

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## **LAS FUENTES DEL DERECHO, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL**

**PROFESOR AVV. AUGUSTO PINO**  
Universidad de Roma

### **SUMARIO**

	Pág.
1. El carácter de la reforma de la Ley 2070 .....	50
2. Interpretación y aplicación de las normas .....	51
3. Objeto de la interpretación .....	51
4. Naturaleza de la interpretación .....	52
5. La disciplina de la interpretación .....	53
6. Objeto de la aplicación .....	53
7. La disciplina de la aplicación .....	54
8. El llamado Derecho jurisprudencial .....	55

## 1. El carácter de la reforma de la Ley 2070.

1) No se puede dejar de compartir el juicio ampliamente positivo expresado por Cornú sobre la Ley 2070, con la cual se ha reformado el título preliminar del Código Civil. Se trata —dijo Cornú— de una ley que se caracteriza por “el estilo sobrio, claro y conciso, realizado por el dominio de las categorías y del vocabulario científico del pensamiento jurídico” y “aparece en una visión teórica y práctica en el orden de las técnicas, tanto como en el de los valores, como síntesis ejemplar de una concepción elevada del Derecho”.

2) Entre los diversos méritos de esta reforma debe subrayarse el de haber reivindicado al Código Civil y, con él, en todo el Ordenamiento jurídico, la sistematicidad, la unitariedad y la coherencia, en algunos países tan gravemente comprometidas hoy, tanto que ha hecho surgir en una parte de la doctrina italiana la duda sobre la utilidad y sobre la posibilidad misma de la codificación.

Algunos autores italianos han constatado que las materias disciplinadas por el Código Civil han sido objeto de ulteriores particulares leyes, las cuales las han sustraído del ámbito de aplicación del Código; la materia del arrendamiento, de los contratos agrarios, del divorcio, de la adopción especial. Además, se ha observado, la interferencia de normas fiscales y penales, en particular en cuanto concierne a los seguros obligatorios de responsabilidad civil y, en el pasado, las transacciones en divisa extranjera, etc., sustraen de hecho otras materias a los principios sistemáticos del Código, los que se revelan, pues, ilusorios. En fin, la formación de leyes para la solución de problemas del todo contingentes, determinada por la necesidad de prevenir o de componer conflictos de específicos intereses de algunas categorías de ciudadanos, en particular en materia de trabajo y sustancialmente privadas del carácter de generalidad y abstracción, en el cual se ve la tutela del interés de la colectividad, parecen haber comprometido definitivamente la unidad y sistematicidad, no solamente del Código, sino también de todo el Ordenamiento jurídico. Se ha considerado que, como con la Revolución francesa se ha abierto la era de la codificación, así a fines de este siglo, en plena revolución postindustrial se habría abierto la era de la descodificación.

3) En una relación, leída en el XI Congreso organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado, en Caracas, el 29 de agosto

de 1982, un autorizado estudioso italiano, el profesor Sacco, ha observado cómo gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo se basan sobre las codificaciones y sería del todo erróneo hablar de la era de la descodificación. Sucesivamente, otro destacado estudioso, el profesor Busnelli ampliamente ha demostrado en una valiosa monografía, el actual valor de la codificación (BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Guida Editori, Napoli, 1984). Aquí se puede agregar que en los mismos países del Common Law, los “statutes” y los “acts” se están convirtiendo en verdaderas y propias codificaciones y se elaboran recopilaciones organizadas y sistemáticas de los principios jurídicos que inspiran esta o aquella parte del “case law”, en general vinculantes (Uniform Commercial Code), con la consecuencia de restringir progresivamente el área de los “mores”.

4) El desorden legislativo, la falta de rigor técnico en la formulación de las leyes, la emanación de normas contradictorias y confusas, el abuso del delicadísimo instrumento legislativo son datos de hecho siempre presentes en la historia de la humanidad y contra los cuales ha surgido la exigencia de recoger en forma orgánica y coherente las diversas normas dispersas en una legislación fragmentaria y caótica. El relieve de los autores italianos debería llevar a conclusiones opuestas, respecto a aquellas por ellos presentadas. No la renuncia a la unidad y sistematicidad del Ordenamiento, no la rendición a las incapacidades o a la mala voluntad de las personas que, detentando el poder, cumplen la función legislativa, pero la investigación de todos los expedientes técnicos para que por el principio de no contradicción, se evite que el particular, al respetar unas normas, se encuentre con que viola otras y, pues, potenciar, en lugar de debilitar los criterios que han inducido a las codificaciones.

5) Con el artículo 14 del título preliminar se reafirma el papel del Código Civil como núcleo primario de todo el Ordenamiento jurídico, estableciendo que sus normas son supletorias, cualquiera que sea la materia disciplinada. Con los artículos 1 y 2 viene establecido el rango de las fuentes, predisponiendo así un medio seguro y objetivo para la superación de las antinomias y con los artículos 7 y 8 viene dispuesto el sistema de coordinación entre las normas nuevas y las normas viejas. Las disposiciones contenidas en estos artículos informan todo el Ordenamiento y ponen

las bases de la unidad y del orden, fundamentales garantías para la libertad de los ciudadanos, que al Estado de Derecho piden un gobierno de Derecho y no "de por derecho".

## 2. Interpretación y aplicación de las normas.

1) El significado y el papel de la interpretación y de la aplicación de las normas no merecerían, por lo general, la precisa normativa que se encuentra en el título preliminar. En esta normativa, en cambio, reside tal vez el mayor mérito de la ley de reforma.

La interpretación es vista en doctrina muy frecuentemente como instrumental para la aplicación y en función de esta última se ha dilatado o restringido la noción de la primera. Así, se habla de interpretación restrictiva o extensiva (respecto a la formulación literal), de interpretación histórica-evolutiva (respecto al momento de la emanación de las normas), de interpretación integrativa, analógica, etc. Por otra parte, la aplicación, que se actualiza, mediante la emanación de normas individuales y concretas, ha sido considerada más en la perspectiva de creación del Derecho en el caso concreto, que en la de la concretización de las normas abstractas a aplicar y se han atribuido a ella una amplitud que a menudo no tenían ningún soporte en la normativa vigente. La polémica contraposición entre el formalismo jurídico y el derecho libre, entre el derecho legislativo estático y amorfo y el derecho judicial dinámico y vivo, entre el punto de vista externo y el interno de consideración del Ordenamiento jurídico según las enseñanzas de Hart, recuerda precisamente la falta de univocidad de criterio en el definir interpretación y aplicación.

2) En términos muy aproximados las referidas contraposiciones se fundamentan en el plano literal en la multiplicidad de los diversos significados de "derecho" y, en el plano sustancial sobre la defensa del poder de parte de sus detentores. Con el nombre de derecho se ha hecho referencia a los más variados contenidos: desde la idea de la justicia eterna e inmutable y desde los preceptos divinos esculpidos en la conciencia del individuo o revelados en los textos sagrados, a las órdenes del príncipe, a la normativa que se debería deducir de la legislación, de la cultura del pueblo, de las tradiciones históricas y nacionales, de las exigencias sociales, y del mismo modo en que viene aplicado por aquellos que tienen la fuerza. En esta gama de significados cualquier noción en tema de

interpretación y de aplicación puede ágilmente autodefinirse el verdadero Derecho.

Por otra parte, en el plano sustancial, existe la exigencia de negar la omnipotencia de la ley, sea de aquellos que ven en ella el instrumento de imposiciones y de abuso de parte de los detentores del poder, sea de estos últimos que encuentran en las leyes límites a sus abusos. Aumentar o disminuir el poder de aquellos que deben aplicar la ley puede estar en función sea de una, sea de la otra exigencia. Me limito a recordar el papel de la jurisprudencia en el período nazi de la historia alemana, para subrayar cuánto sea delicado el problema de la aplicación y tal vez un poco optimista, si no ingenuo, afirmar, con Vega Benayés, que de los "excesos inconstitucionales" serían históricamente responsables solamente los poderes ejecutivo y legislativo y nunca el judicial. Todo el drama de la relación entre Derecho y aplicación se revela en un dicho popular "es inútil tener razón si no se tiene un juez que te la dé". Es un dicho que se puede repetir muy frecuentemente al leer ciertas sentencias.

3) Con el artículo 10 viene establecido el carácter de la interpretación que aparece como la actividad dirigida al conocimiento y a la decisión del Ordenamiento jurídico vigente en Costa Rica.

Por los artículos 11, 12, 13, 15 y 16 viene establecido el carácter de la aplicación y aparece una rigurosa determinación de los límites que el Poder Judicial encuentra en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Todas disposiciones que, a pesar de su sobriedad, tienen el mérito de establecer con precisión objeto y límites de la interpretación y objeto y función de la aplicación.

## 3. Objeto de la interpretación.

1) El artículo 10 establece que objeto de la interpretación son las normas, aquellas normas que constituyen el Ordenamiento jurídico, del cual el artículo 1 del Título Preliminar enfatiza las fuentes. Va a este propósito observado que mientras el título del capítulo 1 es "Fuentes del Derecho", el artículo 1 del mismo capítulo dispone sobre las "Fuentes del Ordenamiento jurídico", con la consecuencia de que, según el Código Civil, el Derecho se identifica en el Ordenamiento jurídico. La Ley ha evitado cuidadosamente usar la palabra Derecho, salvo con referencia a los principios generales. No porque haya principios generales que puedan existir fuera del Derecho Positivo, dado que ellos se inducen por abstracción de las normas

positivas, sino porque en la terminología tradicional se usa la expresión de principios generales del Derecho y no del Ordenamiento.

Viene así excluida la invocación del mito de un derecho que exista fuera del Ordenamiento jurídico, un derecho preexistente del cual el Ordenamiento positivo debería ser un reflejo o uno de los componentes, de un modelo, expresión del sentido innato de justicia, entendido como igualdad o como libertad, o como libertad en la igualdad y al cual el legislador debería escrupulosamente atenerse.

2) Con el artículo 1 viene enfatizado el principio monístico de las fuentes y rechazada todavía una vez más la tesis de la pluralidad de las fuentes. El Ordenamiento jurídico está constituido todo y solamente por las fuentes legislativamente indicadas, con una doble consecuencia.

No hay posibilidad alguna de atribuir a hechos diversos de los indicados en la norma la capacidad de crear Derecho. Se excluye así la tentativa de algunos autores de dar crédito o fuerza obligatoria en sentido jurídico al Derecho natural, entendido éste sea en la antigua concepción de universalidad e inmutabilidad, sea en aquella moderna de constante adaptación a la realidad social, al sentimiento jurídico nacional, al espíritu del pueblo. Se excluye así también la posibilidad de dar crédito a las llamadas fuentes materiales, sino dentro de los límites de su recepción en las formales, enumeradas por el artículo 1. Solo éstas, en efecto, hacen surgir las normas jurídicas, aun si en forma tal vez despreciativa se dijo que éstas constituyen la simple manifestación o modalidad del solo Derecho positivo (Orgaz). La necesidad, las exigencias sociales, las instancias económicas, las aspiraciones morales, los valores, las ideologías que, según la doctrina, constituyen las fuentes materiales, forman el material que el legislador considera en la formación de la ley, pertenecen pues a la política legislativa y son prioridad respecto a las fuentes. Lo que estas últimas reciben, es decir, la sustancia objetivada en ellas constituye aquello que el artículo 10 denomina "espíritu y finalidad", el artículo 12 "razón" y la doctrina indica como *ratio legis* que es objetivada en la norma.

3) El artículo 4 de la Ley de reforma establece que éste deroga las leyes que se le opongan. El carácter taxativo del artículo 1, como resulta confirmado por el artículo 6, induce a considerar que desde la entrada en vigencia de la ley, se ha derogado la parte del artículo 7 de la Ley General de

Administración Pública Nº 6627 que incluye la jurisprudencia entre las fuentes formales no escritas del Ordenamiento jurídico administrativo. Es verdad que el artículo 14 extiende el ámbito de eficacia de las disposiciones del Código a la materia de otras leyes solo en forma supletoria; pero es verdad, también, que la Ley 2070 es cronológicamente sucesiva a la Ley General de la Administración Pública (2 de mayo de 1978) la cual hace referencia no a normas de naturaleza administrativa, sino a las normas del Ordenamiento diciendo específicamente: "las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho—".

#### 4. Naturaleza de la interpretación.

1) La investigación dirigida a conocer y a describir el Ordenamiento jurídico, como resulta del sistema de las fuentes establecido (artículo 6), está indicada por el artículo 10, con la expresión interpretación, en una terminología generalmente acogida. Es probable que muchas cuestiones surgidas y discutidas en doctrina sean una consecuencia de aquella terminología, que ha inducido a filósofos y juristas a acentuar más el significado extrajurídico que el jurídico.

En el significado extrajurídico la interpretación indica la actividad hermenéutica que es propia, característica y exclusiva, del espíritu humano frente a cualquier forma expresiva o representativa. El resultado de esta actividad es diverso según el grado de cultura, de sensibilidad, de capacidad intelectual, la formación general y específica, el ambiente social del sujeto intérprete. Este, frente a una forma expresiva o representativa que es muda, atribuye, y pues crea el contenido o el significado representado. Basta reflexionar en el diverso contenido que puede ser atribuido a una poesía por un literato o por un analfabeto.

Se enseña normalmente que también el jurista, frente a las proposiciones normativas, expresadas por proposiciones lingüísticas, desarrolla la misma actividad hermenéutica y que por lo tanto pertenece al contenido normativo de las proposiciones el aporte de su capacidad, sensibilidad, cultura, ideal de justicia, etc.

Si se considera que el artículo 10, así como otras legislaciones de la familia romano-germánica, establece los criterios de interpretación, se comprende cómo la interpretación del jurista no tiene nada que ver con la actividad hermenéutica del espíritu humano, la cual por definición no puede estar sujeta a normas jurídicas. Si se con-

sidera, pues, que una sentencia basada sobre "interpretación" realizada en violación del artículo 10, puede ser casada por el tribunal superior, se comprende que no solamente el legislador no quiso tomarse el derecho de disciplinar la actividad espiritual humana, sino que dictó conscientemente normas jurídicas. Con la consecuencia que otra cosa es la interpretación en sentido no jurídico y otra la interpretación en sentido jurídico.

2) Si objeto del estudio del jurista son las fuentes del Ordenamiento, el estudio se dirige a conocer y a describir las fuentes, que son los hechos a los cuales el artículo 1 atribuye la capacidad de producir normas generales y abstractas, que contribuyan a la formación del Ordenamiento jurídico. El estudio, por lo tanto, se dirige a hechos que pertenecen al mundo de lo real, no al de las ideas y que se manifiestan en ciertos documentos, la Constitución, la ley de aprobación y de ratificación de los tratados internacionales, las diversas leyes así como también en los documentos de los cuales resulte demostrada la existencia de la costumbre y de los usos (artículo 3).

El estudio de los documentos y, pues, de las proposiciones lingüísticas en ellos contenidas, constituye la indagación típica y exclusiva del jurista, el cual actúa un poco como el historiador en cuanto se refiere a la autenticidad y la validez de los documentos y del crítico literario en cuanto se refiere al contenido de las proposiciones lingüísticas. En esta segunda fase la actividad del jurista comienza donde termina la hermenéutica del espíritu humano, como resulta de lo dispuesto por el artículo 10.

## 5. La disciplina de la interpretación.

1) Al establecer los criterios con los cuales el jurista debe "interpretar" las proposiciones normativas, el artículo 10 impone cuál, entre los innumerables significados que en fase hermenéutica se pueden atribuir a las proposiciones lingüísticas, sea el escogido o dispuesto por el legislador. En cualquier lenguaje las palabras no tienen un significado propio, intrínseco, sino el que les viene atribuido por el uso: por lo tanto a cada palabra pueden corresponder diversos significados, a menudo heterogéneos, si no contradictorios. Entre los diversos significados que, en abstracto, puede tener cada palabra usada en las proposiciones lingüísticas normativas, el jurista debe no escoger el que más le guste, sino el "propio" (el que corresponde); o sea el técnico jurídico, que, diferentemente del significado que se le atribuye en el lenguaje común, es unívoco. A aquella palabra co-

rresponde siempre y solamente un único significado. En la proposición el significado técnico puede ser ulteriormente precisado: una cosa es decir el sujeto, otra cosa es decir sujeto capaz o sujeto obligado, etc.

El Ordenamiento, como entidad unitaria y orgánica lleva consigo que las proposiciones normativas, consideradas en el contexto general, puedan adquirir un significado técnico particular, a la determinación del cual deben obligatoriamente concurrir los antecedentes históricos y legislativos y la preeminente consideración de la ratio, objetivada en la norma.

2) Motivos de orden lógico, antes que jurídico, inducen a rechazar la tesis de la pluralidad de significados de las normas. Si a ellas vienen atribuidos diversos significados, quiere decir que la investigación no ha sido rigurosa. En efecto, a las proposiciones normativas puede ser reconocido un solo significado, desde el momento en que en una misma norma no puede tener una disposición y al mismo tiempo una disposición diversa. Entra en la tarea del estudioso la búsqueda en el ámbito del Ordenamiento de todos los criterios jurídicos idóneos para superar las antinomias, sean ellas de normas, sean ellas de expresiones normativas. Interpretar en sentido jurídico significa por tanto la formación de un vocabulario técnico, rigurosamente elaborado, de forma que a cada expresión corresponda un único significado, así como puede obtenerse de las elaboraciones del sistema normativo, en el cual cada previsión tiene su precisa colocación.

## 6. Objeto de la aplicación.

1) El artículo 6 establece que las cuestiones se resuelven ateniéndose al sistema de fuentes establecido por el artículo 1. Disposición que es conforme con la normativa constitucional (artículos 166 y 159) así como también otra normativa del Ordenamiento (artículo 5 Ley Orgánica del Poder Judicial). Pero viene precisado que el deber inexcusable de resolver los casos sometidos al juicio no se refiere sólo a la solución, sino también al deber de atenernos al sistema de las fuentes.

Viene así establecido que el jurista debe aplicar sólo el Ordenamiento, como resulta de las fuentes formales, con un procedimiento silogístico y deductivo, mediante el cual viene concretizada la norma abstracta. Está normativamente dispuesto que el jurista no pueda sino atenerse a las fuentes formales y no está consentida la referencia a fuentes diversas. No hay para el juez ninguna "justi-

ficación" para no cumplir el deber que se le ha impuesto.

2) Es cierto que el deber, como todos los deberes, puede ser cumplido o incumplido y que, no obstante el artículo 6, el juez de hecho puede no atenerse al sistema de las fuentes. Aparte de los más graves casos de prevaricato, delito previsto por el artículo 348 del Código Penal, es cierto que, no obstante lo que diversas veces se ha afirmado en doctrina, la falta de aplicación del Ordenamiento, aun constante y en hipótesis por parte de todos los jueces, no daría lugar a una "fuente de derecho" nueva y diversa de aquellas previstas por el artículo 1, dado que por disposición del artículo 8 "contra la observancia de las leyes no puede alegarse desuso, ni costumbre o práctica en contrario". La falta de aplicación sería siempre un comportamiento "contra legem".

Se excluye que el jurista pueda desconocer la fuerza obligatoria de una norma, solamente porque no está conforme con las propias ideas de justicia o a las propias convicciones morales. Por disposición del artículo 6 él está llamado no a juzgar de legibus si no a juzgar ex legibus y hacer valer la idea de justicia, las orientaciones y los valores "queridos" por el legislador que resultan objetivados en las normas.

## 7. La disciplina de la aplicación.

1) Con razón Cornú ha reconocido a la Ley 2070 el carácter de flexibilidad, la cual confiere a la aplicación de las normas un carácter de humanidad y de adherencia a la realidad social que no se encuentra fácilmente en otras legislaciones: sin renunciar al principio de que el juez debe aplicar siempre y sólo el Ordenamiento jurídico, como resulta del sistema de las fuentes, el legislador ha conferido al juez un amplio poder discrecional, aun si rígidamente delimitado. El resultado del ejercicio de este poder se queda limitado al caso concreto juzgado y no constituye un precedente obligatorio y vinculante para los juicios sucesivos, sea porque sustancialmente adherente al caso concreto, sea porque no se acoge el principio del Stare decisis.

El orden de los criterios con los que el jurista debe aplicar el Ordenamiento está normativamente dispuesto. El juez debe en primer lugar aplicar las fuentes formales no escritas, esto es aquellas que son dictadas para los fines de interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas; la costumbre, los usos y los principios generales. Debe, además, tener en cuenta la realidad social, tal como es constatable en el momento de la apli-

cación (artículo 10) y ponderar la equidad y, en fin, aplicar la analogía. Viene así establecido que la sentencia no es un acto de intuición o de sentimiento, como ha sido afirmado por algunos, ni que pueda existir una decisión a la cual luego atribuir una norma para justificación, sino el resultado de un preciso procedimiento lógico.

2) La aplicación de la costumbre y de los usos puede aparecer admitida solo cuando estuviere invocada por las partes, dado que la ley requiere que sea probada la existencia y la carga de la prueba incumbe a aquel que la invoca. Es verdad que el artículo 3 subordina la aplicación a la demostración de la existencia y a la conformidad con la moral y con el orden público en las hipótesis en las cuales falte otra disposición normativa, pero es verdad también que el Ordenamiento no parece acoger la hipótesis de costumbre o de usos no demostrables y no demostrados.

En todo caso la demostración va efectuada con los medios de prueba en las formas y dentro de los límites consentidos por los códigos Civil y de Procedimientos y como es una demostración que la parte tiene que dar al juez, es necesario que ella sea tal como para convencerlo y pues la existencia sea reconocida en la sentencia. Tratándose de cuestiones de hecho, no parece que la decisión del juez esté sujeta al juicio de legitimidad del Tribunal de Casación y tratándose además de un reconocimiento en sentencia, éste no es vinculante para el futuro.

3) Los principios generales, que vienen elaborados mediante un procedimiento de abstracción del Ordenamiento son determinados por el mismo juez que debe aplicarlos, aunque las partes no los invoquen. De la Ley 2070, por ejemplo, parece poderse delinear algunos principios generales: la voluntad individual, hecho psíquico, no es idónea para producir efectos jurídicos: estos últimos son producto del acto de autonomía privada, o sea, de una voluntad expresada en las formas y dentro de los límites del Ordenamiento (artículos 17 y 18); el interés del particular no es merecedor de tutela jurídica sino dentro de los límites en los cuales sea acogida por el Ordenamiento como Derecho subjetivo (artículos 21 y 22); las intenciones y los motivos subjetivos son relevantes, sin embargo, ellos están considerados cada vez que resulta el *fraus* a la ley: "fraus omnia corrumpit" (artículo 20).

4) Tienen igualmente aplicación, sin invocación de las partes, sea la norma en la adap-

tación a la realidad social, sea la referencia a la equidad. La primera resuelve una antigua y debatida cuestión relativa al conflicto entre la estática de las normas cristalizadas en las fuentes formales y la dinámica de la realidad a la cual la norma es aplicada. A este propósito ha sido observado, por ejemplo, cuán diversa sea la aplicación de una norma en períodos de crisis y en períodos de bienestar. La segunda resuelve las otras cuestiones, igualmente debatidas, sobre la no oportunidad de que a situaciones subjetivas diferentes, vengán determinados efectos idénticos. En este campo es de gran ayuda la jurisprudencia que, aun no siendo vinculante, es aquí una vía de la cual, de hecho, no se puede prescindir.

5) Dado que el Ordenamiento está internamente constituido por las únicas fuentes indicadas por el artículo 1, que por lo tanto no hay juridicidad fuera del Ordenamiento y que el Poder Judicial tiene la sola función de aplicar el Ordenamiento (artículo 6) no pueden existir situaciones jurídicamente relevantes y susceptibles de pronunciamiento judicial, si no resultan previstas por el Ordenamiento.

La tesis de la existencia de lagunas, por tanto, es de naturaleza ideológica, no científicamente correcta. Las lagunas son pensables solamente con una confrontación entre el Ordenamiento jurídico positivo a aplicarse y un modelo ideal de Ordenamiento en el cual haya previsiones que faltan en el Ordenamiento jurídico positivo. Si bien hay textos legislativos que hacen expresa remisión a las lagunas (artículo 9, n2, Ley General de la Administración Pública), si una hipótesis no resulta disciplinada por el Ordenamiento, tal hipótesis es jurídicamente irrelevante. En el Ordenamiento jurídico italiano por ejemplo, el transporte de cortesía y las disposiciones fiduciarias entre vivos se consideran en general jurídicamente irrelevantes.

A partir del erróneo presupuesto de que puedan existir lagunas, el mismo artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial parece establecer que mediante la analogía se pueda crear una norma inexistente. El artículo 12, en vez, está formulado técnicamente en forma más rigurosa. Si la analogía permite aplicar una norma que disciplina un supuesto semejante al expresamente indicado y para el cual haya identidad de ratio, el juez, en virtud del artículo 6, debe aplicar las normas y no puede dejar de aplicarlas con la justificación de la falta de previsión del supuesto específico. Esto significa que el Ordenamiento jurídico, por fuerza

del artículo 12, va aplicado independientemente de la falta de previsión del supuesto específico, en todos los casos en que este supuesto se presenta en concreto y semejante y por el cual haya identidad de ratio. No hay creación de una norma nueva, sino aplicación del Ordenamiento vigente, dado que si el supuesto no es semejante y la ratio no es idéntica el Ordenamiento no encontraría aplicación.

Igual razonamiento vale para la equidad que en tanto constituye norma en cuanto la ley expresamente lo permite (artículo 11).

## 8. El llamado Derecho jurisprudencial.

1) La sentencia con autoridad de cosa juzgada, en todo caso, conforme o no conforme con el Ordenamiento, justa o injusta, equitativa o iniqua, es norma individual y concreta a la cual el Ordenamiento jurídico atribuye la eficacia de disciplinar el caso concreto. La sentencia no tiene una fuerza propia, sino que la adquiere en virtud del Ordenamiento y bajo este perfil es correcto decir que ella crea derecho para el caso específico.

El estudio de las sentencias, emitidas en un período dado y por un dado número de jueces permite, por ejemplo, establecer el porcentaje de las que se remiten a precedentes de la jurisprudencia nacional o extranjera, o constatar si y hasta qué punto los jueces —en concreto— aplican el Ordenamiento en un sentido o en otro, pertenece a la sociología del Derecho, no a la ciencia del Derecho. Para aquel estudio en efecto, se aplica la metodología propia de la investigación sociológica dirigida a registrar y catalogar los hechos no la de la ciencia jurídica, dirigida a conocer, describir y sistematizar las normas de un dado Ordenamiento.

La no obligatoriedad jurídica de los precedentes y la naturaleza sociológica de la investigación dirigida hacia ellos no disminuyen ciertamente la importancia de las investigaciones cuyos resultados, a menudo, vienen indicados como Derecho jurisprudencial. Fórmula brevilocuente para indicar cómo, en efecto, viene entendido y aplicado el Ordenamiento, para indicar con ello la "realidad jurídica", la cual reviste una relevante importancia no solamente para los operadores del Derecho que contribuyen a la formulación de esta realidad, sino para el mismo legislador si quiere ser atento y sensible.

2) La recopilación de las sentencias, aunque rigurosamente sistematizadas, continúa siendo siempre y solamente una reseña de sentencias y

*Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"*

no puede tener el carácter unitario y sistemático que es propio del Ordenamiento jurídico. Tanto menos ella permite la previsión de las decisiones que serán tomadas por sentencias futuras, como con una cierta ingenuidad afirma el realismo jurídico.

Va agregado, por mérito esta vez precisamente de los sostenedores del realismo jurídico, que de ella no se logra un cuadro perfectamente correspondiente a la realidad, dado que el caso concreto no se puede nunca conocer: sea porque éste llega por medio de la representación de aquellos que lo refieren, sea porque al juez esas mismas representaciones llegan mutiladas y alteradas por los límites legales puestos a las pruebas.

3) El artículo 9, con un encomiable sentido realista, ha atribuido carácter de criterio informador del Ordenamiento jurídico a la doctrina que, en modo reiterado, viene dictada por las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena, al aplicar las fuentes escritas y las no escritas, con excepción de los usos. Ha sido acer-

tadamente constatado que los jueces y los operadores de Derecho se atienen a la jurisprudencia constante y uniforme, aun no compartida. Los jueces porque en ella encuentran confort en las argumentaciones adoptadas para la solución tomada y porque la adhesión permite la uniformidad y la igualdad de tratamiento. Los operadores porque aun cuando pudieran conseguir una solución diversa de los tribunales inferiores, con extrema probabilidad esta solución vendría casada por el tribunal superior.

Con el artículo 9, la referencia a la jurisprudencia constante se convierte en un argumento en el cual el juez debe pronunciarse. La falta de obligatoriedad, por una parte, y la independencia del juez, por otra, permite que se pueda acoger motivándoles adecuadamente soluciones diversas y a la Corte cambiar su propia jurisprudencia, tutelando así las funciones propias de este alto órgano judicial, llamado históricamente a garantizar una interpretación del Ordenamiento "justa, verdadera y uniforme" en la dinámica de su aplicación.

\* \* \*