

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1996

### DEBATES POLITICOS

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 14 / 1996



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

1996

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 14  
1996

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Austral de Chile, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Temuco, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Central, Universidad de Concepción, Universidad de Valparaíso, Universidad de Las Condes, Universidad La República, Universidad del Mar, Universidad Diego Portales y Universidad Internacional SEK.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,  
Errázuriz 2120 - Valparaíso

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1996

### DEBATES POLITICOS

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
 JURIDICA Y SOCIAL  
 DIRECTORIO  
 (1995 - 1997)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social se complace en presentar el N° 14 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Esta obra se edita ininterrumpidamente desde 1983 y el presente número corresponde al año 1996.*

*Como es habitual, el volumen se inicia con la sección "Estudios", en la que se incluyen trabajos de distintos autores acerca de temas de interés en el campo de la filosofía jurídica y social.*

*Sigue a continuación la sección "Debates", en la que se reproducen los textos de dos discusiones públicas que tuvieron lugar en la prensa nacional durante 1996, una sobre el liberalismo y otra sobre las relaciones entre ética y legislación. Concluye esta sección con un trabajo crítico de Manuel Manson, titulado Democracia, moral y verdad.*

*En la sección "Documentos" se publican Las tareas de la filosofía, texto de N. Bobbio, N. Abbagnano y A. Banfi; La idea de la pureza de las ciencias sociales, de Alf Ross; Positivismo jurídico y doctrina del derecho natural, de Hans Kelsen; y La concepción de Libertad-poder de Friedrich Von Hayek, del filósofo chileno Jorge Millas.*

*Por su parte, en la sección llamada "Aniversarios", se reproducen contribuciones de Manuel Manson acerca del cuarto centenario del nacimiento de Descartes, del cincuentenario de la publicación de la obra de García Maynez La axiomática jurídica y el derecho de libertad, y de los 350 años del nacimiento de Leibniz y de los 100 años de la publicación de la obra Prolegómenos a la lógica pura.*

## RECORDANDO A GENY

FERNANDO QUINTANA BRAVO \*

## I

Con Francois Géný asistimos a un examen crítico de la dogmática naciente del siglo XIX. La primera de sus dos obras fundamentales en que este autor quiso presentar un balance y estado de situación del saber jurídico de su tiempo es *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif* (con subtítulo *Essai Critique*, 1ª ed. de 1899, 2ª ed. de 1919) (1). Como el título lo indica y fluye de la obra toda, el tema es la interpretación vista como método, y lo que se busca es someter a revisión y crítica las consecuencias metodológicas del ideario de la Ilustración, y aún de los procedimientos derivados de la práctica jurídica de la Revolución Francesa. Resume a su manera los puntos sobresalientes de la modernidad, ensaya una crítica de la Escuela Histórica, e incluso acoge importantes planteamientos de J. Stuart Mill. La segunda obra, menos conocida en nuestro medio, lleva por título *Science et Technique en Droit Privé Positif* (2), de 1922, que contiene un conjunto de re-

---

\* Profesor del Departamento de Estudios Humanísticos, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile.

1. Francois Géný, *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif (Essai Critique)*, 2ª ed., Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1919, en dos volúmenes

flexiones sobre la vida jurídica, inspiradas en "...la convicción que el secreto íntimo de la vida jurídica no se percibe desde el observatorio elevado de las especulaciones abstractas, no puede ser captado sino de cerca y en el terreno concreto de su vivo desarrollo" (*Science et Technique*, pgs. 4-5).

Se enrola así el autor decididamente en esa tendencia que quiere "volver a las cosas mismas" y que mira con desconfianza y aún desagrado ciertas formas especulativas que se atribuyen al idealismo. Se aparta de la naciente dogmática y de ciertas formas de positivismo y de conceptualismo de comienzos de siglo. Es la vida jurídica misma, el Derecho viviente, no las estructuras formales de las normas o los principios abstractos del racionalismo anterior. Esto es lo que constituye el centro del interés. Y como su posición es crítica, dedica una parte importante de sus trabajos a dejar constancia de los debates académicos producidos en su país.

El punto de partida de la primera obra mencionada, lo marca esta idea, que repite varias veces: "... es necesario hacer un serio examen de conciencia... que recaiga sobre el método, es decir sobre nuestros procedimientos de investigación y de interpretación del Derecho" (*Méthode*, t. I, Introd., 3, pág. 5).

Este examen de conciencia no es todavía la conciencia hermenéutica, pero sí una visión histórico-crítica del saber de su tiempo, que se encuentra construido malamente con métodos inadecuados para captar lo esencial del fenómeno jurídico. Esos métodos buscan las abstracciones de los conceptos o de las construcciones formales, sacrificando el fenómeno viviente de la vida jurídica misma.

El examen de esos procedimientos y su rechazo permiten a Géný estructurar la división de *Méthode* en tres partes. La primera la dedica a la exposición del método tradicional; la segunda parte contiene una crítica y rechazo de esa metodología tradicional y busca mostrar la exageración del "elemento legal" (ley escrita, la dimensión de la literalidad) y el abuso de las abstracciones lógicas de ese método; con esto queda preparado el terreno para el esbozo de un

2. F. Géný, *Science et Technique en Droit Privé Positif*, (*Nouvelle Contribution á la critique de la méthode juridique*), Librairie de la Societé du Recueil Sirey, Paris, 1922-1924, en cuatro volúmenes.

plan de reconstitución del método, que en definitiva es la llamada "libre investigación científica", a la cual dedica la tercera parte de la obra. En el diagnóstico de su tiempo, Géný anota dos situaciones que presenta separadamente, sin preocuparse mayormente de su conexión interna (aunque en *Science et Technique* vuelve sobre esto), y que son, primero, la discusión de lo que él y otros autores anteriores atribuyen como consecuencia de la codificación y que consiste en la elevación a elemento constituyente del objeto de estudio la "ley escrita", quitando relevancia a otros elementos extra-legales, todo lo cual configura un modo de presentar la llamada "dogmática jurídica", y segundo, la consecuencia metódica de la distinción heredada de la modernidad entre teoría y praxis, que se manifiesta en el carácter del raciocinio que se emplea en la disciplina del Derecho, lo que extrae de los planteamientos sobre lógica práctica de John Stuart Mill.

El fenómeno de la codificación ostenta en los tiempos modernos un rasgo característico: el intento de estatuir un sistema. No es un mero conglomerado o recopilación más o menos completo de disposiciones legales diversas. Hay el intento de conferir unidad a esa abigarrada diversidad de formas jurídicas. En la perspectiva de quien tiene que aplicarlo, el juez, el ciudadano, el intérprete, el Código se convierte en un sistema virtual de reglas de Derecho. Esta característica, muy destacada y elogiada, ha sido tomada como la forma en que la era de la Razón enfrenta el problema de la praxis humana. La respuesta va en la dirección de la certidumbre y la seguridad, según suele decirse.

Recuerda Géný que hacia la segunda mitad del siglo XIX, desde 1841 en adelante, la nueva generación de juristas franceses quiere hacerse cargo del problema del método. Es reveladora, en este sentido, dice Géný, la memoria leída por Bordeau, Decano de la Facultad de Derecho de París, en 1841, sobre la *Autoridad de la Ley*, en la cual considera que la ley positiva es la única fuente de donde es lícito obtener las decisiones. Todo parte y se cierra en torno al texto escrito de la ley. Esta idea constituyó la base para edificar posteriormente el método de la dogmática. Pueden citarse como seguidores de esta postura a Demolombe, Aubry y Rau, Laurent, Baudry-Lacantinerie y otros.

Como consecuencia de la codificación, los comentaristas franceses aparecen dominados por esta idea, como una especie de postulado: la legislación formal, esto es el conjunto de la legislación producto de los actos legislativos promulgados y vigentes, debe ser suficiente para revelar todas las reglas jurídicas, necesarias a la vida social. Lo que importa, entonces, es la interpretación de la ley y no del Derecho. Se reducen así las fuentes de donde extraer información a la sola ley escrita. Según Demolombe, por ejemplo, siguiendo el texto paso a paso, puede descubrirse fácilmente el pensamiento del legislador.

Se sigue de lo anterior, que la primera pauta metodológica para la interpretación se resume en un viejo adagio, que dice: "cuando la ley es clara, no se puede eludir su letra, a pretexto de penetrar en el espíritu de ella" (*Méthode*, t. I, pág. 30).

A esto se le da el nombre de interpretación literal. Se asume que las palabras han sido empleadas en su sentido propio, por lo que esa significación pasa a constituir un dominio de objetividades que une al autor de la ley (legislador) con el lector de ella (juez, ciudadano, en general, intérprete). Los antecedentes de este modo de pensar y la teoría lingüística implicada son anteriores, y se puede rastrear en algunos debates medievales. Pero las objeciones de Gény no van por el lado de las dificultades que plantea esta doctrina. Ellas serán objeto de estudio de parte de la hermenéutica, como lo hace E. Betti, que ve justamente en la interpretación un proceso de conocimiento, que no atribuye al lenguaje las propiedades de claridad u oscuridad, sino a los conceptos, y que concibe el lenguaje como una manifestación significativa, cuyo sentido constituye precisamente la tarea de la investigación interpretativa. El propósito de Gény, en este recuento histórico, es mostrar que el primado de la literalidad no pudo sostenerse, y que fue la práctica de los Tribunales la que se encargó de mostrar cuán precaria e insuficiente es la literalidad.

Siguiendo con la presentación del primado de la literalidad, cita a otro autor, Liard, que en *L'Enseignement supérieur en France de 1789 á 1893*, t. II, pág. 397, describe esta posición en los siguientes términos: "El Derecho es la ley escrita. Por tanto, la tarea (de las Facultades de Derecho) es aprender a interpretar la ley.

De lo que resulta que el método es deductivo. Los artículos del Código son como teoremas de que se trata de demostrar la ligazón y obtener las consecuencias. El jurista puro es un geómetra..."<sup>(3)</sup>.

Esta y otras afirmaciones van formando el panorama, señala Gény, donde se forja la *dogmática jurídica*, que más que una escuela doctrinaria, es una actitud metódica que se concentra en la ley escrita como manifestación de la legislación formal. El propio Gény resume así la caracterización del método en uso: "Sobre todo, desde el punto de vista más preciso y más práctico, este sistema de axiomas y de consecuencias lógicas, que se encadenan unas a otras en torno a un apoyo sólido de textos legales, *puede parecer* que da al conjunto de nuestro Derecho positivo una firmeza y una fijeza de doctrina que aseguran a las relaciones jurídicas la seguridad indispensable" (*Méthode*, t. I, pág. 64).

En sus términos más simples, la noción moderna de Derecho positivo se concentra en la ley escrita, de lo que se sigue que toda la vida humana tiene que estar regida por ella, pues sólo así queda sometida a la constrictión exterior del Estado. Cuando se presenta una situación cualquiera, o bien ella queda comprendida en los textos legales existentes por subsunción, o bien escapa a la reglamentación, es decir, pertenece a la esfera de la libertad. Por eso la interpretación es esencial para reconstruir el contenido integral de las fórmulas legales, y la lógica se muestra entonces necesaria para el establecimiento de distintas formas argumentales que tienen que conducir a la explicitación del contenido de todas las reglas del Derecho. Por eso se habla de plenitud lógicamente necesaria de la ley escrita, o simplemente que la ley escrita no tiene lagunas.

Sin embargo, anota Gény, la Corte de Casación pudo crear una forma de adaptación a las circunstancias, logrando que muchos partidarios de la dogmática aceptasen esta manera de interpretar.

## I I

El pensamiento de John Stuart Mill es influyente en Gény. El tema de la Ciencia y el Arte lo toma de aquél. La obra que considera Gény es *System of Logic*, especialmente la parte dedicada al

3. La cita se encuentra en *Méthode*, t. I, pág. 55.

estudio de la lógica de las "ciencias morales". El tema sigue siendo el problema de la época moderna: cómo constituir una ciencia en los asuntos humanos, en la política, en las bellas artes, en la historia, en la sociedad, en el Derecho, en suma, en todo lo concerniente al quehacer histórico y social del hombre. Hobbes, en su extenso *Leviathan*, acentuó la vieja distinción entre naturaleza y artificio o producto del arte. Este último es el mundo que crea el hombre, como ser natural, conforme su industria y plan de creación, pero a semejanza de la naturaleza, imitándola. La discusión del "arte imitativo" ha ocupado ya mucho la atención de los detractores de Hobbes, tanto como la idea baconiana de un arte que se rebela y quiere someter a la naturaleza a sus designios, pero no es necesario seguir en detalle ese debate para el propósito de este trabajo. En cambio, es de la mayor importancia no perder de vista el sentido general de esos planteamientos y que lo que ocurre en Stuart Mill no es sino la prolongación de ellos, retomados en el terreno teórico que intenta construir la epistemología que expone en ese extenso tratado de lógica.

El problema del "conocimiento moral" (*Moral Knowledge*), conforme lo concibe Mill, es el de precisar en qué sentido puede constituir una ciencia en sentido propio, formulándose así la misma pregunta que había sido planteada antes por Grotius, Hobbes y Pufendorf. Y de la misma manera que en estos autores había surgido el tema de la unidad metodológica como el régimen a que quedan sometidos por igual tanto el saber científico natural como el saber científico acerca de la moralidad y el Derecho, acá en *System of Logic* Mill trata de elaborar cómo se resuelve el carácter epistemológico del saber moral. Nos advierte que el "conocimiento moral" es ciencia en el sentido propio del término sólo si se piensa como indagación "en el curso de la naturaleza", pero como es costumbre incluir en ese término de "conocimiento moral" y aún en el de *moral science* una forma de indagación cuyos resultados se "expresan no en el modo indicativo (*indicativ mood*) sino en el modo imperativo (*imperative mood*)" se sigue que el criterio para distinguir una ciencia de lo que es arte consiste en el tipo de proposición o enunciado en que se vierten los respectivos conocimientos. El modo imperativo es el característico del arte, distinto del modo

indicativo, propio de la ciencia. Las proposiciones imperativas contienen reglas o preceptos, las proposiciones indicativas son aserciones referentes a *matters of facts*. Ahora bien, en Ética o Moral, en cuanto disciplinas relativas a la naturaleza humana y la sociedad, hay una parte que consiste en reglas o preceptos y pertenece, entonces, al Arte, pero hay otra parte que se expresa en proposiciones indicativas y que es propiamente ciencia. Si atendemos a la parte preceptiva de la Moral nos encontramos en el Arte o Práctica, como algo distinto de la Ciencia, y el propósito de Mill es desarrollar el Método del Arte o Lógica de la Práctica.

El siguiente texto de la Lógica de Mill contiene algunas precisiones sobre arte y ciencia: "Las relaciones en que pueden encontrarse las reglas de arte con las doctrinas de la ciencia, pueden caracterizarse del siguiente modo: el arte se propone a sí mismo un fin por alcanzar, define el fin y lo pasa a la ciencia. La ciencia lo recibe, lo considera como un fenómeno o efecto que tiene que ser estudiado, y una vez que ha investigado sus causas y condiciones, lo devuelve al arte con un teorema de la combinación de las circunstancias mediante las cuales podría producirse. El arte examina entonces esa combinación de circunstancias, y según que algunas de ellas esté o no en el poder humano, declara que el fin es alcanzable o no lo es. La única premisa, por consiguiente, que proporciona el arte, es la premisa mayor originaria, que asevera que la obtención de un fin dado es deseable. La ciencia le proporciona al arte, entonces, la proposición (obtenida mediante una serie de inducciones o deducciones) de que la realización de ciertas acciones obtendrán el fin. De estas premisas concluye el arte que la realización de estas acciones es deseable, y encontrándolo también practicable, convierte el teorema en regla o precepto" (4).

Esta descripción le otorga primacía, en definitiva, a la teoría (ciencia) sobre la praxis (arte), que termina subordinándosele. Las reglas del arte encuentran su fundamento en la teoría científica, es decir, en los teoremas o verdades especulativas aseveradas por la ciencia, que son la base para enunciar las reglas. Desde este punto de

4. John Stuart Mill, *A System of Logic*. Logmans, London, 1961. Cap. XII, 2, pág. 617.



vista, el arte consiste en una ordenación de esos teoremas o verdades científicas hecha para la realización práctica, y no el orden más conveniente para el pensamiento. La ciencia agrupa y ordena sus verdades o teoremas de manera de hacernos posible una visión del "orden general del universo", el arte, en cambio, aunque asume esas verdades, las considera sólo en cuanto en la realización de las acciones que ordena se siguen consecuencias prácticas determinadas.

La distinción entre ambos tipos de proposiciones renueva el problema planteado por Hume en su *Treatise of Human Nature*, en el sentido de que hay proposiciones que contienen la cópula verbal *ought* y *ought not*, que no derivan de proposiciones que contienen la cópula *is* y *is not* (5). Que esta distinción ha animado los debates sobre el carácter gnoseológico de los enunciados éticos desde Hume hasta nuestros días, no cabe la menor duda, si se observa el panorama no sólo anglosajón, sino también de filosofía continental, y aún en los seguidores de la ética del deber de Kant. Pero lo que interesa destacar aquí es cómo en la Lógica de Mill esa distinción se maneja en el interior de una concepción de las relaciones entre teoría y praxis de manera de conferirle un sello particular. En un sentido, las proposiciones en el modo imperativo y en el modo indicativo son irreductibles entre sí, pero en otro sentido, por las relaciones internas entre ciencia y arte o técnica, se defiende la primacía de la teoría sobre la práctica, de modo de que sea aquélla la que domine y confiera un sentido al mundo de la práctica. Por eso las reglas se remiten y se apoyan en último término en un sistema de verdades científicas o enunciados en el modo indicativo. En cambio al considerar los enunciados, puestos uno junto al otro, resaltan las diferencias en los respectivos "modos", el indicativo relativo a aserciones sobre *matters of facts*, el otro, el imperativo, que expresa las reglas o pautas para obrar, lo que se debe hacer para lograr determinados resultados, queridos como fin por el agente y propuestos en tal carácter. La expresión *matters of facts*, que emplea Hume, ha sido traducida, erróneamente a mi juicio, como "juicio empírico" o "juicio de experiencia", y lo que en verdad quiere señalar

5. David Hume, *Treatise of Human Nature*, Lib. III, Part I, Secc. I, pág. 469. Oxford, ed. Selby-Bigge.

es una clase de aserción de la existencia de ciertos hechos, datos o relaciones, que Mill trata de clasificar en cinco grupos: la aserción de la co-existencia, de la secuencia, de la simple existencia, de la causación y de la semejanza (de fenómeno, de relaciones, de nómenos; así, aseverar que Sócrates fue contemporáneo de la guerra del Peloponeso, es aseverar de un nómeno, Sócrates, su relación con un fenómeno, la guerra del Peloponeso, de manera de exhibir en esa relación la existencia conjunta). La traducción adecuada sería "juicio de existencia" o "juicio de realidad".

En la Lógica de Mill se bosqueja una onto-gnoseología elemental, que bajo una perspectiva determinada ve como irreductible la aserción de existencia y el enunciado de deber. Ser y Deber son los conceptos fundamentales y últimos. Mill anticipa el debate epistemológico de fines de siglo y comienzos de éste, en donde se ubica Gény. Ser y Deber son irreductibles, pero si se considera que la factibilidad del fin propuesto depende de la formulación científica, se ve que lo determinante del mundo práctico pasa a ser no tanto el proponerse el fin como el dictamen de la ciencia.

Gény cita el siguiente texto de la Lógica de Mill: "En todas las ramas de los asuntos prácticos, hay casos en los que los individuos están obligados a conformar su práctica a una regla pre-establecida, y hay otros casos en los que es parte de su tarea descubrir o construir la regla por la cual van a gobernar su conducta. El primero, por ejemplo, es el caso de un juez sometido a un Código escrito. El juez no está llamado a determinar cuál curso de acción sería intrínsecamente el más aconsejable en el caso particular que le está entregado a su decisión, sino sólo a declarar dentro de cuál regla de la ley está comprendido, qué es lo que la legislación ha ordenado que se haga en esa especie de caso y qué es, en consecuencia, lo que se debe presumir que se intentó hacer en el caso individual de que se trata. El método debe ser aquí completa y exclusivamente aquel del raciocinio o silogismo; y el proceso es obviamente lo que en nuestro análisis del silogismo mostramos que es todo raciocinio, a saber, la interpretación de una fórmula" (*A. System of Logic*, Lib. VI, Cap. XII, 2, pág. 616).

El otro grupo de casos, que menciona el texto transcrito, queda bien ilustrado por la situación del legislador frente a las reglas.

El juez tiene las reglas de las leyes, en cambio el legislador tiene las reglas y las máximas de la política. La vinculación de ambos a sus respectivas reglas es diferente, pues a diferencia del juez, el legislador está obligado a tomar en cuenta "las razones o fundamentos de las máximas", lo que en cambio no sucede con el juez. En el siguiente pasaje, se describe así la posición del juez como intérprete: "... el juez no tiene nada que hacer con aquellas (razones o fundamentos) relativos a la ley, excepto en la medida en que una consideración de ellos pueda arrojar luz sobre la intención del legislador, cuando sus palabras hayan dejado algo dudoso" (op. cit., pág. 616).

Esas "razones o fundamentos" (*reasons or grounds*) que debe considerar el legislador como político y hombre de acción, concierne al ámbito de la *ratio*, la que hay que esclarecer para determinar la razón de ser de la regla o máxima. Para el juez la regla de la ley escrita es, en principio, lo último, pero si a través de las palabras no surge nítida, podrá escudriñar en esas razones o fundamentos posibles de la regla que tiene que aplicar en el caso que le ocupa. Palabra, *ratio*, intención (fin), son las dimensiones esenciales de la ley, y el método de aproximación a ellos es la interpretación.

De los mismos pasajes anteriores fluye asimismo la forma cómo piensa Mill la unidad metodológica que impera tanto en el campo de las operaciones en ciencia natural como en las disciplinas prácticas. La razón humana mantiene una cierta unidad de función u operación, y trátase de un asunto práctico o de una cuestión de ciencia teórica, la operación lógica de la razón es la misma.

Cuando Gény toma la expresión inglesa *moral sciences* no parece hacerse reparos en cuanto a su significado de "ciencias humanas" o "ciencias sociales". Hay que anotar que el término "ciencias del espíritu" (*Geisteswissenschaften*), que se impuso en Alemania, lo introdujo Schiel, el traductor de *A System of Logic* al idioma alemán, para dar cuenta del correspondiente inglés *moral sciences*. El problema es, como lo ha visto Gadamer en *Wahrheit und Methode*, si es posible construir una ciencia del espíritu desligada de la metodología de las ciencias naturales, siguiendo en esto con el planteamiento hermenéutico iniciado por Dilthey.

## I I I

El pensamiento sobre la *dogmática jurídica* domina toda la obra de Gény. Su crítica se enlaza con el examen de la situación epistemológica de las ciencias humanas, esto es de las *moral sciences* que estudia Mill. Si se considera en general todo lo que Gény anota acerca de la dogmática y lo que deriva de las citas de muchos de sus cultores franceses, —los que habrían de tener una enorme influencia en otras partes, como en nuestro medio—, resulta ser más que una caracterización de la dogmática como cuerpo doctrinario, un conjunto de observaciones, algunas muy penetrantes, sobre aspectos diversos de ella. Ciertamente la dogmática ha hecho mucho para situar el tema de la interpretación en un ámbito restringido, cuyos límites están dados por una doctrina de las "fuentes", esto es de aquellas formas elementales de donde quien tiene que tomar una decisión deriva el concepto o regla adecuada. La dogmática se asocia naturalmente con la idea de sistema. El Derecho se concibe como un sistema de reglas o normas que cubren la totalidad de situaciones que pueden presentarse. Se habla así de plenitud. El concepto de "fuente" adquiere importancia, pues indica lo que tiene aptitud para producir o derivar reglas o normas jurídicas. Es el propio sistema el que determina qué fuentes tienen aptitud suficiente. Es característico que en la dogmática se le asigne valor de suficiente, y exclusivo, a ciertas "fuentes" llamadas formales, pues dicen relación con la actividad formal de producción legislativa y, en general, con la actividad de fijación del Derecho, como la ley escrita promulgada, el Código, los actos formales de autoridad (decretos, reglamentos, actos administrativos), las actuaciones formales de ciertas personas constituidas en autoridad, como las sentencias, en suma, aquellas actividades de producción de normas que se plasman y adquieren cierta realidad en formas escritas. El texto escrito ocupa aquí un lugar central.

Cuando se compara este concepto de fuente de la dogmática con conceptos anteriores de fuente, que se extiende al Derecho natural, la diferencia resulta grande. En la dogmática no se admiten otras fuentes que las formales, incluso en sus defensores se habla de "fuentes extralegales", criticando así como desorbitada toda indagación

de los sentidos ocultos, indirectos o derivados que se asocian a la significación, o el recurso al Derecho natural, que no se encuentra en estado de fijación en textos escritos. Y si llegara a admitirse un Derecho natural, esto sería de modo puramente especulativo, no sería Derecho en el mismo sentido que el Derecho que brota de las "fuentes formales" reconocidas como aptas, y si se llega a admitir una "fuente suplementaria" no tiene esto carácter vinculante. Lo que tiene valor es la fuente reconocida como tal por el propio sistema. Muchos autores, como lo recuerda Gény, pudieron exclamar que la ley escrita lo es todo, que basta seguirla "a la letra" para encontrar allí todas las soluciones a los distintos casos que pueden presentarse, optimismo sin duda exagerado, pero que parece justificarse en la convicción de que el texto escrito es la garantía de certidumbre que necesita el ciudadano en el Estado moderno. El tribunal que tiene que resolver un asunto está en la situación que describe Mill en los textos citados; se subordina por entero al texto escrito, convirtiéndose el juez como intérprete de la "fórmula legal" en mero aplicador de ella. Tiene que resultar aquí un problema de difícil solución el de la falta de un texto escrito, pues no hay como suplirlo, pues por definición el sistema se instituye en torno al texto escrito. Nace así el tema de las "lagunas", expresión curiosa para nombrar una anomalía que inicialmente parte del texto y que termina como ausencia conceptual, y cuya solución dependerá de si se sitúa en el nivel de la textualidad o en el nivel de los conceptos.

La pretensión de la dogmática, conforme lo explica Gény, es situar el texto en la posición central, de modo de posibilitar las distintas respuestas a la diversidad de cuestiones que se presentan.

Hay tres aspectos que me interesa examinar con algún detalle.

1º *El problema de la primacía de la literalidad.*

Renovar la discusión en torno a un ámbito de literalidad, como había sido en parte el proyecto de la época moderna, no es tanto lo que importa a esta dogmática, conforme la concibe Gény. Tratando de poner las cosas en un nivel elemental, para esta dogmática la ley no es otra cosa que "una voluntad que emana de un hombre o de un grupo de hombres y condensada en una fórmula" (*Méthode*, t. I, pág. 265). Es decir, lo que cobra importancia decisiva es el ac-

to de formulación que expresa un mandato o voluntad de una persona o grupo de personas. Cobra así relieve la determinación lingüística de aquellas distinciones elementales que configuran la significación. Lo característico de la dogmática es que busca definir un sistema de signos aptos para expresar las manifestaciones de voluntad de quien impone el mandato, y exigir a este sistema aptitud cognoscitiva, es decir, que quien lo conozca esté cierto que lo expresado en él es el mandato efectivamente querido. Comprender el texto de la ley es conocer lo que efectivamente se quiere por el autor de ella. La época moderna cuestionó la posibilidad de un conocimiento cierto de la voluntad efectiva o real, como algo determinado y distinto y no confundido con la totalidad compleja de la situación histórica de quien manifestó esa voluntad. La determinación de una voluntad efectiva aparece tanto aquí en la ley como en la constitución de un poder soberano, fuente de la legitimidad del poder político. La solución que proponen muchos autores de la época moderna es la opción de una voluntad objetiva, que es la voluntad presunta o que es preciso suponer (por ejemplo, Grotius, Pufendorf). La Escuela Histórica de Savigny recurrió a un *Volksgeist*, de donde se nutre la voluntad general que produce la legislación histórica. Los ejemplos podrían multiplicarse, en verdad, pero lo cierto es que la exigencia que prevalece es la del conocimiento cierto. Por eso, enfrentado el hombre moderno a una voluntad efectiva y real, pero incierta, y una voluntad supuesta y objetiva y cierta, acepta esta última. Esta voluntad es la que permite desarrollar la doctrina de la interpretación. La dogmática no hace sino seguir los planteamientos de la época moderna. Gény resume así las características de la dogmática:

"Interpretar la ley significa simplemente buscar el contenido de la voluntad legislativa con la ayuda de la fórmula que la expresa. Y en tanto se apoye en la esfera de la interpretación de la ley propiamente tal, esta investigación debe hacerse sin *idea preconcebida* ni sobre la perfección más o menos ideal de la regla a descubrir, ni sobre su adaptación más o menos completa al medio social en el cual debe aplicarse" (*Méthode*, t. I, pág. 265).

En esta interpretación no caben los "elementos extralegales" ni la adaptación al medio social en que debe regir. Hay una reco-

nocida confianza, casi ilimitada, en la "fórmula", que es la formulación en palabras o signos aptos para manifestar y dar a conocer lo querido. En este planteamiento, al menos inicialmente, todo quiere concentrarse en la capacidad de la sola formulación para expresar lo querido, que parece lo más seguro; por eso, también la exaltación de la literalidad. Una variedad de expresiones, como "la letra de la ley", "tenor literal", "literalidad", dan cuenta de un hecho único: que el solo enunciado es suficiente para expresar adecuadamente lo que su autor quiso significar. Esto no es compatible en rigor con la afirmación que el intérprete debe sustituir al autor y conferir el sentido que aquél seguramente habría dado al texto si estuviera presente. Pero esta idea de adoptar el punto de vista que el autor habría tenido la formuló Aristóteles en *Ética Nicomaquea* a propósito de la *epieikeia*, traducida al latín como *aequitas*, y conduce a consideraciones por completo diferentes a las que son características de la dogmática en la forma expuesta. Los románticos, por su parte, que quisieron instaurar el diálogo de pasado y presente, a través de los textos, indagando en éstos lo que su autor habría querido decir, terminaron por último estableciendo la aseveración de que el intérprete necesariamente debe ser más sagaz que el propio autor, viéndose en éste a su vez un producto de su tiempo (Schleiermacher, Dilthey). La dogmática, que recoge el principio de la hermenéutica protestante de la sola suficiencia del texto, se enlaza fácilmente con el positivismo que ve en el texto escrito un elemento de positividad.

La dogmática, como la ve Gény, logra fijar un ámbito de literalidad que sirve al propósito del conocimiento cierto, de acuerdo con el ideal de saber firme suscitado por la época moderna. La exaltación del texto escrito, más que una aserción con valor hermenéutico, es el recurso para plantear la suficiencia del texto o formulación como garantía de un conocimiento cierto de la voluntad de la ley. Por eso se acompaña con una elaboración de las fuentes, reduciendo el espectro posible a aquellas formas de actividad de producción y fijación que se señalan por el propio sistema legal. Por último, como lo dice el texto transcrito más atrás, está vedado al intérprete recurrir a otros elementos o fuentes, como la *ratio legis*, el fin, la situación histórico-social en que nace o se aplica la ley, la equidad, etc.

Esta caracterización de la dogmática prepara la revisión crítica, pues, se pregunta Gény, en qué medida es posible cumplir con esa forma de interpretar y conocer. En verdad, responde, "es imposible en la práctica mantener la interpretación en límites tan estrechos" (*Méthode*, t. I, pág. 287), y escribe a continuación lo que podría ser el principio de la "libre interpretación":

"... como la ley no es sólo fenómeno psicológico, sino es al mismo tiempo e inseparablemente fenómeno social, o más bien como su esencia psicológica se encuentra envuelta y por así decirlo bañada en una atmósfera social, que determina y precisa sus contornos, es necesario que se analice también este ambiente vital de la ley —de otro modo dicho—, que se tengan en cuenta ciertos elementos, exteriores al texto a interpretar, situarlos, por tanto, en contacto íntimo con él, y sin el cual el texto quedaría muerto o no revelaría sino de modo muy incompleto la voluntad que recubre" (*Méthode*, t. I, pág. 287).

Estos elementos exteriores son de naturaleza muy diversa, pues el intérprete, puesto ya en su rol de aplicador de la ley, debe representarse las relaciones de hecho que el legislador ha querido organizar jurídicamente (como quería el romanticismo), con todas las circunstancias que las determinan y hacen surgir las exigencias morales, políticas, sociales y económicas, a veces técnicas, a las cuales la disposición debía satisfacer cuando fue promulgada. Además de esto, es preciso tener en cuenta la situación histórica general de la ocasión de la ley (*occasio legis*), las concepciones reinantes, las influencias de las legislaciones extranjeras, en suma, cuando se hace intervenir la historia, no se trata de someter a discusión la pura verdad histórica, sino el *estado del espíritu reinante* en la época, en cuanto determina la voluntad legislativa.

## 2º Aplicación como subsunción.

En esta parte, según la visión de Gény, más que un aporte, la dogmática prosigue una línea de desarrollo del raciocinio en asuntos prácticos, que se remonta a la doctrina del llamado "silogismo práctico", introducido por Aristóteles en *Ética Nicomaquea*, y ampliamente empleado por los escolásticos. La base teórica general la proporciona la Lógica de John Stuart Mill: interpretar es producir

un enunciado (proposición) conforme procedimientos lógicamente válidos. Como una de las formas lógicas características es la derivación de un enunciado a partir de otros, puede tratarse como un caso de silogismo el procedimiento en el que se opera la subsunción, pues la subsunción afecta a la cantidad del juicio. Ciertamente hay exageración en algunos autores que cita Gény en cuanto a calificar de teoremas o empleando otras expresiones geométricas para calificar los procedimientos racionales del jurista, en cambio hay un claro reconocimiento a la silogística como el procedimiento lógico válido en el razonamiento del jurista. No está en discusión, en realidad, cómo se concibe la correspondencia entre los enunciados y los casos o situaciones a que éstos se refieren. Lo que se dice es que el conjunto de las fuentes formales expresan reglas o normas que se formulan en enunciados o proposiciones, y que de éstas hay que derivar las respectivas proposiciones que se corresponden con los casos. Esta relación de correspondencia es propiamente lo que a mi juicio debe llamarse "aplicación". Pero la aplicación, así entendida, no es el tema propio de la dogmática. Por lo cual, las dimensiones ontológicas y lingüísticas que plantea su estudio, quedan sin ser tocadas. La aplicación como subsunción es adoptar el punto de vista que hace prevalecer la categoría lógica de la cantidad para enfrentar el problema de la identificación del singular en el universal. El siguiente pasaje de *Méthode* es ilustrativo:

"Puesto que toda regla jurídica formulada en una ley puede ser considerada como una proposición, que subordina a ciertos elementos de hecho una consecuencia necesaria y que constituye la premisa mayor de un silogismo que el juez completará según el caso a él sometido, se trata, en definitiva, de conocer por qué medios el intérprete (intermediario necesario entre la fórmula legal y la vida jurídica), que prepara esta misión del juez, podrá descubrir y llevar a la realización concreta tanto las condiciones implicadas en el texto como la solución que a ellas se les une" (*Méthode*, t. I, pág. 254).

Observaciones como ésta y otras semejantes recogen, aún dentro de su imprecisión, los rasgos esenciales que interesa para caracterizar la dogmática, pues así puede elaborarse con mayor rigor la crítica. No explora más allá la noción de *regla de Derecho*, sino que se limita a consignar sus partes estructurales, siguiendo en esto las

ideas debatidas a lo largo del siglo XIX, desde las distinciones introducidas por John Austin entre norma primaria y secundaria. Pero de aquí a la doctrina de la norma, como la entiende Kelsen por la misma época en que escribe Gény, hay todavía un trecho bastante amplio que cubrir, bien que la atmósfera general hace propicio el cultivo de esta clase de conceptos.

Aunque en esta presentación de la dogmática no está presente la forma cómo se establece la premisa mayor del silogismo práctico, se asume que el contenido de ésta es una regla de Derecho intuitiva por quien aparece dotado de autoridad, cuyo conocimiento es posible y reviste los caracteres de certidumbre que exige la teoría. Estas reglas forman un orden que se piensa siempre como un sistema ya dado antes de su aplicación, ya constituido, para que así pueda servir de proveedor de proposiciones que hagan las veces de premisa mayor en los silogismos prácticos que deban construirse. Sólo así se explica esa función que se le asigna al juez, de desempeñar su cometido sujeto a las prescripciones legales (Mill). Si la regla tiene que ser previa, de un valor que se extiende más allá del posible caso al que pueda aplicarse, lo que es consistente con esta posición es un concepto de "fuente" que permita cumplir con la característica de ofrecer la regla como previa al caso de que se trata.

La crítica de Gény tiene que partir necesariamente de un examen cuidadoso de las "fuentes" del Derecho, para mostrar que es forzoso admitir aparte de la "ley escrita" otros elementos inspiradores de reglas. Por "ley escrita" se entiende aquí "todos los actos de una autoridad social, regularmente constituida y competente para instituir reglas jurídicas generales, en forma de prescripciones obligatorias que, según cual sea la autoridad de que emanan, llevan de manera más precisa el nombre de leyes propiamente dichas, decretos y órdenes reglamentarias" (*Méthode*, t. I, pág. 248).

Esta "ley escrita", añade Gény, tiene la ventaja, defendida apasionadamente por sus partidarios, de fijar un ámbito de literalidad definible con certidumbre. Sobre esta base puede establecerse un sistema de interpretación, acorde con las "ilusiones racionalistas" de fines del XVIII acerca del poder de la "ley escrita". Esta aparece como perfecta y completa, autosuficiente, inserta en un sistema de "exactitud matemática", y se la interpreta con la convicción de que

los procedimientos puramente lógicos y mecánicos permiten extraer con certeza todas las soluciones que reclaman las necesidades de la vida jurídica; hay que extraer todas las consecuencias del texto legal, pero de tal modo que cuando el texto no ofrece la solución buscada, el intérprete debe abstenerse de emplear su arbitrio y debe resignarse al culto de la ley y someter a ésta los hechos (*Méthode*, t. I, pág. 256).

Para fundar la "libre investigación científica" Gény tiene que combatir esos límites rígidos que establece la "ley escrita", para llenar ahora el tema de la significación con las dimensiones sociales e históricas, tanto de la época de gestación de la legislación cuanto del momento en que se aplica, y para eso se hace necesario una revisión no sólo de las "fuentes" sino especialmente del *sentido* del Derecho.

### 3º La libre investigación científica y la *ratio legis*.

La caracterización de la dogmática en la forma expuesta permite establecer, en parte por contraposición, las diferentes objeciones. Primeramente, sostiene Gény, no se debe sacrificar a "una quimera de inflexibilidad y de igualdad abstracta toda idea de adaptación individual de principios generales, por medio de la apreciación judicial, en casos donde las circunstancias que condicionan la decisión" son muy variables y escapan al marco rígido de la fórmula legal (*Méthode*, t. I, pág. 217). En seguida, se pregunta, ¿en qué medida es realizable el ideal de estabilidad y certidumbre? Los defensores de esta dogmática admiten dos principios: el de la plenitud, que significa que las soluciones a la totalidad de los casos que se presentan están contenidas en el sistema, y en seguida, que el sistema entero está constituido de elementos objetivos, cognoscibles, que provienen de la "ley escrita", de modo inmediato o bien por medio de una Lógica, que llega a suprimir casi de modo mecánico, "por una suerte de fatalismo geométrico", la falta de juicio individual en la realización de la regla de Derecho.

Partiendo, pues, de aquí, y considerando asimismo cómo la propia jurisprudencia francesa del Tribunal de Casación se las arregló para ir desarrollando conceptos al margen de la "ley escrita", rebate Gény esta manera de extremar las posiciones, y escribe:

"Basta considerar la variedad infinita, sobre cada cuestión importante, de opiniones y de sistemas edificados por estos procedimientos, para convencerse de la incertidumbre inherente a la interpretación tradicional por muy rígida que se la desee plantear... En realidad, las pretendidas construcciones lógicas disfrazan apenas el subjetivismo irremediable de las soluciones. Y el único resultado de un método geométrico, adaptado a la jurisprudencia es el de someter el espíritu al imperio de las palabras y las ideas, que recubren malamente las realidades vivientes e inducen a resultados a menudo muy disonantes del fin último de nuestra ciencia" (*Méthode*, t. I, págs. 217-218).

Estas observaciones quieren despejar el camino a la tesis central de la "libre investigación científica" en el Derecho: que la interpretación no puede encontrar su terreno propio sino en un medio moral, social y económico, que conforman la atmósfera en que se constituye la comprensión del *sentido* del Derecho. En parte esta tesis se debe a los trabajos de la Escuela Histórica, en cuanto ella impuso el punto de vista histórico como necesario a toda comprensión del Derecho, integrando como unidad de sentido a la *institución*. El Derecho es, ciertamente, manifestación del espíritu de un pueblo, pero manifestación ordenada y ordenadora, que se articula en torno a elementos objetivos tales como las *instituciones jurídicas*, que la tradición guarda y entrega como legado. Escribe Gény:

"Si se quiere penetrar de modo suficiente en las realidades objetivas que constituyen el Derecho positivo, es necesario descender hasta las raíces de la constitución misma de la humanidad y descubrir los fundamentos últimos de su vocación, para remontar en seguida los fenómenos que forman la trama esencial y alimentar la corriente continua de la vida social" (*Méthode*, t. II, p. 80).

Para poder conducir la investigación en esa dirección, introduce Gény la importante noción de *naturaleza de las cosas*, el antiguo principio *rerum natura* con que el mundo latino se hacía cargo del problema del Derecho natural (*ius naturale*). Pero el propósito declarado de Gény no es reintegrarse a un debate histórico, sino extender legítimamente el campo de operaciones del jurista más allá de la "ley escrita". Para esto, quiere mostrar que las relaciones de la vida social, esto es los elementos de hecho de toda organización jurídica, llevan dentro de sí las condiciones que permiten la armo-

nía de los intereses en conflicto, es decir, es posible descubrir desde ellas mismas las normas que deben imperar. Fácilmente se puede admitir que la organización jurídica tiende a realizar en la vida de la humanidad un ideal de justicia y de utilidad, entendiendo por esta última, conforme el principio utilitarista, lo que para la mayoría es del mayor beneficio. Se reconoce así como fundamental un *fin*, que se conecta con la *ratio legis*, ambos a su vez explicados por el principio *rerum natura*.

El campo de indagación del jurista comienza a perfilarse ahora con mayor nitidez: de una parte, tiene que interrogar la razón y la conciencia para descubrir en la naturaleza íntima de nuestro propio ser las bases de la justicia, y de otra parte, tiene que dirigirse a los fenómenos sociales mismos para captar allí las leyes de su armonía y los principios ordenadores. El asunto del jurista es, entonces, tratar de mantener la indagación en ambas direcciones reunidas en unidad. Siempre ha estado presente en las elaboraciones teóricas el ideal de justicia, pero con la época moderna, recuerda Gény, se asume una idea de razón como potencia absoluta e incondicionada para descubrir por sí misma, de modo infalible, las leyes y principios de la naturaleza humana. La Escuela Histórica intentó combatir este aspecto de la doctrina ilustrada, enfatizando la necesidad de considerar la vida social e histórica como fuente última de toda organización legal. A pesar de que los autores de su tiempo siguen discutiendo si es posible admitir una justicia absoluta y enfrentarla a una sociedad que genera condiciones cambiantes, Gény admite que el exceso de polémica sobre los fundamentos del Derecho ha terminado por provocar una suerte de "nihilismo doctrinario", en que todos niegan al otro y no parece reinar acuerdo alguno. Cree él necesario admitir una *justicia objetiva*. Otro nombre para una forma de justicia absoluta, cuyas características y concepción corresponde propiamente a la Filosofía del Derecho.

Recordando en esta parte la elaboración de John Stuart Mill sobre las relaciones entre la técnica y la ciencia, la práctica y la teoría, sugiere Gény la siguiente línea de reflexiones. El intérprete, en realidad, se hace la ilusión de que en las revelaciones de su propia razón y en su propia conciencia moral encontrará la solución a los problemas que le presenta la vida. Esto sucede porque "tanto el juez

como el legislador no aplican directamente lo justo en sí, sino hacen una adaptación que necesariamente deforma la noción pura" (*Méthode*, t. II, pág. 102).

En otras palabras, lo justo es un fin por alcanzar, y el intérprete tiene como tarea la de descubrir los medios adecuados para realizarla en las condiciones dadas. De aquí se sigue que en la elección de los medios obtendrá tan solo una aproximación, pero en esa aproximación presentará un carácter más general. De acuerdo con esta doctrina, hay una justicia en sí, que como principio absoluto o incondicionado sirve al intérprete como un fin general, al modo como Stammler quería resolver la relación entre Derecho y Justicia (esta última, "la estrella polar" que sirve de guía y punto de referencia). Pero al realizarla, más se produce una aproximación, algo por alcanzar. Este camino de aproximación está regulado por principios ordenadores, que son en sí mismos principios de justicia sujetos a la justicia general y absoluta. Estos principios de justicia forman una diversidad gradual. Primeramente, bajo la noción de justicia absoluta, se establecen principios de justicia menos absolutos, que la razón revela con una generalidad menor y cuya efectividad dependerá de las circunstancias; tales son:

- a) el principio que reconoce a todo ser humano el derecho a desarrollar sus facultades conforme su naturaleza y fines, con la única limitación del respeto de igual derecho de otro;
- b) el principio de conservación social y de la preponderancia de los intereses comunes sobre los intereses particulares; y
- c) el principio de la igualdad, al menos abstracta, que es necesario mantener entre los hombres.

En un segundo grado decreciente de generalidad, la razón sugiere *reglas* o *máximas* de conducta posible, en relación inmediata con los hechos. Tales son, por ejemplo, la máxima de la obligatoriedad de toda promesa libremente hecha y aceptada, la máxima de que nadie debe enriquecerse sin causa a expensas de otro, la máxima o regla del deber de reparar el daño causado a otro por su propia falta, y otras similares.

Estos principios y máximas no son construcciones hipotéticas, su validez deriva de su verdad. Con ellos queda trazado ya el campo de operaciones del jurista. Para que el Derecho cumpla su función

es preciso interpretar las formas positivas de éste. La llamada "libre investigación" se vale de dos mecanismos generales: de una parte, la analogía, y de otra, la consideración de otros elementos.

La potencia de la analogía reposa sobre un instinto del ser humano: sentimos en el fondo íntimo la necesidad de igualdad, en virtud de la cual las mismas situaciones deben encontrar las mismas soluciones. Esto exige afirmar una *identidad esencial* entre un caso y otro. Para entender esa identidad esencial es preciso penetrar en la naturaleza lógica de la regla de Derecho y extraer el principio que liga la solución dada con aquella que se trata de establecer, pues esto es lo que propiamente justifica la analogía, la similitud de relaciones. A este principio se le une la *ratio legis*. Es decir, la *ratio legis* no consiste en las solas consideraciones sociales, económicas o políticas, sino que tiene que alcanzar y constituirse en auténtico *Principio del Derecho*. Lo anterior explica, añade Gény, cómo funciona la analogía, que induce de una solución particular el principio y busca en seguida las condiciones del mismo principio en otro caso para aplicarlo en él deductivamente (*Méthode*, t. II, pág 121).

Para ensanchar la perspectiva del intérprete en la "libre investigación científica", sugiere Gény recurrir a otras disciplinas y elaboraciones teóricas de otras ciencias, como la sociología, la filosofía, la psicología, la ética social, la economía política, la historia y el Derecho comparado.

Tomando todos estos antecedentes, ¿cómo, sobre bases tan diversas y amplias, puede la "libre investigación" llegar a resultados ciertos y aceptables? Esta es la pregunta medular. Como el intérprete tiene que descubrir una regla general y abstracta, debe poner a la base de su apreciación una noción de *normalidad*, esto es proponer como tipo de regla la más general que da lugar al asunto que investiga. Así entendida, la "libre investigación" no puede crear reglas de modo arbitrario ni con la misma amplitud que un legislador. Hay dos clases de consideraciones que corresponde hacer en esta parte. Primero, hay limitaciones al poder creador del intérprete que provienen del hecho que ciertas relaciones sociales están dominadas por principios generales, a veces consagrados en las legislaciones, muchas veces en forma implícita o no expresa, como por ejemplo, el principio de la libertad de contratación, de modo que una interpreta-

ción no podría hacer caso omiso de este tipo de principios. Y segundo, hay limitaciones que provienen del formalismo propio de toda legislación en sentido positivo, de modo que no es posible mediante interpretación saltarse los aspectos formales y externos que condicionan la validez formal del Derecho positivo (promulgación, publicidad, caducidad o prescripción, etc.).

En la "libre investigación" el intérprete está sometido a tres órdenes de ideas que condicionan los tipos de reglas que puede establecer:

1) la reglamentación de los intereses particulares (patrimoniales) emana de voluntades libres y conscientes, que se ligan por sí mismas, luego de lo que se trata es establecer en qué condiciones y en qué medida se imponen estas voluntades, para lo cual corresponden las *reglas directivas* (o suplementarias de la voluntad);

2) el Derecho interviene directamente para asignar límites a la voluntad individual, y en caso necesario se impone a la voluntad expresa; aquí corresponden *reglas imperativas o prohibitivas*; y

3) hay situaciones que escapan a la influencia directa de decisiones de voluntad consciente, por lo mismo es la propia legislación la que establece la regla que armoniza los intereses; aquí corresponden *reglas dispositivas*.

Cierra su estudio Gény afirmando que en la organización social actual cada uno de esos tres órdenes se encuentra dominado por un principio general y esencial, que se puede caracterizar así: 1) *Principio de la autonomía de la voluntad*, 2) *Principio del orden público o del interés superior*, y 3) *Principio del equilibrio de intereses privados*. Estos principios se combinan entre sí y forman el mejor canon que guía al intérprete. De esta suerte, la discusión acerca de los límites a la autonomía de la voluntad y la disponibilidad contractual está sometida a la consideración del principio del equilibrio de intereses, cuando menos al principio del interés superior (*Méthode*, t. II, pág. 150). Así es como puede establecerse el concepto y la reglamentación del *abuso del Derecho*.

En suma, para Gény el Derecho, en su forma positiva, es un conjunto de reglas que provienen de la naturaleza de las cosas, lo que significa conjugar en la organización social el ideal de justicia con la utilidad general (en sentido utilitarista). Por esto, la esencia



del Derecho se encuentra más allá de las fuentes formales, las que no son más que exterioridades empíricamente perceptibles, que cumplen la función de dirigir el juicio humano, pero por sí mismas incompletas e imperfectas. La "ley escrita" es tan solo una *información* muy limitada del Derecho, que es la formulación de las prescripciones legales, pero que tiene que ser interpretada. Frente a la objeción de que se pierde estabilidad y seguridad, o que la interpretación de la "libre investigación" sería tan amplia como el intérprete pudiese establecerla, responde que el Derecho positivo debe ser algo vivo, y vivir es moverse y transformarse, y para el Derecho vivir es luchar por una constante y perfecta adaptación a las exigencias de la vida social. (Véase *Méthode*, t. II, págs. 221-234).

#### I V

El estudio que hace Gény de la interpretación, especialmente en *Méthode*, quiere adoptar el punto de vista metodológico. Sin embargo, la superación del ámbito de literalidad, la apertura de otras zonas, como las de la finalidad y la *ratio*, introducen consideraciones relativas al conocimiento mismo del Derecho. Las dos obras de Gény, que he tenido en vista en este trabajo, *Méthode* y *Science et Technique* se enfrentan a un problema que fue también el problema de Dilthey: cómo constituir el conocimiento en las disciplinas humanísticas, y en particular en el Derecho. Fue el problema que suscitaron en la época moderna Grotius y Pufendorf, y que todavía se mantiene. La respuesta de estos autores está dominada por el propósito de instaurar una unidad metodológica: se quiere llevar el ideal de ciencia natural al ámbito de la moralidad y el Derecho. Gény, como se ha visto, no escapa a este mismo afán. Apoyándose en John Stuart Mill renueva el proyecto científico de la época moderna, y cree que en el método está la respuesta. Pero fue Dilthey, en realidad, por la misma época de Gény, quien enfrentó la unidad metodológica, mostrando su problematicidad, y abriendo otro cauce de reflexiones. Junto a las ciencias naturales se levantan las ciencias humanísticas, como complemento de aquellas, pero diferentes en su objeto y método. Nace así la hermenéutica como teoría de este saber humanístico.

A pesar de que Gény prolonga el proyecto de la época moderna y asume la posición del punto de vista metodológico, la crítica a la dogmática del siglo XIX le permite elevarse por sobre la literalidad y situarse en el terreno de los fundamentos, incorporando conceptos y principios que la dogmática y el positivismo habían condenado. Por eso, todas aquellas construcciones que ofrecía la dogmática como logros, el primado de la literalidad, la certeza de la letra, la aplicación como subsunción, el *a priori* formal de la regla de Derecho, en suma, la teoría de las fuentes formales, ya no pueden seguir sosteniéndose. El Derecho es preciso estudiarlo en su "vida misma". Y penetrando en la "vida misma", llegar a la naturaleza de las cosas, el antiguo principio *rerum natura*, que le sirve de fundamento. La regla de Derecho tiende ahora a realizar en cada situación particular el permanente ideal de justicia y utilidad (esta última en sentido utilitarista).

Recordar a Gény es recordar un debate, el relativo a la constitución de las ciencias humanas. Todo el esfuerzo desplegado por el positivismo de este siglo en esta misma dirección y sus soluciones, a veces toscas, no han podido sepultar la vigencia del problema. Recordar a Gény es recordar la vigencia de un debate.