

APLICACION DEL DERECHO

Salvador Leguiza

Profesor Adjunto de Introducción al Derecho

SUMARIO: I. Función de los Tribunales. II. Plenitud del orden jurídico. III. Disposiciones del Código Civil y del Derecho Comparado. IV. Técnica jurídica. Divisiones: 1: Interpretación. 2: Integración. V. Doctrina tradicional. VI. El silogismo. VII. Fundamentos de la Escuela Exegética. Críticas. VIII. Corriente moderna: 1: Concepción sociológica. 2: Kelsen. 3. Cossio. IX. Conclusiones.

I. FUNCION DE LOS TRIBUNALES.

Compete por antonomasia a los tribunales, la solución definitiva de las controversias por medio de la aplicación del derecho.

Respondiendo a esa finalidad, “el derecho pretende constituir necesariamente una regulación total”, sostiene Recasens Siches. ⁽¹⁾

Esta breve conceptualización acerca de la aplicación y finalidad del derecho, parte de un principio esencial a la comprensión de todo sistema jurídico:

II. LA PLENITUD DEL ORDEN JURIDICO.

La característica enunciada, independiente a su consagración positiva, es decir a priori, consiste en la aptitud del orden jurídico de ofrecer soluciones a todos los problemas que se puedan presentar dentro del sistema.

No obstante la simpleza del principio enunciado, las reglas del sentido común nos prevendrían respecto de una actitud natural de aceptación.

En efecto, el fluir constante de la vida, con sus múltiples e insospechables alternativas, los progresos de la ciencia, los novedosos medios de comunicación y el intercambio cada día más activo de los pueblos, entre otros, originan lógicamente situaciones nuevas, en muchos casos carentes de regulación legal porque, precisamente, el legislador no las ha previsto ni imaginado.

Empero, estas carencias de orden legislativo, en el sistema jurídico se

encuentran contemplados todos los casos en cuestión y válidamente puede predicarse de él su plenitud.

Esta afirmación, contra lo que toda suposición sugiere, implica la presencia ineludible de funcionarios encargados de completar los vacíos, de llenar las lagunas que surjan en el sistema, para que así se produzca la plenitud del orden jurídico.

La tarea referida compete a los jueces y de ahí, como certeramente se ha dicho, “no hay lagunas, porque hay jueces”.⁽²⁾

III. DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL Y DEL DERECHO COMPARADO.

El principio de la plenitud hermética aparece consignado expresamente en nuestra legislación, en los artículos 15 y 16 del Código Civil, que dicen: “Art. 15º) Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”; y “Art. 16º) Si una cuestión civil no puede resolverse ni por la palabra, ni por el espíritu de la ley, se atenderán a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuera dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

En orden al Derecho Comparado, merece citarse el artículo 1º del Código Civil Suizo de 1907, inspirado en el sistema propuesto por el jurista francés François Geny en su obra “Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo”, que para el caso de falta de ley, expresa: “La ley rige todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de algunas de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez se pronuncia según el derecho consuetudinario y, en defecto de una costumbre, según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador”.

IV. TECNICA JURIDICA. DIVISIONES. INTERPRETACION. INTEGRACION.

El análisis de las normas citadas, de nuestro Código Civil y también del Derecho Comparado, ponen de relieve dos aspectos de suma importancia de la técnica jurídica: La interpretación y la integración.

Según el grado de extensión que se asigne a una y otra, como así también los métodos que deban emplearse para concretarlas, divide a la doctrina en dos direcciones particulares y opuestas.

Los que se inclinan por los problemas vinculados con los sistemas interpretativos y aquellos que desplazan su atención hacia la estimativa judicial.

V. DOCTRINA TRADICIONAL.

Esta doctrina está fundada en una ficción, ésto es, en la creencia y posibilidad de los sistemas jurídicos acabados, perfectos, y en la sustitución de la conciencia viva y humana del juez por una conciencia universal, doctrinaria e impasible.

Es así que en la aspiración de reducir todo el derecho a estructuras inflexibles, dejando de lado las peculiaridades de lo individual, esta doctrina adopta un criterio mecanicista en la aplicación del derecho. ⁽³⁾

Esta concepción tuvo amplia difusión en las escuelas jurídicas tradicionales del siglo XIX, siendo en particular la que asumió la escuela exegética, contemporánea a la codificación napoleónica del derecho privado. Esta obra jurídica, reflejo fiel de las ideas racionalistas de su época, tuvo extraordinaria gravitación en la elaboración de los derechos de los países que, como el nuestro, siguieron la huella de aquél. ⁽⁴⁾

Para la escuela exegética, todo el derecho estaba en la ley escrita que, como máxima expresión de la ciencia jurídica de su tiempo, justificó expresiones de algunos de sus sostenedores: “No conozco el derecho civil. No enseño más que el Código Napoleón” (Bugnet); “Toda la ley, pero nada más que la ley” (Aubry); “Los textos ante todo” (Demolombe).

VI. EL SILOGISMO.

Siendo la ley todo el derecho, no es de sorprender que los exégetas vieran al juez como a un simple autómeta cuyo papel no es el de crear el derecho sino el de aplicar las disposiciones legislativas, en una labor mecánica que se equiparó a la figura del silogismo, en que la premisa mayor era la ley, la premisa menor el caso concreto, y el fallo la conclusión que se derivaba de aquélla en forma necesaria e infalible.

El uso de la figura del silogismo como explicación lógica del proceso de formulación de la sentencia o fallo, era consecuencia de la admiración que el procedimiento matemático, por su precisión y rigorismo, despertó en los pensadores de aquella época.

VII. FUNDAMENTOS DE LA ESCUELA EXEGETICA. CRITICAS.

Los postulados de esta escuela reposan sobre la base de un sistema orgánico, producto de una conciencia social serena y universal. ⁽⁵⁾

Sobre aquellas premisas, se niega todo valor jurídico a la costumbre y se niega al juez toda labor creadora, debiendo limitarse por vía de un razona-

miento deductivo, a aplicar el derecho que ya está hecho en la ley, adoptando al propio tiempo respecto de ésta última una obediencia absoluta (Actitud dogmática). (6)

A primera vista, el criterio mecanicista de la escuela exegética parecía cumplir con el fin primordial del derecho de brindar una absoluta seguridad a las relaciones jurídicas, y ello tan así es que, no obstante las críticas irrefutables que se le dirigieron y a su evidente superación en el plano científico, “renace con una vitalidad notable toda vez que los juristas se encuentran en una situación semejante a la que constituyó el punto de partida de la escuela que le dio origen, es decir el de una ley promulgada por el Estado”. (7)

La tesis mecanicista de la aplicación del derecho, caracterizada por la exaltación de la norma escrita y su aspiración a contener toda la realidad en fórmulas racionales, si bien podría conformar a los comentaristas del siglo XIX, despertó diversas críticas de pensadores y filósofos que entre otros aspectos le objetaron sus fundamentos estimativos y su alejamiento de la realidad, expresándose asimismo que “si el derecho ha de realizarse según la razón remota del jurisconsulto, embalsamado en la norma, se habrá creado un sistema de tiranía atentatorio de las funciones del verdadero derecho”. (8)

Entre los pensadores que llevaron adelante la crítica a la concepción tradicional, cabe mencionar a Francois Geny, en Francia, con la escuela de la libre investigación científica y la jurisprudencia sentimental del célebre juez Magnaud; con la Jurisprudencia de Intereses, representada por Max Rümelin, Felipe Heck, Schwinge y Grunhüt, y también la jurisprudencia libre o Escuela del Derecho Libre de H. Kantorovicz, en Alemania; el Sociologismo Jurídico de Holmes, R. Pound y Cardozo y el realismo Jurídico con J. Franck en los Estados Unidos de Norteamérica; con la Teoría Pura del Derecho de H. Kelsen, en Austria; y la Escuela Ecológica de Carlos Cossio, en Argentina.

En todos estos pensadores hay coincidencia general en cuanto a la insuficiencia del criterio tradicional de la aplicación mecánica del derecho. Se ha dicho al respecto que “las disposiciones que constituyen una legislación son expresiones de un modo de ver particular, relativo a las relaciones sociales, que se fijan en ella como verdades definitivas que aspiran a perpetuarse indefinidamente; los procesos de la vida continúan en su desenvolvimiento, de tal manera que, poco después de su sanción, el precepto jurídico comienza a perder su contacto con la realidad, hasta convertirse en una pieza de museo, un cuerpo embalsamado en vivo según una sugestiva expresión —que tiene sólo la apariencia de realidad vital. Frente a esta reflexión, que impresiona si se la contempla sin mayor análisis, se ha concluido, de un modo natural, afir-

mando que el principio que enseña a realizar el derecho según un sistema estable de principios contenidos en una legislación —que el juez debe limitarse a interpretar— es contradictorio con la propia naturaleza del derecho. El juez debe estar armado de todos los poderes para interpretar los hechos tal como la realidad los ofrece, originales y cambiantes y, según su naturaleza, dar la solución que mejor se acomode a un principio superior de justicia. Hay otro hecho que parecería fortificar también ese modo de ver: Un estudio detallado de la jurisprudencia de los tribunales en los pueblos más adelantados revela que no hay legislación que pueda bastar, por sí misma, para ofrecer los principios necesarios a fin de solucionar todos los casos que en definitiva y creciente variedad van ofreciendo las relaciones sociales, lo que impondría afirmar que se conceda o no al juez la libertad de crear el principio jurídico adecuado”. (9)

VIII. CORRIENTE MODERNA

Las consideraciones reseñadas demuestran que la aplicación del derecho, por los jueces, es algo más que una simple deducción silogística.

Se expresa al respecto que “no basta la ley para que el derecho cumpla la misión que le corresponde en el orden social, siendo preciso destruir esa especie de dogma de la omnipotencia de la ley y crear, en su reemplazo, una visión nueva del derecho y sus fuentes, atribuyéndose al intérprete y a los sujetos de la relación jurídica el papel de actores vivientes de su propio drama”. (10)

I. CONCEPCION SOCIOLOGICA.

Dentro de las corrientes modernas y con un criterio más real de la función de la jurisprudencia, cabe recordar las certeras palabras de Oliver Wendell Holmes, uno de los más destacados juristas norteamericanos y fundador de esta corriente, quien ya en 1881, en su libro titulado “El Common law”, expresaba que “la vida del derecho no ha sido lógica, ha sido experiencia. Las necesidades sentidas de la época, la moral y las teorías políticas prevaletes, las intenciones de la política, pública, confesadas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido mucho más que hacer que el silogismo, al determinar las reglas por las que los hombres deben ser gobernados”. Y años más tarde, en 1887, destacó que “para el estudio racional del derecho, el hombre de letras puede ser el hombre del presente, pero el del futuro es el de la estadística y el economista”. (11)

2. KELSEN.

Con rigurosa fundamentación teórica, H. Kelsen ha dicho “que la labor del juez no se reduce a verificar en forma mecánica premisas, extrayendo de ellas silogísticamente soluciones como en la postura racionalista. Por el contrario, al aplicar la ley, el juez se encuentra con la norma superior que prevé el procedimiento a seguir y el contenido para la producción de la norma inferior. Empero, tal determinación no es nunca completa, dado que la norma siempre deja al que la aplica un marco de posibilidades dentro del cual puede moverse sin apartarse de la misma ley, y el juez al realizar dicha opción en el marco de la ley, ejecuta un acto voluntarista de creación de la norma individual o mejor aún, de concreción de los deberes señalados abstractamente en las leyes”.⁽¹²⁾

3. COSSIO.

La tesis del iusfilósofo argentino Carlos Cossio, suministra un verdadero aporte en la materia. Cossio parte de la premisa que “el derecho no es norma”.⁽¹³⁾

La norma tan sólo puede ser objeto de la lógica jurídica, en tanto que de la ciencia dogmática lo es la conducta en interferencia intersubjetiva.

Siendo así, la tarea del juez no consiste en interpretar leyes, sino en conocer conductas e interpretarlas según las leyes. En esa labor, el magistrado debe emplear el método empírico dialéctico, considerando la naturaleza cultural de su objeto, la conducta.

La dialéctica metodológica le permitirá transitar del sustrato material —las acciones— al sentido, y atribuir a tales proceder es una significación jurídica. Con ello, el autor destaca que la experiencia jurídica no está compuesta tan sólo de las circunstancias del caso y las normas generales, sino que es menester considerar un tercer elemento: la valoración jurídica.⁽¹⁴⁾

IX. CONCLUSIONES

Hemos dicho que la labor de aplicación del derecho implica la tarea de adaptar las pautas generales y abstractas a un caso singular y concreto, transformando los deberes formulados hipotéticamente en obligaciones de un sujeto individualmente determinado. En ese proceso descripto, el juez crea una nueva norma que, si bien guarda relación con la regla general contenida en la ley en que se fundamenta, debe tenerse como distinta y separada de aquélla.

Precisamente, al describir y analizar la labor del jurista, Luis Recasens

Siches señaló: “Veamos, con tal fin, cuál es la función que desempeña el jurista. Pensemos en cuáles son los menesteres a que está dedicado el jurista, lo mismo el jurista práctico, verbigracia el abogado o el juez, quienes tienen que enfocar y resolver problemas concretos de convivencia y de colaboración que plantea la vida real en las relaciones sociales, como también el jurista teórico, por ejemplo, el tratadista o profesor de una rama del derecho positivo, quien trabaja con situaciones imaginadas, típicas, que supone que puedan presentarse en algún momento. ¿Qué es lo que lleva a cabo el jurista, en tanto que tal? .

El jurista, frente a un pedazo de vida social, tiene que indagar la norma aplicable a esa situación, es decir, tiene que hallar cuál es la regla del derecho vigente, relativa al caso planteado; encontrar el precepto en vigor que se refiere a la materia en cuestión. Una vez hallada la norma aplicable, debe el jurista entenderla cabalmente, interpretar lo que dice y las consecuencias implícitas que ella contiene.

Ahora bien, acontece que la norma hallada no constituye algo suelto e inconexo, sino que se halla estrechamente integrada con otras que forman la estructura de lo que se llama una institución jurídica, por ejemplo, la compraventa, la hipoteca, el servicio público, el impuesto sobre la renta. Por eso, para calibrar correctamente el sentido y alcance de la norma encontrada, precisa articularla con otras series de preceptos cuyo conjunto organizado constituye el cuadro completo de una institución. De ahí que el jurista tenga también que proceder a lo que llama construcción de la institución.

Pero le queda al jurista todavía otra faena que cumplir. Ocurre que, aun cuando una institución tiene dentro del mundo jurídico una cierta autonomía, no está enteramente aislada de las demás instituciones, antes bien, está trabada con ellas por múltiples nexos y correlaciones, verbigracia, la sucesión intestada se halla ligada a varias instituciones del derecho de familia y del derecho fiscal o tributario, concernientes a la transmisión de bienes. Y de esa guisa cabe observar que todas las instituciones de un ordenamiento o régimen jurídico se entrecruzan mutuamente, formando una especie de todo organizado. De aquí la necesidad de que el jurista cobre una visión de conjunto de la totalidad del derecho vigente. Ahora bien, esa visión de conjunto no debe consistir en la contemplación de una mera agregación de instituciones, sino que debe formarse como cuadro total organizado. Por eso, el jurista debe asimismo proceder a la sistematización de todos los componentes del ordenamiento jurídico en vigor. Esta tarea es cumplida sobre todo por el jurista teórico, quien ofrece un tratado o un curso sobre una rama del derecho positivo,

o articulado en forma sistemática, no sólo en cuanto a sus conexiones internas, sino también en lo relativo a sus engarces con las otras ramas. Pero el resultado de esta labor debe ser tenido en cuenta por el jurista práctico de todo momento.

Claro es que todas esas funciones no se dan, cada una de ellas, con independencia de las otras; antes bien, están todas en fuerte y recíproca solidaridad. En efecto, es notorio que en numerosos casos, para llegar a la correcta interpretación de una norma, se precisa tener a la vista sus conexiones dentro de la silueta de una institución y el engrane de ésta con los demás componentes del orden jurídico. Asimismo, es patente que la tarea de la construcción de una institución y la labor de sistematización del ordenamiento jurídico en su conjunto, requieren un constante ejercicio de interpretación. E incluso, la primera de las faenas enunciadas, la de indagación de la norma aplicable, tiene que realizarse en función de la interpretación de otras normas —las que señalan fuentes y competencias jurídicas— dentro de la arquitectura del sistema vigente.

En conexión con las funciones enumeradas, el jurista debe además zanjar las contradicciones que se dan a veces entre dos o más preceptos que tienen igualmente la pretensión de estar en vigor y tienen, además, que llenar lagunas, suplir los vacíos que se encuentren en el conjunto de las normas formuladas. En efecto, es corriente que las leyes y los códigos, incluso cuando han sido elaborados con gran destreza técnica, alberguen algunas contradicciones entre algunos de sus preceptos o con los preceptos de otras leyes o códigos vigentes. Pero esas contradicciones que se den realmente entre dos preceptos deben ser eliminadas, resueltas, pues el ordenamiento jurídico en tanto que sistema total, no puede dar respuestas diversas o incompatibles a un mismo problema de regulación de conductas. Por eso incumbe al jurista zanjar esas contradicciones, lo cual llevará a cabo mediante su método de interpretación, construcción y sistematización. Por otra parte, las leyes, los códigos, los reglamentos, por mucha que haya sido la previsión que contengan, no siempre han logrado tomar en cuenta todas las situaciones posibles, ni siquiera la riqueza de ellas que la vida práctica plantea en el futuro. O dicho con otras palabras, tienen lagunas, presentan vacíos. Y el jurista debe hallar la norma inexpressada para resolver esos casos no previstos en las normas formuladas antes.

Además, adviértase que la tarea del jurista requiere una constante reelaboración a medida que transcurra el tiempo, por causa de los cambios que se verifican en la realidad social. Aun en el caso de que la máquina legislativa se

parase, la jurisprudencia no podría permanecer estática; antes bien, tendría que moverse al compás de la vida. Aunque la norma no cambiase, mudan las situaciones a las que debe aplicarse; y al tener que aplicar la misma norma a nuevas situaciones, hay que extraer de ella nuevos sentidos y consecuencias antes inéditas. Así, puede suceder que el tenor de la ley permanezca invariable, pero insensible y continuamente su sentido vaya cobrando nuevas proyecciones”. (15)

La jurisprudencia creadora, contemporánea conceptualización de la función que cumplen los jueces, si bien aparece con toda nitidez y amplitud en la labor ejecutada al llenar las lagunas de la ley, no se desnaturaliza como tal en la tarea interpretativa, donde aun cuando en menor medida el conocimiento plenario del fenómeno jurídico como tal y como lo refiere el autor antes citado, siempre demanda una insustituible indagación de los contenidos normativos y una evaluación de las acciones humanas desde el punto de vista del derecho y de la justicia conforme a la representación común de vida de cada época. Consecuentemente también, concurre de este modo en el supuesto interpretativo una creación, dado que el pensamiento contenido en el texto de la ley revive en la mente del intérprete, quien le da un nuevo sentido al traducirlo en su propia expresión.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Recasens Siches: "Tratado General de Filosofía del Derecho". Editorial Porrúa, México 1965, pág. 323.
- (2) Enrique Aftalión, Fernando Garcia Olano, José Vilanova: "Introducción al Derecho". Editorial El Ateneo, 1960, pág. 218.
- (3) Enrique Martinez Paz: "Tratado de Filosofía del Derecho". Editorial Litvack, 1951, pág. 439.
- (4) Aftalion, García Olano, Vilanova : Ob. cit., pág. 803.
- (5) Martinez Paz: Ob. cit., pág. 439.
- (6) Aftalión, García Olano, Vilanova : Ob. cit., pág. 804.
- (7) Aftalión, García Olano, Vilanova : Ob. cit., pág. 803.
- (8) Martinez Paz: Ob. cit., pág. 445.
- (9) Martinez Paz: Ob. cit., pág. 436.
- (10) Manuel Arauz Castex: "Derecho Civil - Parte General". Editorial Empresa Técnico Jurídica Argentina, 1965, T.I. pág. 144.
- (11) Angel Latorre: "Introducción al Derecho", Editorial Ariel Barcelona 1968, pág. 168
Federico Torres Lacroze: "Manual de Introducción al Derecho". Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs. Aires 1963, pág. 151.
- (12) Hans Kelsen: "Teoría Pura del Derecho". Eudeba, pág. 163 y sgtes. Aftalión, García Olano, Vilanova: Ob. cit., págs. 445 y sgtes.
- (13) Héctor F. Rojas Pellerano: "Introducción al Derecho". Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1967, pág. 390.
- (14) Recasens Siches: Ob. cit., pág. 641.
- (15) Recasens Siches: Ob. cit., pág. 1 y sgtes.