

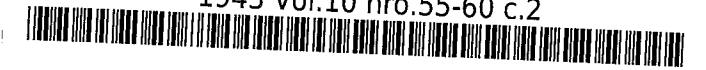
REVISTA DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

PUBLICACIÓN MENSUAL

DIRECTORES RESPONSABLES:
DR. EUGENIO M. SACARELO Y FUENTES.
ESC. MANUEL GONZÁLEZ ALONSO

Revista de derecho público y privado

1943 Vol.10 nro.55-60 c.2



FD-UY/RDPP1055-601943C2

SUMARIO:

	<u>Págs.</u>
Sección Doctrinaria	
DR. BENJAMÍN COELHO DE OLIVEIRA. — Los empleados y su despido (<i>Continuación</i>)	3
Esc. JOSÉ D'ALESSANDRO SAULLO. — El Impuesto Municipal a las Herencias no grava con derecho real a los bienes sucesorios	42
Sección Jurisprudencial	
Responsabilidad del Estado. — Responsabilidad por acto legislativo. — Monopolio del Estado en función financiera. — Principios de derecho público. — Igualdad frente a las cargas públicas. — Extensión al derecho público del principio de enriquecimiento sin causa. — Acción directa contra el Estado. — Caducidad. — Lucro cesante. — Concepto. — Ley 8764. — Art. 232 y demás concordantes de la Constitución de 1934. — Art. 2º de la ley Nº 9461	50
Juicio de alimentos. — Juicio para el cobro de pensiones atrasadas. — Turnos. — Orden público. — Jurisdicción. — Arts. 204 y siguientes, 217, 218 y demás concordantes del Código del Niño; 93 del Código de O. de los Tribunales y 6º de la ley de 25 de Enero de 1934	62

DONACION
Dr. RAUL E. NEGRO

Dirección y Administración: Treinta y Tres, 1324 • Teléfono: 8 29 32
Tipografía Atlántida — Zabala, 1376 — U. T. E. 82178

COPIA 2

parte de las veces personal, constituyendo
 excepción (Oertmann, "Recht der Schuld-
 136; Henle, "Lehrbuch des Bürgerliches",
 Se trata de una excepción en exqui-
 sita. Y si tal es su naturaleza ¿no
 en presencia de uno de aquellos ca-
 (Pfand) cuyo dominio ha reivindica-
 procesal, al lado de los de la prenda
 de retención no se propone conse-
 sustancialmente el contenido mate-
 rial que ella va a influir poderosa-
 mente en el juzgado en la causa. Se reco-
 noce el objeto del litigio, pero sólo
 limitada por la excepción de re-
 tención (p. 561; Hellwig, "Lehrbuch",
 el demandado el poder jurídico
 de retención. Cuando se la reconoce
 interesante en la responsabi-
 lidad, en el título ejecutivo,
 los materiales de ejecución
 que se ha satisfé-
 ramente en función de re-
 tención ordinaria. La
 ejecución ordinaria. La
 Con esto queda ex-
 lucha entre civilistas y
 presencia de esa defensa
 y otros en reclamar
 sin duda, se en-
 todavía insuficien-

Interpretación e integración del Derecho

Por el

DR. EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (HIJO)

(Continuación) (1)

INTEGRACION DEL DERECHO

Lagunas del Derecho

Afirman la mayor parte de los autores que con frecuencia, se presentan al juez casos no previstos por la ley, lagunas del ordenamiento jurídico, en las que no se halla una norma general aplicable al caso. No puede entonces, hablarse aquí de interpretación de una norma general que no ha sido expresada por el legislador, sino de integración del ordenamiento jurídico mediante una norma latente, contenida implícitamente en él, que es explicitada por el juez o el intérprete.

El punto de partida, la premisa básica es admitir la existencia de lagunas en el orden jurídico. Esto lo aceptan muchos autores, e invocan como explicación las limitaciones naturales de la inteligencia humana, que frente a la riqueza creadora de la vida no puede alcanzar a contemplar todos los casos posibles. "Así, cada humana imprevisión del legislador, por un lado, y cada situación radicalmente nueva de la vida, por otro, perforan constantemente el ordenamiento jurídico". Por ejemplo, la aeronavegación no se conocía en la época de sanción de los códigos modernos, luego es claro que cuando aparece como un nuevo medio de transporte, no se le pueden aplicar las normas ya existentes. Por lo tanto, esta situación, como otras semejantes, quedan desprovistas de normas que las regulen; constituyen lagunas del ordenamiento jurídico.

Este problema, sin embargo, no es tan simple y requiere ser analizado con mayor rigor. Corresponde a Kelsen el mérito de haber fijado exactamente el significado en que debe entenderse la expresión "lagunas del derecho". Dice el maestro: "Cuando una persona hace valer una determinada pretensión jurídica hay que

(1) Ver Tomo X, pág. 159.

examinar si tal pretensión tiene o no apoyo en la ley. Planteado el problema en estos términos, llegase necesariamente a la conclusión de que no hay auténticas lagunas. Pues si los preceptos legales no conceden al sujeto la facultad de exigir algo, quiere decir que su pretensión deberá ser rechazada. Y la solución estará basada en la ley, de acuerdo con el principio de que todo aquello que no está ordenado se encuentra permitido.

Cuando se habla de las lagunas de la ley lo que quiere generalmente expresarse es que las soluciones posibles considéranse como injustas, en cuanto se piensa que si el legislador hubiera tenido presente el caso especial lo habría reglamentado en forma completamente diversa de aquella o aquellas que del texto de la ley se infieren. La "laguna" no es más que la diferencia entre el derecho positivo y un orden tenido por mejor y más justo."

Aclara este concepto kelseeniano el conocido ejemplo de Zittelman. Se considera rechazada la propuesta de contrato entre presentes, al no haber una aceptación inmediata, y entre ausentes se concede cierto plazo para contestar. Al aparecer el teléfono se preguntaron los juristas si la aceptación telefónica de una propuesta debía sujetarse a las reglas relativas a la conclusión de contratos entre presentes o entre ausentes. Se pensó que había una laguna de la ley.

Pero se ve que no es una auténtica laguna, porque el contrato celebrado por teléfono entre dos personas que se encuentran en ciudades distintas, es indiscutiblemente un contrato entre ausentes, que estaría regulado entonces por las normas del código acerca de esta clase de negocios.

Lo que ocurre es que se encuentra impropio que en este caso especial de la aceptación telefónica se apliquen los principios que rigen la propuesta cuando de personas ausentes se trata. De aquí, que cuando el juez declara que hay en este caso una laguna, y que debe aplicarse la norma que rige el contrato entre presentes por analogía, no llena realmente un vacío, sino que deja de aplicar la norma positiva y formula otra nueva que considera más justa. Como dice Cossio con sumo acierto: "verifica plenamente esta afirmación la circunstancia de que si una ley posterior confirma expresamente una solución disvaliosa resultante, tenida por laguna, ya no se dice más que hay una laguna de la legislación, sino que la legislación es injusta o inconveniente". (12)

Volviendo a Kelsen: "sólo puede afirmarse una laguna cuando

(12) Cossio C., "Lagunas del Derecho".

se compara el derecho existente con el que, en opinión del sujeto, debía ser". (13)

Una vez conocida la naturaleza de estas lagunas, compréndese que no puede pensarse en llenarlas por medio de la interpretación. La interpretación no tiene aquí la función de aplicar la norma, sino al contrario, la de eliminarla para poner en su lugar la norma mejor y más justa, es decir, la norma deseada por el encargado de la aplicación. Bajo las apariencias de complementar el orden jurídico, se suprime la norma positiva y se la sustituye por una norma nueva.

Pero esto no significa que el juez esté autorizado en todos los casos a descartar la aplicación de la norma positiva y sustituirla por otra más conveniente. Si se admitiera esta tesis estaríamos en pleno "derecho libre", y no existiría seguridad ni certeza jurídica. Se requieren determinadas condiciones para que el juez pueda sentirse autorizado a decir que se está frente a una laguna del derecho y proceder en consecuencia a descartar la regla positiva, para explicitar una norma latente que resuelva el caso no previsto.

Es preciso, en primer lugar, y de manera fundamental, que la injusticia o la inconveniencia que se evitan, si bien puedan derivar de la aplicación rigurosa de la ley, no sean queridas por ella. Y esto se puede apreciar comparando las soluciones que da la norma jurídica en casos semejantes, es decir, mediante el elemento lógico-sistemático. También el elemento histórico no es de mucha utilidad para indicarnos si la situación que se plantea ante el juez no pudo, cronológicamente, ser tenida en cuenta por la voluntad objetiva de la ley al dictarse. Hay diversas situaciones que eran manifiestamente imprevisibles, como es el caso de nuevos descubrimientos y aplicaciones técnicas e industriales de los mismos.

Para que haya laguna, en el sentido que le hemos dado —caso no previsto que autoriza al intérprete a recurrir a procedimientos de integración— se precisa, dice Cossio: "que el desvalor jurídico sea involuntario, que se considere o pueda ser considerado no expresamente querido por el legislador; es más, es preciso que se considere, de modo problemático, que si el legislador lo hubiera pensado no hubiera admitido la solución resultante de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Por eso se habla de "casos no previstos". Si se trata de injusticias voluntarias, no incumbe al juez tomar cartas en el asunto".

La segunda condición es que la aplicación de la norma resultan-

(13) Cossio, op. cit. "Afirmar que hay lagunas en la ley es confundir las soluciones injustas de la ley con la ausencia de soluciones".

te de la plenitud del orden jurídico, en el caso concreto, señale una divergencia extrema entre la ley y la conciencia jurídica del juez. Sólo cuando estén presentes esas dos condiciones queda habilitado el intérprete para desplazar una regla y recurrir a métodos de integración y explicitación de normas. (14)

MÉTODOS DE INTEGRACION

Método exegético. — Así como hay un método exegético de interpretación del derecho, hay también un procedimiento preconizado por esta escuela, para colmar las lagunas del derecho y resolver los casos no previstos. Dentro de la escuela exegética, sin embargo, debemos distinguir en este punto dos posiciones contrapuestas.

Una primera que podemos llamar negativa, representada por Blondeau, Huc y Demolombe. Para estos autores, la riqueza de la legislación, a partir de la época de las grandes codificaciones, especialmente el Código Napoleón, hacen imposible la existencia de casos no previstos. En la hipótesis, sumamente improbable, de que haya lagunas el juez debe rechazar la demanda, absteniéndose de juzgar.

Esta posición, que no fué sustentada sino por estos autores, ya que no encontró eco posteriormente, no cabe admitirla frente a la disposición, contenida en casi todos los códigos modernos en virtud de la cual "los jueces no pueden dejar de fallar en materia civil a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Po-

(14) Se puede afirmar, a consecuencia de lo que se dice en el texto, la verdad del postulado de la "plenitud hermética del orden jurídico". El principio de que "todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido" autoriza a afirmarlo. En efecto, si algo está jurídicamente prohibido, está reglado por normas, y si algo no está prohibido, está permitido, es decir, ya no está ausente de regulación sino que cae bajo esa fórmula que clausura el ordenamiento. Si esta fórmula debe considerarse como una regla negativa (Zitzelman), o como una norma positiva más (Donatti) o si con Cossio, debe reconocerse que es un postulado lógico-estructural, a priori necesario de toda experiencia jurídica, es cuestión ajena a nuestro interés actual. Para su estudio pueden verse las obras de C. Cossio "Plenitud hermética del orden jurídico e interpretación judicial de la ley" y "Lagunas del Derecho", que con fundamento han sido reputadas el aporte más importante de la doctrina jurídica a la dilucidación de este tema. Esa norma que él considera substrato lógico de los contenidos positivos del derecho, se justifica brevemente en su necesidad en estos términos: "Puesto que la conducta es libertad, se comprende con inmediata evidencia que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, porque si no estuviera prohibido ¿qué más podría estar, no habiendo una tercera posibilidad lógica "

dría contestarse que rechazar una demanda equivale a fallar, ya que se dicta una sentencia, declarando que el actor carece de razón.

Sin embargo, lo que la ley, lógicamente entendida quiere, es un fallo fundado en preceptos legales interpretados o explicitados sobre el asunto, y no el mero rechazo de la demanda.

Esto se deduce de las palabras mismas del texto: se habla de materia civil, por oposición a la penal, como veremos más adelante. En materia penal puede rechazarse la acción criminal invocando la ausencia de una ley que tipifique como delito determinado acto. La ley no entiende que eso es un fallo ya que de otro modo no se explicaría racionalmente que la exigencia se limitara a la materia civil como se hace en el art. 15.

Si a la ley le bastara con esa forma negativa de sentencia no se explicaría porqué no la reclama también en materia penal, ya que es evidente que planteada ante un juez de lo penal la hipótesis propuesta, el juez tiene la obligación de dictar el fallo que rechace la acción criminal. Sin embargo, ese juez no tiene, por este artículo 15 la obligación de fallar. Eso significa que por fallar se entiende aquí algo más que la sentencia que se limite a rechazar la demanda.

Pero los partidarios del método exegético se vieron obligados más adelante, a medida que iban surgiendo casos no previstos, a reconocer la necesidad de una solución positiva para este problema.

El postulado básico es siempre el mismo: acatar la voluntad del legislador. Es cierto que ya no hay voluntad real, pero sí puede determinarse una voluntad presunta: se trata de investigar, no lo que el legislador hubiera pensado de haber previsto el caso. Se trata de colmar un deseo no expresado del legislador, una decisión querida aunque olvidada por él.

Frente a la laguna del derecho, la escuela exegética recurre a una ficción: busca, no el pensamiento que efectivamente tuvo el legislador, sino el que debió tener si hubiera pensado en el caso. (15)

Se basa así en la analogía con las soluciones efectivamente dadas, en las construcciones jurídicas, en los principios de derecho y equidad, y en las obras de doctrina, pero en aquellas obras que conoció el legislador o que pudo haber conocido, y en los principios que lo inspiraron o pudieron haberlo inspirado. Es decir, se extienden a la integración, los principios básicos que rigen la interpretación, en base a una ficción inadmisibles. El postulado fundamental de la escuela está contenido en estos términos: "Cuando nos permitimos extender por analogía una fórmula legal a casos no pre-

(15) Windscheid recomienda inquirir tras lo que el legislador ha dispuesto, lo que hubiera debido querer. — Gény, N^o 106.

vistos por ella, lo hacemos convencidos de que el legislador habría querido esa solución, si hubiera podido conocer la misma hipótesis".

La falla fundamental del sistema radica en ese postulado básico que confunde las operaciones de interpretación e integración. La integración no es un método interpretativo ni puede confundirse con él; es un procedimiento destinado a descubrir las normas, que explicitadas, van a ser objeto de interpretación. Esta se encuentra, pues, al principio, en la operación intelectual que nos permite afirmar que un caso no está previsto y al final, cuando en virtud de los procedimientos de integración hemos hallado una norma implícita susceptible de ser interpretada.

Si estos procedimientos exegéticos son discutibles en materia de interpretación, pierden toda justificación si se les emplea para suplir una voluntad ausente e inexpresada por el legislador.

Dice Gény: "en aquellos casos en que el legislador no ha podido dirigir su voluntad hacia determinadas disposiciones de un cuerpo legal, resulta incorrecto atribuirle un propósito no expresado, y es necesario emplear un método diverso".

La libre investigación científica. — Este es el método diverso propuesto en una obra resonante por el profesor francés Francisco Gény. Esa obra se llama "Método de interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo". En realidad, en el problema de interpretación, Gény no fué un representante ortodoxo del método exegético con algunas concesiones que lo acercaban al lógico-sistemático, pero que sólo criticó los excesos del sistema, y la extensión de él al régimen de integración, más que el sistema en sí. Su verdadera originalidad radica en haber propuesto un método especial que a su juicio debía gobernar la actividad de los jueces cuando procedieran a explicitar la norma frente a un caso no previsto.

Admite en primer lugar, la analogía, pero ésta no es para él, como lo era para los exegéticos un procedimiento de interpretación, sino de integración, ya que aconseja recurrir a ella precisamente cuando la interpretación revela que un caso no ha sido previsto por el legislador. El fundamento de ella no es ya, colmar un deseo no expresado de aquél, como para el método exegético, sino la necesidad de justicia que indica que la solución ha de ser la misma para situaciones de hecho que presentan una semejanza fundamental. Pero insiste mucho Gény en que para él no es la analogía, como para los exégetas clásicos, un procedimiento hermenéutico. La ley es sólo el punto de partida para la inferencia analógica, que permite aplicar la disposición ya existente a un caso no previsto.

Pero cuando ninguna fuente formal de derecho resuelve expresamente el punto, ni la analogía permite llegar a una solución,

debe procederse a lo que llama Gény, "libre investigación científica". Libre, porque quién resuelve el caso se sustrae a la determinación de toda regla positiva, y científica, porque esa explicitación de reglas no puede encontrar base sólida más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar. Ese elemento objetivo que permite al juez evitar el escollo de la arbitrariedad, es para este autor "la naturaleza de las cosas". Debe proceder el juez frente al caso concreto, como el legislador cuando va a dictar una norma jurídica de carácter general. Debe tratar de encontrar los criterios de solución más conformes con las exigencias de la justicia y la utilidad común. Para ello habrá de recurrir, sin perder de vista esos ideales, a la "naturaleza de las cosas" que comprende las relaciones de la vida social y los elementos de hecho de toda organización jurídica.

No vamos a discutir esta tesis, que tuvo y conserva aún, gran resonancia. Sólo diremos que ella es totalmente inaplicable entre nosotros, desde que el art. 16 del Código Civil, tal como veremos más adelante, establece las reglas destinadas a orientar la tarea del que aplica el derecho, señalándole donde debe investigar para descubrir la norma que resuelva la laguna de la ley. El sistema de este autor será perfectamente procedente, en cambio, en un régimen jurídico como el francés, donde no hay norma jurídica alguna que indique al juez como debe proceder en esos casos, de tal manera que llega un momento en que éste, desprovisto de todo apoyo legal, debe entregarse a sí mismo para hallar una decisión que no puede rehusar. El legislador le dice al juez que debe fallar todos los casos. Pero no le dice como en algunos, los no previstos, Gény intenta señalar los límites y la técnica que permitan al intérprete cumplir con ese deber.

La Escuela del Derecho Libre. — Muy semejante a la posición anterior es ésta, que más que escuela podemos llamar tendencia revelada en Alemania en una serie de obras, de diversos autores, que reaccionan en forma vehemente, contra la teoría de la sumisión incondicional del juez a los textos legales. El postulado fundamental, el dogma en el que comulgan todos estos autores, es que la función del juez debe aproximarse cada vez más a la actividad legislativa. Dice Kantorowicz, su principal representante: "el juez no está llamado solamente a descubrir el derecho, sino incluso a crearlo. Y en esta labor creadora su última finalidad debe ser la realización de la justicia". De modo que para esta escuela debe el juez decidir conforme a las reglas que adoptaría el legislador frente a ese caso, apelando a las inspiraciones de su propio sentimiento del derecho.

Esta tendencia es susceptible de clasificarse en dos modalidades; un primer grupo de autores, los más exaltados, para quienes esta libertad del juez debe regir, no sólo la integración sino también la interpretación del derecho, y otra rama, que preconiza esa libertad del juez, pero recién cuando las fuentes formales del derecho positivo no dan respuesta a un caso concreto, y se está frente a una laguna del ordenamiento jurídico. Esta segunda posición que coincide fundamentalmente con la de Gény, ha recibido consagración legislativa en el art. 1º del Código Civil Suizo, en donde se dispone que si ni la ley ni la costumbre brindan una respuesta a un problema planteado ante los tribunales, el juez debe resolverlo como si fuera legislador del caso concreto, "decidirá según las reglas que establecería si tuviera que obrar como legislador".

Pero esta comparación de la función del juez con la del legislador, no es sino una metáfora ilustrativa, que tomada al pie de la letra puede inducir a error. Mientras que el legislador crea una norma general, el juez, aun en estos casos de integración, no crea una norma general, sino que se limita a explicitarla. Lo que crea en realidad, es siempre una norma individual. Como observa muy acertadamente Recasens Siches, si el juez creara la norma general en vez de explicitarla, "después, de presuponerla debería otorgarle vigor retroactivo para el caso planteado, puesto que al producirse éste, no habría existido dicha norma. Ahora bien, no es eso lo que ocurre, sino que el juez entiende que ya antes de que él pronuncie su fallo, regía la norma no formulada, que él declara o expresa por vez primera en su sentencia; se trata, no de una norma que nace, esto es, que cobra vigencia en el momento de la resolución judicial, sino de una norma que si bien no había obtenido anterior formulación expresa, se considera que ya regía antes de ser declarada explícitamente; y por ende, ya se hallaban sometidas a ella las situaciones jurídicas a las cuales atañe. Así pues, propiamente, el juez en ese caso no crea como legislador la norma general que declara y aplica en su sentencia, sino que supone que esa norma existía ya, tenía ya vigencia antes que él la formulase, y por lo tanto entiende que el caso en cuestión estaba ya sometido al imperio de la norma; y lo que el juez hace es sencillamente emitir la norma concreta e individualizada sobre el caso singular, inspirándose en aquella norma general antes no expresa y que él declara".

La primera y más extrema posición de la Escuela del Derecho Libre no puede sustentarse fundadamente. Como observa Cossio, "si la Escuela del Derecho Libre apurara rigurosamente sus premisas, debería propiciar la supresión de todas las normas jurídicas generales para que quede el juez como árbitro libre y único de los

conflictos, resolviéndolos según su conciencia de la justicia; no otra cosa significa en el fondo, creer que la ley es simplemente una referencia de orientación para el juez, pero de la cual éste se puede apartar cuando ella hiere su sentimiento del derecho en un caso concreto".

Este movimiento, con su postulado básico de libertad y popularidad de la jurisprudencia, se ha convertido hoy en la representación más genuina del pensamiento jurídico en el estado nacional-socialista. Permite, mejor que ninguno, incluir la política, la conveniencia del partido en el derecho, y según las creencias de los teóricos del nazismo, "la política es derecho en devenir, y el derecho es política realizada". El juez puede resolver libremente, aún apartándose de los textos legales, pero no según su propio e individual sentimiento de justicia, sino según el sentimiento de lo jurídico que corresponde al alma del pueblo alemán y a las necesidades de la vida nacional, ya que como dice Rosenberg, Ministro del III Reich, "Derecho es lo que los hombres arios reconocen como tal".

Nuestro método de integración. — Nosotros tenemos, por precepto legal, un método especial para la integración del ordenamiento jurídico, que no coincide con ninguno de los recién expuestos. Ni con el derecho libre, ni con la libre investigación científica porque, el juez nacional está sometido a la regla del art. 16 del C. C.

Pero ésta tampoco consagra el método exegético, porque no constituye su dogma fundamental atribuir al legislador una voluntad que no ha expresado ni podido expresar, sino explicitar una norma legal congruente con el resto del sistema jurídico, en conexión lógico-sistemática con él. Es también un procedimiento lógico-sistemático de integración. Si recurre a la analogía no es basándose en la ficción de una voluntad que el legislador, si no expresó, debió expresar, sino por un requerimiento de justicia que induce a solucionar parejamente situaciones similares. Si recurre a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, no debe acudir, como en el método exegético, a las doctrinas más recibidas por el legislador ni a los principios generales de derecho que lo pudieron inspirar, sino a los que informan el sistema vigente y a las doctrinas que mejor se compadecen con él.

El art. 16 del Código Civil dice: "Cuando ocurra un negocio civil que no puede resolverse por las palabras, ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los prin-

principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso”.

Nuestro legislador no señala los contenidos concretos que han de determinar la sentencia en el caso no previsto, porque si no éste dejaría de ser tal. Sólo señala el camino que deberá recorrer el juez para explicitar la norma latente en el ordenamiento, contenida implícitamente en él, considerado como un todo sistemático.

Pero como se ve en el texto mismo de ese artículo, su esfera de aplicación no es total sino que únicamente comprende la “materia civil” (arts. 15 y 16 C. C.). ¿Qué significa esta “materia civil”? en otros términos, ¿cuál es la órbita de aplicación del art. 16? Podría decirse; la materia civil es únicamente la regulada por las disposiciones de derecho privado entre particulares, quedando excluidas por tanto de esa norma las relaciones jurídicas mercantiles, las de derecho público, las de derecho penal, etc. Este criterio se basa en un argumento a contrario. Ya hemos visto que este argumento es, en sí, falaz y peligroso, y que sólo puede admitirse cuando la conclusión que de él se infiere se encuentra robustecida por una regla de carácter general. La no aplicabilidad de esa máxima del art. 16 a las relaciones de orden privado mercantil, por ejemplo, no es una deducción que pueda vigorizarse con un principio general en el mismo sentido. Precisamente, la regla general es contraria: ya habíamos visto que este título preliminar del Código Civil, “peristilo de todas las legislaciones, ley de leyes”, goza de una aplicabilidad general, de la que sólo quedan excluidas las normas constitucionales y los arts. 17, 18, 19 y 20 del mismo título. Por lo tanto, la inferencia a contrario no es válida en este caso.

En cambio, en materia penal existe en favor de esa deducción negatoria un principio genérico, aquel que rechaza, de un modo unánime, en el derecho penal liberal la aplicación analógica de penas y delitos. Este precepto, contenido en el art. 1º del Código Penal, y expresado en el aforismo “Nullum crime, nulla pena sine lege” refuerza aquella conclusión “a contrario sensu” y permite excluir la aplicabilidad del art. 16 únicamente en materia penal. La palabra civil, en esos artículos 15 y 16 está tomada en oposición a penal (Conf. Guillot). Por eso es que el derecho penal constituye en el vasto mar de la licitud, un archipiélago formado por los islotes de la ilicitud, por los delitos previamente tipificados y sancionados en la ley. De manera que en materia penal, si se quiere castigar por un hecho no previsto por la ley, el juez no puede hacerlo fundándose en analogías con otros delitos tipificados, ni en principios generales, sino que debe rechazar la acción y absolver

al inculpado (16). En esta materia, no sólo no rige el procedimiento de integración del art. 16, sino que no hay integración de las lagunas del ordenamiento jurídico.

Si debe haberla en las demás materias, con aplicación del art. 16, en los casos mercantiles, de hacienda, etc. De otro modo, se aceptaría la aberrante conclusión que el juez puede rechazar la demanda de un comerciante contra otro, “a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”. Si se admite la extensión del art. 15 del Código Civil a la materia mercantil, como no hay duda alguna, no puede negarse la del art. 16, ya que éste tiene por cometido hacer posible llenar la exigencia que aquel crea, y ya que ambos contienen en su letra una misma restricción (art. 15 “materia civil”; art. 16 “negocio civil”).

Sin embargo esa aplicabilidad general debe limitarse en materia constitucional por las mismas razones formales que nos llevaron a no admitir la vigencia de las reglas ordinarias de interpretación: de otro modo, el legislador ordinario tendría poder para señalar la manera de entender e integrar las normas que dicte el super-legislador constitucional, y es evidente que esto permitiría falsear la primacía del segundo sobre el primero, la llamada por Hauriou, “superlegalidad constitucional”. Pero en esta materia, a diferencia de la penal, si bien no rige el art. 16, existe integración de las normas jurídicas que deberá hacer libremente el intérprete, de acuerdo a un procedimiento científico. Cabría hablar, de una libre investigación científica de las normas del ordenamiento constitucional, aunque no está totalmente libre el que aplica la constitución, de toda regulación normativa. El art. 63 de la misma dispone: “La enumeración de derechos deberes y garantías hechas por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. Quiere decir, que debe hacerse, no sólo una interpretación extensiva, sino también una integración respetuosa de los derechos, deberes y garantías individuales.

Podría objetarse, en el futuro, en contra de la afirmación que asigna libertad al intérprete de la constitución para investigar la norma aplicable a un caso no previsto, el artículo incluido en el nuevo proyecto que se someterá a prebiscito y que dispone: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen debe-

(16) Dice Cossio que frente a un texto oscuro o insuficiente o frente a la falta de texto legal, bajo este régimen, “no cabe encontrar una laguna, sino calificar aquellas circunstancias como sendos errores del derecho positivo, al permitir como lícito un comportamiento que sería mejor prohibirlo”.

res a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas más generalmente admitidas.”

Sin embargo, este precepto no establece un procedimiento para llenar las lagunas propiamente dichas del ordenamiento jurídico constitucional, los casos no previstos, sino lo que llama Kelsen “lagunas técnicas”. “Existen éstas cuando el legislador ha omitido reglamentar algo que era indispensable para hacer técnicamente posible la aplicación de un precepto legal. Las lagunas técnicas no son, como las lagunas propiamente dichas, diferencias entre el derecho positivo y el derecho deseado, sino consecuencia del carácter más o menos indeterminado y general de la ley”. La constitución crea, por ejemplo el recurso de inconstitucionalidad pero no indica si ha de ejercerse por vía de acción, o de excepción o por ambas. En estos casos, como observa Zittelman, ya no se trata de corregir la ley, como en las lagunas propiamente dichas, sino de completarla, de “pormenorizar” la norma constitucional.

Por lo tanto, el intérprete constitucional podrá proceder a una investigación científica para llenar las lagunas propiamente dichas. Si se inclina por la analogía, es evidente que ésta puede llevarlo a extender, a la integración de las lagunas constitucionales, el régimen establecido, para las lagunas técnicas en esa norma, pero ésta no es de aplicación inmediata y directa. Debe observarse también que en ella, la analogía es consagrada en un mismo plano, en forma concurrente con los principios generales y las doctrinas admitidas; por el art. 16 del Código Civil se establece en cambio un orden jerárquico, puesto que se asigna primacía a los fundamentos de las leyes análogas y sólo si todavía subsistiere la duda “se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso”.

De manera entonces que en materia civil —esto es, en toda materia menos la penal donde no hay integración— y la constitucional — donde la integración se practica en forma no reglada — el juez debe recurrir en primer lugar a la analogía.
