición legal que expresamente regula una situación análoga. Mal puede hablarse de “analogía de ley” cuando la integración parte de la hipótesis de que un supuesto de hecho carece expresamente de prescripción legal.

La *analogia iuris* da solución igual a dos hipótesis en virtud de la aplicación principios generales. Inclusive en la *analogia iuris* se llega a confundir con los principios generales del Derecho ya que todo raciocinio analógico presupone la correspondencia entre dos modalidades de lo real puestas en contacto (*analogia entis*) y conduce naturalmente al plano de los principios. Estos vendrán a reforzar, cuando menos, las razones de semejanza y objetividad que se proyectan sobre la siempre delicada aplicación del proceso analógico.

En doctrina se ha debatido cuál es el fundamento sobre el que descansa la analogía. Así MESSINEO legitima el uso del procedimiento analógico en la presunción de que si el legislador hubiese puesto la situación no regulada, la habría resuelto de modo semejante a como ha resuelto las casos expresamente previstos. ENNECERUS –que pareciera contestar a MESSINEO- sostiene que es inexacto fundar la analogía en una presunta voluntad del legislador ya que no cabe en la hipótesis posibilidad alguna de acreditar una voluntad real al legislador, sin incurrir en interpretaciones arbitrarias. A nuestro juicio la explicación es más sencilla: se trata simplemente de la utilización del razonamiento analógico aplicado al Derecho.

El razonamiento analógico puede articularse de tres maneras distintas. El argumento *a pari* según el cual de la circunstancia de que un objeto sea semejante a otro en varias cualidades se deduce que lo será también respecto de la cualidad sobre la cual se duda. El argumento *a contrario* que se basa en el

hecho de que si un objeto es diferente a otro en varias notas, se infiere que también lo será respecto de la cualidad sobre la cual existe la diferencia. El argumento a *fortiori* que surge del hecho de que las notas que hacen semejante un objeto a otro convengan al segundo en grado distinto al primero.

Si bien la articulación analógica mas frecuentemente utilizada es la primera, no se puede negar que podría integrarse acudiendo a las otras formas, aunque se llegue a conclusiones diferentes. Un ejemplo puede ilustrarnos mejor. Supongamos que en un determinado ordenamiento se requiera para ser testigo en un testamento por acto público, saber leer y escribir; supongamos también que nada se dice acerca de los requisitos requeridos para ser testigo en los demás actos notariales. Si aplicamos el argumento a *pari*, llegaremos a la conclusión de que también para los demás instrumentos notariales se exige a los testigos las citadas cualidades, pero si aplicamos el argumento a *contrario*, concluiríamos que es requisito sólo es exigido para los testamentos, no para los demás actos notariales.

Esto advierte que el razonamiento analógico, además de ser un mecanismo de integración muy dudoso, debe utilizarse con mucha precaución y prudencia, observando atentamente las identidades sobre las cuales pretende fundarse y sobre las cuales se asienta la argumentación.

La interpretación *extensiva* es verdadera y propia *interpretación*, pues se trata de precisar el contenido y los límites del precepto; de determinar el sentido objetivo de la norma. La aplicación por *analogía* o, como también se dice, la *extensión analógica*, no es interpretación, sino que es integración de la ley.

En la analogía, estrictamente no se aplica de modo directo la norma legal, sino que se aplica una norma que contiene un supuesto distinto y más amplio que el contenido en el precepto legal, y a dicho supuesto más amplio se le atribuye la consecuencia jurídica del caso previsto.

En muchas ocasiones, la ley permite, y aun aconseja, que la consecuencia jurídica relativa al caso expresamente previsto se aplique a algún

caso no previsto en la norma legal, si el juzgador considera que existe razón de analogía.

Precisamente, debido al peligro que supone avanzar sobre zonas en principio reservadas para el legislador, es que, en ciertos casos, está prohibida tanto la analogía como la interpretación analógica; eso sucede en materia sancionadora y prohibitiva. Las normas que crean sanciones y prohibiciones no pueden ni interpretarse y integrarse analógicamente. Esto sucede, por ejemplo con las normas penales o de las normas de Derecho administrativo sancionador que no pueden ser integradas.

### **La costumbre interpretativa**

Ya hemos explicado oportunamente la existencia de un tipo de costumbres denominadas ***secundum legem o interpretativas***; se denominan así aquellas que nacen de la observancia o práctica de una ley y que, por lo tanto, se conforman con lo que ella dispone. Estas costumbres cumplen un importante papel en la **interpretación** de las leyes ya que cuando éstas son oscuras o imprecisas, un buen recurso técnico consiste en observar como la costumbre, ha ido, en el plano de la realidad, precisando su verdadero contenido y alcance.

### **Los principios generales del derecho**

También ya nos hemos referido a los llamados principios generales del derecho y a su función, precisamente integrativa.

Los principios generales constituyen la *ultima ratio*, el último recurso al que puede acudir el juez cuando le ha sido imposible integrar mediante las otras técnicas.

### **La equidad**

Para Aristóteles, la equidad no es radicalmente distinta de toda forma de justicia; cabe dentro del concepto genérico de lo justo. Sin embargo, la equidad sí es diferente de cierto tipo de justicia; de “lo justo legal”, si se entiende por tal la aplicación rigurosa y literal de una ley que, siendo justa en la mayoría de las ocasiones, resultaría no obstante ello, injusto aplicarla en algún caso que el legislador no previó. La equidad es una rectificación de lo justo legal, o sea que trata de corregir una interpretación literal de la ley cuando la norma, que necesariamente tiene el carácter de una excesiva abstracción y generalidad, no puede aplicarse sin injusticia a determinado caso. La equidad toma en cuenta todas las circunstancias peculiares del caso, y tiene también en consideración la buena fe en la celebración y el cumplimiento de los negocios jurídicos.

### **Régimen legal costarricense en materia de técnica jurídica**

Hasta hace muy poco tiempo la despreocupación legislativa en nuestro medio por el problema de la técnica de aplicación era notable. Las referencias a los problemas de aplicación, interpretación e integración eran escasas e insuficientes frente a tan significativa cuestión.

En efecto, antes de la promulgación del nuevo Título Preliminar del Código Civil, poseíamos sólo algunas directrices vagas a nivel constitucional, unas pocas reglas para los jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y un sistema de aplicación para el Derecho Público, pero carecíamos absolutamente de este tipo de normas para el Derecho Privado. Así, la Ley 7020, del año 1986, vino a llenar un considerable espacio, al dotar al ordenamiento jurídico costarricense –en sus artículos 1, 3, 5, 6, 9, 10, 11, 12,14 de una disciplina legal de la técnica de aplicación en las relaciones privadas que serviría también como procedimiento supletorio en otros sectores del Derecho.

Podríamos afirmar que sólo contábamos con algunas directrices muy vagas y aisladas de lo que podría designarse, convencionalmente como reglas de *política general de aplicación*.

A nivel constitucional, encontrábamos –y seguimos encontrando– normas diseminadas a lo largo del texto magno, de las que, a veces, ni siquiera tomamos conciencia de que se trate de imperativos exegéticos. Un repaso nos evidencia su presencia y sus significados.

El *art. 9* que, al establecer que el Gobierno de la República será ejercido por tres Poderes distintos e independientes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, ordena la *indelegabilidad de las funciones propias* que, en el caso específico del Poder Judicial, son las enumeradas en los artículos 152 y 153 del mismo cuerpo.

La del *art. 166* que consagra el principio de que *no hay jurisdicción ni competencia sino en virtud de ley*, al decir: “... *en cuanto a lo que no esté previsto por esta Constitución, la ley señalará la jurisdicción, el número y la duración de los tribunales, así como sus atribuciones, los principios a los cuales deben ajustarse sus actos y la manera de exigirles responsabilidad*”.

La del *art. 154* que establece el principio de que *el juez debe resolver siempre según la ley*, al ordenar: “*El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos*”.

Las de los *arts. 27 y 41* que exigen a los jueces *justicia pronta y cumplida* al establecer, el primero de ellos, el “derecho de petición” y “el derecho de obtener pronta resolución” y al insistir, el segundo, que “*debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*”.

La del *art. 34* que impide, entre otras cosas, la aplicación retroactiva de la ley, cuando nos dice: “*A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas*”.

La del *art. 39* que establece el principio de legalidad en materia penal, al rezar, en su parte pertinente: “*A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente...*”.

Las del art.42 que prescriben que *“un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto”*, que *“nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible”*, y que *“se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicio fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando se conceda el recurso de revisión”*.

Las del art. 129 sobre obligatoriedad de las leyes, inexcusabilidad de la ignorancia o error de derecho y la inadmisibilidad de la costumbre derogatoria, y, a nuestro entender, la admisibilidad de la costumbre interpretativa e integrativa que, aun cuando no esté expresamente dicho, puede extraerse como conclusión, a *contrario sensu*, del mismo texto legal.

La del art. 7 que, al establecer la mayor autoridad de los tratados públicos, convenios internacionales o concordatos debidamente aprobados, también generan normas de aplicación.

Deben sumarse a éstas, ya a nivel de legislación ordinaria, las normas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley General de la Administración Pública.

El art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –hoy parcialmente reformado- mandaba: *“Los tribunales no pueden ejercer su ministerio sino a petición de parte, de no ser en los casos en que la ley los faculte a proceder de oficio.*

*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.*

*No habiendo ley aplicable a caso, fallarán con arreglo a los principios del derecho”*.

Aunque con un ámbito de vigencia material limitada al Derecho Público, la Ley General de Administración Pública –Ley 6227-, aporta también en este caso campo, en sus artículos 7,8,9,10 y 13.



Art.7: “1. Las normas no escritas –como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.

2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán el rango de ley.

3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior”.

Art. 8:“El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficacia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo”.

Art.9: “1. El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en e caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios”.

2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios”.

Art.10: “1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.

Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere”.

Art.13: “1. La administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea

*que éstos provengan de la misma autoridad, sea, que provengan de otra superior o inferior competente”.*

De cualquier modo todas las normas citadas resultaban insuficientes para resolver una serie de cuestiones que planteaba constantemente la vida práctica, de allí el significativo aporte que sobre la materia trajo el nuevo Título Preliminar del Código Civil.

*“Artículo 1º. Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. **La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.**”*

*“Artículo 3º. El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo.”*

*“Artículo 4º. Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.”*

*“Artículo 6º. Los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido.”*

*“Artículo 9º. La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.”*

*“Artículo 10. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.”*

*“Artículo 11. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.*

*“Artículo 12. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie identidad de razón, salvo cuando alguna norma prohíba esa aplicación.”*

*“Artículo 13. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal ne se aplicarán a supuestos, ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.”*

*“Artículo 14. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes.”*

#### **4. 4. Los conflictos de leyes en el tiempo. Retroactividad e irretroactividad de las leyes**

##### **3.4.1 El problema de los conflictos de leyes en el tiempo**

Hemos dicho que las normas están destinadas a regir para el futuro, lo que supone, obviamente, una vigencia determinada o indeterminada, pero puede suceder que estando en vigor dicho precepto y, por ende, desarrollándose las consecuencias jurídicas que supone la ocurrencia de la hipótesis normativa correspondiente, surja una nueva disposición que venga a afectar a la primera, lo que plantea un grave interrogante.

¿Qué sucede entonces con las consecuencias jurídicas que correspondían a la antigua hipótesis al encontrarse con que la segunda norma dispone efectos jurídicos distintos para un mismo supuesto de hecho? ¿Los hechos jurídicos realizados bajo el imperio de la vieja ley, caen o no bajo el imperio de la nueva y en qué medida? Evidentemente que estamos en presencia de un problema de conflicto de leyes en función del tiempo.

Se denomina conflicto de leyes en el tiempo, a los nacidos de la aptitud de leyes sucesivas para regir una situación jurídica determinada.

No obstante, a este problema se le conoce tradicionalmente como el problema de la irretroactividad o no-retroactividad de las leyes; expresión engañosa, ya que no señala el problema sino una determinada solución técnica al mismo y que, además, presenta la deficiencia de desvincular los conflictos de leyes en el tiempo de los conflictos de leyes en el espacio.

En efecto ante el problema, teóricamente, existen dos posibles soluciones: o permitimos que la nueva ley afecte las consecuencias jurídicas provenientes de la primera o impedimos su afección. En el primer caso, hablamos de **retroactividad**, en el segundo de **irretroactividad** o **no retroactividad**.

La ley, para referirnos sólo al modo principal de producción normativa, está destinada a desarrollar su ámbito de acción en el porvenir y jamás en el pasado que, como hecho consumado, no puede alterarse. Además, resulta obvio que, por el contrario, nadie puede regirse por un mandato que todavía no existe; de allí que resulta una verdadera acrobacia jurídica definir a la retroactividad como la aplicación de la ley en el pasado o la traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico, a un momento anterior al de su creación.

En realidad, lo que sucede, es que la ley sólo ordena para el porvenir, pero en ese futuro es necesario distinguir dos clases de hechos: unos, relativamente nuevos, en cuanto no tienen ataduras de causalidad con el pasado y, otros, que el obedecer a una norma pre-existente, coexisten con la vigencia de la nueva; estos últimos son los que verdaderamente plantean los problemas teóricos y técnicos al jurista y al legislador.

Por lo tanto, retroactividad e irretroactividad son dos posibles soluciones de política jurídica que pueden escogerse en función de ciertas valoraciones. Aunque hoy, como veremos prevalece el principio de la irretroactividad, no

siempre ha sido así encontrándose sistemas que admiten la aplicación retroactiva de las normas.

### **3.4.2 El principio de irretroactividad de la ley**

Dejando de lado interesantes datos históricos de la antigüedad y la Edad Media observamos la aceptación definitiva del principio de irretroactividad, como un verdadero dogma, a partir de las ideas del racionalismo humanista de comienzos del siglo XIX, que consideraban a la retroactividad como “contraria a la razón y a elementales principios de seguridad”, “alentando la injusticia y el desorden” al afectar derechos establecidos por leyes anteriores. Así, en este ambiente intelectual, la solución legislativa no podría ser otra que la de consagrar en forma lapidaria el principio de la irretroactividad de la ley.

*“La ley sólo dispone para el futuro y no tendrá jamás efectos retroactivos”.*  
(artículo 2 del Código Civil francés).

Como hemos dicho, partiendo de la imposibilidad fáctica de la ley de disponer para el pasado, la solución consiste, en realidad, en prohibir la acción de la nueva ley sobre los efectos en desarrollo producidos por el antiguo orden normativo.

Pero si este principio absoluto hubiera permanecido inalterado, no existiría problema doctrinario ni legislativo alguno, pero resulta que, a poco de afirmado, la doctrina europea comenzó a cuestionarse sobre la convivencia de mantener su carácter absoluto o considerarlo simplemente como un principio que admite excepciones, ya que se advertía que ciertas urgencias sociales exigían, a veces, aceptar que las nuevas leyes puedan ser más adecuadas que las viejas y que, por lo tanto, es menester darles prioridad incluso en relación con acontecimientos pasados.

Así, el tratamiento doctrinario del siglo XIX, rápidamente, abandonó la explicación filosófica tradicional para dar paso a una consideración eminentemente práctica sobre la convivencia o no de su aceptación. Por eso

cuando ciertas razones de política jurídica prevalecen, la retroactividad aparece como un arma o recurso técnico que permite, fundada en razones de interés general, variar el curso de los efectos producidos por la ley anterior.

Comenzamos así a observar la lucha entre dos tendencias: una, tendiente a reforzar el principio de que la ley no debe ser retroactiva y, otra, que a través de la vía de la excepción, se esfuerza por abrir brecha que puede, eventualmente, terminar con el principio mismo, tal como lo habíamos señalado en su oportunidad.

Poco después de consagrado el principio, tanto la doctrina como la legislación, tratando de precisar su contenido y alcance, comenzaron a considerar una serie de excepciones que limaron las aristas del dogma decimonónico.

En consecuencia con lo expuesto, la presencia del principio de sus excepciones, plantea, como nos enseña GARCÍA MAYNEZ, dos cuestiones capitales en materia de conflicto de leyes en el tiempo, a saber: primera: ¿qué debe entenderse cuando se dice que la ley no debe aplicarse retroactivamente? (principio); segunda: ¿en qué casos una ley debe aplicarse retroactivamente? (excepciones).

Precisamente muchas de las dificultades que se presentan en esta materia obedecen a la confusión de tales problemas. Por eso, tratando de no incurrir en los mismos errores, es que debe analizarse, primero, el principio, buscando determinar su verdadero sentido y, luego, examinar la íntima relación que el principio y sus excepciones guardan en el plano teórico.

### **3.4.2 El principio de irretroactividad de la ley en el Derecho costarricense**

El principio de irretroactividad aparece consagrado en nuestro ordenamiento jurídico a nivel constitucional. A diferencia de otros que lo disponen a nivel de legislación ordinaria, el nuestro le ha otorgado la máxima jerarquía por lo cual el principio va más allá de la prohibición de aplicar leyes retroactivamente para convertirse también en una prohibición para los productores de no poder dictar normas retroactivamente.

Dispone el artículo 34: “*Al ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas*”.

Como puede observarse el principio de irretroactividad se autodelimita al establecerse que sólo se entenderá sacrificado cuando el efecto retroactivo perjudique a alguien, a sus derechos patrimoniales adquiridos o a situaciones jurídicas consolidadas. Es decir, ya a partir de la propia delimitación del principio, aparecen las restricciones.

Precisamente, recorriendo el horizonte doctrinario, encontraremos distintas teorías que buscan preguntarse qué es lo que debe entenderse por aplicación retroactiva de una ley, cuándo sucede, cuándo no y cuándo una ley puede aplicarse retroactivamente.

Así la **teoría de los derechos adquiridos** –en sus diversas formulaciones- afirma que una ley es retroactiva cuando destruye o restringe un derecho adquirido bajo la vigencia de una ley anterior y no lo es cuando sólo afecta una *facultad legal* o una *simple esperanza* o *expectativa* de derecho. Entendiendo por derecho adquirido “aquel que ha entrado en nuestro patrimonio” o “forma ya parte de nuestra personalidad” por oposición a la facultad legal como “facultades no ejercitadas” o a la simple expectativa definida como la “simple esperanza de gozar el derecho cuando aparezca”.

Aunque esta teoría, en su momento, alcanzó gran difusión doctrinaria y legislativa, a punto de ser considerada por nuestros constituyentes, fue objeto de muchas críticas, especialmente por la dificultad de diferenciar dichos conceptos teóricos en la práctica concreta.

La **teoría de los hechos cumplidos**, formulada como reacción a la teoría anterior, se pregunta más, que si un derecho ha sido o no adquirido, si un **hecho** ha sido o no **cumplido**.

La **teoría de las situaciones jurídicas** trata de resolver el problema acudiendo ya no a la noción de derechos adquiridos o de hechos cumplidos sino a la noción de *situaciones jurídicas*. Su expositor más brillante ha sido ROUBIER, a quien le debemos la obra jurídica más importante sobre el tema, quien toma la noción de **situación jurídica** para oponerla tanto a la de “derechos adquiridos” como a la de “relación jurídica”, ya que existen, en algunas oportunidades, afectación de situaciones fácticas que no pueden ser comprendidas en los conceptos anteriores.

Según ROUBIER las leyes se dictan para regular situaciones jurídicas – en-entidas como el conjunto de derechos y obligaciones que un sujeto tiene en determinadas circunstancias- por ello el problema de la retroactividad sólo puede plantearse frente a estas situaciones de hecho y de derecho.

Pero como esas situaciones, generalmente, no se realizan en un solo instante, sino que tienen su lógico desenvolvimiento, es que, en su desarrollo, puedan verse afectadas por una variación del sistema normativo; pero no todo efecto producido por la nueva ley la califica a esta como retroactiva.

Para ROUBIER el núcleo doctrinario sobre conflictos de leyes en el tiempo está en lograr la distinción entre *efecto retroactivo* y *efecto inmediato* de la ley. Según su opinión, la base fundamental de la teoría de los conflictos de leyes en el tiempo es la distinción entre efecto retroactivo y efecto inmediato de la ley. Si la ley pretende aplicarse a hechos consumados (*facta praeterita*) es retroactiva; si pretende aplicarse a situaciones en curso (*falta pendentia*) es necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no pueden ser afectadas sin que haya retroactividad, y las partes posteriores, para las que la ley nueva, si debe aplicarse, no tiene sino un efecto inmediato; en fin, a hechos futuros (*facta futura*) es claro que la ley nunca puede ser retroactiva.



Sin duda que el gran mérito de Roubier fue distinguir los efectos inmediatos y los efectos retroactivos, pues resalta evidente que se trata de cuestiones diversas que no pueden ser confundidas de ninguna manera.

Las disposiciones legales tienen *efecto retroactivo* cuando se aplican a *hechos consumados* bajo la vigencia de una ley anterior (*facta praeterita*) y cuando se aplican a *situaciones en curso* si incide en los *efectos realizados* antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley (*facta pendentia*). Pero si la nueva ley sólo se aplica a las consecuencias aún no realizadas de un hecho jurídico ocurrido bajo el imperio de la antigua ley solo tiene *efecto inmediato*. Respecto a los hechos futuros (*facta futura*) resulta innecesario sostener que una ley nunca puede ser retroactiva.

Evidentemente que la duda no se plantea cuando la nueva ley se aplica a hechos consumados bajo la vigencia de una ley anterior, pues se trata de una aplicación a todas luces de retroactividad flagrante. Tampoco frente a los hechos futuros sobre los cuales la nueva ley actúa con su plena soberanía. El nudo de la cuestión se plantea respecto de las situaciones en curso, en donde se hace necesario distinguir los *efectos realizados antes de la iniciación de vigencia de la segunda de los efectos no realizados al momento de ponerse en vigencia la misma*.

La solución propuesta por Roubier es que la primera ley debe aplicarse a los efectos realizados hasta la entrada en vigencia de la nueva, en tanto que ésta debe regir los efectos posteriores.

### **Las excepciones al principio**

Como hemos adelantado, inmediatamente establecido el principio de irretroactividad, se observó que su rigidez no podía sostenerse sin graves perjuicios de los sujetos de derecho ante determinadas situaciones; por eso, es que tanto en la jurisprudencia, en la doctrina y en la legislación comenzaron a aparecer excepciones que delimitaron considerablemente el principio, hasta llegar a convencer a ciertos autores de que “el verdadero problema no es la definición de la ley retroactiva, sino el de las excepto es al principio de irretroactividad”.

- Que las leyes confirmatorias, cuando confieren un valor a actos jurídicos pasados, que se les negaba por la ley bajo cuyos efectos fueron concluidos, pueden ser aplicadas retroactivamente.
- Que se admite tradicionalmente que una ley interpretativa tiene un efecto retroactivo; principio que, por otra parte, provenía ya del Derecho romano.
- Que la ley penal que favorezca a un individuo, suprimiendo un delito o disminuyendo una pena, puede ser aplicada retroactivamente.
- Que la ley de orden público puede aplicarse retroactivamente, aclarándose que en algunos casos se considera que todas las leyes de Derecho administrativo quedan comprendidas en la noción de orden público, pues se entiende que frente al orden público no hay derechos adquiridos.
- Que las leyes procesales se aplican normalmente a los procedimientos en curso y tienen efecto retroactivo.
- Que las disposiciones que consideren como incompatibles a sus fines morales y sociales, las situaciones anteriormente constituidas son de efecto retroactivo.
- Que las disposiciones que tengan como objeto establecer un régimen general y uniforme pueden ser aplicadas retroactivamente.
- Que las disposiciones complementarias, dictadas para el mejor desarrollo o cumplimiento de una disposición anterior pueden ser aplicadas retroactivamente.
- Que las leyes que atañan a la organización judicial y a la competencia por ser de “orden público” pueden ser aplicadas retroactivamente.
- Que las leyes que rigen el Estado y capacidad de las personas por ser también normas de intereses jurídicos pueden ser aplicadas retroactivamente.

Estas y otras excepciones particulares fueron apareciendo a la vez que aumentando el problema planteado. Ya no sólo consistía en establecer que debía de entenderse por irretroactividad, sino cuando podía dejarse de lado para dar paso a la retroactividad.

### 3. 5 Los conflictos de leyes en el espacio

En el Derecho moderno prevalece el llamado “**principio de territorialidad de la ley**” según el cual en un determinado territorio rigen las leyes de ese territorio –en Costa Rica rigen las leyes costarricenses, en el Estado de Texas, rigen las leyes texanas- sin embargo, razones de todo tipo, económicas, culturales hacen que en oportunidades sea necesario admitir la existencia del “**principio de personalidad de la ley**” según el cual un determinado país admite que, en su territorio, se aplica la ley que acompaña a la persona.

Suponen el choque entre normas que emanan de soberanías independientes pero que, en un momento, coexisten dentro de uno de los estados soberanos por concesión del propio Estado.

Se trata de un verdadero conflicto al decidir cuál es la norma válida respecto de una determinada situación, si la norma espacial vigente por el *ámbito espacial* de vigencia, es decir, por razón del territorio a que la misma debe aplicarse. Puede haber conflictos espaciales de normas *en escala internacional*, y también pueden darse conflictos espaciales *en escala nacional*, tratándose de países que, como México, tienen una organización federal.

Inclusive existe toda una disciplina especializada, el Derecho Internacional Privado encargado de establecer las reglas de solución de estos conflictos. Bien se ha dicho que este Derecho no es ni internacional ni privado, porque ni rige relaciones internacionales ni busca satisfacer intereses particulares; en realidad sus normas no tienen las características propias de

otras ramas, como el Derecho Civil o del Derecho Mercantil, que regulan relaciones entre sujetos, sino que se trata, simplemente, de normas destinadas a determinar qué normas deben ser aplicadas para regular aquellas relaciones.

Por ejemplo, el llamado Derecho Internacional Privado no rige las relaciones matrimoniales en sí, sino que determina, en el caso en que haya conflicto de normas, cuáles han de ser aplicables entre las de los distintos ordenamientos implicados en el caso de un matrimonio entre un español y una costarricense, o entre dos españoles que después de su matrimonio hayan decidido residir en Costa Rica. ¿Cuál será el Derecho aplicable en estas hipótesis? ¿El español o el costarricense?

Para ello se establecen reglas como *lex rei sitae* –rige la ley donde este ubicada la cosa-, *lex loci actus* – rige la ley del lugar donde se celebró el acto, *lex fori* – se aplica la ley vigente al territorio que pertenece el tribunal que va a fallar la controversia-

Inclusive existe el llamado “Código Bustamante” que se elaboró para regular los conflictos espaciales de normas entre los países americanos, donde se establece, por ejemplo, que la *lex rei sitae* es la competente para regular los derechos derivados de los bienes inmuebles, que la *lex loci actus* determina los requisitos intrínsecos y la forma externa de los actos y establece las reglas de la carga de la prueba y los medios probatorios admisibles respecto de cada acto, a menos que la *lex fori* no admita un cierto medio de prueba, que deben ajustarse a la *lex fori* la forma de ofrecer y rendir las pruebas, y la valuación de éstas, etc...