

## CAPÍTULO 1 LA LEY

80. La primacía actual de la ley. En las condiciones vigentes del mundo moderno y por razones de orden filosófico y político, en los países de la familia romano-germánica se considera generalmente que para los juristas el método para fundar y motivar las soluciones de controversias que impone el derecho es recurriendo a las disposiciones de la ley. Esta tendencia se acendró desde el siglo XIX cuando la casi totalidad de los países, miembros de la familia romano-germánica se proveyeron de códigos y recibieron constituciones escritas. Se vigorizó aún más en nuestra época con el primado de las ideas dirigistas y la ampliación, en todos los ámbitos de la función del Estado. Trabajar para el progreso y el imperio del derecho continúa siendo la responsabilidad de la colectividad entera de los juristas pero en la actualidad, en esta tarea, que es atribuible a todos, la función del legislador es preponderante. Esta perspectiva es consistente con el principio democrático y se justifica por el hecho que los organismos estatales y administrativos son probablemente a quienes les asiste la vocación para coordinar los diversos sectores de la vida social y preservar el interés común. Finalmente, por el rigor de redacción que implica (o debería implicar), la ley parece ser la mejor técnica para enunciar reglas de derecho claras y concisas, en una época en que la complejidad de las relaciones sociales le otorga una alta prioridad, entre los elementos de una solución justa, a la preocupación por la precisión y la claridad.

En los países de la familia romano-germánica, las disposiciones de derecho escrito que emanan del Poder Legislativo o de la administración pública tienen una prelación jerárquica normativa. Los juristas tienen a bien interpretar y aplicar estas disposiciones con el ánimo de desentrañar una solución justa para cada caso concreto.

81. Normas constitucionales. Las Constituciones o leyes constitucionales ocupan la cúspide de la jerarquía normativa. Todos los países de la familia romano-germánica cuentan con constituciones escritas cuyas disposiciones gozan de un prestigio social interno particular. En algunos países el prestigio tiende a tener un carácter más bien político; las disposiciones constitucionales pueden adoptarse o modificarse regularmente de acuerdo a determinados procedimientos, pero en derecho sólo tienen la autoridad de leyes ordinarias. En otros países por el contrario, las disposiciones constitucionales gozan en derecho de una jerarquía normativa diferente a las leyes ordinarias; su autoridad particular se manifiesta por el establecimiento de un control de la constitucionalidad de otras leyes, control cuyos órganos y modalidades pueden por lo demás ser diversos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, 1996; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, 1996; D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, 1992; J. C. Beguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, 1982; M. Fromont, *La Cour constitutionnelle et le Droit*, Droits, 1990; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, 1997; L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2001; J. Giudicelli y C. Papanikolaou, *La justice constitutionnelle: Italie-Grèce*, 1997.

Existe en la actualidad una tendencia perfectamente reconocible que tiende a reforzar el valor de las reglas constitucionales dándoles un efecto de superioridad normativa, desde un punto de vista práctico, por encima de las leyes ordinarias. La Constitución de la República Federal de Alemania dispone que: “El Poder Legislativo está obligado a respetar las leyes y el derecho. En ausencia de otro medio, todo alemán tiene el derecho de resistir en contra de cualquier persona que se proponga destruir este orden”.<sup>2</sup> Muchos países han imaginado medios para garantizar el orden jurídico legislativo y se ha llegado a admitir, en particular y los Estados Unidos de América son un claro ejemplo, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Los desarrollos más destacados se produjeron en Alemania y en Italia, que debe ser entendidos como una reacción natural a los regímenes totalitarios que en estos países ultrajaron los principios de la democracia y de los derechos humanos; a partir de ese momento se ha producido una abundante jurisprudencia que ha declarado la nulidad, en estos dos países, de leyes que transgredían los derechos fundamentales (*Grundrechte*; *diritti fondamentali*) enumerados en una declaración de los derechos incorporada a su Constitución. Sin llegar a tener la misma importancia en la práctica, el principio de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ha sido admitido en numerosos países.

La autoridad encargada de ejercer el control de constitucionalidad así como las modalidades que gobiernan su ejercicio varía según los países. En Japón y varios países de América Latina,<sup>3</sup> cualquier juez puede, como en los Estados Unidos de América, declarar la inconstitucionalidad de una ley y negarse en consecuencia a aplicarla, obviamente bajo el control de la Suprema Corte de Justicia. En cambio, en Europa y los países de África, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley está reservada a una Corte de Justicia Constitucional especial, constituida con este fin. En países como Alemania Federal, Austria, Italia, España, Mónaco, Turquía y Chipre, cuando se controvierte la constitucionalidad de una ley, los tribunales ordinarios no pueden hacer más que suspender su procedimiento y someter la controversia a la Corte de Justicia Constitucional. Es de precisarse que en diferentes países (Alemania, Colombia y Panamá)<sup>4</sup> se les permiten a algunas autoridades y hasta a un simple particular, apelar a dicha Corte fuera de toda controversia para que una ley se declare inconstitucional. En México, según la nueva redacción del artículo 105 II de la Constitución, este derecho está circunscrito al 33% de los miembros del Congreso de la Unión (diputados y senadores) y al Procurador General de la República, posibilidad que no existe en los Estados Unidos de América.

Para juzgar la importancia práctica del control constitucional de las leyes, es preciso considerar diversas circunstancias. El alcance del control de constitucionalidad es restrictivo si la Constitución, cuyo respeto se trata de imponer, puede modificarse fácilmente o si se permite al Poder Ejecutivo suspender su aplicación. Esta consideración limita considerablemente el interés del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en numerosos países de África o América Latina; pero es de hacerse notar que en Alemania misma, la “ley fundamental” ha sido modificada cuarenta y dos veces desde su promulgación en 1949. Importa también considerar la

---

2 La Constitución Política de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz*) en su Artículo 20, apartados 3 y 4.

3 Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Venezuela, etc. En cambio, en Chile, Cuba, Haití, México, Panamá y Uruguay, sólo la Suprema Corte está facultada para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. El Ecuador y Perú no admiten el control de constitucionalidad de las leyes, ni tal vez la República Dominicana cuya Constitución es omisa al respecto.

4 Venezuela aprobó una nueva Constitución en 1999.

psicología de los jueces y su reserva respecto al ejercicio de su poder de declarar una ley inconstitucional. Por tal razón, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes dista mucho de tener la misma extensión en Japón, que en Estados Unidos de América, aún cuando en teoría no existe ninguna diferencia entre los dos derechos. En Suecia, Dinamarca y Noruega, la doctrina admite en teoría que los tribunales puedan negarse a aplicar una ley que consideran inconstitucional, pero la práctica no ofrece ningún precedente de una ley que haya sido declarada inconstitucional.

La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley y rehusarse en consecuencia a aplicarla se le sigue siendo negada a los jueces en varios países. Tal es el caso de los países Bajos y Francia. En éste último país, razones de orden político disuadieron los tribunales de arrogarse ese derecho pero la jurisprudencia institucionalizada en 1958 del Consejo Constitucional, generó un cambio de actitud.<sup>5</sup> Sin embargo, sólo algunas personalidades preeminentes (o un grupo de sesenta parlamentarios) pueden recurrir al Consejo constitucional y únicamente al margen de toda controversia, antes de la promulgación de una ley; este sistema no se asemeja a las Cortes de Justicia Constitucionales que existen en países como Alemania, Italia o España. En Suiza, el control ejercitado por el Tribunal Federal Constitucional sólo atañe a la conformidad de las leyes cantónales al derecho federal y no se extiende a la constitucionalidad de las leyes federales.

82. Tratados internacionales. Las convenciones internacionales presentan condiciones comparables a las de las leyes constitucionales.

Algunas constituciones proclaman el principio de la autoridad jerarquía superior de los tratados, respecto de las leyes; es el caso de Francia y de los Países Bajos. Surge por consiguiente la siguiente interrogante: ¿resulta de lo anteriormente expuesto que en esos países no se aplica la ley promulgada después de la entrada en vigor de un tratado, si la ley promulgada contraría al tratado? En Francia, el Consejo Constitucional ha declarado que no estaba facultado para impedir la promulgación de tal ley pero la Corte de casación y después de un gran debate el Consejo de Estado hicieron finalmente prevalecer las disposiciones del Tratado de Roma sobre una ley posterior. En Alemania Federal, los tratados internacionales en se equiparan a las leyes ordinarias, pero la Ley Fundamental previene que los “principios generales del derecho internacional” tienen una autoridad jerárquica superior a la de las leyes.

Dos tratados desempeñan una función preponderante en la evolución del derecho de los países de la familia romano-germánica: el Tratado de Roma y la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Los países de la familia romano-germánica han hecho prevalecer el primado del Tratado de Roma y el derecho comunitario sobre el derecho nacional. Después de afirmar el principio de integración del derecho comunitario en el derecho nacional (Resolución en el caso Van Gend en Loos), la Corte de Justicia de Luxemburgo declaró que los términos y el espíritu del Tratado de Roma tienen como corolario la imposibilidad para los Estados miembros de hacer prevalecer una medida unilateral posterior, en contra del orden jurídico comunitario que ellos mismos han aceptado sobre una base de reciprocidad (Resolución en el caso Costa, 1964).

---

<sup>5</sup> L. Favoreu y L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2001; L. Favoreu y L. Philip, *Le Conseil constitutionnel*, 1986; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Principes directeurs, *Mélanges Foyer*, 1997; F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, t. 1, *Organisation et attributions*, 1997.

La mayor parte de las Cortes Supremas de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea han reconocido, en atención a la naturaleza específica del derecho comunitario europeo, el primado del derecho comunitario sobre el derecho nacional. La Corte de Casación y el Consejo de Estado francés han admitido este primado,<sup>6</sup> al igual que Bélgica, Alemania e Italia.<sup>7</sup>

La Convención europea de salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales es directamente aplicable en los órdenes jurídicos internos de los Estados que la ratificaron. Desde 1959, la Corte Europea de los derechos del hombre que es el órgano jurisdiccional competente para conocer de las controversias derivadas de la aplicación de las disposiciones de esta Convención ha pronunciado más de un mil doscientas decisiones. Su jurisprudencia ejerce una influencia creciente sobre el derecho interno de los países europeos que han ratificado la Convención. Su objetivo no se limita a garantizar el respeto a las libertades fundamentales por parte de los Estados adherentes, sino que permite también al juez nacional, mediante un control convencional, garantizar ese respeto a los particulares.<sup>8</sup> Esta última vertiente ha provocado, sobre todo en Alemania donde la función del juzgador en la protección de los derechos fundamentales es determinante, extensos debates doctrinales.<sup>9</sup>

83. Códigos. Ciertas leyes ordinarias reciben el nombre de códigos.<sup>10</sup> El vocablo código se empleó inicialmente para designar compilaciones que amalgababan diversas leyes: verbi gratia el Código teodosiano y el Código de Justiniano. En el siglo XIX, la denominación aparentemente se reservó para designar algunas compilaciones que aspiraban a exponer los principios de un jus commune moderno declarado aplicable en un Estado nacional, pero con vocación universal, en oposición a las reglas de derecho inspiradas en consideraciones de oportunidad más que de justicia y que continuaban vigentes en cada Estado nacional. La terminología, en cualquier caso, ha adolecido de falta de precisión y actualmente el vocablo código se emplea regularmente para designar compilaciones que intentan agrupar y exponer de manera sistemática la reglamentación concerniente a una materia particular.

En los siglos XIX y XX, el movimiento de codificación se extendió al amparo de una u otra de esas formas, a todos los países de la familia romano-germánica. El parentesco entre los sistemas

6 Cortes Mixtas del 24 de mayo de 1975 (resolución *Société Jacques Vabre*), *Bull. Ch. mixte*, núm 4, p. 6, D.1975, 497, conclusiones de Touffait; Consejo de Estado, 20 de octubre de 1989 (resolución *Nicolo*); *Rec. Lebon*, p. 90, D. 1990, 135, nota P. Sabourin, JCP 1989, II, 21371, concl. Frydman; Consejo de Estado, 28 de febrero 1992 (resolución *Rothmans-Philip Morris*), JCP 1992, II, 21859, AJDA 1992, 2, 210, conclusiones de Laroque.

7 Bélgica: Casación 27 de mayo de 1971 (resolución *Société Fromagine Franco Suisse le Ski*) *Cah. Dr. Eur.* 1971.561 Alemania (resolución llamada *Solange I* del 29 de mayo de 1974), *RTD eur.* 1974.316 (resolución llamada *Solange II* del 22 de octubre de 1986), *RTD eur.* 1987.537 Italia, Corte Constitucional 27 de diciembre de 1973 (resolución *Frontini*), *Cah. Dr. Eur.* 1975.114. En Italia, le corresponde al juez ordinario y no a la Corte Constitucional aplicar de inmediato la norma comunitaria.

8 J. Rivero, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, en *Mélanges Cassin*, t. 3, 1971, pp. 371 y ss.; F. Rigaux, *La protection de la vie privée et autres biens de la personnalité*, 1990; ZENGHI, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre particuliers, en *Mélanges Cassin*, 1971, pp. 269 y ss.; A. Delbee, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit privé*, 2000; Menigaud, *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit privé*, 2001.

9 U. Scheuner, Fundamental rights and the protection of the individual against social groups and powers in the constitutional system of the Federal Republic of Germany en *Mélanges Cassin*, 1971, p. 252; D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, 1995, pp. 26 y ss.

10 J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle*. Essai de définition, 1967.

de derecho de esos países quedó atestado no sólo por la adhesión común a la fórmula de la codificación, sino por la manera en que las reglas de derecho se sistematizaron en determinado número de códigos. Francia dio el ejemplo con la promulgación de los códigos napoleónicos, pero igualmente se pueden identificar en los diferentes países de la familia romano-germánica los mismos cinco códigos básicos.<sup>11</sup> Los países nórdicos constituyen en Europa una excepción ya que cada uno promulgó un Código único: en 1683 en Dinamarca, en 1687 en Noruega y en 1734 Suecia y Finlandia. Esos códigos, muy anteriores a la codificación napoleónica, comprendían el conjunto del derecho, como lo hicieron luego el Allgemeines Landrecht (de 1794) en Prusia y el Svod Zakonov (de 1832) en Rusia. Una evolución divergente se produjo desde entonces en los dos grupos de países nórdicos. En la práctica, los códigos dejaron de existir en Dinamarca y Noruega así como en Islandia; diversas partes de estos Códigos fueron derogadas y reemplazadas por extensas leyes que no figuraban inicialmente en los códigos. En Suecia y Finlandia por el contrario se sigue citando como todo un código al promulgado en 1734, que se encuentra estructurado en nueve partes que llevan en el idioma sueco el curioso nombre de vigas (Balk). Se puede dar cuenta de otros proyectos de códigos, Código Civil y Código de Comercio, que han sido elaborados, en diversas épocas, ya sea por cada uno de los diferentes países nórdicos, ya sea en conjunto por ellos, cuya procedencia proviene de esfuerzos particulares u oficiales, pero que hasta la fecha no han fructificado y es poco probable que se obtengan resultados concretos en un futuro cercano; la colaboración judicial que se ha instituido entre países nórdicos es más difícil que quede plasmada en Códigos que resultan ser demasiado comprensivos, que en leyes específicas.

Las codificaciones han engendrado una diversificación aparente en los derechos de los países de la familia romano-germánica, pero el principio de la codificación no se ha abandonado en modo alguno. Hace algunos años, los Países Bajos decidieron elaborar un nuevo código civil que gobernara también las relaciones comerciales.<sup>12</sup> El ejemplo de ese código reciente, de una calidad excelente, demuestra la voluntad de cierta aproximación con el sistema de derecho de otros países europeos. Los holandeses ponderaron seriamente el derecho comparado antes de redactar su Código Civil. En 1993, Rusia adoptó una serie de códigos en diferentes disciplinas del derecho (entre otros un Código Civil, un Código Penal, un Código de la Familia) Este mismo fenómeno se percibe en las antiguas democracias populares.

El renacimiento o el nacimiento de un nuevo derecho europeo, que pueda aplicarse en los Estados miembros de la Unión Europea, está de actualidad. Algunos organismos privados o públicos verbi gratia el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho, conocido por su acrónimo, UNIDROIT<sup>13</sup> o la Comisión europea “Lando” han redactado unos principios en el

---

11 Es de observarse sin embargo que en los países de habla alemán la palabra código (*Gesetzbuch*) no se aplica a los “ordenamientos relativos al procedimiento” (*Zivilprozessordnung, Strafprozessordnung*). El procedimiento es una materia demasiado vinculada con problemas de administración e impregnada de particularismo nacional para poder, en esta concepción, ser regulada en unos “códigos”. Es de observarse el mismo escrúpulo en España (donde sólo existe una ley de enjuiciamiento civil), más no en los países de América Latina.

12 A Hartkamp, *La revisión du Code civil aux Pays Bas*, 1947-1992.

13 *Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, 1994; J. Bonell (ed.), *The Unidroit Principles in Practice*, 2002; *Les principes du droit européen du Contrat*, Parte I, Parte II: O Lando y H. Beal (ed.), 2000. Los Principios de UNIDROIT son frecuentemente aplicados. Es demasiado prematuro imaginar el futuro de

ámbito del derecho de los contratos y un movimiento de unificación que parece esbozarse en dirección de un Código civil europeo.<sup>14</sup>

84. Códigos civiles y leyes ordinarias. En la familia del derecho romano-germánico la existencia de códigos plantea varias interrogantes: ¿en atención a la generalidad de las materias que tratan, de la permanencia esperada en su aplicación, pero sobre todo por su vocación universal, no convendría que en esos códigos quedasen comprendidas otras materias que la simple amalgama de otras “leyes” que coexisten en un país determinado? ¿No convendría reconocerles una autoridad especial y someterlos a otros principios de interpretación que las leyes que no le hubieran sido incorporadas? Es bastante frecuente que algunos autores estigmaticen las leyes recientes e intenten restringir su alcance calificándolas de leyes de circunstancia o leyes de excepción.

Estos pronunciamientos y distinciones podrían encontrar cierta justificación en la historia si como creemos, se llamaron precisamente códigos, a las leyes que pretendían incorporar por encima de los particularismos nacionales, el derecho común de Europa. Sin embargo las leyes nacionales o las costumbres, cualquiera que sea su carácter contingente, nunca han sido consideradas como inferiores a los principios del derecho común, en lo que atañe a sus posibles alcances y a los métodos de su interpretación. Para decir lo menos debe ponderarse la conveniencia de mantener esta tradición. Salvo disposición legal expresa en sentido contrario, los Códigos no gozan con relación a las leyes que no le hayan sido incorporadas en su corpus normativo de una cierta clase de preeminencia en la jerarquía normativa; para efectos de interpretación jurídica los Códigos y las leyes ordinarias se encuentran en el mismo nivel jerárquico normativo. Debe tenerse presente en el análisis que la noción original de Código, que era la de una compilación que expresaba el *jus commune* europeo, ha sido totalmente olvidada; y paradójicamente multitud de leyes, que de ninguna manera tienen la pretensión de expresar principios universales, han recibido la denominación de códigos.

85. Reglamentos y decretos. Al margen de las leyes propiamente dichas, el “derecho escrito” de los países de la familia romano-germánica, incluye en nuestra época, una multitud de reglas de derecho y de disposiciones diversas que emanan de autoridades diferentes a las del Poder Legislativo, pero que reconocen una naturaleza materialmente legislativa. Esas reglas de derecho y demás disposiciones son susceptibles de ser clasificadas en dos categorías.

La primera de estas dos categorías comprende disposiciones legales insertas en el marco y en aplicación de las leyes. Su existencia misma y multiplicación no fueron objeto de ningún problema de orden político. Es más que evidente que en un Estado moderno, el “legislador” no puede dictar una reglamentación exhaustiva. Sólo se le puede exigir, al menos en determinados ámbitos, que enuncie principios y reglas de derecho que tengan un grado aceptable de generalidad. Para acceder a la reglamentación más detallada, debe necesariamente remitirse a la actividad de las autoridades administrativas. El legislador lo formula obsequiando un mandato a las autoridades administrativas, en el que ésta a su vez redacte y provea mediante reglamentos

---

esas disposiciones en los arbitrajes internacionales pero para los comparatistas, que están por supuesto interesados en esos fenómenos de armonización del derecho, su simple existencia resulta de un gran interés.

14 P. Legrand, *Sens et non-sens d'un Code Civil européen*, *RID comp.*, 1996, p. 779.

administrativos su puntual observancia. La interrogante de principio que se formuló durante un buen tiempo se refería al control ejercitado por esas autoridades administrativas con el propósito específico, de asegurar el primado de la ley y la conformidad de esas disposiciones reglamentarias con la ley, redactadas por la administración pública en acatamiento de la propia ley. La interrogante era inminente: ¿debería ese control de legalidad ser ejercitado por todos los tribunales (verbi gratia Alemania) o reservarse a jurisdicciones administrativas especiales (verbi gratia Francia) y determinar el alcance con el que pudiera intervenir, ya fuera restrictivo o bien extensivo?

Gracias a una concepción novedosa del principio mismo de separación de los poderes, en la actualidad se puede constatar una tendencia a ordenar las relaciones entre disposiciones legislativas y actos reglamentarios, de un modo diferente. En algunos países se dio la impresión que este principio se había estado aplicando indebidamente. El equilibrio de poderes que se pretendía instaurar no funcionaba correctamente. Parecía que el Poder Legislativo se había vuelto todo poderoso cuando en realidad se encontraba muy agobiado y mal podía llevar a feliz término su tarea legislativa. El Poder Ejecutivo, encargado de dirigir la administración pública, gozaba de esa misma función con una autonomía considerable y con frecuencia se le invocaba para que promulgara decretos-leyes, que escapaban a todo control de legalidad. En Francia, la Constitución de 1958 dio efecto a la noción que el Poder Legislativo sólo debía tener, en derecho los poderes que le era posible ejercer de hecho. El ámbito de la ley se restringió considerablemente; el legislador únicamente podía, en ciertos ámbitos, plantear algunos principios básicos. Al margen del Poder Legislativo, la Constitución reconoció en beneficio del Poder Ejecutivo, la existencia de un poder reglamentario, no subordinado al precedente sino, por su misma naturaleza, autónomo. Este nuevo principio enunciado por la Constitución francesa generó una multitud de problemas con relación a la delimitación de los contornos respectivos de leyes y reglamentos, mismos que fueron sancionados por el Consejo Constitucional. No obstante en contrapartida se tuvo la ventaja de someter a una alta jurisdicción, el Consejo de Estado, todo un conjunto de normas que en tiempos pretéritos, cuando le estaba atribuida esta facultad al Poder Legislativo, quedaba al margen de este control de legalidad. Esta evolución no es observable en otros países. En la República Federal de Alemania, la ley fundamental se opone frontalmente al reconocimiento de un poder reglamentario autónomo en el ámbito competencial del Poder Ejecutivo al mismo tiempo que prohíbe en la práctica, los decretos-leyes. Por lo tanto, en este país, los reglamentos sólo podían ser promulgados para la ejecución y en el marco de e las leyes; pero la Corte Constitucional Federal alemana (Bundesverfassungsgericht) ha admitido, de una manera cada vez más amplia, las disposiciones legislativas que confieren grandes poderes a la administración.

86. Circulares administrativas. En los países de la familia romano-germánica existe, en principio, una franca diferencia entre los actos reglamentarios que establecen reglas de derecho y las simples circulares administrativas que disponen la manera en que la administración pública entiende las reglas de derecho y pretende aplicarlas. En su origen esta distinción es totalmente nítida. No existe ningún recurso en contra de los excesos de poder ejercido a través de las circulares, pero es necesario reconocer que con frecuencia, algunas disposiciones reglamentarias pueden haberse insertado en las circulares. Las circulares han desempeñado una función importante en la administración pública. No es extraño constatar que un número significativo de servidores públicos sólo conocen el derecho a través de las instrucciones de servicio que reciben por la vía de las circulares. No obstante, los ciudadanos por conducto de un recurso de exceso de poder, recurso democrático ampliamente abierto a la sociedad (pueden ejercitarlo entre otros

particulares, y asociaciones) pueden hacer valer el respeto de la ley por parte de la administración pública. Es preciso que aquel que interponga una demanda tenga interés jurídico para actuar; normalmente es suficiente que un acto administrativo, aún cuando haya emanado del más alto nivel, cause algún perjuicio (la ilegalidad por definición es un perjuicio) para que la circular pueda ser impugnada ante el juez. Para saber en qué medida la ley se impone efectivamente a la administración pública en los diferentes países no es suficiente proclamar la subordinación de la administración al principio de legalidad. Es necesario que existan organismos, procedimientos y condiciones políticas que permitan imponer a la administración pública una conducta conforme a derecho y corregir las ilegalidades cometidas por la administración pública. De la misma manera, en derecho privado, la existencia de reglas de derecho adecuadas y la afirmación que deben ser cumplidas no es suficiente; esos principios sólo tienen valor en la medida en que los ciudadanos se encuentren lo suficientemente informados y tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos, lo que presupone la existencia de tribunales accesibles, juzgadores íntegros y una administración pública dispuesta a ejecutar las resoluciones judiciales.

Respecto a todas esas consideraciones existen sin duda diferencias entre los países que componen la familia romano-germánica. Es sin embargo sintomático, que los juristas de esta familia, presten poca atención a esas circunstancias; prevalece en su ánimo que el debate anterior es propio de la ciencia administrativa, no así del derecho. Los estudios de sociología jurídica desempeñan en este contexto una función significativa. No se les debe percibir únicamente dentro de una óptica de cultura general y de filosofía; al mostrarnos lo que acaece en las actividades de vida práctica, pueden servir para que los juristas pongan nuevamente los pies en la tierra y combatan su inclinación a la especulación y a los sistemas de los teóricos.

87. Estilo de las leyes. En lo que atañe al estilo de las leyes, dos tendencias se oponen en los diferentes países de la familia romano-germánica: una tendencia que sostiene la enorme utilidad de expresarse de manera tan comprensible como sea posible y desde luego accesible para profanos y a la inversa una tendencia que expresa las reglas de derecho empleando un vocabulario técnico tan preciso como sea posible, con el enorme riesgo de convertir al derecho en un disciplina un poco esotérica. Los juristas están divididos en todos los países entre esas dos tendencias contradictorias. La oposición entre el BGB por una parte, y los códigos francés y suizo por otra, manifiesta claramente el obstáculo que emerge en la comprensión recíproca de la diferencia de las técnicas legislativas. Es sorprendente constatar que en la técnica de las resoluciones judiciales, las posiciones se encuentran invertidas: son las resoluciones francesas que, por su concisión, se inclinan hacia el esoterismo, en tanto las resoluciones alemanas, más desarrolladas, son de una lectura más accesible.

88. Interpretación de las leyes. La promulgación de una la ley o de un reglamento es competencia de la autoridad. Sin embargo, la ley sólo tiene un valor práctico que por la manera en que se aplica. La aplicación de la ley supone un proceso de interpretación cuya importancia ha sido subrayada por la doctrina en la actualidad. Los autores de los diferentes países de la familia romano-germánica han preconizado los métodos más variados de interpretación que van desde una interpretación estrictamente exegética hasta las teorías de la Escuela libre de derecho (Freirechtsschule), transitando por el *Interessenjurisprudenz* de Von Ihering y Heck en Alemania y los alegatos por una libre investigación científica de Geny en Francia.

Es sumamente complejo determinar la influencia que cada una de esas teorías pudo, en los diferentes países, incidir en la práctica. El legislador, con una cordura loable, jamás albergo la ilusión de que podría imponer métodos de interpretación; las reglas de derecho que pudo haber

sugerido al respecto por doquier, dejan en una gran libertad a los intérpretes. En materia de interpretación todo va dependerde la psicología de unos y otros y de las diferentes corrientes de pensamiento por las cuales, más o menos inconcientemente, los juristas se dejaron guiar. En todos los países en el ánimo de evitar cualquier arbitrariedad, el juzgador privilegia la interpretación que respeta la intención del legislador, ciñéndose a la letra de la ley, En la gran mayoría de los casos, realiza una interpretación lógica, si no es que francamente gramatical de la ley, complementada o rectificada, en su caso, recurriendo a los trabajos preparatorios. Si embargo, si la justicia así se lo exigen, encuentra el todos los países, el medio para liberarse del texto que lo incomoda. Diversos procedimientos pueden ser utilizados para dicho fin.<sup>15</sup>

89. Apreciación de los hechos. El hecho que el mismo legislador emplea a menudo, de manera deliberada o no, términos o expresiones que carecen de precisión, grandes posibilidades son abiertas a los jueces, dentro del pleno respeto de la ley. El texto de la ley se refiere a las nociones de culpa, de buena fe, de buenas costumbres, del mejor interés familiar, de la reparación del perjuicio, de la imposibilidad de ejecución. Corresponde al juzgador, en cada especie, apreciar si las circunstancias justifican o no la aplicación de las reglas de derecho que conciernen a esos conceptos. Al apreciar de manera más o menos rigurosa o liberal los hechos en cuestión, el juzgador puede de hecho modificar considerablemente las condiciones de aplicación de la ley. Puede de esta forma calificar o no de culposo el acto cometido por un loco; puede resolver de manera diferente las medidas que exigen la preeminencia del interés de la familiar o de los menores; puede apreciar en forma más o menos estricta la noción del motivo real y serio que justifican el despido de un trabajador; puede admitir o no ciertas modalidades de reparación; puede ampliar o restringir el concepto de fuerza mayor e, interpretar en forma peculiar las exigencias de las buenas costumbres. En los derechos de la familia romano-germánica los jueces no están vinculados con la manera de ver de sus predecesores y puede en consecuencia, apreciar los hechos de manera diferente, y por ende modificar profundamente las condiciones de la aplicación del derecho. En este ámbito, no existe nada que no le sea totalmente legítimo. Se puede considerar que al emplear fórmulas cuyos alcances no precisó el legislador, puede considerarse que el juez está autorizado a realizar una “libre búsqueda complementaria intra legem”; esta libre investigación implica por parte de los juzgadores juicios de valor independientes que no puedan ser deducidos del derecho positivo.<sup>16</sup>

En algunos casos sin embargo las posibilidades por más generosas que hayan sido no fueron suficientes. Los tribunales, para emitir sentencias justas, tuvieron que mostrarse más temerarios; tuvieron que liberarse de disposiciones prescritas por el legislador, pero que ya no se adaptaban a las nuevas condiciones de la sociedad. Dos métodos sirvieron para este propósito.

90. El sentido nuevo dado a un texto legal. Un primer método consiste en extraer el texto de la ley de su contexto histórico. El vocabulario empleado en la ley será interpretado sin tomar en consideración su origen histórico y soslayando la intención de sus autores, en el sentido que, al momento de pronunciar la resolución, pudiera parecer satisfactorio para la justicia.

---

<sup>15</sup> *L'interprétation dans le droit, l'interprétation par le juge des règles écrites*. Trabajos de la Asociación Henri Capitant, T. XXIX, 1987; P. Blondel, *Le fait, source de droit en Mélanges en l'honneur de P. Dray*, 2000, p. 203.

<sup>16</sup> O. A. Germann, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2a. ed., 1967, pp. 588 y ss.

Excelentes argumentos han sido vertidos para justificar este método de interpretación.<sup>17</sup> Para que las leyes vigentes en un país constituyan un sistema de legalidad coherente, es necesario interpretarlas todas en un mismo espíritu, el de nuestro tiempo, sin reparar en variadas circunstancias y épocas en que fueron respectivamente promulgadas. La intención del legislador es por lo demás, en la mayoría de los casos, una conducta puramente adivinatoria; es particularmente difícil de deducirla en las condiciones de la democracia moderna actual, donde la ley se presenta como la obra de una voluntad colectiva, muy compleja en su formación.

Los juzgadores de los diferentes países no han permanecido insensibles a esta clase de argumentos; han rechazado algunas teorías excesivas pero continúan dándole importancia a la intención del legislador. Sin embargo en caso de que se deba buscar la intención del legislador fuera del texto de la ley, *verbi gratia* en los trabajos preparatorios, los juzgadores no se sienten vinculada a la intención del legislador en forma absoluta; aún en países (Austria e Italia) donde el texto de la ley prescribe a los juzgadores interpretar las leyes conforme a la intención del legislador.

91. Jurisprudencia francesa. En la conmemoración del primer centenario y respecto a la interpretación del Código Civil, el primer presidente de la Corte de Casación francesa el magistrado Ballot-Beaupré repudió, en un famoso discurso pronunciado en el año 1904, el método histórico de interpretación que había imperado hasta entonces de manera indiscutida en la doctrina. El magistrado Ballot-Beaupré sentenció: “cuando el texto, bajo una forma imperativa, es claro, preciso y inequívoco, el juez sólo puede inclinarse y obedecer... Pero cuando el texto presenta alguna ambigüedad, cuando surgen dudas en cuanto a su significado y alcance, cuando, comparado con otro se le puede, en cierta medida, contradecir o restringir o, a la inversa, desarrollar, considero que el juzgador tiene entonces los poderes de interpretación los más extensos; no debe dedicarse a buscar de manera obstinada cual fue, hace cien años, el pensamiento de los autores del código cuando redactaron tal o cual artículo; debe preguntarse cuál sería esta intención si el mismo precepto fuese redactado en la actualidad por ellos mismos; tiene que pensar que frente a todos los cambios experimentados en las ideas, las costumbres, las instituciones y el estado económico y social de Francia desde hace un siglo, la justicia y la razón piden una adaptación liberalmente y humanamente del texto a las realidades y exigencias de la vida moderna”.<sup>18</sup> El desarrollo espectacular ocurrido en Francia en el siglo XX en el ámbito de la responsabilidad civil refleja claramente esta manera de percibir la interpretación del texto legal. La jurisprudencia confirió un sentido nuevo a ciertos vocablos empleados en un artículo del Código Civil, el artículo 1384, primer párrafo,<sup>19</sup> y a los cuales sin duda sus autores no daban un significado particular; se empleó una perífrase para desarrollar hasta el extremo, soslayando toda

---

17 O. A. Germann, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2a. ed., 1967, pp. 66-78 (Resumen en francés, pp. 378 y ss.).

18 *Le Centenaire du Code civil 1804-1904*, p. 27. Véase también R. Saleilles, “Le code civil et la méthode historique”, *Livre du centenaire du code civil*, 1904, pp. 95-129.

19 El artículo 1384, apartado 1 del Código Civil francés a la letra dice: “Uno no sólo es responsable del perjuicio que causa personalmente sino también del que causa por personas que se encuentran bajo su responsabilidad o de las cosas que tiene en custodia”. En el ánimo de los autores del Código Civil, esta frase introducía simplemente las disposiciones siguientes relativas a la responsabilidad del hecho de otro (art. 1384, ap. 4) de un animal (art. 1385) y de los edificios (art. 1386).

idea de culpa, la responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas. La jurisprudencia francesa superó en esa forma la pasividad del legislador que no había intervenido para regular los problemas planteados en materia de responsabilidad extracontractual por el desarrollo del maquinismo y la multiplicación, en particular, de los accidentes de automóviles.

La ley francesa del 5 de julio de 1985 dispone en la actualidad unas reglas de derecho específicas para garantizar la reparación de los perjuicios causados por accidentes automovilísticos. Esta jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual del hecho de las cosas sigue siendo válida para la reparación de los perjuicios distintos a los automovilísticos.

Es de precisarse que la creación jurisprudencial que se realizó en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas no es una característica de los métodos usuales de la jurisprudencia francesa. Cuando la intención del legislador es clara y las circunstancias no han registrado nuevos eventos después de la promulgación de una ley, los jueces franceses, en la especie, normalmente se refiere a los trabajos preparatorios del legislador, en forma similar al de sus colegas de los otros países de la familia romano-germánica.

92. Empleo de fórmulas generales. La jurisprudencia alemana. El segundo método para adaptar el derecho a circunstancias no previstas por el legislador sin que por ello se modifique el sentido de las disposiciones que formuló, consiste en invocar disposiciones de alcance general, enunciadas por el legislador, para neutralizar disposiciones particulares contenidas en la ley.

La jurisprudencia alemana ofrece aquí los mejores ejemplos. Desde que el Código Civil alemán (BGB) entró en vigor el 1o. de enero de 1900, Alemania ha padecido varias crisis por demás violentas que hicieron aún más necesario que en otros lados la adaptación del derecho a las nuevas circunstancias. La jurisprudencia enfrentó estos retos sustituyendo a un legislador a menudo débil. La Jurisprudencia alemana se confrontó con un código de reciente promulgación, y no osó imponer una interpretación ostensiblemente contraria al sentido de la intención del legislador. Los tribunales alemanes continuaron por lo tanto interpretando las disposiciones del BGB en el mismo sentido que tuvieron sus redactores al momento de promulgarlo. Empero, cuando la necesidad se hizo sentir, la jurisdicción alemana neutralizó el efecto de algunas disposiciones a través de los principios generales, las Generalklauseln, formuladas por los mismos redactores del BGB.

Se ha recurrido a esta práctica aún antes de la primera guerra mundial de 1914. Al referirse a la exigencia de respetar las buenas costumbres (Guten Sitten) formulada en el artículo § 826 del BGB,<sup>20</sup> la Suprema Corte alemana (en esa época el Reichsgericht que actualmente es el Bundesgerichtshof) no dudó en modificar diversos aspectos del sistema del BGB en materia de responsabilidad delictiva; prohibió a los particulares comportarse en lo sucesivo de una u otra manera (Unterlassungsklage) en supuestos en los que el BGB sólo preveía una simple reparación (Ersatz); sancionó la conducta del tercero, partícipe en la trasgresión de una obligación contractual, soslayando la disposición prevista por el BGB, del efecto de la relatividad de los contratos.

La jurisprudencia alemana continuó afirmando su presencia ante las penurias que enfrentaba la sociedad alemana; para sólo mencionar un evento: inmediatamente después de la Primera Guerra

---

<sup>20</sup> El artículo § 826 del Código Civil Alemán a la letra dice: “Quienquiera que perjudique a otro de una manera que atenta a las buenas costumbres esta obligado hacia él a la reparación del daño causado”.

Mundial, en circunstancias excepcionales a causa de la inflación y de una economía sin control —el Reichsmark (el marco alemán) se devaluó en 1923 a la mil millonésima parte de su valor — el artículo del BGB en el cual se fundamentó la jurisprudencia alemana no fue el artículo § 826 sino el artículo § 242<sup>21</sup> que exige de parte de los que contratan el respeto de la buena fe (Treu und Glauben). El Tribunal Supremo alemán reconoció la necesidad de la intervención judicial en las relaciones contractuales para reestablecer el equilibrio contractual y evitar situaciones ruinosas que se hubieran provocado de haber preservado los métodos clásicos de interpretación del código. A partir de 1920 la jurisprudencia alemana acogió la teoría de la imprevisión<sup>22</sup> que había rechazado en el pasado; su criterio se modificó en beneficio de un propietario que se había comprometido mediante un contrato a mantener la calefacción de un edificio; pero los gastos de calefacción habían sido en dos años iguales al precio de diez años de renta.<sup>23</sup> En 1923, el Tribunal Supremo alemán, dio un nuevo paso decisivo, al rechazar el nominalismo monetario (“Mark gleich Mark/Un marco por un marco). El Reichsgericht se negó a admitir que el deudor de una cantidad de dinero pudiera liberarse pagando a su acreedor, en marcos, que por efectos de la devaluación carecía de valor, el monto nominal original de su deuda.<sup>24</sup> El Tribunal Supremo alemán fundó su resolución en la exigencia general de la buena fe, formulada en base al artículo § 242 del BGB, que se contraponía a la disposición general, que es análoga al artículo 1895 del Código Civil francés, en términos de la cual, el deudor que hubiere recibido determinada cantidad de dinero se liberaba de su obligación pagando el mismo número de unidades monetarias equivalente a las que recibió.

La jurisprudencia elaboró todo un conjunto de reglas de derecho apoyándose en el artículo § 242 del BGB. La noción de la buena fe permeó a todo el sistema de derecho alemán. Para sólo mencionar unos ejemplos empleando este fundamento se desarrolló entre otros, el derecho de la competencia desleal y el derecho de las relaciones colectivas de trabajo.

93. Países nórdicos. En un análisis *prima facie* en Suecia y en Finlandia, prevalece la idea de privilegiar ciertas fórmulas generales sobre las normas particulares. Conforme a una tradición muy antigua que puede ser identificada en una ley de Westrogodia en el siglo XIII,<sup>25</sup> las

21 El artículo § 242 del Código Civil Alemán a la letra dice: “El deudor esta obligado a efectuar la prestación como lo exige la buena fe, en atención a las costumbres admitidas en los negocios” (“Der Schulden ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”). Véase W. Fikenscher, *Die geschäftgrundlagen als Frage des Verliagsrisikos*, 1997; H. Herrmann, *Vertragsanpassung jura*, 1988; M. Pedamon, *Le contrat en droit allemand*, 1993; F. Ranieri, *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil Law (RID comp.* 1998, p. 1055).

22 K. W. Nöör, *Le juge allemand face au défi des réalités, Guerre mondiale, inflation, réévaluation (1914-1930)*, en *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, 1996; K. W. Nöör, *Zwischen den Mühlsteinen*, 1988. Desde la reforma del derecho de las obligaciones, la imprevisión intervino en 2002 y se integró al BGB.

23 RGZ (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen) 100, 129 del 21 de septiembre 1920.

24 RG 28 de noviembre de 1923: RGZ 107, 78. Diferentes leyes (*Aufwertungsgesetze*) intervinieron en Alemania posteriormente a esta decisión, para que operara una revaluación de las deudas. En ella se previeron cierto número de casos y por lo demás se remitieron a los jueces para que resolvieran conforme a “los principios generales del derecho”. La jurisprudencia del Reichsgericht se encontró de esta forma legitimada.

25 Esta tradición fue retomada en el *Volksgesetzbuch* con que el régimen nacional socialista pretendía sustituir al Código Civil alemán; es sin embargo del derecho romano y el Antiguo Testamento que Olaus Petri sacó la mayoría de sus máximas. Sólo se redactaron esas normas fundamentales (*Grundregeln*) y la primera parte del *Volksgesetzbuch*; este código nunca entró en vigor.

ediciones oficiales de las leyes suecas (Sveriges Rikes lag) publicadas cada año están precedidas de las llamadas “reglas para los jueces” (Domarereglerna). Estas reglas para juzgadores (cuarenta y tres en total), fueron redactadas alrededor de 1550 por el conocido reformador sueco Olaus Petri. Estas mismas reglas se encuentran también en la parte introductoria del Suomen laki (leyes finlandesas).<sup>26</sup> Aunque nunca haya fuerza de ley, el solo hecho de insertarlas desde hace más de tres siglos en las ediciones oficiales de las leyes merecen ser mencionadas. Ciertas de estas reglas parecen conferirle a los juzgadores poderes muy amplios en la aplicación de las leyes: “La ley que revela ser perjudicial deja de ser ley”; “la conciencia de la honestidad del hombre es ley suprema”; “El buen juzgador siempre sabrá resolver de acuerdo a las circunstancias”; “Se considerara como ley, la que se revele más conforme al bien del hombre, aún cuando la letra de una ley escrita pareciera disponer diferentemente”. No obstante la generosidad de estos principios que inducen a concluir que se le confiere una gran libertad al juzgador frente a la ley, esta conclusión resulta errónea. Paralelamente a las máximas que se acaban de enunciar, se encuentran otras como summum jus summa injuria o la afirmación que reza: “Aquel que no sepa lo que contiene una ley o cual es la razón y el sentido de la ley no debe ser juzgador”. Con el advenimiento del régimen democrático, los juzgadores nórdicos consideraron que su poder de sentenciar en equidad era absolutamente restringido y que debían, al margen de sus preferencias personales, darle efecto a las reglas formuladas por el legislador. De manera general podemos concluir que en los países nórdicos, la interpretación de la ley obedece, salvo algunos matices, a los mismos principios que en los otros países del continente europeo.<sup>27</sup>

94. Una apreciación crítica. El método de hacer prevalecer las fórmulas generales insertas en un código sobre las disposiciones particulares de ese mismo ordenamiento fue empleado por la Francia misma; entre otros se previno del enorme riesgo que la interpretación del artículo 1382 del Código Civil, en materia de responsabilidad civil extracontractual, del cual se dio cuenta en párrafos anteriores, hubiera provocado una subversión total del orden jurídico instaurado por el Código Civil francés.

Con este método, la intención del legislador se preserva en apariencia. No se afirma que el texto de una ley ha cambiado de significado. El procedimiento empleado corresponde a una interpretación puramente lógica: frente a dos textos que parecieran admitir interpretaciones contradictorias, prevalece el texto que lleva a la solución considerada en el momento de su aplicación como la mejor. Resulta innecesario subrayar que se trata de un artificio. Los redactores del Código Civil alemán (B.G.B.) jamás imaginaron que las reglas de derecho particulares que habían formulado pudieran en el futuro inmediato haber devenido injustas, no fue para corregirlas o eliminarlas, o en su caso complementarlas, que previeron fuera de ellas, reglas generales. El empleo de esas “fórmulas generales” para neutralizar algunas de las disposiciones del B.G.B. es actuar en oposición al adagio *Specialia generalibus derogant*, y generar el riesgo de subvertir el orden jurídico, a través de una jurisprudencia de equidad fundada en textos de fórmulas generales

---

26 Desde 1950, cada año se publica en Finlandia el *Suomen Laki I* que comprende todas las leyes de derecho privado, y cada año impar, el *Suomen Laki II* que incluye todas las leyes de derecho público.

27 Folke Schmidt, “Construction of Statutes”, 6 *Scandinavian Studies*, 1957, pp. 157-198; W. E. von Eyren, “The attitude towards judicial precedent in Danish and Norwegian Courts”, 3 *Scandinavian Studies*, 1959, pp. 53-86; M. Bogda (ed.), *Swedish Law in the New Millenium*, 2000.

que desplaza a una jurisprudencia, verdaderamente fundada en la interpretación de la ley.<sup>28</sup> Sin embargo es más adecuado reconocer francamente que las disposiciones de la ley, al igual que el régimen de los contratos, están íntimamente vinculados a determinadas circunstancias y que, al emerger circunstancias totalmente diferentes e imprevisibles al momento en que se promulgó la ley o que se otorgó el contrato, los juzgadores deben, si la justicia lo exige, impedir su aplicación en los términos anteriores.<sup>29</sup> Es conforme a la tradición del sistema admitir este nobile officium de los juzgadores. La idolatría de la ley que dominó la doctrina del siglo XIX condujo a emplear estratagemas para mantener esta tradición; empero esta idolatría por más intensa que haya sido, no logró aniquilar esta tradición. Como escribió T. Ascarelli: “Más que una obra de ciencia, la actividad del intérprete es una obra de sabiduría; y es a la sabiduría, más que a la ciencia, a la que debemos devolver el derecho”.<sup>30</sup>

95. Principios comunes de interpretación. En suma, en todos los países de la familia romano-germánica, la práctica sigue, entre las diversas doctrinas, una vía intermedia, caracterizada por su empirismo que varía según los juzgadores, las épocas y las disciplinas del derecho. Los textos legislativos, con frecuencia, considerados como guías para desentrañar la solución justa, más que mandatos que imponen de manera estricta al intérprete una solución determinada. Por doquier se privilegia una interpretación gramatical y lógica y se subraya, con complacencia, que se acata el mandato del legislador, cuando este acatamiento conduce a un resultado de justicia. Sin embargo la interpretación lógica conduce ya a una elección, por la opción que puede ser hecha entre argumentos de analogía o a contrario sensu, o bien por la combinación prevista entre principios variados. Puede servir como guía una interpretación histórica que de claridad a textos actuales mediante la invocación de situaciones anteriores y que consideren la intención del legislador, y de la misma manera se puede en su oportunidad alcanzar el mismo resultado considerando la ratio legis a partir del principio que el texto de la ley está vinculado con circunstancias de todo tipo y que por lo mismo su sentido es susceptible de variar con el tiempo.

En todos los países pertenecientes a la familia romano-germánica, el punto de origen de todo razonamiento jurídico se encuentra en documentos de derecho escrito. Son textos pertenecientes a códigos, a leyes y a decretos que constituyen en la actualidad en lo esencial el conjunto del cuerpo normativo, en tanto que en otros tiempos eran los textos del derecho romano u otras compilaciones, oficiales o privadas. Esos textos que existen por doquier sólo constituyen materiales básicos. En ellos no debe percibirse un sistema de reglas de derecho, como veía en ellos cierta filosofía, nosotros vemos en ellos los marcos más o menos precisos de una construcción jurídica cuya tarea de complementar le asiste al intérprete.

El intérprete, quien dispone de cierta libertad, es de hecho soberano ya que no existe recurso ulterior en contra de las resoluciones de una Suprema Corte. El intérprete encuentra cierta fascinación en disimular la función creatriz que desempeña en la elaboración del derecho y prefiere dar la imagen que su función se limita a aplicar las reglas de derecho elaboradas por los otros poderes. La medida en que la obra jurisprudencial ha resultado original y la discreción con

---

28 J. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, 1933.

29 B. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 1968.

30 T. Ascarelli, “Norma giuridica e realtà sociale, *Il diritto dell’economia*, vol. I, 1955, p. 6; R. Marcic, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 1957.

la que pudiera haber conducido esta originalidad, ha variado según las épocas, los países, las diversas disciplinas del derecho y las diferentes jurisdicciones. Resulta extremadamente complejo poder trazar comparaciones con certeza; la misma práctica es a menudo poco conciente de la manera en que se actúa y para los intérpretes, más preocupados por hacer prevalecer determinada interpretación, no se esmeran en relevar la mayoría de las veces, cuales son los métodos interpretativos efectivamente empleados.<sup>31</sup> Al alterar los fundamentos que gobernaban el régimen de la responsabilidad civil extracontractual que preveía el Código Civil francés, los juzgadores franceses creyeron haber aplicado el régimen previsto por los artículos 1382 a 1386 del Código Civil. Algunos juristas admiten que primero deciden por la mejor resolución y posteriormente intentan justificarla en derecho; otros juristas expresan su indignación a este proceso que conforme a su criterio es contrario a la conciencia de los jueces.<sup>32</sup>

Lo mismo acaece en los países de la familia romano-germánica;<sup>33</sup> pero por razones de orden histórico o sociológico puede ocurrir que en tal o cual país, los juristas se preocupen más por preservar la apariencia de que sólo se acata el mandato de la ley al emitir tal o cual resolución; puede acaecer también que en una época o disciplina del derecho, esta apariencia corresponda a la realidad, ya sea porque los juristas encuentren la ley correctamente redactada, ya sea porque la ley no les requiere de ningún esfuerzo de adaptación.

Entre las consideraciones de orden histórico o sociológico que pueden incidir, se dan cuenta de algunas que encuentran su origen en la tradición. Los juzgadores y juristas alemanes jamás llegaron a constituir una casta de tanta autonomía como los juzgadores franceses, ya que estuvieron protegidos en el antiguo régimen por la venalidad y por la herencia de los oficios de la judicatura. En Alemania, empero, la influencia mayor provino sobre la práctica de las doctrinas de los profesores y por los filósofos.<sup>34</sup> El análisis debe sin embargo abstenerse de atribuir un valor permanente a las circunstancias que pertenecieron al pasado. El sistema de derecho alemán actual dejó de ser ese derecho de profesores (Professorenrecht) visualizado en esa forma por Koschaker y que se oponía al “derecho de los juristas” (Juristenrecht) cómo se catalogaba al derecho francés. En la actualidad, el derecho alemán ha alcanzado un alto grado de desarrollo que incluso llega a superar al derecho francés; en igual forma y posiblemente más enfáticamente que en la propia Francia, el desarrollo del derecho en Alemania, en algunos sectores, está gobernado por la jurisprudencia.

En Italia, en donde impera una tendencia dogmática muy marcada, se encuentra en la actualidad sin duda alguna más distanciada que la propia Alemania de los métodos flexibles de interpretación, tal y como son practicados en Francia. El divorcio entre la Academia y el Foro, que se ha perpetuado en ese país, vuelve prácticamente imposible para un extranjero desentrañar la manera en que la que los juzgadores y practicantes italianos interpretan sus leyes. La misma lectura de las resoluciones italianas es engañosa: por lo general el informe de estas resoluciones

---

31 R. Schröder; Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz, en: *Rechtstheorie*, 1988, pp. 323-367.

32 *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. V, 1949, pp. 74-76; F. Terré y otros. La jurisprudence, *Archives de philosophie du droit*, 1985; Juges et jugements: L'Europe plurielle (l'élaboration de la decisión de justice en droit comparé), 1998.

33 Véase entre otros, H. Itōh, “How Judges think in Japan”, *18 Am. J. Comp. Law*, 1970, pp. 775-804.

34 P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 3a. ed., 1958.

es incompleto y con mucha frecuencia es en la parte omitida (omissis) en donde se encuentra la verdadera explicación de la resolución, si se parte de la consideración que los juzgadores italianos, deseosos de mostrar su escrúpulo por demostrar el acatamiento del mandato de la ley, eviten osar dar explicación alguna.<sup>35</sup>

Semejantes observaciones son válidas para el derecho español, el derecho portuges y para el derecho de los países de América Latina. En los países de América Latina, la tradición no perdió su vigor y la justicia sigue siendo la preocupación esencial de los juristas. En la Argentina, al pasar de una interpretación exegética a una interpretación progresista de la ley, la jurisprudencia, volvió inútil una reestructuración global del Código Civil de la República Argentina.<sup>36</sup>

En los países de la familia romano-germánica, los juzgadores tienen cierta dependencia con relación a la ley, ya que en esos países, el derecho y ley no se confunden. La misma existencia de un poder judicial así como el principio de la separación de los poderes, con las ventajas que nosotros les atribuimos están ligados a esta independencia. La cual, conforme a la tradición, el efecto de situar el derecho por encima de la política,

96. Conclusiones. Los países pertenecientes a la familia romano-germánica están unidos en la actualidad por la misma concepción de la función primordial que se reconoce a la ley. Se puede, sin embargo constatar ciertas diferencias entre unos y otros. Ciertas de esas diferencias atañen al control de la constitucionalidad de las leyes, a la noción de codificación, a la distinción entre la ley y el reglamento y a los diversos métodos de interpretación de la ley. Estas diferencias tienen sin duda alguna su importancia.

Pero las semejanzas que se pueden constatar entre los diferentes derechos son mayores que todas las diferencias observadas. Estas semejanzas se deben ante todo a la función que se le atribuye a la ley. En todos los países de la familia romano-germánica, la ley pareciera abarcar la totalidad del orden jurídico; si bien los juristas y la misma ley reconocen en teoría que el orden legislativo puede contener lagunas, pareciera que en la práctica esas lagunas son insignificantes. La realidad que se oculta tras esta aseveración es, sin embargo, bien diferente y presta a sorprender a quienes creyeron en las fórmulas de la doctrina. La ley forma el esqueleto del orden jurídico; pero a ese esqueleto la vida va ser dada, en una gran medida, por otros factores. No se debe de considerar a la ley en su sólo texto, independientemente de los procedimientos, por más extensos que éstos sean, que se empleados para interpretarla y en los cuales se revela el poder creador de la jurisprudencia y de la doctrina. Para los juristas, los códigos no son más que un punto de partida, no el fin en si mismo; se distinguen claramente de las compilaciones o relatorías (consolidaciones o a los restatement de tipo norteamericanos) que se encuentran en países del *common law*, pero también se diferencian igualmente de las costumbres redactadas o de los códigos anteriores a la Revolución francesa. Son, de hecho, los herederos del legado del derecho romano y de las obras de la ciencia romanista, pero no los sucesores de sus costumbres o de sus

---

35 Véase la serie de estudios publicados desde 1967 por G. Gorla y M. Lupoi en los Quaderni del Foro italiano en la Raccolta di saggi sulla giurisprudenza, dirigida por G. Gorla; Adde G. Gorla, "Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e la technoche per la interpretazione delle sentenze", Il Foro italiano, vol. LXXXVII, pp. 1-31; I. Pizzorusso, Fonti del diritto. Commentari del codice civile, bajo la dirección de A. Scialoja y J. Branca, 1977.

36 R. Garrido, L. Andorno, *Reformas al Código Civil*, 2a. ed., 1971.

códigos. Esto será demostrado al examinar de la función desempeñada por las fuentes de derecho, diferentes a la ley.