

SOBRE OBJETIVISMO Y SUBJETIVISMO EN LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

Santiago Uribe Ortiz

Estudiante de 5º semestre en la Facultad de Derecho
de la U. de A.
Medellín, Colombia, Calle 51, N° 78-A-27.

PRIMERA PARTE

I. Preliminar

El que acceda a estudiar estas cuestiones "tan difíciles y peligrosas" que acompañan la Teoría General del Derecho, debe precisar los límites y alcances de los conceptos que maneje. Vamos ahora a deslindar el contenido de la noción de objetivismo y subjetivismo en la interpretación, prescindiendo por el momento de toda referencia extrajurídica. Más adelante volveremos sobre el tema, con el fin de clarificar la situación, estableciendo como conclusión consecuente, si el problema del objetivismo y el subjetivismo es exclusivo de la Teoría General del Derecho, o si por el contrario dicho tema es una mera especie de un género mucho mayor, que se extiende más allá del "marco" jurídico.

Los problemas que abordaremos son éstos: ¿Es unívoca la noción de objetivismo y subjetivismo en la interpretación? ¿Existe una conexión natural o necesaria entre una teoría objetiva o subjetiva de interpretación y una metodología y gnoseología particulares? ¿Es sostenible la distinción entre interpretación objetiva y subjetiva? ¿Es posible una ciencia de la interpretación?

II. Objetivismo y Subjetivismo en la Interpretación

En un primer sentido, se habla de interpretación objetiva e interpretación subjetiva, siendo la primera la que atiende al significado comunicado, que está objetivizado en el acto de comunicación, y la segunda la que dedica su atención a descubrir el significado que intentó expresarse y se quiso comunicar.

En este orden de ideas, diremos que la interpretación subjetiva es "trascendente", en la medida en que no se limita a hacer consideraciones exclusivamente lingüísticas, sino que se apoya también en otros datos relevantes. La interpretación objetiva hace cuentas aparte de toda intención en el significante, pues considera que el acto de comunicación, como tal, tiene entidad propia, se hace objetivo, independiente de su autor, y en esa medida llamaremos "inmanente" a esta otra consideración.

Alf Ross¹ considera al respecto que lo que distingue a una y otra teoría no es el propósito que ambas persiguen —pues nada impide que ambas estén animadas por una idéntica aspiración a captar el significado objetivo preciso presente en el acto de comunicación—, sino en la forma como proceden: La interpretación objetiva se hará a un método que identifique preferiblemente los datos que son discernibles por el receptor en el momento en que aprehende la comunicación. La interpretación subjetiva, por el contrario, construirá su edificio con un método que le proporcione mejores elementos de análisis, considerando importantes todas las circunstancias personales ligadas al acto de comunicación.

En un segundo sentido, puede hablarse de una teoría subjetiva de la interpretación que aconseja a quien interpreta ponerse en lugar del legislador y decidir en conformidad con esto. Por oposición, una teoría objetiva rechazará toda pretensión de crear dentro del proceso interpretativo, decidiéndose más bien por una aplicación mecánica de la ley. La diferencia con la anterior dualidad es muy sutil, mas sin embargo, muy importante: Mientras el subjetivismo del primer sentido pudiera comportar también una negación de la actividad creadora del intérprete, el del segundo hace énfasis en tal poder creativo. Por el lado del objetivismo, en ambos casos será más difícil todavía apreciar la distinción, pues mientras el primero puede admitir cierto grado de libertad interpretativa, el segundo es radical negación de tal labor creadora.

Finalmente, existe un tercer tipo de dualismo, que no ha sido suficientemente enfatizado por quienes han estudiado el problema de la interpretación, aunque está presente en las obras más representativas de la Teoría General del Derecho del presente siglo. En este tercer sentido se atiende a la forma o manera como es llevado a cabo el proceso interpretativo, no ya en tanto cuanto que sea o no deducción mecánica o abierta, sino atendiendo al modo como éste proceso es llevado a cabo: A partir del querer del intérprete se da un sentido al texto, o desde el texto se encuentra un querer que es acogido como apreciado. En el primer caso, el intérprete determina al significado, y en el segundo es éste quien determina a aquél. Hasta qué punto es importante éste problema y cómo puede resolverse, son cuestiones que intentarán resolverse en este mismo desarrollo. Este dualismo, a su vez, distingue, más que el anterior, la relación intérprete-significante-significado.

En fin, sea de todo lo dicho lo que fuere, creemos que es más conveniente dedicar nuestra atención, por el momento, al primer dualismo propuesto. No consideraremos tampoco la distinción entre tres supuestos dualismos como algo firme y permanente. Por el contrario, es tal la conjunción de posibilidades, y es tan grande la mezcla —no siempre afortunada— de "exposiciones" y "clarificaciones" sobre el problema, que resulta tal vez más acertado, y no digamos menos consecuente, reelaborar una visión de conjunto del tema. A tal concurrirán, desde luego, aportes coadyuvantes tan valiosos como la lingüística, la crítica, la lógica matemática, la sociología de la ciencia, etc.

III. Mens legis y mens legislatoris

En adelante llamaremos interpretación "inmanente" a la teoría objetivista del primer dualismo, e interpretación "trascendente" a la interpretación subjetivista del mismo. Reservaremos los términos objetivismo y subjetivismo, como tales, para las categorías que se exponen en el último dualismo.

La interpretación trascendente considera la ley como un mandato del legislador, y en consecuencia debe buscarse la verdadera voluntad que guió a éste al dictarla. Débense encontrar, según esto, los verdaderos propósitos concretos que el legislador tuvo a la vista, el espíritu de la ley. Se habla entonces de una mens legislatoris". Este punto de vista es sostenido por Savigny y Winds-

cheid, entre otros.² El primero consideraba que interpretar era colocarse en el punto de vista del legislador y repetir artificialmente su actividad.³ Para el segundo, la labor del intérprete no es otra que atender al sentido fijado por el legislador en la unión de las palabras.⁴ A su turno, Regelsberger, citado por Engisch, señalaba que la ley es la expresión de la voluntad del legislador, y el contenido de ésta sería lo querido por aquél.⁵

Algunos consideran que, desde este punto de vista, la interpretación trascendente contribuye al robustecimiento del Estado absoluto o totalitario, ya que presupone convencer al intérprete de su inevitable sujeción al querer del Príncipe o gobernante.⁶ Esto, obviamente, puede cuestionarse en líneas absolutas.

La interpretación inmanente, que propende por el encuentro de la mens legis, afirmaba que lo importante era hallar la voluntad objetiva presente en la misma ley. Se afirma que la ley se separa de su autor y alcanza una existencia objetiva. La voluntad del autor es el texto mismo. La ley es la voluntad hecha texto. Para esta teoría las expectativas e intenciones del legislador no cuentan en cuanto no hayan sido expresadas en el texto, y por tanto no vinculan al intérprete. En orden a la confianza y seguridad jurídicas, se afirma que este modo de proceder garantiza a los súbditos una más equitativa aplicación de la ley, limitando con ello la retroactividad de la misma, cosa que se considera nociva. Además, se refuerza el argumento diciendo que la interpretación inmanente es el único modo de aplicar la ley ante situaciones nuevas no conocidas ni previstas por el legislador. Sólo así, dicen, es posible adaptar el orden jurídico a las nuevas necesidades sociales.⁷

A. Desarrollo histórico de la teoría de la interpretación trascendente.

La teoría de la interpretación trascendente siempre ha existido. Su elaboración rigurosa comenzó a hacerse a principios de la edad moderna, siendo difícil precisar los momentos en que se hace clara su formalización.

Con la formación de los Estados absolutistas europeos, posteriores al Renacimiento, va tomando cuerpo la noción que involucra un contenido de voluntad en la ley. El Estado absoluto concibe el poder únicamente en el monarca. La ley es su voluntad, su querer. La teoría trascendente de la interpretación coexistió largo tiempo con otra manifestación, esa sí menos digna de todo comen-

tario, que consideraba inaceptable todo tipo de interpretación. No otro sentido tienen las curiosas prohibiciones al comentario de las leyes, que encontramos en Justiniano, en los primitivos derechos chino y babilónico, y en el Código Napoleónico.⁸

Aristóteles, en su ética a Nicómaco, V, 10, hablaba de “corregir lo que falte, como lo habría hecho el mismo legislador”, mostrando con tal afirmación el ingrediente psicologista que está presente en la teoría de la interpretación trascendentalista.⁹

Al lado de este subjetivismo psicológico, el iusnaturalismo escolástico considera la voluntad divina como explicación y fundamento interpretativo de la ley.¹⁰ Es tan vasta la concepción subjetivista de la interpretación, que no es posible desconocer otros fundamentos que vinieron a robustecer filosóficamente esta teoría.

De una parte, el idealismo filosófico post-kantiano dio bases más firmes a la teoría subjetiva o trascendente de la interpretación,¹¹ evolución que culmina con Hegel, para el cual el Estado y su voluntad se divinizan.¹² Afirma éste en su “**Filosofía del Derecho**”: “...cuyo poder (del soberano) ...representa el poder de la subjetividad como última decisión de la voluntad, en el cual los distintos poderes se reúnen en una unidad individual, que es la culminación y fundamento de la totalidad, es decir, en la monarquía constitucional...”¹³

No serán defraudados tampoco quienes esperen ver una referencia, breve tal vez, del desarrollo propiamente jurídico, teórico, de la teoría trascendente de la interpretación. Puede decirse que la construcción teórica básica que formalizó y sistematizó el “trascendentalismo” en la interpretación fue Savigny.¹⁴ De su afirmación “...la interpretación es la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley...” ‘salta’ el discurso a Ihering.¹⁵ Si bien éste encontró siempre motivos para disentir de Savigny, parece que le falló en esto de la interpretación todo su ardor combativo. En efecto, Ihering no disiente de la afirmación de Savigny, pues decía a su vez: “...la interpretación lógica... vuela por encima de las palabras, y se transporta al alma del que se habla, buscando por decirlo así, el pensamiento de éste en su verdadero hogar...”¹⁶ La diferencia entre ambos, obviamente, surge a posteriori, a partir de sus métodos funcionales y teleológicos. Tanto Ihering como Savigny tenían igual idea acerca de la interpretación aunque, como bien es sabido, entre ellos existe cierta discusión a propósito de la manera de acceder al dato comunicado, al sentido.

Puchta, a su turno, afirmaba que interpretar es investigar el sentido de las palabras, y por tanto, la voluntad del legislador. Opinión que es recogida por Gèny, quien no vacila en expresar: "...Como la voluntad que lo ha creado es el alma de todo acto jurídico, así la voluntad legislativa es la que únicamente debe animar la fórmula que la revela. Esta voluntad es el objetivo de toda interpretación..."¹⁷

Como simple referencia, comparten también esta posición: Gluck (**Commentario alle Pandette**); Aubry et Rau (**Cours de Droit Civil Francais**); Gianturco (**Sistema de Diritto Civile Italiano**), y finalmente, Cimbali.¹⁸

Con otro criterio, que no es del caso examinar ahora, la "jurisprudencia de intereses" y los seguidores de Philippe Heck adhirieron, bien que en forma parcial, a la tesis central de la teoría trascendente de la interpretación, siendo tal vez la última gran escuela que la aceptó.¹⁹

B. Desarrollo histórico de la interpretación inmanente.

1. Negación de la interpretación ú "objetivismo" ingenuo

Dentro del inmanentismo, se presenta una curiosa posición, que se menciona más por ilustración que por otra cosa. Presente en el derecho Justiniano y en los Estados absolutistas medioevales y modernos, es la negación de toda interpretación. La ley lleva en sí misma su sentido, por tanto nadie debe buscarle ninguno. Lo más curioso es que llegó a prohibirse, en este orden de ideas, hasta los mismos comentarios a los códigos. Tal postura la hallamos en **De Auctore**, de Justiniano, obra en la cual encargara la preparación de los **Digestae**, prohibiendo de paso a juristas posteriores comentar su texto para no confundir con su verbosidad.²⁰ Y reflejo fiel, en la época moderna, es la actitud de Napoleón, quien se lamentará al conocer la aparición del primer comentario de su obra: "...mi código se ha perdido...";²¹ contrastando, años después, la famosa frase de Bugnet: "...yo no conozco el derecho civil, sólo enseñé el Código de Napoleón..." —en la época moderna, idéntica postura en Hobbes—.

2. La interpretación inmanente y su desarrollo

Reafirmándonos en lo dicho, hallamos nuevamente una paradoja, un incierto que nos lleva a la perplejidad. Es costumbre con-

siderar a Savigny como el "ontologizador" de la "ciencia" del derecho. Si con ello se quiere decir (Cossio)²² que es Savigny el primero en intuir, (si bien no muy claramente), el verdadero objeto del Derecho, bien es justo reconocerle tal título.

Pero tal reconocimiento nos conduce, como ya se anticipaba, a algo que parece absurdo. Partiendo de la obra de Savigny, desde fines del siglo pasado, la llamada Jurisprudencia de Conceptos dio un giro importante al problema de la interpretación.²³

Savigny, al que hemos puesto entre los subjetivistas, había señalado como cosa importante para la teoría de la interpretación la "reconstrucción del pensamiento contenido en la ley" y el "reconocimiento de la ley en su verdad" (**Sistema del Derecho Romano actual**),²⁴ lo cual es tributo al objetivismo. La dualidad se explica, como apunta Federico de Castro y Bravo justamente, por la presencia en Savigny de indicios y bases de un nuevo movimiento, que bien pueden resumirse en esta fórmula: Aspiración y deseo de separar el texto legal de la voluntad del legislador.²⁵

La organización del Estado moderno, con órganos pluripersonales y funcionamiento complejo, impulsaron, a la par que la obsesión por encontrar un 'método matemático' en la interpretación, la elaboración de una teoría como la que se comenta, independiente de las 'pesquisas psicológicas', menos sujeta a la esclavitud de los precedentes judiciales.

Conforme a lo anterior, la Jurisprudencia de Conceptos,²⁶ con Windscheid, entre otros, aplicará el método deductivo tanto a la formación como a la aplicación del Derecho. Ihering, ajeno a esta escuela, y aclarando que también en él hay rasgos trascendentalistas, hablará de un "proceso jurídico",²⁷ haciendo de la interpretación un proceso mecánico de carácter deductivo, que va reduciendo de su abstracción la norma jurídica para aplicarla al caso concreto.

Frente a la primitiva teoría objetiva de la interpretación que conducía a negar la función creadora de la interpretación, la teoría de la "mens legis" o teoría "inmanente" destacará la importancia de la técnica en la interpretación de la ley. Frente a una interpretación que busca la mente del legislador, la teoría inmanente se esfuerza por encontrar el sentido propio de la ley, su espíritu, lo que en sí misma significa como realidad objetiva.

Al respecto véase lo siguiente: ante tanta divagación 'psicologista', no resistió Turati lanzar su mordaz exclamación —El legislador! ¿Quién le ha visto alguna vez? ¿Quién le ha hablado?²⁸

Pueden incluirse como imanentistas algunos autores como Radbruch²⁹ (“...la ley a menudo es más inteligente que sus autores...”); Pacifici-Mazzoni³⁰ (**Instituzioni di Diritto Civile italiano**); Caldara³¹ (**Enciclopedia Giuridica Italiana**); Piola-Caselli³² (**Il Digesto Italiano. Interpretazione delle leggi**); Wach,³³ Hahn,³⁴ y no totalmente favorable a ella, Schreier:³⁵ “...aquella interpretación que pregunta lo que el escritor, poeta o artista querían decir propiamente, no es la única, sino que al lado de ella existe otra que busca descubrir el sentido de la obra de arte sin considerar lo que su creador quiso decir, pues frecuentemente puede su significación conducir a otros resultados distintos al de la significación del autor...” En igual medida, son objetivistas Saleilles³⁶ y Kohler.³⁷

Dentro del objetivismo existe un pequeño grupo que hoy, al menos oficialmente, sigue creyendo innecesaria la interpretación cuando la ley (léase norma) sea clara. En caso de ser “oscura”, aceptan sin reticencias la teoría objetiva o la subjetiva. Cabe examinar tal actitud en la segunda parte de este trabajo.

IV. Crítica a la interpretación immanente y trascendente

Es costumbre entre los comentaristas de un tema cualquiera del derecho común, esto es, “estudiosos del derecho”, asumir posiciones nada serias y mucho menos sostenibles, como que las cambian tan pronto van pasando de nivel académico, o mejor, conforme se van olvidando del laberinto en el que se hallan, a pesar de que cada vez en él más se adentran.

Por todo lo dicho es menester eliminar tales inconsistencias, aunque obviamente ya ello está por fuera del campo de la interpretación.

Es posible sostener y mantener el dualismo interpretación immanente-interpretación trascendente, o mejor aún interpretación “mens legis” — “mens legislatoris”?

La respuesta viene dada desde dos mundos distintos. En primer lugar, si nos situamos en la esfera de ambas teorías aceptando lo que ambas postulan, el dualismo es insostenible. En segundo lugar, tal como conciben el proceso de interpretación ambas concepciones, es ridículo siquiera entrar a examinarlas exhaustivamente (como seguramente harán muchos, para desgracia propia, o aje-

na), ya que lo que postulan no es nada, no se sostiene dogmáticamente, porque son teorías elaboradas viciosa y descuidadamente (e intencionalmente).

Teniendo presente lo dicho, vamos a limitarnos ahora a mostrar las críticas y las defensas que respectivamente se traen a cuento para sustentar ambas teorías; anotando de paso que en lo que concierne a la manera como ambas (en sentido tradicional) conciben el proceso de conocimiento jurídico (término más apropiado que el de interpretación) volveremos, tal vez, en la segunda parte del estudio.

Siendo cierto que gran número de normas están vigentes mucho tiempo después de ser creadas,³⁸ resulta tonto asumir la voluntad y el propósito de su creador, que seguramente ya no se adapta a las nuevas condiciones en que la norma rige.

Con ciertas reservas, hoy existe una tendencia generalizada a asumir una postura objetivista,³⁹ esto es, imanentista. Volveremos luego sobre esto al final de este aparte.

Afirmaciones en favor de una teoría trascendente:

a) Al decir de Enneccerus,⁴⁰ la voluntad se da en la medida en que se impone la mayoría por medio de la cooperación. No se pregunta qué pensó el legislador sino qué voluntad llegó a dominar en el acto legislativo y se expresó en la ley.

b) Se argumenta⁴¹ que la pluralidad de creadores no es obstáculo, aunque puede significar una dificultad, a efectos de descubrir el sentido que la mayoría o generalidad quería dar o atribuir al texto. Y que las leyes creadas unipersonalmente son a menudo más oscuras, mientras que en las otras los proyectos, actas, críticas y debates esclarecen mejor la “mens legislatoris”.

c) Gèny⁴² dice que es irrisorio afirmar que la ley se independiza de su autor y que más bien aquella depende del pensamiento de éste, que es plasmado en ella consciente y precisamente. Lo contrario —dice— implicaría negar la estabilidad institucional del Derecho.

d) Que si se prescinde del elemento subjetivo, la ley sería un fenómeno sin causa.

e) Que el juez no sólo interpreta sino que investiga, y para ello recurre a los propósitos de los autores de la ley.

En favor de una teoría objetiva se argumenta:

a) Que la formación pluripersonal de la ley implica multitud de órganos y personas, por lo que la ley no es la voluntad de nadie sino síntesis de diversas corrientes.

b) Que la ley se objetiviza haciéndose independiente de su autor, subordinándose al medio social, por lo cual llega incluso a producir resultados distintos a los que aquél quería.

c) El ser del derecho es cultural, no natural, y por tanto la tarea de interpretarlo es una tarea de interpretar sentidos y contenidos que tienen vida propia.

El sincretismo predominante hoy día permite concluir:

a) Aunque se admite que la ley implica una manifestación de voluntad, y que es necesario indagar por el pensamiento de sus autores, no se agota en ello la labor interpretativa. Canelutti⁴³ sostiene al respecto un curioso principio: la ley es interpretada más objetivamente en la medida en que el intérprete se aleja del legislador en el tiempo y en el espacio. Se asume igualmente que se legisla para el futuro, por lo cual las nuevas situaciones hacen imposible aplicar los mismos deseos que el autor quería, respecto a las nuevas relaciones no previstas por éste ni siquiera abstractamente.

b) Que la interpretación trascendente no es aplicable sin llegar a equívocos, y la inmanente, a su turno, carece de bases teóricas sólidas.

c) Que en último término la solución de este dualismo decidiría por sí misma el problema, ya que la distinción voluntad de la ley-voluntad del legislador, es artificiosa y estéril.

d) Que es mejor hablar de elementos objetivos y subjetivos en la interpretación que hablar de dos modos de interpretación.

e) Que distinguir entre dos modos de interpretación no es posible como ya se mostró antes.

V. Conclusiones:

En la doctrina actual se entiende superada la teoría trascendentalista y la teoría inmanentista, al menos parcialmente. El problema de la interpretación se reconoce como un problema estrictamente filosófico y metodológico. Por ello se observa un acceso de las distintas concepciones filosóficas de nuestros días a este problema, tematizándose el problema del "método jurídico". Predo-

minan las doctrinas sincréticas tanto en cuanto a la explicación del método como en la teoría de la interpretación. La predicción de Radbruch⁴³ sobre este sincretismo, según el cual la interpretación no sería un mero repensar lo pensado sino pensar una idea hasta su último extremo, parece haberse cumplido.

Este sincretismo, que, como apuntara Engisch,⁴⁴ es paralelo al avance "...del principio constitucional y democrático..." se ve apoyado también, al decir de Otto Brasiin,⁴⁵ en los progresos de la lógica, conforme al modelo matemático.

Finalmente, puede apuntarse que la interpretación apunta hoy su rumbo hacia tres "fuentes" o "tesoros", que no son en igual modo discordantes, sino paralelos: los antecedentes históricos, las reglas del pensamiento y el análisis del sustrato sociológico o socioeconómico de los intereses en juego. Por esto es dable hablar de tres líneas de investigación, que, cuando se han extremado a ultranza (con perjuicio de su mismo progreso) han dado origen a sendas "jurisprudencias": una jurisprudencia histórica,⁴⁶ una jurisprudencia de conceptos⁴⁷ y una jurisprudencia de intereses.⁴⁸ Hoy no se acepta que cada una de ellas sea un fin en sí misma, ni que puedan por sí solas agotar la presencia del fenómeno jurídico.

I. Preliminar

Resulta temerario aventurar una eventual absorción de la **Teoría Pura del Derecho** de Kelsen, por la jurisprudencia "realista" o sociológica. Destácase, sin embargo, un momento común a ambas escuelas: el contenido voluntarista presente en toda interpretación.

No es tampoco nuestro propósito elaborar una "Teoría General de la Interpretación", aunque no renunciamos a dedicar nuestra atención a ciertas nuevas formas de concebir el proceso descrito. Viene al caso referir dos movimientos verdaderamente revolucionarios, la lingüística transformacional de Chomzky, y la escuela literaria de la "nueva novela", una en Norteamérica y otra en Francia, que al presente están señalando nuevos derroteros en la investigación de los objetos culturales.⁴⁹

Hasta qué punto son extensibles los descubrimientos de los citados movimientos en el campo de la Teoría General del Derecho es cosa ajena a nuestra pretensión. Nos limitaremos, en consecuencia, a hacer somera referencia a ellos, tratando de adecuar sus experiencias y logros en el campo del Derecho.

A tal efecto destinaremos el párrafo siguiente, para volver luego sobre el tema propiamente jurídico, cual es la posibilidad de una teoría general de la interpretación que no desconozca ni renuncie a considerar el elemento volitivo dentro de su objeto.

II. La crítica literaria

En el campo literario se pretende eliminar la absurda pretensión de un objetivismo en el lector, para lo cual se distingue la expresión que interpreta el texto de la que lo critica. La teoría tradicional de la crítica literaria ha propuesto ciertos criterios para obtener la verosimilitud: La objetividad, que sería algo fuera del intérprete, sustraído de sus valoraciones. La nueva crítica contraargumenta, diciendo que no existe un método objetivo que muestre cuál es el verdadero sentido de las palabras, y mucho menos garantice una objetividad presente en el grupo social anejo a la obra.

Más aguda resulta, desde otro punto de vista, la afirmación de la nueva escuela: en la medida en que se nos aconseja tomar las palabras en su sentido "natural", se está eliminando precisamente el criterio objetivo que se pretende encontrar, pues el criterio "natural" será el que nos hayan enseñado a ver en el texto. No habría objetividad sino subjetividad que se pretende objetiva.

Propone la antigua crítica el criterio de justeza en cuanto a la interpretación del texto. Sin embargo, se presenta idéntico problema, el saber el gusto de quién es el que debe considerarse como más adecuado, para lo cual no existen métodos objetivos.

Se propende por la claridad, por la ausencia de interpretación ante un texto "claro". Se contesta que tal posición es verdaderamente ridícula, que supone un "idioma sagrado" que es "claro", a pesar de que no se indica por qué razón un texto es claro o no lo es. La nueva crítica, con fundada razón, se burla de esta suposición abstracta, que momifica y embalsama la lengua bajo la pretendida pureza, en orden a salvar la "claridad", que en el fondo busca salvar un status, una casta lingüística; es mero pretexto para favorecer a ciertos autores que se signará de "claros" y perjudicar a otros llamados a priori "oscuros".

Finalmente, la antigua crítica había propuesto la **asimbolia**, bajo una forma de subjetivismo disfrazado de objetivo, que aconseja ver lo que el texto dice, no querer encontrar en él símbolos o elementos psicológicos, incluso analogías; se pide al intérprete ser específico y ver lo originario del texto. La nueva crítica acomete contra esta última recomendación, que representa un desconocimiento de los elementos históricos, psicológicos e incluso inconscientes (psicoanalíticos), presentes normalmente en un texto.

La nueva crítica asegura que de seguirse el método de la antigua crítica, todo quedaría reducido en último término a una charla sobre el texto mismo, una tautología que se mantiene sobre el objeto mismo. Si se hace una historia de la historia, ¿por qué no hacer un lenguaje del lenguaje?

Corresponde también a la nueva crítica el mérito de intentar señalar las pautas para realizar, no sólo una ciencia del texto, sino una ciencia de la crítica al texto, tomando el proceso interpretativo como base para tal crítica.

El lenguaje se considera como sistema de símbolos. ¿Cómo es posible realizar una ciencia de lo simbólico? ¿Sería la crítica símbolo también?

III. La interpretación de los textos literarios

El texto es un objeto simbólico, porque su estructura determina varios sentidos, todos ellos lógicos y posibles. Todo texto encierra una pluralidad de sentidos. Esta multiplicidad de sentidos es verificable en el tiempo y en el espacio. En el tiempo, una misma obra no se interpretará igual en una época que en otra. En el espacio, dos autores pueden ver, a un mismo tiempo, dos sentidos distintos en el texto.

La obra encierra muchos sentidos, muchos más que los que el intérprete vea en ella, e incluso unos diferentes a los que el autor quiera poner en ella. Desde el momento en que se admite que la obra está escrita (fija) es posible una ciencia del texto. Su objeto será dar un sentido al texto, rechazando otros. Será por tanto una ciencia comprometida. No interpretará símbolos sino posibles símbolos lógicamente derivables del texto. No dirá por qué debe aceptarse un sentido sino cuál es aceptable, entre muchos. La ciencia del texto debe preocuparse por descifrar la lógica con que han sido construidos los sentidos que pueden seguirse del texto.

La ciencia no es crítica. Por tanto, la crítica es un intermediario entre el texto ya interpretado y el texto escrito. La crítica produce los sentidos, la ciencia trata de esos sentidos. La ciencia no tiene como misión "aclarar" el texto para que la crítica le dé un sentido, sino que indica qué sentidos son ilógicos.

IV. La crítica literaria del texto en relación con la interpretación de las normas jurídicas

Conviene examinar el dualismo objetivismo-subjetivismo en el campo jurídico.

Generalmente una norma jurídica no se presenta en un solo texto, sino que es menester reconstruirla a partir de varios textos puestos en conexión. Ello es debido a razones de técnica lingüística y legislativa; la introducción en dichos textos de elementos técnicos favorece la brevedad, aunque no siempre la comprensión. De la relación entre textos y normas es posible extraer dos conclusiones: Primera, la norma sólo se halla mediante una conexión de varios textos diferentes, lo cual es un principio básico de la interpretación. Segunda, el texto es mera señal o signo de la norma, un instrumento de su manifestación.

La escritura cumple un papel de divulgación y de seguridad en la comunicación de las normas jurídicas. Por esta razón el texto tiene gran importancia ante los destinatarios de la norma, sujetos activos de la interpretación. La objetivización de la norma jurídica en un texto escrito plantea ciertos problemas de interpretación, a la vez que contribuye a tecnificar y agilizar el lenguaje del derecho. Hasta ahora no ha sido posible formalizar el lenguaje del derecho, por lo cual su estructura favorece dos tipos de problemas aún no resueltos: "ambigüedad conceptual" y "ambigüedad sintáctica". La primera, que alude al campo de referencia más o menos vago de un símbolo, es ineliminable. La segunda, si no del todo, si puede al menos parcialmente ser limitada.

Como bien apuntan todas las opiniones modernas, en la interpretación subyace un acto de voluntad al lado de un acto de conocimiento. Hasta dónde sea posible construir una teoría general de la interpretación que considere tanto el problema de conocimiento como el problema de voluntad, es algo que no puede responderse cabalmente. Se puede sí mostrar los intentos del llamado "realismo" por encontrar las pautas, los "factores pragmáticos" que determinan los actos de voluntad presentes en la interpretación. Tampoco creemos que sea imposible extender los resultados obtenidos por la lingüística al campo del derecho, por lo menos puede hacerse el intento.

No compartimos por tanto la postura de Soler,^{49 bis} para quien el derecho es semejante a la geometría, en cuanto es equiparable hablar de conceptos creados (como "compraventa") semejantes a los conceptos matemáticos (triángulo). G. Carrió⁵⁰ anota acertadamente cómo, siendo posible hablar de una lógica jurídica, no puede afirmarse, al decir de Soler, que el lenguaje del derecho plantee los mismos problemas del lenguaje matemático. En el derecho estará siempre presente un pernicioso elemento valorativo, que hace ridículo semejar el modelo matemático con el modelo de las ciencias sociales.

"Esta equiparación, en el mejor de los casos, es engañosa. Sugiere que las palabras y expresiones jurídicas tienen la misma precisión que las palabras que usa el geómetra para aludir a sus objetos construidos".

Este voluntarismo es confirmado por Kelsen, para quien la creación de una norma individual a partir de una general es esencialmente una función creadora de la voluntad de su autor, siendo

entonces cierto que, a pesar de ser la norma un marco de posibilidades, la creación de la norma individual, que llena el marco de la norma general, es una función de la voluntad.

En este sentido hablamos de otra materia de dualismo: toda interpretación, desde este punto de vista, es subjetiva, no objetiva, y los supuestos de "claridad", "justeza", "objetividad" y demás que citaba la nueva crítica para la crítica literaria valen también en cuanto al proceso de interpretación de las normas jurídicas. La palinodia de Calamandrei⁵¹ sobre la sentencia como silogismo es por lo mismo bien dicente.

No resistimos transcribir cierto aparte de Levi-Bruhl,⁵² quien a propósito de la mentalidad primitiva superviviente en muchos aspectos de la cultura, dice: "... Así se explica en lo que respecta al método jurídico, que los textos equivocados, las construcciones antisintáxicas, los absurdos de la llamada interpretación gramatical y su probada insuficiencia no alteren la idea mística de que la ley es de locución irreprochable, ni eviten el frecuente confinamiento de los intérpretes con las palabras..."

Los fundamentos filosóficos de ambos dualismos son bien claros, pues mientras de un lado se niega al método de conocimiento toda actividad creadora, el objeto determina al sujeto, del otro se afirma que es el sujeto quien, en cierta medida, participa de la determinación del objeto, con su método. Sin entrar a verificar las variantes que puede conllevar el subjetivismo, entendido como lo entendemos aquí, podemos finalizar diciendo de él que se afirma más como actitud que como principio. La dirección moderna apunta, en este sentido, a una interpretación subjetiva. En cuanto al primer dualismo, examinado en la primera parte, se apunta hacia un objetivismo.

EL NEGOCIO JURIDICO Y SU INTERPRETACION

I. Conceptos jurídicos fundamentales

Existen tres tipos de expresiones lingüísticas: exclamaciones o expresiones sin significado representativo; aserciones, y directivas (tampoco tienen significado). Las normas jurídicas son directivas (alógicas), pero las proposiciones doctrinarias son aserciones (lógicas).

Derecho vigente es el conjunto abstracto de ideas normativas que permiten interpretar los fenómenos del Derecho en acción. Esto significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y ello porque sirven socialmente y se viven como obligatorias. El problema de definir el "concepto" de derecho es ajeno a las ciencias del Derecho, ya que éstas se ocupan de un todo coherente, el derecho nacional vigente. Las palabras por sí mismas, como "derecho natural", "obligación", etc., nada significan, sino que son meras menciones de situaciones que acontecen y con ellas son denotadas.

Las normas jurídicas se dividen en dos grupos: normas de conducta y normas de competencia. Las primeras prescriben una cierta línea de acción. Las segundas crean una competencia, disponen que las normas creadas de un modo establecido serán consideradas normas de conducta; por ello son normas de conducta indirectamente expresadas. El Derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares. La vigencia de las normas la condiciona la aplicación judicial (en sentido amplio) del Derecho. Esto se traduce en la aparente paradoja de que mientras más efectivo es el acatamiento de una regla en la vida jurídica extrajudicial, más difícil es verificar si ella posee vigencia, por cuanto los tribunales tienen una oportunidad mucho menor de manifestar su reacción.

Para comprobar si una norma es vigente hay que distinguir entre normas directas de conducta y normas de competencia. Los enunciados sobre el derecho vigente se refieren a decisiones futuras hipotéticas sujetas a ciertas condiciones. Si A es una predicción, ello no supone que podamos predecir con certeza razonable el resultado futuro, pues ello depende de muchos factores.

La afirmación de que una regla rige es muy relativa. Una regla puede ser derecho vigente en un grado mayor o menor que varía con el grado de probabilidad con el que podemos predecir que será aplicada.⁵³

II. El Derecho subjetivo

La administración de justicia es el resultado de la oposición de dos fuerzas: la conciencia jurídica formal (acto de conocimiento de la norma) y la conciencia jurídica material (acto valorativo de la conciencia).

La tarea de aplicación del derecho es conexas con una ideología de las fuentes del derecho. Por tanto, a la luz de la aplicación del derecho una solución es "correcta" respecto de una determinada ideología del método y las fuentes del derecho, presente en el tribunal respectivo (en sentido amplio).

Normalmente se asume que toda norma jurídica comporta de ordinario un deber jurídico y un derecho subjetivo. El derecho subjetivo puede entenderse como herramienta técnica de presentación de las normas vigentes, sin referencia semántica alguna; como simplificador de los razonamientos y como elemento de referencia en un código o ley. Usado en situaciones típicas indica una facultad, un interés (ventaja) y una protección (procedimiento) presentes en un mismo titular. En los casos atípicos, con separación de estas tres notas, la teoría debe forzarse para poder ser mantenida.

Tradicionalmente se ha asumido que el derecho subjetivo es el producto de un contenido de voluntad, o un interés jurídicamente tutelado. Ambas teorías se desechan, por su inutilidad manifiesta en las situaciones atípicas.

Toda norma jurídica impone deberes jurídicos, y eventualmente, derechos subjetivos. Por ello se dice que es imperativo-atributiva. Deber jurídico es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra u otras de exigir de la primera cierta conducta positiva o negativa. Derecho subjetivo es la facultad coercible derivada de la norma de hacer o exigir algo, no impeditivo por otro.

Es presupuesto para la posterior discusión sobre la naturaleza del negocio jurídico referirnos a dos teorías elaboradas en torno

al derecho subjetivo. (Es impropio predicar derecho subjetivo en la potestad conferida a los órganos del Estado. Se reserva el concepto para los llamados "intereses particulares".)

A. Teoría de la voluntad

Para Windscheid⁵⁴ derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico. El concepto así descrito conduce a dos situaciones: la facultad que tiene una persona para exigir de otra un comportamiento positivo o negativo; o la facultad que se confiere a una persona para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

B. Teoría del interés

Para Rudolf Ihering⁵⁵ el derecho subjetivo está constituido por el interés y la acción. Es el interés jurídicamente protegido: comprende no sólo los intereses patrimoniales sino los de todo orden. Interés es todo lo que reporta utilidad al sujeto. La protección es el elemento formal del derecho subjetivo, y sin ella no se tiene verdadero derecho sino una "situación refleja", similar a éste pero que no se confunde con él.

Las teorías que combinan ambos intereses y voluntad se hacen objeto de iguales críticas que las hechas a las dos anteriores: no puede sustentarse en todos los casos, sin forzar la teoría, una afirmación tan perentoria.

Igualmente se rechaza la noción de "contenidos" o "sustancias" del derecho subjetivo. Si se conserva la expresión, es con el único fin de sistematizar la exposición del derecho vigente.

III. La autonomía privada

A. Teoría tradicional

La teoría clásica considera que la autonomía privada es aquel campo de intereses en el cual los particulares regulan todas las relaciones que atañen a sus necesidades.⁵⁶ Se predica que éste es anterior a toda regulación jurídica, en un principio, y que conforme avanza y se desarrolla el orden jurídico, y por meras razones

de vigilancia y mejor regulación, el ordenamiento jurídico entra a presidir, sin dominar totalmente, este centro de actividades propia de la órbita de los particulares.

Es contundente la afirmación de los autores que adhieren a esta teoría el considerar la iniciativa privada como anterior al poder del derecho, independiente de toda regulación. Cuando el derecho entra a establecer ordenaciones, lo hace sólo de manera tangencial, no principal, pues lo que importa es que los propios particulares, independientes de toda ingerencia normativa, entren a regular y satisfacer sus necesidades acordes con su libre apreciación y discernimiento.

Se deduce de lo dicho que la citada escuela considera que los actos ejercidos en virtud de tal autonomía son obligaciones socialmente, aún antes de toda regulación positiva. La sanción del derecho, dicen, es un añadido posterior, una nota ajena al acto.

Resalta que lo dicho sea aplicable respecto de teorías que se baten en duelo hace ya largo tiempo. En efecto, para Betti, Stolfi, etc., y los autores nacionales, la autonomía privada es históricamente anterior al orden jurídico.⁵⁷

Se dice que la autonomía privada tiene capacidad para crear los instrumentos correspondientes para satisfacer los fines que se propone. Instrumentos tales son, a este efecto, los negocios jurídicos. Se dice también que el derecho reconoce los negocios jurídicos porque considera útil la función que los particulares se han propuesto.

La teoría tradicional se anula a sí misma en cuanto afirma que sólo funciona el concepto "... en ordenamientos fundados en el reconocimiento de la propiedad individual...".⁵⁸ Aunque aún en los que la reconocen no pueda decirse, como creen, que sea anterior a ese ordenamiento.

Se estima conveniente decir que también los derechos subjetivos se conciben como previos a toda regulación. Obsérvese este pasaje: "...tampoco el derecho subjetivo es algo con que el particular sea investido desde arriba, y casi impuesto o asegurado por obra automática de la ley, sin su consentimiento y voluntad. Más bien al contrario, frecuentemente es obtenido gracias a una actividad propia, apta para poner en movimiento el mecanismo de la norma jurídica, y, una vez alcanzado, ha de conservarse y defenderse con un esfuerzo casi siempre vigilante contra la amenaza y el ataque ajenos...".⁵⁹

Aún más grave es el error en las citadas escuelas, que consideran el negocio jurídico como mero creador de relaciones jurídicas, esto es, supuesto jurídico. ¿Pues cómo puede decirse que una cosa es supuesto jurídico si se asume que es anterior a toda regulación jurídica? Además, se niega que el negocio jurídico pueda ser generador de verdaderas normas jurídicas. La teoría es ostentosa al afirmar que si el negocio jurídico fuera creador de normas entre las partes, estaríase afirmando la existencia de un verdadero poder constituyente por fuera del Estado.

Si lo último dicho fuera cierto, razón de más habría para anular estas escuelas, pues con lo dicho se está negando lo inicialmente precisado, cuando se propendía por una supuesta anterioridad de la autonomía privada frente al ordenamiento jurídico.

No se ve tampoco dificultad —como cree evidenciarla la teoría clásica— en que el negocio jurídico sea supuesto y norma jurídica a un mismo tiempo. ¿Acaso no sucede igual con el acto del administrador, con la sentencia judicial, con el acto legislativo? Presuponen ellos un "poder Constitucional" en el administrador, en el juez o en el legislador, fuera del poder constituyente que inspira la Constitución del Estado? Por supuesto que no.

B. Teoría del positivismo jurídico

Trataremos aquí parcialmente el problema de la autonomía privada, pues volveremos sobre el tema a propósito del negocio jurídico.

Todo acto jurídico (en sentido amplio) emana de una competencia. Competencia es un caso especial de potestad. Hay potestad cuando una persona es capaz de causar ciertos efectos jurídicos deseados.⁶⁰

Toda sanción hecha en ejercicio de una competencia es conocida bajo el nombre de legislación. Tomada la palabra en sentido amplio, la legislación comprende no solo la constitución (si es escrita) y las leyes del Parlamento, sino también todo tipo de normas sancionadas subordinadas y autónomas, cualquiera que sea el nombre con que se las designe: órdenes del consejo, reglas y órdenes estatutarias, reglamentos de autoridades locales, de corporaciones autónomas, de iglesias, etc. Una norma del derecho legislado recibe su autoridad de las normas de competencia que definen las condiciones bajo las cuales la sanción tendrá fuerza legal. Estas condiciones pueden ser divididas en dos grupos.

Las condiciones formales de competencia definen el procedimiento. Las condiciones materiales definen el objeto o contenido de la norma que puede ser sancionada mediante el procedimiento indicado. Combinando ambos conjuntos de condiciones podemos decir que una norma sancionada tiene fuerza legal si ha sido dictada por una autoridad que ha seguido el procedimiento regular y ha obrado dentro de su competencia material.

Así las cosas, los actos jurídicos (en sentido amplio) de los particulares, que integran la mal llamada autonomía privada, son un caso especial de competencia.

Carece de sentido, en términos racionales, una competencia por fuera del ordenamiento jurídico. Lo que sucede es que, en una sociedad primitiva, es difícil separar la órbita "pública" de la órbita "privada", pero siempre ésta última existe de conformidad con la primera.

Tanto para Kelsen como para Ross los actos jurídicos de los particulares son verdaderas normas jurídicas, creadas por éstos en virtud de una norma anterior que los faculta para ello.⁶¹

Toda teoría que trate de subordinar las disposiciones del derecho legislado a la autonomía privada es falsa, pues así sea consuetudinariamente, DEBE existir una previa norma jurídica que faculte al individuo a disponer de sus intereses. No hay pues "reconocimiento" y "protección" sino verdadera creación de la autonomía por parte del propio ordenamiento.

C. La autonomía en el orden jurídico colombiano

Conforme a los principios ideológicos que lo informan, el orden jurídico colombiano, en el C. Civil especialmente, y siempre que los particulares no violen la ley, el orden público y las buenas costumbres, pueden contratar libremente como a bien tengan. Esta noción se extiende más allá del campo más o menos restringido del contrato, para abarcar incluso los "convenios" o "convenciones", habida cuenta de que el C. C. equipara ambos términos en su art. 1495.

Decir que el orden jurídico reconoce libremente la autonomía de los particulares, hasta el punto de que las excepciones son más escasas que las propias permisiones, pudiera llevar al convenci-

miento de que la autonomía privada está por encima del propio ordenamiento, el cual se restringiría a llenar los vacíos que las partes pudieran tener en sus actividades.

Nada más lejano de la realidad. El orden jurídico tiene como principio lógico no necesario el permitir todo, salvo lo prohibido. Pero es pensable que fuera al contrario, la permisón considerada como la excepción, y la prohibición como la regla. Ello comportaría obviamente una inseguridad general, pues si es dificultoso, en caso de ser lo permitido la regla, saber qué es propiamente lo permitido (recuérdese la vaguedad de "orden público"), cual no sería la dificultad, en caso de ser lo prohibido la regla y no la excepción, para saber ¿qué es realmente lo permitido?

Sobra decir que en el estado actual, los asuntos relacionados con la legislación laboral, arrendamiento de predios urbanos en algunas ciudades, precio de artículos de primera necesidad, transportes, etc., escapan al campo de la autonomía privada; y no porque los particulares no puedan ejercer la competencia en estos asuntos de forma idónea, sino porque el orden jurídico considera más conveniente sustraerlos de su campo, para regularlos directamente de manera general.

Y no es que antes de caer a la órbita de la regulación legal dichos actos no estuvieran adecuadamente regulados, sino que su regulación, hecha por el ORDEN JURIDICO a través de los particulares de manera mediata, se ha considerado mucho más conveniente si es hecha directamente por el propio orden jurídico. Pero en ambos casos existe regulación jurídica coercible.

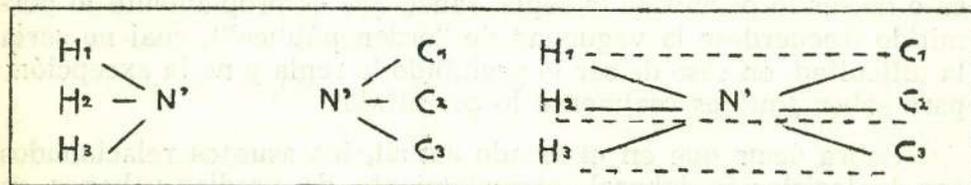
En resumen, el orden jurídico colombiano ha considerado conveniente atribuir a los particulares una competencia (competencia autónoma, distinta de la heterónoma) para obligarse entre sí del modo que consideren conveniente, de acuerdo con las determinaciones hechas por el propio orden jurídico.

IV. El negocio jurídico

Toda norma jurídica consta de dos partes: hecho condicionante y consecuencia jurídica. Una norma jurídica puede ser hecho condicionante para otra norma, que atribuirá, al verificarse la existencia de la primera como "hecho condicionante", una consecuencia jurídica.

Un mismo hecho condicionante puede ser supuesto de hecho para dos normas, lo que significa que a un mismo hecho son atribuidas dos consecuencias jurídicas. Asimismo, una consecuencia jurídica puede ser hecho condicionante para otra norma jurídica. O bien, una norma jurídica puede ser: hecho condicionante, para la norma A; consecuencia jurídica de la norma B; y en sí misma, es una norma jurídica, la norma C.

Lo anterior puede expresarse así:



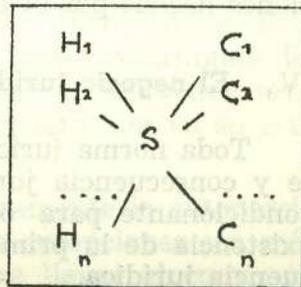
Sea J un ordenamiento jurídico cualquiera en U. Sean también en J $n_1, n_2, n_3, \dots, n_n$, donde $n_1, n_2, n_3, \dots, n_n$ son normas jurídicas. Toda norma jurídica (n) está compuesta de un hecho condicionante y de una consecuencia jurídica, de modo que si se da el hecho condicionante DEBE darse la consecuencia jurídica. Esto puede expresarse así:

$$H_1 - C_1; H_2 - C_2; H_3 - C_3; \dots H_n - C_n$$

Sea P un conjunto de normas jurídicas donde a un mismo hecho condicionante son atribuidas muchas consecuencias jurídicas; o a muchos hechos condicionantes es atribuida una misma consecuencia jurídica; o donde a muchos hechos condicionantes son atribuidas muchas consecuencias jurídicas, de modo que es posible encontrar un principio S que permite ordenar y sistematizar un conjunto de hechos condicionantes respecto de un conjunto de consecuencias jurídicas a ellos atribuidas. De modo que:

$$\begin{aligned} H_1 & \text{ --- } C_1 \\ H_2 & \text{ --- } C_2 \\ \dots & \dots \\ H_n & \text{ --- } C_n \end{aligned}$$

Es equivalente a



En tal caso S es un 'derecho subjetivo'. Decimos que un 'derecho subjetivo en J es la misma norma jurídica vista desde el punto de vista de quien está facultado por ella. Mirada desde el obligado, hablamos de 'deber jurídico'. En ambos casos, S es una visión antropomórfica de la norma. Puede prescindirse de S para explicar a J, pero a menudo, se acude a S como criterio clasificador de J.

El ejercicio de las facultades sistematizadas en S puede a su vez clasificarse por grupos: S₁, S₂, S₃, son elementos de P; y S₄, S₅, S₆, son elementos de E. Donde P son los S "patrimoniales" y E los S "extrapatrimoniales".

A su turno, el ejercicio de los S incluidos en P puede clasificarse; S₁, S₂, S₃, son elementos de C, donde C son las compraventas; S₄, S₅, y S₆, son elementos de A, donde A son los arrendamientos.

Nada impide organizar estos conjuntos en torno a principios unificadores cada vez más generales: Contratos, que incluirán las compraventas, los arrendamientos de obra, de servicio, etc. Siguiendo esta forma de clasificación puede llegarse a encontrar un principio unificador, no ya del 'derecho subjetivo' sino del ejercicio de éste, para un campo de J que se considera relacionado en cuanto a ciertos principios: N contiene todas aquellas relaciones jurídicas propias del campo de la "autonomía privada", etc. Este criterio unificador N puede ser usado por quien dé cuenta de un lenguaje normativo, o por el propio ordenamiento jurídico. Debe advertirse que todo sistema de normas puede clasificarse en torno a un principio unificador diferente al usado antes. En efecto nada se opone a clasificar las normas por las consecuencias jurídicas (como se ha hecho aquí) sino también por los hechos condicionantes. Un apasionante tema que no desarrollaremos aquí, pero proponemos al lector, es investigar si la tal clasificación puede intentarse en torno a los nexos imputativos existentes entre los supuestos jurídicos y las consecuencias normativas.

La noción de negocio jurídico es incluida a menudo como criterio clasificador de ciertas normas jurídicas. Un criterio clasificador de normas puede ser introducido por el propio ordenamiento jurídico o por los juristas que lo estudien. En AMBOS casos, el concepto unificador puede ser usado descriptiva o prescriptivamente. Un ejemplo de uso descriptivo es aquella distinción entre

contratos onerosos y contratos gratuitos, que puede introducirse en un texto de derecho privado, sin fin distinto del mero análisis de las notas diferenciales de ambos. Un ejemplo de uso prescriptivo, en este caso usado por el propio orden jurídico es aquél artículo de la Constitución Política que exige como requisito de validez de los decretos que emita el Presidente de la república la firma del ministro o de los ministros respectivos, salvo el nombramiento de éstos por el susodicho decreto, caso en el cual es válido con la sola firma del Presidente. Es claro que el concepto de decretos es usado como concepto referencial prescriptivo, en la medida en que agrupa multitud de actos administrativos de distinto contenido, atribuyéndoles en bloque consecuencias jurídicas.

La confusión existente en torno al negocio jurídico procede de identificar un criterio sistematizador usado descriptivamente con un criterio unificador usado prescriptivamente. No es imposible que ambos criterios concurren, como cuando se organiza un mismo tipo de normas jurídicas para clasificarlas y derivar de tal clasificación unas consecuencias jurídicas.

El orden jurídico utiliza la noción de contrato para sistematizar un conjunto de normas especiales. Sin embargo, el orden jurídico considera que el "contrato" específico de cada caso concreto es en sí mismo una expresión prescriptiva, "ley" para las partes. Nunca ha sido más afortunada la equiparación de "contrato" y "ley" en el campo del derecho. En efecto, una ley puede contener una sola norma jurídica o varias, y de igual forma un contrato contiene a menudo, multitud de normas. Desde este punto de vista, los contratos son leyes en cuanto podemos decir que son un conjunto de normas que son aplicadas de manera más o menos simultánea.

Sean H_1 , H_2 , y H_3 hechos condicionantes contemplados por las normas jurídicas n_1 , n_2 , y n_3 . Si se verifica H_1 DEBE SER C_1 , si se verifica H_2 DEBE SER C_2 y si H_3 DEBE SER C_3 .

Si H_1 , H_2 y H_3 están vinculados natural o jurídicamente, de manera estrecha, es probable que verificado H_1 se verifiquen igualmente H_2 y H_3 ; en consecuencia, dados H_1 , H_2 y H_3 surgen conjuntamente (simultáneas) C_1 , C_2 y C_3 . Desde el punto de vista descriptivo, un observador notará que H_1 , H_2 y H_3 se dan juntos siempre o casi siempre, y en consecuencia, C_1 , C_2 y C_3 . Desde el punto de vista descriptivo, esta situación puede abreviarse introduciendo

do la noción de N , de modo que se agrupan en un solo concepto un conjunto de hechos condicionantes y consecuencias jurídicas que existen conjuntamente.

Desde el punto de vista normativo, el propio ordenamiento establece mecanismos adecuados para que ambos supuestos se den simultáneamente, y surjan las consecuencias jurídicas asimismo. Normalmente, al darse los hechos condicionantes conexos, surgirán además otras consecuencias jurídicas C_4 , C_5 y C_6 , que normalmente, aisladamente considerados, no producirían H_1 , H_2 y H_3 .

Puede suceder que un orden jurídico acuerde que dados H_1 , H_2 y H_3 , se dé N' ; y dado N' , se den C_1 , C_2 y C_3 . Alguien podría decir que en este caso tenemos ante nosotros dos normas jurídicas, y que C_1 , C_2 y C_3 son consecuencias jurídicas de N' . Esto es falso si se considera que N' no se daría sin H_1 , H_2 y H_3 . Puede decirse, en rigor, que H_1 , H_2 y H_3 son los hechos condicionantes mediatos de C_1 , C_2 y C_3 . Esto puede expresarse así:

H_1		C_1	H_1		C_1
H_2	N'	N'	C_2	H_2	N'
H_3		C_3	H_3		C_3
"norma 1ª"		"norma 2ª"		"norma única"	

Puede verse que N' en sí mismo no es norma en el primer caso, sino consecuencia jurídica; ni en el segundo, donde es hecho condicionante. El tercer ejemplo nos muestra que es mera apariencia que N' sea una cosa u otra. Es cuestión de preferencia decir que dados simultáneamente H_1 , H_2 , y H_3 surgen simultáneamente C_1 , C_2 y C_3 ó decir que dados simultáneamente H_1 , H_2 y H_3 se da N' ; y dado N' se dan simultáneamente C_1 , C_2 y C_3 .

Puede suceder que dados simultáneamente H_1 , H_2 y H_3 se dé N' , en donde las partes que verifican los supuestos H_1 , H_2 y H_3 crean nuevos supuestos H'_1 , H'_2 y H'_3 que no son consecuencia jurídica de H_1 , H_2 y H_3 . En tal caso puede decirse que N' es verdadera norma jurídica para las partes. También aquí es cuestión de preferencia decir que las partes crean estos supuestos o es el orden jurídico expresado a través de éstas quien ejerce su competencia.

No puede concebirse, en ningún caso, que N' exista sin verificarse H_1 , H_2 y H_3 , así estos sean parte de una norma supuesta o no escrita, pero vigente. Sin embargo, puede suceder que las con-

secuencias jurídicas de N' creadas, o mejor, atribuidas a H¹, H² y H³, que son C¹, C² y C³, sean iguales a C₁, C₂, y C₃. Ello demostraría que N' es una creación mediata del propio orden jurídico.

Aún si C¹, C² y C³ son distintas a C₁, C₂ y C₃, ó existen independientemente, puede sostenerse que N' es producto del orden jurídico, que supedita las consecuencias jurídicas C₁, C₂ y C₃ al apareamiento o no apareamiento de C¹, C² y C³.

Queda aclarado pues que N' puede también crearse por el propio orden jurídico, que puede sustraer de la órbita de competencia de las partes la creación de ciertos hechos condicionantes y sus respectivas consecuencias, y crearlas él directamente.

Usando a N' como mero sistematizador de normas, es inocuo hablar de contenidos en N', pues N' no existe siquiera normativamente. (Nos referimos al caso en el cual N' es usado por los juristas o el orden jurídico en función estrictamente descriptiva).

Usando en sentido prescriptivo, tampoco existen en N' contenidos o sustancias inmanentes, pues toda norma jurídica se reduce a vincular unos supuestos con unas consecuencias. Del mismo modo que se dice que toda norma jurídica (en este caso nos sirve más el concepto de ley o conjunto de normas) no es producto de la "voluntad del legislador", pues ello conlleva a ficciones, el negocio jurídico como norma jurídica tampoco puede ser tal.

La anterior consideración debe tenerse en cuenta al examinar la noción de negocio jurídico, pues es corriente confundir, en primer lugar, el concepto usado descriptivamente y el concepto usado prescriptivamente, y en ambos casos, lo que ello significa.

De lo dicho se desprende que en ningún caso la voluntad o el acuerdo de las partes deba considerarse como integrativa del concepto de negocio jurídico. Ello tampoco significa que el ordenamiento jurídico considere inútil examinar la voluntad, etc. sino que tal examen tiene su justo lugar y su justa medida. Puede al orden jurídico interesarle un contenido de voluntad, pero ello sólo desde el punto de vista de H₁, H₂ ó H₃, ó de todos, o incluso de ninguno, según se trate de N¹, N², etc. El ordenamiento jurídico puede considerar indispensable la manifestación de la voluntad de las partes, pero ello sólo para verificar la existencia de los respectivos condicionantes.

Una vez verificados éstos, NO puede decirse que la consecuencia de ellos, esto es, C₁, C₂ y C₃, sean producto de la voluntad,

pues son producto del orden jurídico, no de la voluntad. En el caso de H¹, H² y H₃, también cabe decir que la voluntad importa para saber si se dan o no, pero una vez dados, C¹, C² y C³ DEBEN ser, independientemente de toda voluntad. La voluntad o cualquier hecho fáctico importa sólo en relación con la verificación del supuesto, pero no crea las consecuencias jurídicas. Ello no excluye que los sujetos hayan obtenido las consecuencias que querían, pero así las obtengan, lo hacen no porque las hayan querido, sino por verificar el supuesto que las produce. Ese querer es irrelevante normativamente. En cuanto se examine el problema de la interpretación, se demostrará que cuando el orden jurídico faculta al juez para indagar por la voluntad de las partes a efecto de calificar las consecuencias jurídicas, se está introduciendo un nuevo supuesto tácito que se interpone entre H¹ y C¹, etc., para modalizar C¹. En consecuencia, C¹ será producto de H¹ + h, sin que por ello pueda decirse que la existencia normativa de C¹ depende la voluntad de las partes. Simplemente, C¹ después de H¹ + h no es la original consecuencia, sino otra parecida que estaba sujeta en cuanto a su nacimiento, a un hecho condicionante complejo. Pero de ello no se sigue que su existencia normativa dependa de la voluntad, lo que depende o no, según el caso, de la tal voluntad, es el hecho condicionante. Una vez el juez indague por ello, la consecuencia jurídica DEBE ser.

Ya se dijo también que no puede considerarse la competencia de las partes como algo extrajurídico.

V. El negocio jurídico como ejercicio de competencia

Toda norma jurídica se expresa en la fórmula si H, entonces C. El juez prueba los hechos condicionantes para determinar el surgimiento de las consecuencias jurídicas. El contenido de la norma jurídica determina los hechos relevantes para decidir, los que denominamos hechos operativos. En cada caso de administración de justicia hay muchas circunstancias que deben considerarse. En el caso del contrato, su sola celebración no es lo único que importa (cuentan también el dolo, la minoridad, etc), aunque la celebración es de suyo un fundamento más específico que las demás circunstancias. Los hechos operativos pueden ser entonces específicamente relevantes (creadores) o meramente condicionantes.

En general un hecho condicionante no es en sí mismo suficiente para producir la consecuencia jurídica. Si así fuera, no ha-

bría p. ej., promesas inválidas. Para que un hecho condicionante sea específico es necesario que sea definido como tal, por la propia norma. Algunos hechos operativos son puramente fácticos, otros no. Puede distinguirse entonces entre hechos operativos que son sucesos o actos. Los actos pueden ser acciones o actos jurídicos. Los actos jurídicos o disposiciones, son comunicaciones lingüísticas cuyo efecto está determinado por el contenido de la propia comunicación, y por ello son instrumentos adecuados para la creación de nuevo derecho por parte de la actividad humana. Todo acto jurídico emana de una competencia. Competencia es un caso especial de potestad. Hay potestad cuando una persona es capaz de causar ciertos efectos jurídicos deseados. La competencia es la potestad de disposición, y es ejercida por una declaración positiva, esto es, una declaración que normalmente produce efectos jurídicos concordantes con su contenido. La competencia "privada" puede ser ejercida libremente, a satisfacción del individuo. En cuanto a su ejercicio, la competencia privada es autónoma, limitada a la potestad de obligar al individuo o a otros con su consentimiento, mientras la autoridad es heterónoma, esto es, incluye la potestad de obligar a otros (o a todos los coasociados) sin su consentimiento.

Esta diferencia entre la competencia privada (discrecional y autónoma) y la competencia social (obligatoria y heterónoma) puede explicarse brevemente diciendo que la primera es atribuida al sujeto como individuo y la segunda le es atribuida como órgano de una comunidad. Una declaración dispositiva es una directiva, dada a menudo como un enunciado aparentemente teórico sobre la existencia de deberes y facultades. Las leyes, los contratos y los testamentos son ejemplos de declaraciones dispositivas.

El límite entre la competencia y los otros casos de potestad no es claro. En algunos casos la disposición contiene una descripción detallada de las relaciones jurídicas creadas, modificadas, mantenidas o extinguidas. En otros, se limitará a llenar los claros de una serie de efectos jurídicos que en lo demás han sido por el orden jurídico, como cuando un comprador anuncia que cancela un contrato. Es preferencia personal decir que la notificación de la cancelación del contrato es una disposición que tiene efectos concordantes con su contenido o decir que la notificación da lugar a los efectos jurídicos predeterminados por el derecho. De todos modos los efectos están previamente standarizados, y son producidos automáticamente como si se pulsara un botón.

Como norma general la competencia dispositiva de los particulares sólo los obliga a ellos mismos; cuando un particular tiene competencia para obligar a otro o a otros, ello supone una disposición antecedente de ese otro u otros.

La potestad (competencia) de un particular es distinta de la libertad suya para ejercerla, o incluso, de su deber de ejercerla. De todos modos, el ejercicio de la potestad está sujeto a ciertas líneas predeterminadas de acción. Puede insistirse en que la potestad de los particulares se basa en la idea de autonomía.

Cabe preguntar, una vez visto que el hecho condicionante bien puede ser producto de la voluntad, pero que de allí no se sigue que el negocio jurídico sea contenido de voluntad, si las consecuencias jurídicas, como los supuestos, son también, por lo menos virtualmente, producto normativo de la voluntad (fácticamente puede suceder de hecho que surjan precisamente aquéllas que son deseadas por las partes) o si son producto ajena al querer particular.

El análisis no puede ser más claro. ¿Qué son las consecuencias jurídicas coercibles derivadas del negocio jurídico como norma, o mejor, como "ley"? Son deberes jurídicos o derechos subjetivos.

Ningún deber jurídico que vincule a un sujeto puede ser producto de su voluntad, y mucho menos de su "disposición".⁶²

Tampoco puede serlo un derecho subjetivo. Remitimos al lector a lo dicho al respecto. Toda norma jurídica establece deberes jurídicos, de una parte, y derechos subjetivos de otra. El negocio jurídico, como conjunto de normas, producirá lo uno o lo otro, ya lo quieran las partes, ya no lo quieran. Si lo quieren, las consecuencias no son coercibles por esa razón, estamos ante un caso de simple coincidencia. Si no las quieren, mucho menos, pues contra su querer el orden jurídico, a petición de parte, las hará exigir por medios coercitivos.

En consecuencia rechazamos toda pretensión que afirme que las consecuencias jurídicas que se siguen del negocio jurídico son esencialmente distintas (normativamente) de las de otras normas jurídicas: por el contrario, son formalmente iguales.^(62 bis)

VI. El interés y la voluntad en el negocio jurídico

El problema del interés y la voluntad en el negocio jurídico debe reducirse a sus justas proporciones. Toda norma tiene como

causa normativa otra norma, y ésta otra, y así sucesivamente hasta encontrar una norma que no deriva su validez de ninguna otra, por lo cual la llamamos Constitución. Pues bien, cuando se dice que el negocio jurídico debe tener una "causa" o que es producido por un interés o una voluntad manifestada en una declaración, etc., nos referimos no a la causa normativa sino a los hechos fácticos que determinan la verificación del hecho condicionante.

Partimos del presupuesto lógico de que todo negocio jurídico es ejercicio de un derecho subjetivo, aunque aceptamos que no todo ejercicio de un derecho subjetivo es un negocio jurídico. (Opinión en contrario, para lo primero, puede encontrarse en Betti; opinión a favor, para lo segundo, mismo autor).

La voluntad como elemento del negocio jurídico es propuesta por vez primera por Savigny,⁶³ seguido luego de Puchta, Toulhier y Larombiere,⁶⁴ entre otros, influenciados por la filosofía voluntarista de Manuel Kant⁶⁵ y de Fichte,⁶⁶ quienes les dan el apoyo filosófico. Como presupuesto político, es sostenida por los teóricos de la época de la revolución francesa, y con fundamentos jurídicos, tomados de las fuentes del Derecho Romano, los pandectistas alemanes del siglo XIX.⁶⁷

Siendo conjunta la evolución de ambas teorías, la Willens-theorie o teoría volitiva, y la Erkläerungstheorie o teoría declarativa, consideramos conveniente mostrar ambas conjuntamente.⁶⁸

La teoría dominante, esto es, la teoría volitiva, con Savigny a la cabeza,⁶⁹ considera que la voluntad es el elemento principal de un negocio jurídico: lo que el derecho dota de consecuencias jurídicas es el querer del individuo, mediante el cual se manifiesta la propia autonomía en el campo de la vida social. Por tanto, la declaración es sólo un medio de manifestación, pero lo esencial y jurídicamente determinante es la voluntad. En el conflicto entre la voluntad y la declaración debe prevalecer aquélla, y así, la declaración de una voluntad verdadera es tan sólo una apariencia de declaración.

Así planteada, la Willenstheorie produciría resultados inicuos ya que, haciendo decisiva para la validez o nulidad del negocio la intención del agente, sacrificaría al aceptante de una declaración falsa producida por mala fe o culpa del declarante (culpa lata). Por esta razón, en la misma teoría empiezan a introducirse restricciones a la fórmula inicial. Una de estas restricciones será el 'compromiso técnico de garantía', propuesto por Windscheid. Para

Windscheid,⁷⁰ todo declarante garantiza tácitamente los perjuicios que puedan seguirse de su declaración. Por ello dice que debe responder por los daños que cause su declaración, cuando traiciona la confianza de la otra parte. Por ello debe asumir la garantía de las consecuencias jurídicas que de la declaración se sigan.

A decir verdad, la garantía tácita que se propone como elemento ponderador de la declaración de voluntad es un artificio, como observara Hartmann, aunque no deja de ser una idea ingeniosa.

Estas y otras soluciones a medias provocaron ataques decididos contra la Willengstheorie. El primero, proveniente de Rover,⁷¹ comienza examinando el principio "Ninguna declaración es eficaz sin voluntad", para concluir que el citado principio es falso para las declaraciones entre vivos, ya que el principio de aplicación supuestamente general sufre muchas restricciones: la falta de acuerdo entre voluntad y declaración es indiferente si recae sobre una parte no esencial del negocio. Técnicamente, es mejor decir, no una parte esencial, sino una cláusula que subsiste per se. En las declaraciones entre ausentes, si el declarante cambia de voluntad antes de que la declaración llegue a la otra parte no hay tampoco lugar a ineficacia del negocio. En estos casos tiene efecto lo que ha sido declarado y no querido. Otra objeción conviene en señalar cómo la aplicación del principio absolutamente, conllevaría a negar que el error inexcusable del declarante produzca la nulidad de lo declarado, pues ello sería injusto frente a quien recibe la declaración. En último lugar, Rover muestra la diferencia entre las declaraciones inter vivos y los testamentos, pues estos últimos no obligan al otorgante, mientras los primeros vinculan a las partes.

En consecuencia, se apunta como conclusión el hecho de que la declaración emitida por una persona capaz produce efectos jurídicos independientemente de la consideración de la voluntad del declarante.

De este modo se proclamó como base del negocio la declaración de voluntad en su forma objetiva y exterior. Bahr, Holder y Schall consideran que la voluntad sólo funciona como mero supuesto, que deriva de la existencia de la propia declaración. Observaciones similares en contra de considerar una voluntad interna se hallan en Lotmar, Thon y Schlossmann.⁷²

Schlossmann es particularmente agudo. Dice que el negocio jurídico no obliga ni por la ley, que se limita a "bordar en contor-

no", dejando el resto a los particulares; ni por el "espíritu popular", que le parece demasiado ondulante y variable. Considera que el negocio jurídico es una abstracción inútil, ya que sólo existen los casos prácticos del comercio jurídico cotidiano. Afirma igualmente que el dogma de la autonomía no tiene bases jurídicas, y que el dogma de la fuerza obligatoria de la voluntad es falso. Intenta solucionar los problemas de interpretación en base a la equidad y justicia del fallador en cada caso.

Kohler⁷³ rechaza la antítesis establecida entre la voluntad y la declaración como dos elementos distintos, estimando que el problema está mal planteado cuando se dice que uno u otro son más importantes y deben ser preferidos. Sostiene que el derecho mira como anómala la separación de voluntad y declaración de voluntad, de lo interno y lo externo: la declaración de voluntad es una unidad a cuya existencia coopera el hombre física y psíquicamente. Voluntad y declaración son los dos polos de un mismo fenómeno. No es a las fluctuaciones del querer a las que se atribuye consecuencias jurídicas, sino a la acción de la voluntad —Willensaktion— que entre al mundo real como producto de la vida voluntaria. La declaración de voluntad, más que una manifestación, es una incorporación y objetivación del querer. De esta forma, Kohler relega la voluntad a mero estadio preparatorio (irrelevante jurídicamente), para la formación del acto volitivo.

En 1878 publicó Windscheid su programa **Wille und Willenserklärung**, donde hace una defensa vehemente de la teoría volitiva.⁷⁴ En la época se aceptaba que una declaración de voluntad es nula si no se ha querido realmente lo que se declara. Se decía que ni la sola voluntad ni la sola declaración bastaban, sino que se necesitaba la unidad del querer y la declaración. La declaración sin voluntad sería tan nula como la voluntad sin declaración. Se decía que la declaración es un acto, es decir, exteriorización de la voluntad, por lo cual resultaría inexacto creer que el efecto jurídico sea producto del querer del declarante, pues la voluntad que se realiza en la declaración se dirige a producir un cambio no en el mundo jurídico, sino en el mundo físico.

A todo lo anterior contestó Windscheid diciendo que la declaración no es simple medio de participar un querer que existe ya, sino el movimiento de la voluntad en acción; no es comunicación de un querer pasado ya sino un querer presente, contenido en ella. Al par que la declaración es expresión de la voluntad concebida como comunicación, afirma que es también la voluntad dirección

hacia los efectos jurídicos. Considera también que no siempre se verá protegido el interés del declarante, pues una teoría objetivista, declarativa, pudiera también perjudicarlo.

Como conclusión de su estudio, considera que en caso de dolo o culpa lata el negocio es válido a pesar de la divergencia entre voluntad y declaración, por la responsabilidad del declarante, que surge después de su declaración.

Zitelmann⁷⁵ concluye a su turno que no hay declaración sin voluntad. Distingue entre la voluntad de declarar y la voluntad dirigida al contenido, y hace claridad entre la voluntad como medio y la voluntad-fin, cosa que considera es confundida a menudo por los tratadistas.

Bekker⁷⁶ critica a Zitelmann el dejar de lado las cuestiones prácticas. En posterior obra, Zitelmann reconoce la insuficiencia de ambas teorías. Es negativo en cuanto que niega una solución, por lo cual considera vana toda especulación: en último término es el juez quien decide si hay o no divergencia entre la voluntad y la declaración.

Del lado de los partidarios de la teoría declarativa es patente el formalismo rígido que entorpece la buena fe del comercio jurídico. Por esta razón el propio Kohler reconoce que el papel de la voluntad es un elemento importante en la evolución y progreso del derecho.

Leonhard,⁷⁷ que acude a las fuentes romanas, acaba siguiendo a Lotmar; Pernice,⁷⁸ a su vez, rechaza la teoría declarativa, la teoría de la responsabilidad, cree poco satisfactoria la teoría de la confianza y acaba acogiéndose a la teoría volitiva confesando su insuficiencia.

Surgió así un movimiento conciliador. Hartmann afirma que la teoría volitiva, al someternos estrictamente al elemento interno, establece una regla demasiado rígida. Con ello los prudentes sufrirán los daños y los imprudentes quedarán libres de toda responsabilidad. Induce, a partir de la inoponibilidad de la simulación a los terceros de buena fe, que el negocio jurídico produce consecuencias jurídicas así el declarante esté en contradicción con el contenido de la declaración, por disposición del derecho. Muestra cómo, desde el punto de vista práctico del Derecho Romano el problema se resolvía de acuerdo no a un principio único, sino investigando la buena fe y la posibilidad de indagar la existencia de la voluntad y la equidad.

Hartmann⁷⁹ afirma que el orden jurídico atiende tanto a la voluntad como a la declaración, y que por tanto voluntad debe entenderse preferiblemente como voluntad típica e ideal. Sostiene que de ordinario lo normal es atender a la voluntad de las partes, dejando de lado la divergencia interna cuando ello riñe con la buena fe y la seguridad del comercio. Su posición es acogida por Bekker;⁸⁰ Dernburg⁸¹ la señala como la más exacta y razonable, y Regelsberger contribuye a estilarla.⁸²

Monich y Breit critican considerar las circunstancias que ilustran la declaración como elemento suyo.⁸³ Por eso insisten en que puede haber otras circunstancias que sirvan en la interpretación del negocio. Manigh⁸⁴ insiste mucho más en considerar el hecho de que es exacto atender a los indicios que reflejen la voluntad de las partes, pero niega lo que dice Isay,⁸⁵ es decir, que la declaración incluya todos estos indicios concluyentes. Distingue entonces entre declaración y sentido atribuido a ella.

Leonhard,⁸⁶ refiriéndose al código germánico, considera que el Estado protege los negocios jurídicos a fin de que la voluntad expresada en ellos se realice hasta donde sea posible; si bien, para seguridad del comercio, permite además que tengan efecto declaraciones no queridas. Kohler, enrumbándose por la consideración del acto de voluntad como objetivización en el mundo exterior del querer del agente, niega eficacia al negocio que no represente tal objetivación.⁸⁷

Crome, Enneccerus y Biermann adoptan una postura intermedia.⁸⁸

La teoría volitiva, esencialmente individualista, considera unilateralmente la voluntad del agente, dejando de lado los intereses sociales. El dogma de la voluntad se deriva de una exageración del arbitrio humano, producida por las corrientes del derecho natural del siglo XVIII. Si bien es cierto que el orden jurídico permite el libre despliegue de la iniciativa privada, no lo es menos que tal principio debe conjugarse con los intereses opuestos de los demás coasociados, que reclaman seguridad en sus transacciones comerciales.

La consideración exclusiva de la voluntad del agente lleva a sacrificar los intereses del público y a traicionar la confianza de los contratantes. Más aún si se considera que para resolver los

eventuales conflictos debe atenderse, como se propone, a un elemento interno y suprasensible. Tendríamos así a los juristas de psicólogos y a los jueces de psicoanalistas.

La aceptación por parte de la teoría volitiva de la validez del negocio hecho en reserva mental destruye el principio lógico en en se funda, así pretenda mostrarlo como excepción aislada.

La teoría formalista o declarativa no es sin embargo, menos incongruente. Deteniéndose ante las palabras y los signos exteriores y sensibles, rompe toda conexión entre el querer del agente y el mero contenido verbal de la declaración. Y cuando se acude al elemento volitivo como auxiliar del intérprete, se corre el riesgo de que la tal voluntad sea la que éste cree ver, y no la del agente o de las partes. Se dice por ello que la separación entre voluntad y declaración hace de ésta última mero agregado de palabras y signos, un acto exterior sin vida. De igual modo, la protección a la mera declaración puede perjudicar a las partes, ante error excusable de éstas, pero inexcusable para la tal teoría.

Eliminado incluso las anteriores críticas, la teoría de la declaración, de la manifestación objetiva y exterior, pretendiendo dar confianza y seguridad al comercio, puede contribuir, con su rigorismo y formalismo, a impedir los libres desenvolvimientos de éste. De la cual afirmación se sigue la pintoresca aserción de Voigt,⁸⁹ cuando recuerda cómo del rigor iuris se sigue considerar la palabra legal con autonomía e independencia, lo cual hace que la simulación nada signifique, la interpretación sintáctica y lógica se hagan inadmisibles y al dolo y la violencia quitar toda influencia en las determinaciones de voluntad.

Eliminando el elemento subjetivo, será la dialéctica hábilmente empleada la que dé efecto sofista a las palabras empleadas. En los labios del experto éstas serán medio eficaz de satisfacer su ambición, y los del inexperto, instrumento de autoengaño y ruina.

Entendiendo la teoría declarativa en su sentido más amplio, entendiendo que lo decisivo es la totalidad de la conducta exterior del sujeto, lo que implica valorar la actividad del declarante en relación con circunstancias externas, el resultado no es tampoco irrecusable. En el momento en que se comience a valorar la actitud del declarante se estará atendiendo no ya a un comercio jurídico típico, sino a cada caso concreto, con lo cual volveremos a caer en la afirmación de la voluntad circunstancial como verdadero factor decisivo. Aún así, una mera apariencia de voluntad se-

ría decisiva, de no advertirse su irrealidad. El negocio deja entonces de ser instrumento para regular el comercio entre los particulares, según sus necesidades, para convertirse en la imposición de una responsabilidad de efectos jurídicos dependiente no de las palabras legales, pero sí todavía de una actitud legalista causalista.

Mientras la teoría volitiva protege al declarante, la declarativa, en cualquier modalidad, viene a proteger a los receptores. En ambas teorías son defectos graves apreciar unilateralmente un solo aspecto, un solo interés, con exclusión del otro. También se ignora que los negocios jurídicos pueden ser dirigidos al cambio ordinario de prestaciones, o encaminados a desplegar de modo especial la individualidad del agente o de las partes.

Francisco Ferrara, con la gravedad que lo caracteriza, propone enriquecer la discusión en torno a la teoría de la responsabilidad. Considera que la solución más equilibrada es esta teoría, que considera eficaz la declaración si la divergencia proviene de culpa o dolo del declarante.

El argumento es el siguiente: no hay preferencia entre un elemento y otro. En los negocios jurídicos concurren ambos, deben concurrir ambos, pues una declaración en sí misma es un esquema vacío, y la voluntad en sí misma es inverificable jurídicamente.

La valoración de la declaración debe atender a la intención del declarante, en base a circunstancias concluyentes. Esta consideración puede tener límites por el interés general, pero es un principio a priori imprescindible. Nada impide, como no quiere aceptar Schall,⁹⁰ que el derecho considere como punto de partida para examinar unas consecuencias jurídicas los elementos volitivos o subjetivos del declarante o del agente. El orden jurídico, al decir de Zitelmann,⁹¹ dota de consecuencias jurídicas la voluntad individual que aspira a un resultado económico, lo que no significa que la declaración sea reproducción exacta del querer, ni impide que el orden jurídico se fije en la intención inicial. También puede el orden jurídico templar la aplicación extrema del principio, en orden a proteger los intereses de terceros. El principio de la voluntad se mantiene entonces como presupuesto lógico modalizado jurídicamente por ciertas restricciones.

No pretende esta teoría resolver el problema, reemplazando confiadamente, a su antojo, la voluntad por la culpa o el dolo; lo que quiere destacar es que aún si fuera un negocio en tales circunstancias, la mera culpa o dolo producirían efectos jurídicos.

El derecho privado regula las relaciones entre particulares, es el derecho del comercio jurídico. La voluntad será protegida en cuanto sea portadora de un interés real. Si el derecho protege las simples voliciones, es porque cree ver en ellas una función importante. La voluntad no es pues omnímoda, y por esta razón el orden jurídico retirará su protección en cuanto considere no ajustada aquélla a los fines que persigue y al provecho común y la seguridad generales, que no pueden quedar libradas al capricho o mala fe de las partes.

VII. Interpretación del negocio jurídico

El artículo 1494 del Código Civil consagra las fuentes de las obligaciones civiles. El artículo 1495 del Código Civil es quien define el contrato o convención, aunque en realidad lo definido allí es más bien la obligación. De ambos artículos puede concluirse que el acto jurídico puede ser unilateral o bilateral, y éste último puede ser el convenio o el contrato.

El artículo 1494 del Código Civil habla, en todos los casos, del concurso real de las voluntades de ambas partes, o "el hecho voluntario de la persona que se obliga". Más adelante, el artículo 1502 del Código Civil corrobora la introducción al código de la expresión, quizá desafortunada, de "acto o declaración de voluntad". Resulta curioso observar cómo éste último artículo considera indispensable para que el acto jurídico produzca obligaciones, la existencia del consentimiento sobre dicho acto declaratorio. (Es decir, exige la voluntad para hacer un acto que se define precisamente como voluntario). El artículo 1517 del Código Civil, que considero muy importante, contiene una exigencia que no puede pasarse por alto: toda declaración de voluntad debe tener por objeto una conducta. Esto se deduce de confrontar los artículos 653 y el artículo 1518 del Código Civil, pues sólo de las conductas puede exigirse la licitud o ilicitud.

El artículo 1602 del Código Civil establece los efectos del contrato, que es "ley para las partes", y por tanto no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales. Sin embargo, se ha dicho ya cómo la autonomía de la voluntad va sufriendo cada vez más recortes "... por motivos de interés social y aún de orden público..." como reconoce la propia Corte Suprema de Justicia.

Del Artículo 1603 del Código Civil parece seguirse la exigencia de efectos típicos, vinculantes, así no hayan sido queridos o expresados por las partes, y mucho menos queridos y expresados, por obra de la ley.

Con lo dicho antes puede investigarse qué solución acoge el Código Civil para resolver el conflicto entre la declaración y la voluntad. Los artículos que regulan la interpretación de los contratos están comprendidos en el libro 4º del Código Civil, Título 13, del 1618 al 1624. En las asignaciones testamentarias y los testamentos en general se atiende a los artículos que están dispersos en los respectivos títulos, como el 1127 del Código Civil. Sobre convenios en general puede decirse lo mismo, considerando los artículos: 742, 743, 746, 747 y 748 del Código Civil. El Código de Comercio, artículos 822-23 y ss. remiten al Código de procedimiento Civil y al Código Civil.

Habíamos dicho que resultaba desafortunado cifrar los efectos del negocio en una sola circunstancia condicionante, pues, así no lo exprese el artículo 1502 del Código Civil, es obvio que la sola declaración de voluntad no produce normalmente los efectos jurídicos pertinentes. Véase tan solo el artículo 1517 del Código Civil que contiene una exigencia ineludible para todo acto dispositivo. Doctrinariamente resultaría entonces más adecuado definir el negocio jurídico como el acto jurídico que generalmente produce los efectos específicos.

Cuando se dice que los efectos del negocio jurídico deben guardar conformidad con el contenido de la declaración se está desconociendo la existencia del propio artículo 1603 del Código Civil. Además, es imposible llegar a una generalización absoluta de un principio de tal naturaleza. Puede decirse que la declaración únicamente determina el efecto jurídico en cuanto a ciertas características básicas acorde esto con el artículo 1603 del Código Civil. Además, cuando se examinan los efectos de los negocios jurídicos "estereotipados" se advierte al momento que la autonomía de las partes está mucho más restringida.

Tampoco resulta acertada la expresión "declaración de voluntad" cuando se considera que el concepto de declaración no es unívoco. Puede significar tanto un acto de comunicación o información como un acto de carácter espiritual-emocional volitivo, tal como una declaración o exclamación. Ninguno de los dos significados parece adecuado a las circunstancias. El primero de ellos

es manifestación inadecuada, pues un acto jurídico de los particulares no está destinado de ordinario a informar a nadie de la intención del celebrante, y mucho menos a comunicar su estado emocional. El orden jurídico tampoco trata las "declaraciones" como meras comunicaciones, según dispone el artículo 1602 del Código Civil. El segundo sentido es inaceptable, pues no siempre traslucen al negocio los sentimientos del declarante.

Respecto de la voluntad, no está claro cuál es la que se expresa por medio de la "declaración". Si se entiende como una intención respecto de la conducta futura de su autor, se introduce el problema de los negocios hechos por mandatarios, o representantes de una persona colectiva, donde o no hay voluntad o carece de sentido decir que es mi voluntad la conducta de otra persona, o que he querido algo que no conocía al efectuarse.

No se niega que la voluntad tenga un papel en la creación de los negocios jurídicos, y aún en cuanto al cumplimiento de las obligaciones a que dan lugar. Sólo que el margen de posibilidades es estrecho en relación con una afirmación que pretenda generalizar tal exigencia. El Código Civil colombiano, siguiendo al Código Civil Francés, atiende ante todo a la intención de las partes, si ésta es conocida claramente, más que al sentido literal de las palabras, según el artículo 1618 del Código Civil. El problema está en saber hasta qué punto la disposición es derecho vigente, pues es difícil saber cuándo ésta intención es claramente apreciable por el juez, o hasta qué punto es la intención que éste cree ver la que se impone en definitiva. Ridícula viene a ser en consecuencia la disposición del artículo 1619 del Código Civil que hace derivar toda cláusula hacia un efecto, cualquiera sea, antes que dejarla sin alguno, lo cual constituye reafirmar la omnipotencia del fallador; cosa ésta que acepta la propia Corte Suprema de Justicia. Y esto porque el sentido atribuido puede ser perfectamente contrario a la intención de las partes, acorde esto también con el artículo 1621 del Código Civil.

Contra los que se alzan en oposición a considerar el negocio jurídico como verdadera norma jurídica, con ámbitos de validez territorial, espacial, temporal y personal, el artículo 1622 del Código Civil y los artículos 34 a 40 de la Ley 153/1887. En todo caso, el Código Civil manda considerar el contrato, en especial, y por generalización otros actos jurídicos, como un todo no escindible a efectos de su interpretación.

No puede decirse que se acoge una teoría declarativa o volitiva; si se logra demostrar que se acoge alguna. Tampoco de acoger una u otra va a verse perjudicado el acreedor o el deudor, porque allí está el artículo 1624 del Código Civil que protege al deudor en caso de duda o ambigüedad. Parecería también que el Código Civil acoge un criterio de responsabilidad y ponderación, cuando el segundo inciso del mismo artículo dispone interpretar las cláusulas ambiguas contra aquél de las partes que las ha dictado o extendido.

En las disposiciones referentes al pago, y aún a otras formas de extinguir las obligaciones, puede apreciarse cómo el Código Civil se aparta a menudo del voluntarismo que se le atribuye, como cuando valida el pago hecho aún contra la voluntad del declarante. Tampoco puede asumirse una teoría declarativa, si se recuerda que el error en el nombre del negocio, de cláusulas irrelevantes o del nombre del contratante no tienen mayor alcance.

En materia de interpretación de los testamentos resulta más ideal que efectiva la apelación a la voluntad del testador o a sus intenciones, o aún a sus efectivas disposiciones y condiciones.

No merece atención la pretensión del artículo 1127 del Código Civil de limitar la interpretación a las cláusulas oscuras.

BIBLIOGRAFIA

- 1 Ross Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Universitaria, 1974, p. 117 y ss.
- 2 Díez Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, Ed. Ariel, 1973, p. 245.
- 3 4 y 5, Op. Cit. ps. 245, 247.
- 6 Op. Cit. p. 246. Esta opinión es frecuente encontrarla en aquellos que asumen una posición "contestataria" frente al sistema jurídico vigente.
- 7 Cfr. nota 3.
- 8 Dualde, Joaquín. *Una revolución en la lógica del derecho*. Concepto de interpretación en derecho privado. Barcelona, S. Ed. 1933, p. 43.
- 9 10, 11, 12, 13, y 14, Op. Cit. ps. 43, 45. Ver también a este respecto Fernández, Vicente. *Fundación creadora del Juez*. Tesis doctoral, Buenos Aires, Ed. Abeledo - Perrot, 1970, ps. 39, 92.
- 15 Cfr. nota 9.
- 16 17 y 18, Op. Cit. ps. 248, 250.
- 19 Ibid, p. 265.
- 20 y 21, Cfr. nota 8 y ver también Ross Alf. *Sobre el derecho y la Justicia*. Op. Cit. Párrafo XXIV sobre la interpretación.
- 22 Confrontar a este propósito: Cossio, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires, Ed. Losada, 1954, p. 21 y ss.
- 23 y 24, Cfr., notas 2 y 8.
- 25 Castán Tobeñas, José. *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*. Madrid, Ed. Reus, 1947, p. 239.
- 26 "Consideraciones sobre la teoría general de la interpretación de las normas jurídicas". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*. S. R., p. 304 y ss.
- 27 Op. Cit., ps. 304, 332. Es aplicable lo dicho a propósito del conflicto de la voluntad e intereses en la formación del negocio jurídico, al final de la tercera parte.
- 28 Op. Cit., p. 310.
- 29 Ibid, p. 312.
- 30 31 y 32, Cfr. nota 25, p. 240 y ss.
- 33 34 y 35, Cfr. nota 30 y nota 73.
- 36 y 37, Cfr. nota 25 y nota 73.
- 38 Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1968, ps. 77, 82. Trad. de Genaro Carrió. Es importante examinar su capítulo IV, párrafo 2, con los títulos Soberano y súbdito, y La persistencia del derecho, respectivamente.
- 39 Cfr. nota 25, p. 225.
- 40 y 41, Op. Cit., ps. 226, 228.
- 42 Ibid, p. 227.
- 43 Cfr. nota 26.
- 43 Bis: Cfr. nota 26.
- 44 Cfr. nota 2, p. 245.

- 45 Cfr. nota 2, p. 288. Estas dos últimas notas remiten a una sintética pero sustanciosa exposición, relativa a los lineamientos más atrevidos y más profundos a los cuales ha llegado la moderna Teoría General del Derecho.
- 46 47 y 48, Cfr. nota 45, y ver también Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Ed. Universitaria, 1960, p. 176.
- 49 Para una información introductoria ver *Introducción a la lingüística transformacional*, Peregrin - Otero, Carlos. México, Ed. Siglo XXI, 1970, p. 289. También pueden analizarse las últimas obras de Barthes, Roland, P. ej. "La nueva crítica", Ed. Siglo XXI, S. R.
- 49 Bis y 50 Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Ed. Abeledo - Perrot, 1973, ps.: 38, 39, 40 y 41.
- 51 y 52 No son propiamente notas directamente afirmativas, pero los autores consultados continuamente insisten en sostener lo transcrito. Para una referencia textual, ver Ross, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Op. Cit. Parágrafo de la aplicación judicial del derecho.
- 53 Ross, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Op. Cit., p. 31 y ss.
- 54 Gaviria Díaz, Carlos. Apuntes para un curso de introducción al Estudio del derecho, publicado primeramente en *Revista Estudios de Derecho*, Vol. XXIII, Nº 73, p. 35, 1968.
- 55 Op. Cit., p. 36.
- 56 Ver nota 57.
- 57 Consúltense autores como Valencia Zea, Curso de Derecho Civil, Ed. Temis, 1970. Tomo II, De las Obligaciones. También puede encontrarse en Hineztrosa, Fernando. *Notas de Derecho Civil*. Publicaciones U. Externado de Colombia. S. R.
- 58 No es difícil encontrar este argumento en los textos corrientes de derecho civil.
- 59 Desgraciadamente, hemos perdido la referencia. Posiblemente es opinión del Dr. Hineztrosa.
- 60 Cfr. nota 53, p. 209 y ss.
- 61 Cfr. nota 60. La tesis de Kelsen sobre el negocio jurídico y sus ámbitos de validez puede hallarse también en las notas del Profesor Gaviria Díaz, Cfr. nota 54.
- 62 Con reserva proponemos la siguiente definición del negocio jurídico: Es el acto jurídico (bilateral o unilateral) discrecional y autónomo, típicamente dispositivo.
- 63 64, 65, 66 y 67. Las obras de estos autores han sido conocidas por referencia mediata en la obra de Rieg. *A La voluntad en la formación del acto jurídico*. Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1965, ps. 4, 5 y 6. Trad. de Fernando Hineztrosa.
- 68 Op. Cit., p. 7.
- 69 Ferrara, Francisco. *La simulación en los negocios jurídicos*, 2ª ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1960, p. 2. Trad. de R. Atard y otro.
- 70 Op. Cit., ps. 3, 4.
- 71 Ibid, p. 4.
- 72 Cfr. nota 63, p. 15 y ss.
- 73 Cfr. nota 69, p. 6.
- 74 Op. Cit., ps. 3, 6 y 8, 9.
- 75 Op. Cit., p. 10.
- 76 Op. Cit., p. 15. Se recordará que hemos omitido la referencia a estos autores, señalando sólo el autor por el cual mediatamente hemos conocido su pensamiento.
- 77 y 78, Op. Cit., ps. 11 y 12.
- 79 80, 81, 82, 83, 84, 85, y 86, Cfr. notas anteriores, p. 12 y ss.
- 87 Ibid p. 20.
- 88 Op. Cit., p. 20 y ss.
- 90 y 91, Op. Cit., ps. 24, 25 y ss.