TITULO I

EL USO CREATIVO DEL CODIGO

CAPITULO I

LAS AUSENCIAS LEGISLATIVAS

463. *Nuevos horizontes.* La vida ofrece continuamente nuevos horizontes por conquistar al Derecho. Es por ello que el ordenamiento jurídico debe esforzarse permanentemente en ponerse al día, no sólo a través de nueva legislación sino también adaptando y usando creativamente la normatividad existente.

464. *Inventario de ausencias.* Pero para conducir de manera adecuada el proceso de adaptación y cambio del sentido de las normas legales, es preciso ante todo tener un inventario de las ausencias legislativas.

Interesa así determinar los aspectos que, aun cuando existía una necesidad de que fueran procesados por el Derecho, no han sido normados (al menos directa y explícitamente) por el legislador de 1984. Una vez establecida la necesidad y la carencia de una norma específica que satisfaga estas situaciones, será preciso investigar la posibilidad de suplir la ausencia a través de la aplicación indirecta de una norma análoga o relacionada o a través de darle un sentido nuevo (no previsto por el legislador) a una norma cuyo tenor literal así lo permita.

465. *Las penas que pueblan el Código.* La casa normativa de la nueva responsabilidad extracontractual está embrujada por los fantasmas de las soluciones que, habiendo estado presentes en el Proyecto, fueron asesinadas antes de llegar a convertirse en Código.

Estas ausencias penan por los corredores de los textos normativos y exigen que se las tenga en cuenta. Los jueces, al aplicar las nuevas reglas sobre responsabilidad extracontractual, escucharán frecuentemente el chirrido de las cadenas de estas figuras jurídicas abortadas que se arrastran detrás de los muros del texto positivo. Y es que tales soluciones podían no haber

sido adecuadas; pero intentaban dar respuesta a problemas cuya realidad no puede ser eludida. Por eso, eliminados los intentos de respuesta normativa, quedan abiertas las preguntas como huecos sin colmar; y estos huecos no pueden pasar desapercibidos. De esta manera, esas ausencias actúan como presencias exigentes e inquietantes, que perturban todo el sistema.

466. *Jurisprudencia y doctrina: una organización de parches y remiendos.* No repetiremos los casos de ausencias que ya han sido señalados al comentar los artículos del Código, sino que nos limitaremos ahora a indicar a algunas de las grandes áreas en las que hace falta una reflexión jurídica creativa.

Dado que la casa normativa de la responsabilidad extracontractual ya está construida, no podemos pensar en una nueva edificación: con la ayuda de la jurisprudencia, tenemos que limitarnos a abrir ventanas ahí donde no fueron colocadas por el arquitecto-legislador (pero donde la ventilación es indispensable), reforzar con columnas adicionales los techos que corren peligro de desplomarse, comunicar habitaciones a fin de facilitar el uso eficiente del edificio.

El resultado no será un sistema perfecto, un esquema lógico y bello en su simplicidad y coherencia. Probablemente tendremos que contentarnos con sólo una organización de parches y remiendos. Pero quizá el Derecho no es siempre sino eso: una textura viva que se recompone a sí misma permanentemente, un esfuerzo sistemático (pero descentralizado) de organización de los parches y de los remiendos que exige la vida social.

CAPITULO II

DEVENIR Y DERECHO

467. *La permanencia de los Códigos.* Puede parecer paradójico que apenas promulgado un Código, hablemos de devenir y de cambio.

Un Código Civil está por naturaleza, destinado a durar; debe ser un texto legal con una cierta permanencia.

Los Códigos no son hojas de papel que lleva el viento y que pasan raudamente ante nosotros. La función de un Código es la de constituir un pilar del orden jurídico, proporcionar las bases o cimientos estables de muchas construcciones que pueden ser levantadas sobre ellos. En ese sentido, los Códigos son como las plataformas continentales del Derecho, sobre las cuales se demarcan diferentes fronteras, se desarrollan múltiples historias públicas y privadas; los acontecimientos que soportan pueden cambiar, pero las plataformas continentales se mantienen.

468. *El Código y el cambio.* Sin embargo, afirmar — y defender— la permanencia del Código no significa condenar al Derecho a un papel de anclaje o de lastre de la vida social.

Retomando la vieja metáfora heraclitiana, podemos decir que el cauce codificado del río Derecho permanece; pero el agua viva de las relaciones jurídicas cotidianas discurre continuamente, cambia de instante a instante y ejerce una acción sobre el propio cauce hasta el punto de ensancharlo o de modificar su curso.

El esfuerzo de codificación no es un proceso de congelación de la vida jurídica a fin de que las aguas que han sido capturadas dentro del cauce, convertidas en hielo, sean siempre las mismas; el texto del Código es más bien una guía suave e incluso un estímulo para la reflexión que condu-

ce a desarrollos jurídicos futuros. Como todo cauce, el Código tiene también sus pendientes y sus remolinos conceptuales, que agitan las torrentosas aguas jurídicas y las hacen avanzar más rápido.

469. *El congelamiento positivista.* El liberalismo del S. XVIII llegó a creer que le Derecho había logrado eliminar el tiempo, que en el interior de la ley no existía historia: la norma está vigente desde su promulgación hasta su derogación con su misma exactitud imperturbable. O quizá mejor, ese primer positivismo liberal pensaba que la historia del Derecho no es un proceso de cambio permanente y continuo sino que se produce a saltos y trompicones: cada uno de sus acontecimientos — la derogación de una ley por la promulgación de otra— es una catástrofe y un parto, simultáneamente.

"La ley no se deroga sino por otra ley", decían los autores; y esta afirmación (válida con respecto a la ley pero no con respecto al Derecho) servía para no ver los cambios jurídicos que ocurren durante la vigencia de una ley a través de su interpretación.

Así, para ese positivismo catastrófico (porque cada cambio jurídico no podía ser sino el resultado de una catástrofe legal constituida por la abolición de una norma y su sustitución por otra), la historia del Derecho era la historia de las derogaciones y de las promulgaciones, la historia de los nacimientos y de las muertes de los textos; la historia del derecho resultaba dramáticamente sinónimo de la historia de las leyes. Entre la promulgación de una ley y su derogación no pasa nada, se acostumbraba a pensar; la ley es una suerte de eternidad provisional, es un momento (porque sin duda llegará el tiempo en que será derogada) con vocación de eternidad (porque mientras no se la derogue, hay que considerarla incólume, inmune a todo cambio, hermética al hálito del tiempo).

470. *La interpretación como fenómeno anormal y extraordinario.* Por otra parte, se pensaba que *interpretatio cessat in claris*; y, en principio, toda ley podía y debía ser clara y suficiente: todo el problema consistía en que el legislador cumpliera adecuadamente su papel y diera "buenas" leyes, es decir, leyes claras y completas.

BENTHAM proponía la redacción de un Código tan completo y asequible que "no necesitaría escuelas para explicarlo, no requeriría casuistas para desanudar sus sutilezas... No debería permitirse que ninguna decisión

judicial, mucho menos una opinión individual, pueda ser citada como Derecho; a menos que haya sido incorporada por el legislador en el Código...Si se escribiera algún comentario sobre ese Código que pretendiera explicar su sentido, debería exigirse que nadie le preste atención y tendría que prohibirse que tales comentarios se citen en las Cortes en cualquier forma que sea..." [661]. Y ROBESPIERRE, en una de las sesiones de la Asamblea, sostuvo: "La afirmación de que las Cortes crean derecho... debe ser desterrada de nuestra manera de hablar. En un estado que tiene una Constitución y un Poder Legislativo, la jurisprudencia judicial consiste solamente en la ley" [662]. A lo sumo, si el texto no es claro, cabe preguntarse cual fue la voluntad del legislador y aplicarla a ojos cerrados, sin cuestionarla ni menos aún atreverse a innovar alejándose de ella.

471. *La interpretación creativa como proceso natural e inevitable de aplicación del Derecho.* Los romanos, con un profundo y perspicaz espíritu jurídico, no habían caído en ingenuidad semejante: sabían muy bien que, aun si el Derecho aspira fundamentalmente a constituir preceptos generales a los que los jurisconsultos intentan organizar de manera sistemática, también es verdad que el Derecho es siempre controversia y que todo es finalmente discutible en Derecho [663]. Por eso, afirmaban que no hay ninguna definición que no pueda ser refutada dialécticamente [664]: las *definitiones* son útiles, pero no debemos olvidar que no son sino elementos del razonamiento, que no son sino opiniones que no agotan una institución y respecto de las cuales siempre cabe discrepar (*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit*) [665].

En la Edad Media, BALDO sostenía también que la interpelación supone *disputandi subtilitatem.*

---

661. Cit. p. Franz NEUMANN: *The Change in the Function of Law in Modern Society en The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory* (ed) Herbert Marcuse. The Free Press. New York, 1964, p. 37.

662. *Loc. cit.*

663. Michel VILLEY: *Modes classiques d'interpretation du droit.* Archives de Philosophie du Droit. T. XVII. *L'interpretation dans le droit.* Sirey. París, 1972, p. 83.

664. *Loc. cit.*

665. *Digestus*, 50.17.202.

Y ya hemos indicado en el Prefacio de este libro que los modernos positivistas — cuando en sus versiones más inteligentes (KELSEN, HART)— reconocen igualmente el derecho ineluctable de que la ley no lo dice todo y que, por tanto, las cortes tiene que crear Derecho. De lo que sigue que la historia del Derecho no es la historia de la ley.

A los textos de KELSEN que hemos citado antes [666], cabría agregar la declaración tajante con la que, al referirse a "los *soi-disant* métodos de interpretación" que pretenden establecer la "manera correcta de entender la ley", resume su posición sobre el particular: Lamentablemente, esas ideas (de la Ciencia Jurídica tradicional) y la esperanza que alientan (de tener un derecho enteramente "legalista", donde nada pueda ser creado por la vía de interpretación), no son fundadas. Desde un punto de vista que no considera sino el Derecho positivo, no existe ningún criterio sobre la base del cual una de las posibilidades dadas dentro del marco de la ley aplicable pudiera ser preferida a las otras. No existe pura y simplemente ningún método, que pueda decirse de Derecho positivo, que permita distinguir, entre las varias significaciones lingüísticas de una norma, una que sería la única verdadera... Hasta ahora, a pesar de todos sus esfuerzos, la doctrina tradicional no ha logrado resolver con éxito el conflicto entre voluntad (del legislador) y expresión (de la ley), de una manera objetivamente válida...Todos los métodos de interpretación que se han desarrollado hasta ahora no conducen jamás a un solo resultado posible, a un resultado que sería el único correcto..." [667].

Podemos encontrar conceptos similares en H. L. A. HART, teórico del Derecho cuyos planteamientos son calificados por Ronald DWORKIN como "la más poderosa versión contemporánea del positivismo" [668]. HART nos dice que: "Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado sólo por un número infinito de rasgos y estos en conjunto y todos sus modos posibles de combinación fueran conocidos por nosotros, entonces podríamos prever de antemano toda posibilidad. Podríamos dar normas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiría una opción adicional. Todo podría ser conocido; y, en tanto que conocido, sería posible hacer y especificar de ante-

---

666. Vid, *supra*, Prefacio.

667 Hans KELSEN: *Theorie Pure du Droit*. Trad. francesa de la 2a. ed. de la *Reine Rechtslehre*. Dalloz. París, 1962, p. 458.

668. Ronald DWORKIN: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Mass, 1978, p. IX.

mano algo mediante normas. Este sería un mundo adecuado para una aplicación "mecánica" del Derecho (*mechanical jurisprudence*). Decididamente, ese mundo no es nuestro mundo" [669]. La jurisprudencia no puede ser mecánica porque el texto de la ley no puede ser aplicado "textualmente" al caso concreto; se requiere una elaboración del juez. La infinitud que constituye uno de los ingredientes esenciales del mundo humano contribuye a crear una indeterminación es sentido de la norma y a impedir que todo haya sido previsto por ella. Pero además, nos dice HART, los lenguajes naturales (como el inglés o el castellano) son irreductiblemente abiertos a diferentes sentidos. De todo ello resulta que la norma tenga siempre una textura abierta (*open texture*) [670]. La actitud de formular normas que pretenden disfrazar o minimizar la necesidad de esta opción adicional al texto puro de la ley, es un vicio denominado "formalismo" o "conceptualismo" [671].

472. *El positivismo "pop"*. A pesar de estas categóricas afirmaciones de los positivistas contemporáneos sobre la inevitabilidad de que el texto de la ley sea complementado y llevado a sentidos no previstos por el legislador, existe todavía un resabio jacobino del espíritu robespierreano bajo la forma de un positivismo "pop" que ha convertido las sutiles disquisiciones normativistas en gruesos dogmas populares.

En nombre de la seguridad jurídica unos y de la autoridad técnica del legislador otros, se sostiene todavía —como en el S. XVIII— que, en principio, el legislador ha expresado su voluntad a través del texto del Código; y que mientras la ley no sea cambiada, no sabe creación, cambio o historia alguna del Derecho. *Factum est ita*. Aun cuando la voluntad del legislador no aparezca clara de la simple lectura de la ley (porque las palabras son siempre ambiguas y las circunstancias cambian permanentemente), el intérprete no puede hacer otra cosa que suponer que ella existe y proceder a buscarla a través de los antecedentes legislativos u otros medios.

Jonathan MILLER, citando al célebre jurista argentino Genaro CARRIO dice que "Los sistemas jurídicos latinoamericanos operan bajo el

---

669. H. L. A. HART: *The concept of Law*. At the Clarendon Press. Oxford, 1961, p. 125.

670. H. L. A. HART: *Op. cit*, pp. 124-125.

671. *Ibid*. p. 126.

mito de que todas las reglas primarias de conducta pueden ser encontradas en el Código Civil" [672]. Pero agrega que, aun manteniendo ese mito desde el punto de vista teórico, "No hay duda de que las Cortes argentinas, como todas las Cortes de los países de Derecho Civil, crean en verdad Derecho... Hay numerosos ejemplos de Cortes en países de Derecho Civil que están presionando hacia nuevos campos bajo el disfraz de la interpretación del Código. Un importante ejemplo reciente ha sido la respuesta de las cortes en Argentina y en Brasil con relación a los efectos de la inflación en materias de contratos y de indemnizaciones" [673]. Y lo mismo podríamos agregar de los Jueces y Tribunales peruanos en materia laboral (donde los jueces han estado tradicionalmente a la delantera de los legisladores), en materia de responsabilidad extracontractual (donde un texto del Código que sin ninguna duda tenía *históricamente* un sentido subjetivista —como el artículo 1136 del Código Civil de 1936— fue interpretado por las Cortes a partir de un cierto momento como introductor de la responsabilidad objetiva) y tantos otros casos similares.

473. *Política y Geometría.* Hay quienes parecen que pensaran que, antes de que la ley sea promulgada, el mundo del Derecho se encuentra lleno de vida, poblado de opiniones multicolores, de discusiones calurosas. Hasta entonces, los hombres de Derecho pueden sobre un mismo punto defender diferentes posiciones, planteadas desde distintas perspectivas morales, ideológicas, políticas o simplemente basadas en discrepancias de técnica jurídica. Estamos en el mundo controvertible de la política jurídica.

Pero esas mismas personas piensan que todo ello cambia desde que se promulga la ley (léase el Código); a partir de entonces, el intérprete debe limitarse a seguir la voluntad del legislador histórico.

Las normas, dicen, tiene una y sólo una interpretación correcta; y el buen jurista no puede colocar sus propias ideas dentro de la ley sino simplemente explicitar la "verdad" intrínseca de la norma: en Derecho no se puede ser inventor sino exégeta. Desde la promulgación y como de un solo golpe, se ingresa a un mundo geométrico y helado, de verdades incontrovertibles e interpretaciones implacables, un mundo minuciosamente construido por nor-

---

672. Jonathan MILLER: *Products Liability in Argentina*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 33. 1985. p. 614.

673. *Loc. cit.*

mas nítidas e inexorables que se combinan entre sí mediante una lógica férrea: la vida ha sido objetivada en un papel, con la misma crueldad de una fotografía instantánea que congela las sonrisas en los rostros, que fija para siempre las expresiones tragicómicas del grupo familiar.

474. *La experiencia cotidiana del Derecho.* Sin embargo, ¿qué diferente es este mundo normativo unidimensional de la experiencia cotidiana del Derecho!

Cualquier abogado sabe que los jueces no pueden ser reemplazados por computadoras por el solo hecho de que no todo está en la ley; no es posible colocar un conjunto de reglas en una computadora y dejar que ellas las combine fría y mecánicamente para decidir "lo justo" dentro de una situación humana: los hechos tienen que ser sopesados y evaluados, la ley aplicable tiene que ser interpretada. Y para ello se requieren elementos culturales, éticos, políticos, etc. que están —muchas veces de manera inconsciente— en la mente del juez; mientras que en la memoria de la computadora no hay sino las leyes, que *por sí solas* son inservibles para solucionar un caso judicial. Cualquier abogado litigante intuye —aunque muy pocas veces lo reconoce— que si el abogado de la parte contraria pelea un juicio hasta el final no es porque sea un ignorante que no se da cuenta que no tiene la interpretación "correcta" y que, por tanto, va a perder el juicio; ni tampoco es que se trate de un pillo que, sabiendo muy bien que va a perder, alienta esperanzas en su cliente con el solo objeto de cobrar un honorario más suculento.

Sucede simplemente que la verdad del Derecho no es absoluta sino probable, que el sentido de las normas no se encuentra fijado de una vez para siempre sino que se modifica de acuerdo a las nuevas ideas y a las nuevas circunstancias, que quizá en Derecho no puede hablarse propiamente de verdad sino de aceptación social; y que por ello, todo usuario del Derecho pretende adaptar la ley —con éxito o sin éxito, según la reacción de la comunidad jurídica frente a su propuesta— a sus propias necesidades y convicciones.

475. *La esquizofrenia de los juristas.* Por consiguiente, la dinámica del Derecho es de tal naturaleza que los abogados y jueces, aun los más conservadores, no pueden escapar (siempre que sean buenos juristas) a la necesidad de "inventar" soluciones, descubrir interpretaciones "nuevas" y, en general, tratar el orden jurídico con cierta imaginación. Pero cuando estos mismos abogados y jueces son preguntados sobre la teoría de la aplicación de la ley, indefectiblemente contestan que la norma constituye una dogma para el jurista que no puede ser cuestionado ni manoseado.

¿Por qué es que se produce esta suerte de esquizofrenia en los juristas? ¿Por qué los abogados cuando ejercen como consultores, como litigantes o como jueces fuerzan el sentido histórico de la ley, abren nuevas fronteras jurídicas y desarrollan una extraordinaria inventiva, mientras que cuando opinan teóricamente sobre el Derecho desconocen su propia actitud creadora y se atrincheran en una visión anquilosada y anquilosante del Derecho?

Según FRANK, esta persistencia en negar el cambio y la historia se debe a que la idea de que un legislador omnisciente —que es un mito interesante soñado por los juristas— cumple una función psicológica de atenuación de la angustia que resulta de toda situación de incertidumbre [674]. Dice FRANK que la creencia de que todo está previsto en el Código y de que si la solución no está en una norma expresa un buen jurista debe al menos poder encontrarla mediante un puro esfuerzo intelectual que consiste en extraer un principio de entre los pliegues del articulado como el conejo que sale del pañuelo del prestidigitador, es un cuento como el de Santa Claus [675]. Ese anhelo de seguridad absoluta y de que exista una "verdad jurídica" fuera de toda duda, no es sino una transposición de los temores infantiles a lo desconocido y al cambio. El niño-jurista quiere tener siempre a la mano un texto-Código que no es sino la expresión de un papá-legislador, en el que puede encontrar refugio y respaldo intelectual en todas las ocasiones, que todo lo tiene resuelto y que, en el ejercicio de la actividad judicial, exonere al Juez de asumir los riesgos y responsabilidades propios de toda actividad creativa: "La ley (el Código), como cuerpo de normas aparentemente construido con el objeto de determinar de manera infalible lo que es bueno y lo que es malo y de decidir quien debe ser castigado por sus fechorías, se convierte inevitablemente en un substituto parcial de ese Padre-Juez-Infalible" que añoramos en nuestra infancia [676].

476. *Ritmos lentos y ritmos rápidos.* Nadie puede negar que la historia del Derecho *es también* la historia de las leyes. Y no cabe duda de que las leyes —y, particularmente, los Códigos— cambian muy lentamente; y así debe ser.

---

674. Cf. Jerome FRANK: *Law and the Modern Mind* (1930). Anchor Books. Doubleday. New York, 1963, *passim.*

675. *Op. cit.* p. 260.

676. *Ibid.*, p. 19; también pp. 14-23.

Pero paralelamente a esos cambios de ritmo lento, hay otros cambios en el Derecho que suceden a ritmos más rápidos: el jurista no tiene que esperar una nueva ley para aportar una nueva interpretación de una institución jurídica, una Corte no tiene que paralizar su pensamiento hasta que modifiquen el Código sino que puede cambiar su parecer a través de las decisiones jurisprudenciales. De esta manera, todo se mueve, todo cambia, en el Derecho; pero no todo se mueve al mismo ritmo ni todo lo cambia el legislador. La Historia del Derecho es una estructura de ritmos diversos, una polifonía de cambios.

Más allá, pues, de los mitos (o de los falsos mitos, porque el verdadero mito tiene una función irremplazable en la comprehensión de ciertas verdades superiores), la experiencia cotidiana del Derecho es bastante más compleja y menos consoladora para quienes se angustian ante la incertidumbre. Si aún en la Física los científicos hablan del Principio de Indeterminación que no permite llegar a una definición completa de la naturaleza, ¿cómo puede esperarse que el Derecho se encuentre íntegramente contenido en la ley (aunque ésta sea tan compleja como un Código) cuando su materia son los devaneos resultantes de complicados ajustes humanos? [677].

477. *El Código: un mero esquema del Derecho aplicable.* Y es que los Códigos no son "el Derecho" —a pesar de los anhelos oraculares de algunos de sus autores— sino meros esquemas de Derecho: en ellos se encuentra el croquis sobre la base del cual todos los usuarios del derecho (jueces, autoridades, abogados, contratantes, etc) pintarán el cuadro jurídico; pero este cuadro va modificándose permanentemente.

Los usuarios del Derecho pintan y repintan continuamente el cuadro, sin que nunca la pintura pueda considerarse terminada: cada día, utilizando el mismo croquis, un nuevo pintor le agrega algunas pinceladas que cubren ciertos rasgos dejados por pintores anteriores y, a su vez, añade elementos que no están todavía en el cuadro; pero estos nuevos elementos están también destinados a ser modificados por los pintores siguientes.

Michel VILLEY, con la agudeza propia del espíritu francés, dice que el intérprete del Derecho se asemeja al intérprete de la música: parafraseándolo, podríamos decir que cada jurista es como ese músico contemporá-

---

677. Jerome FRANK: *Op. cit.* p.8.

neo que toca en un piano de Lima, de acuerdo al espíritu y sentimientos actuales, para un público moderno de cuello y corbata que se congrega en una inmensa sala de conciertos, una pieza de Bach compuesta para clavecín, en el S. XVIII, dentro de otro contexto musical e intelectual, afectivo y social, para ser escuchado en una cámara de un Palacio pricipesco en Weimar por un grupo de aristócratas de pelucas empolvadas [678].

478. *La claridad de la norma como obstáculo epistemológico.* En realidad, toda norma tiene que ser interpretada, es decir, entendida dentro del contexto del caso *sub litis* y dentro del contexto de la realidad contemporánea a su aplicación (opiniones, creencias, circunstancias, mecanismos, etc).

La aparente claridad de la norma puede llevarnos a engaño y hacernos pensar que su sentido es inalterable con el tiempo y las circunstancias. Pero lo claro, lo directo, lo inmediato, es por regla general una cortina de humo que nos impide ver la realidad de las cosas, aunque paradójicamente nos haga creer que vemos todo muy nítido: la "evidencia inmediata", con su atractivo de caleidoscopio multicolor y geométrico, es un obstáculo epistemológico que no nos permite apreciar la naturaleza creativa del Derecho y la labor —consciente o inconsciente— de adaptación de la norma a las circunstancias. Como sostenía BACHELARD, "lo que cree saberse claramente, ofusca lo que debiera saberse" [679]. Podríamos decir que con NIETZSCHE [680], que si nos atuviéramos a las "evidencias de lo inmediato" todavía pensaríamos irrefutablemente que la tierra está fija y el sol se mueve en torno a ella; esto significa que si nos limitáramos al texto claro de la ley, no podríamos descubrir la riqueza de sentidos que ese texto normativo puede generar dentro de los nuevos contextos en que debe aplicarse.

479. *Nuevas lecturas, nuevos sentidos.* Ahora bien, si superamos el mito de la voluntad del legislador, encontraremos que gran parte de la normatividad efectiva no se encuentra en lo que los legisladores del Código quisieron decir sino en las posteriores construcciones teóricas y jurisprudenciales y en los usos y prácticas jurídicas, es decir, en las intepretaciones que serán des-

---

678. Michel VILLEY: *Preface* al Tomo XVII de los *Archives de Philosophie du Droit.* Sirey. París, 1972. p. 5.

679. Gastón BACHELARD: *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo.* Siglo Veintiuno Editores. México, 1978, p. 16 *et passim.*

680. Friedrich NIETZSCHE: *Beyon Good and Evil. Preludes to a Philosophy of the Future,* Penguin Books. Engiand, 1983. No. 12, p. 25.

truidas y reconstruidas sucesivamente, sin que cambie el texto del Código. Es por ello que FRANK dice que llamar "interpretación del Código" a este proceso es darle una etiqueta falsa: hay una verdadera creación de Derecho en esta tarea [681].

Por consiguiente, cada nueva lectura del Código permite descubrir sentidos distintos, abrir nuevas trochas de significación, encontrar nuevas soluciones; nuevos sentidos que, como dice Umberto ECO, ni siquiera el autor del texto (el legislador) había pensado: el texto produce sus propios efectos significativos[682]. Y esto no es un defecto del Código, no es que el legislador no haya dicho todo lo que tenía que decir: no sólo se trata de una característica inevitable de todo texto (de cualquier naturaleza) sino que es también un hecho deseable, ya que es esa peculiaridad de los textos (por ende, de los Códigos) lo que les otorga su riqueza. Siguiendo a ECO, podríamos decir que, en el límite, el legislador no debe facilitar interpretaciones de su obra porque, al proponer (a veces hasta imponer) una línea "correcta" de interpretación, causa un efecto de castración de las potencialidades de sentido del propio Código. Dice ECO: "El autor debería morirse después de haber escrito su obra. Para allanarle el camino al texto" [683]. Y la sabiduría del Derecho hace que las Comisiones Redactoras y Revisoras de un Código (que son su "autor"), "mueran" al término de su misión: terminado el Proyecto o promulgado el Código, según sea el caso, ya no quedan sino sus integrantes físicos que no son propiamente autores (si se les considera individualmente) porque el Proyecto o el Código son obras colectivas, frutos de deliberación, discusión y compromiso. Por ello, concluido su encargo, los miembros de tales comisiones no son sino juristas que, como cualquier otro jurista y sin pretender ningún derecho a la "verdad", pueden y deben encontrar nuevos sentidos al texto; sentidos que posiblemente ellos no pensaron ni consideraron cuando formaron parte de las comisiones respectivas.

480. *Insuficiencia de la investigación histórica para la interpretación de la norma.* Esto nos lleva a establecer que la labor del intérprete no es de investigación histórica ni psicológica; no consiste en saber lo que quisieron respecto de una determinada norma los padres o los abuelos del Código (ver-

---

681. Jerome FRANK: *Op. cit.* p. 204.

682. Umberto ECO: *Apostillas a "El nombre de la Rosa"*. Editorial Lumen. Barcelona, 1985, pp. 12-13.

683. *Ibid.* p. 14.

dad histórica) ni lo que ellos tuvieron en sus mentes (verdad psicológica), sino en encontrar el sentido *actual* de sus normas y las posibilidades de utilizarlas para realizar ciertas políticas (en el sentido amplio de *policies*).

Henri BATIFFOL, a pesar de que mantiene todavía una cierta adhesión a la voluntad del legislador histórico, nos precisa que, para determinar el principio aplicable (voluntad del legislador histórico, voluntad del legislador presunto actual, Derecho Natural, ideas de los usuarios sobre la norma, etc). "Se trata de saber qué es lo que busca el intérprete en Derecho: la respuesta está en que busca una regla para resolver el problema que le ha sido sometido. Ahora bien, la búsqueda de la intención efectiva del legislador responde *de suyo* a una cuestión diferente, que es la de la verdad histórica. Que tenga que tomarla en cuenta, es algo que no se puede negar; pero pretender que constituye una respuesta verdadera y única a la cuestión planteada, no es sostenible" [684]. Y, con fina ironía, agrega: "El intérprete tiene el derecho de examinar *objetivamente* el pensamiento expresado por el texto en sus relaciones con la situación, considerada, para decir si la adecuación que se busca existe o no; sin estar necesariamente ligado por la circunstancia de que una respuesta pudiera encontrarse ya en los trabajos preparatorios, que son exteriores al texto. El método pragmático de los ingleses no se ha equivocado. El rechazo de los juristas de los ingleses a consultar los trabajos preparatorios significa que el texto no se encuentra ligado a una intención, quizá accidental, que no ha sido incorporada en el texto de la norma; lo que los usuarios del Derecho buscan y tratan de comprender es la disposición misma, que ha sido oficialmente promulgada para que sea respetada en situaciones determinadas por su propio texto" [685].

481. *El Código: máquina para generar interpretaciones.* La historia del Derecho no es exclusivamente la historia de la ley, porque el Derecho no está formado únicamente por la ley: el Derecho no es un conjunto de leyes, sino una interacción de leyes, principios, tópicos, valores, elementos culturales, filosofías políticas, etc. La ley es uno de los elementos de este juego discursivo: elemento privilegiado e insoslayable, es verdad; pero de ninguna manera único. De la misma manera, el Derecho Civil no es el Código Civil sino la actividad de los juristas dentro del marco del Código Civil.

---

684. Henri BATIFFOL: *Questions de l'interpretation juridique*. Archives de Philosopohie du Droit. T. XVII. *L'interprétation dans le droit*. Sirey. París, 1972. p. 17.

685. Henri BATIFFOL: *Op. cit.*, p. 17. El énfasis es nuestro.

Debemos tener cuidado de no identificar el Derecho con el Código a fin de evitar el peligro de caer, quizá sin advertirlo y de manera menos explícita, en la posición que BRUGNET graficó hasta la caricatura, cuando decía en su curso: "No conozco el Derecho Civil; yo enseño el Código Napoleón".

Parafraseando a ECO, podríamos decir que el Código es "una máquina de generar interpretaciones" [686]. Es importante, entonces, ponerla a producir. Todos quienes de alguna manera usan el Derecho contribuyen a generar las nuevas interpretaciones. Pero la interpretación debe tratar de abrir el texto a nuevas posibilidades de significación antes que a regimentarlo con una versión "oficial"; y es así como quienes procrearon al niño deben ser los más cuidadosos en que este niño pueda desarrollar todas sus potencialidades en vez de pretender mantenerlo en el estado infantil de absoluta sumisión al padre-legislador.

482. *La interpretación como proceso de creación del Derecho.* En otras palabras, la interpretación jurídica no es sólo un proceso de intelección de la norma sino también —y quizá sobre todo— un proceso de creación de Derecho.

KELSEN titula con esta pregunta uno de los capítulos de su clásica Teoría Pura del Derecho: "La interpretación, ¿acto de conocimiento o acto de voluntad?"; y responde "La cuestión de saber cuál de las posibilidades dadas dentro del marco del Derecho aplicable es "exacta", esta cuestión, por hipótesis, no es absolutamente un problema de conocimiento del Derecho positivo; no se trata ahí de un problema de teoría jurídica sino de un problema de política jurídica" [687].

La interpretación no es, pues, un acto puramente intelectual sino también una afirmación de voluntad: la voluntad del legislador (limitada al *texto* de la norma, en cuanto que es la única declaración de voluntad con valor normativo) se combina y se complementa con la voluntad del intérprete. Y este último —al igual que el legislador al crear la norma— no apunta a una "verdad" sino a una conveniencia: en función de determinados valores éticos, opciones sociales, políticas, etc. el intérprete prefiere una solución a

---

686. Umberto ECO: *Op. cit.* p. 9.

687. Hans KELSEN: *Théorie Pure du Droit.* Trad. francesa de la 2a. ed. de la "*Reine Rechtslehre*" por Charles Eisenmann. Dalloz. París, 1962. p. 459 y ss.

otra (ambas posibles, ambas "verdaderas", a partir del mero texto de la ley). Por consiguiente, la aplicación del Derecho no está gobernada por el análisis de la "verdad" jurídica (que es un espejismo) sino por la determinación de una solución en función de las "políticas" (en el sentido más amplio) que se encuentran en juego.

Dicho de una manera brutal, en Derecho no hay verdades sino políticas (*policies*).

483. *Utilización de la ley vs. interpretación de la ley.* Quizá debemos desterrar de nuestro vocabulario jurídico la expresión "interpretación de la ley" y reemplazarla más adecuadamente por la expresión "utilización de la ley"; porque el llamado proceso de interpretación es, en realidad, un proceso de creación *sobre la base* o con el pie forzado de la ley. En el fondo, la palabra "interpretación" es un resabio del prurito cientificista que cree ver en el Derecho un campo organizado mecánicamente de manera unívoca; o quizás de un Derecho Natural racionalista que cree que la ley no es sino la expresión imperfecta de un orden natural absolutamente prefijado e inmutable y que la tarea del intérprete consiste en descubrir esa "verdad" oculta.

Y así como no debemos creer en las "evidencias de lo inmediato", en el sentido que aparentemente ofrece la ley de primera intención con ilusoria claridad, tampoco hay que creer en la existencia de una realidad secreta detrás de las apariencias, en una intención del legislador oculta tras los pliegues del texto, un *sensus absconditus* que hay que poner de manifiesto como hay que tratar de descubrir al asesino en una novela de Agatha Christie. El derecho no es una novela de misterio sino una forma de organizar la sociedad a través de la confrontación de intereses muy diversos. Por consiguiente, nuestros esfuerzos no deben estar orientados a encontrar un sentido privilegiado (una "verdad") detrás del texto literal de la norma, sino que ese texto literal será cargado de un sentido o de otro según los intereses y los valores que pretendan usarlo o acogerse a él.

484. *Razonamiento jurídico y razonamiento de los juristas.* La concepción de la "interpretación" como "utilización creativa" de la ley no atenta contra la obligación de lealtad al texto, pero tampoco implica un compromiso con el espíritu fantasmagórico del legislador histórico; ni supone la existencia de un orden inmutable, fijado de una vez para siempre desde las alturas, que es preciso descubrir a través de un "razonamiento jurídico".

No existe, propiamente hablando, un *razonamiento jurídico*, entendido como el manejo "científico" de ciertos conceptos unívocos y de ciertas reglas netas y perfectamente delimitadas, con la idea de alcanzar una "verdad" jurídica, única e irrefutable. Lo que hay es un *razonamiento de los juristas* que argumentan en un sentido o en otro a fin de llegar a soluciones concretas, convenientes y aceptables; razonamiento que tiene un cierto estilo y está sujeto a un cierto método así como a la obligatoriedad de tener en cuenta ciertos elementos (los *textos* legales). Pero los resultados de tal razonamiento pueden ser muy diferentes de jurista en jurista.

485. *Interpretación de la ley e interpretación del contrato.* Notemos que lo dicho sobre la interpretación (o utilización) de la ley no se aplica necesariamente de manera idéntica a la interpretación del *contrato.*

Mientras que no existe ley alguna que someta la interpretación de la ley a la voluntad del legislador histórico, el Código Civil de 1984 —y ya lo había hecho también el Código Civil de 1936— invita a quien interpreta un contrato a tratar de descubrir la intención de las partes.

En realidad, respecto de la interpretación del contrato, el Código Civil de 1984 ha adoptado una posición *prima facie* objetivista o textual, como la que estamos preconizando para la interpretación de la ley. El artículo 1361 señala en primer lugar que los contratos son obligatorios *en cuanto se ha expresado en ellos.* Por consiguiente, la primera referencia es al texto; y se agrega en el segundo párrafo que se presume que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes".

Empero, en lo que se refiere a la interpretación del contrato, el valor del texto es *iuris tantium:* cabe prueba en contrario; y si ésta es convincente, debe primar la voluntad de las partes. El artículo 1362 refuerza esta interpretación "histórica" del contrato cuando señala que éste debe ejecutarse según "la común intención de las partes". En otras palabras, la tendencia objetivista de la interpretación ha llegado, en el caso del contrato, únicamente a la inversión de la carga de la prueba; en última instancia, lo que predomina es el aspecto subjetivo, es decir, la intención efectiva de los contratantes.

Este principio subjetivo de la interpretación es coherente con la naturaleza del contrato que es un acto con partes perfectamente definidas, cuya voluntad es relativamente clara (aunque no se haya expresado claramente en el texto) y en donde la fuente de tal voluntad es una sola persona (sea natu-

ral o jurídica) de cada lado (pudiendo, obviamente, haber varios lados). Además, las obligaciones convenidas en un contrato no eran obligatorias antes de su celebración; y si las partes han decidido imponérselas recíprocamente es por que han calculado sus consecuencias en función de situaciones concretas y, por regla general, cuantificables económicamente.

El Código es bastante menos subjetivista y nos orienta más bien hacia una interpretación objetiva o sexual cuando no se refiere al contrato en particular sino al acto jurídico privado en general: en su artículo 168 señala que "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe". De acuerdo a esta regla, el intérprete debe tomar el texto como tal; y completar o desarrollar su sentido sobre la base de lo que en nuestro medio se considera equilibrado, equitativo, en una palabra "correcto" (buena fe). Aun cuando la voluntad de las partes haya sido clara, si hubo un abuso de la buena fe de la otra o si tal abuso no estuvo presente en la celebración del acto pero resulta de su ejecución en otras circunstancias, el Código provee remedios tales como la lesión (artículo 1447) o la excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1440).

La ley tiene un papel enteramente distinto al contrato; y las condiciones de su formación y entrada en vigencia difieren radicalmente. La ley no es un acuerdo entre partes sino una regla de juego que se establece, más allá de todo acuerdo; y ese juego no es un conjunto de movimientos inexorables sino que, como todo verdadero juego, tiene estrategias diversas y formas muy variadas de ser jugado dentro del marco de sus reglas. De otro lado, la fuente de la ley no es la voluntad de una parte definida sino una Asamblea o Cámara (en el Perú son hasta dos Cámaras) o una Comisión (a veces hasta dos Comisiones no necesariamente en paz entre ellas) a la que se le han otorgado facultades legislativas. Esto significa que en la elaboración del texto han intervenido un gran número de personas con ideas diferentes y con motivaciones desiguales: lo único que resultó en común de la intervención de todas estas personas fue un texto —la letra del Código+ y no una intención. Por último, dado que el campo de aplicación de la ley es muchísimo más amplio que el de aplicación de un contrato, el "legislador" (que es una ficción, ya que hemos visto que realmente es una pluralidad disímil de personas) no puede prever todas las consecuencias de la regla.

486. *Razonamiento demostrativo vs. razonamiento persuasivo.* Todo lo dicho nos lleva a la conclusión de que no es posible interpretar la ley mediante un razonamiento matemático o demostrativo, sino que los usuarios del

Derecho desarrollan sus posiciones con la ayuda de un razonamiento de tipo persuasivo mediante el cual intentan convencer a un cierto interlocutor válido (que puede ser el Juez o el órgano de la Administración o la contraparte o la comunidad jurídica) de que sus pretensiones son aceptables: cada jugador social pretende ganar jurídicamente utilizando una mejor estrategia personal dentro del marco y con las armas argumentativas que establecen las normas legales [687bis].

Esto significa que toda regla jurídica, toda ley, no se aplica mecánicamente sino que es utilizada por jugadores inteligentes para "ganar" un juego: es a este proceso abierto que llamamos interpretación; por lo que, de acuerdo a lo expuesto, toda regla jurídica es inevitablemente "interpretada" (o mejor, "utilizada" de acuerdo a una cierta estrategia lúdica), aun cuando su texto sea aparentemente claro. Esto explica la afirmación de juristas como KELSEN que sostiene que todo proceso de aplicación de la norma (quizá sería mejor llamarlo "proceso de utilización") conlleva necesariamente una "interpretación" [688].

487. *La posición dominante del juez como intérprete del Derecho.* Ahora bien, entre los diferentes intérpretes posibles del Código (preferiría llamarlos "usuarios" o "aplicadores"), existen algunos que tienen una posición dominante: los Jueces.

El texto promulgado del Código es un *verbum scriptum* que como decían los antiguos, se encuentra aún envuelto en las pañales de la cuna (*in cunis suis involutus*). Este texto cobrará muchas y diferentes vidas, tendrá diversos desarrollos en la medida en que pasará a ser *verbum dictum*, en la medida en que los usuarios del derecho le darán voz, lo incorporarán al diálogo de las relaciones sociales. Pero entre esos usuarios hay algunos —los Jueces— que tienen el poder (todo poder es una forma de magia) de que su palabra se haga realidad, de que su dicho asuma el carácter de mandato y se

---

687bis. *Confer* Chaïm PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA: *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2a. ed. Editions de l'Institut de Sociologie. Université Libre de Bruxelles. Bélgica, 1970. *Vide etiam* Chaïm PERELMAN: *Le champ de l'Argumentation* (Université Libre de Bruxelles. Bélgica, 1970) *et ipsum auctorem*: *Droit. Morale et Philosophie* (Bibliothéque de Philosophie du Droit. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence). Puede consultarse cuando menos un texto en castellano de este jurista belga, publicado bajo el título *La Lógica Jurídica y la nueva Retórica* (Editorial Civitas. Madrid. 1979).

688. Hans KELSEN: *Op. cit.* p. 453.

convierta en hecho. Su palabra surte los efectos de un encantamiento; y así el *verbum scriptum*, gracias a este especial *verbum dictum*, pasa a ser *verbum factum*. Pero, de acuerdo a lo antes expuesto, este sortilegio no consiste en una mera repetición del texto del Código sino en una recreación del mismo ante las circunstancias concretas.

Podemos entonces, decir que el papel del Juez no es meramente fonográfico (NEUMANN [688bis]), sino mágico: aunque tuviera muchas veces el propio Juez se sentiría más tranquilo si sólo tuviera que propalar una verdad pre-establecida, antes que asumir la responsabilidad de *definir* "la verdad" para el caso *sub iudice*.

488. *El orden y el desorden*. Este carácter polimorfo y lúdico del razonamiento jurídico se encuentra particularmente resaltado en ciertas áreas normativas donde los textos no están organizados bajo un principio unificador, sino que tiene múltiples facetas.

Según lo antes expuesto, el texto es siempre materia de interpretación, es decir, es siempre utilizado que parte de ciertos valores y de ciertos intereses personales y que actúa dentro de un determinado contexto cultural e histórico; en otras palabras, lo *personal* utiliza el *texto* normativo dentro de un contexto social. No es verdad, entonces, que *interpretatio* (si la entendemos como utilización de la norma) *cessat in claris*: claro o no claro, el texto es dialectizado con miras a su aplicación.

Pero existen ciertos campos del Derecho en los que esta dialectización del texto es mucho más notable. Sucede a veces que una institución jurídica ha sido legislada en forma poco homogénea, de manera que las contradicciones, lagunas o simples aristas que existen entre las normas estimulan la actividad interpretativa. Esta situación —bastante usual en la producción jurídica— puede presentarse debido a que se trata de un área en la que los principios no se encuentran todavía perfectamente desarrollados y, consecuentemente, no existían bases comunes de razonamiento entre los diferentes juristas que intervinieron en la creación de la ley. Puede ser también que el motivo sea la agitación histórica en un aspecto determinado de la vida social que, aunque estaba regido anteriormente por principios jurídicos relati-

---

688bis Franz NEUMANN: *The Change in the Function of Law in Modern Society, en the Democratic and the Authoritarian State*. Herbert Macurse (ed). Free Press. New York, 1964, p. 36 (Hay traducción castellana por Paidos, Buenos Aires).

vamente desarrollados y uniformes, estos han hecho crisis en razón de las circunstancias y han fragmentado las soluciones. En otros casos, el motivo de la diversidad obedece a que el legislador ha tenido un espíritu ecléctico y, ante la diversidad de opinión motivada por alguna de las causas antes señaladas, no ha intentado una síntesis teórica sino una mera agregación de principios: ha optado por poner en el Código un poco de cada uno. Por último, en otros casos, la heterogeneidad obedece a la intromisión de fuertes y contradictorios intereses personales en el seno del cuerpo legislativo.

Sea como fuere, en estos casos el usuario de encuentra ante un conjunto de normas, rico en posibilidades de interpretaciones. Jugando con los diferentes principios intervinientes, es posible que las normas resulten polifacéticas; y, como dice KELSEN en el texto antes citado, por el solo mérito del texto de la ley (única fuente estrictamente normativa) no hay manera de preferir una faceta a otra. Este paisaje cargado de elementos variopintos, con múltiples grietas y quebradas ideológicas, con pendientes y roquedales que excitan la turbulencia de las aguas del razonamiento, este paisaje en el que no existe un solo camino sino una maraña de senderos, el usuario puede recorrerlo de muchas maneras. E incluso, apoyando una palanca intelectual en las hendiduras, el usuario del Derecho puede mover grandes rocas doctrinales, llevándolas de un lado a otro.

Evidentemente, cuando hablamos de este usuario creativo no estamos hablando de una sola persona ni de un conjunto disciplinado de personas: cada usuario intentará obtener una significación distinta —y apropiada a su manera de pensar— de este conjunto de normas desarticuladas.

Cuando entramos a un salón ordenado y prolijamente amoblado, nuestras posibilidades de acción están relativamente limitadas por el orden que impone la distribución de los muebles. Es verdad que todavía podemos hacer muchas cosas:sentarnos en un sillón o en otro, utilizar la mesa para firmar un contrato o para apoyar la taza de té, conversar con la persona de la izquierda o con la persona de la derecha.

Pero, ¡cuánta mayor libertad de utilización (sin perjuicio de encontrar también limitaciones derivadas del desorden) nos brinda el microcosmos contenido en el desván de nuestros abuelos! Ahí hallamos sillas para sentarnos, viejas mesas para escribir, pero también cartas con firmas desconocidas y álbumes con descoloridas fotografías que nos permiten evocar el pasado familiar, juguetes de quienes fueron niños y ya no lo son, una máquina de

coser que se echó a perder hace ya algunas décadas, los calzones con blondas de la bisabuela, un vasto número de estatuillas religiosas, estampas, detentes y medallas, alguna mecedora y varias bacenicas, en fin, todo un mundo de objetos diversos que en su época tuvieron los usos más variados. Y actualmente esos objetos podrían recibir aún muchos más usos, posiblemente no previstos por sus fabricantes o propietarios originales: las estampillas de las cartas no viajarán más sino que irán a parar a algún coleccionista, los juguetes serán orgullosamente ofrecidos en la vitrina de la tienda de antigüedades, los calzones que la abuela sólo mostró al abuelo (y aun así con disimulo) serán coquetamente exhibidos a las multitudes que asisten a una representación teatral, la vieja plancha de carbón recibirá unas flores y servirá de adorno en un lugar de estar, el desvencijado ropero será desarmado y con sus tablas se construirán divisiones de una biblioteca.

489 *El Código Civil como una heterogeneidad sugestiva.* La responsabilidad extracontractual en el Código Civil de 1984 tiene una estructura similar al desván de nuestros abuelos: lejos de encontrarnos ante un orden estricto, estamos más bien frente a una heterogeneidad sugestiva y capaz de múltiples usos.

No podemos decir que el Código adhiere a una sola teoría: todas han sido utilizadas en un grado o en otro. Es así como el artículo 1969 consagra la responsabilidad subjetiva, aunque añade un cierto grado de objetivación derivada de la inversión de la carga de la prueba. El artículo 1970 reconoce una forma de la responsabilidad objetiva, fundada en el riesgo creado. El artículo 1977, que faculta al juez para asignar a la víctima una indemnización a cargo del autor incapaz del daño, contempla una responsabilidad objetiva absoluta; porque, subjetivamente hablando, un incapaz es irresponsable por definición. Estamos aquí ante la nuda objetividad; como también quizá en la responsabilidad del que tiene a otro bajo sus órdenes, que prevé el artículo 1981. De otro lado, los artículos 1987 y 1988 apuntan hacia la teoría de la difusión social del riesgo porque no hay otra razón para que el asegurador —que no tomó parte en los hechos dañinos— sea responsable, si no es por su posibilidad de difundir fácilmente el riesgo entre los usuarios del servicio correspondiente.

Ahora bien, las teorías no tienen carácter normativo, salvo cuando ineluctablemente se desprenden de una norma determinada. Pero estos últimos son los casos menos frecuentes. En la mayor parte de las situaciones, el mismo texto normativo puede ser explicado de manera diferente según sea el principio que se utilice.

Un caso típico de esta utilización en muchas direcciones de una norma es el artículo 1136 del código anterior. No cabe duda de que su redacción fue un resabio del Código Civil de 1852; y éste quería hacer una síntesis de dos artículos del *Code Napoleón*, según se ha hecho presente antes [689]. Dentro de esta línea, la palabra "hecho" significaba "hecho doloso", según la tradición francesa; y no existe duda alguna (desde el punto de vista histórico) que ni el *Code Napoleón* ni el Código Civil de 1852 imaginaron la posibilidad de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, atendiendo al solo texto del artículo 1136, los Jueces y Tribunales peruanos allá por la década de 1940 comenzaron a interpretar la palabra "hechos" como un hecho cualquiera; consecuentemente, el hecho aún sin culpa fue considerado fuente de responsabilidad extracontractual.

Otro ejemplo interesante es el artículo 1981 del actual Código que puede ser interpretado con cualquiera de las teorías de la responsabilidad extracontractual. Podríamos decir que la responsabilidad del principal es de carácter subjetivo, atribuyendo al artículo 1969 el carácter de regla o principio más general que ondea por encima de todo el campo de la responsabilidad extracontractual. Esto significaría que el principal queda liberado si prueba que, pese a toda su diligencia (ausencia de culpa), se produjo un daño por culpa de uno de sus servidores. Tal principal no sería responsable, aun cuando el daño hubiere sido causado por el servidor en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo: sin culpa (y ese principal habría demostrado no tenerla), no hay responsabilidad. Pero también podría sostenerse una teoría objetiva pura. Dentro de este orden de ideas, alguien pudiera plantear que el principal responde siempre (en la medida de que el daño se haya realizado en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio), aunque demuestre su ausencia de culpa, porque su responsabilidad es independiente de su culpa y está sólo vinculada a su condición de patrón. La justificación —adecuada o no— de tal responsabilidad podría encontrarse en el propósito de facilitar a la víctima la cobranza de la indemnización. Sin embargo, cabe igualmente acudir a la teoría de la difusión del riesgo para interpretar tal norma. En este sentido podría decirse que el principal responde porque es quien está en mejores condiciones de difundir o repartir los efectos económicos de un daño inevitable dentro del mundo moderno. El servidor no tiene manera de trasladar cuando menos parte del peso económico del daño a los compradores de los bienes o a los usuarios del servicio.

---

689. *Supra.*, No. 34.

Por el contrario, el principal puede introducir ese riesgo como un costo dentro del precio del bien o servicio; y, de esa manera, distribuirlo socialmente a través de los precios. Esto significaría que el principal responde aunque prueba su ausencia de culpa, salvo que acredite que, tratándose de un sistema con precios congelados o de otra razón semejante, la difusión del peso económico del daño por el camino del mercado, del sistema de precios y/o de los seguros, le ha sido vedado.

490. *Importancia del texto.* Lo que resulta especialmente importante destacar es que todas estas interpretaciones son posibles porque el texto mismo no ofrece ninguna pista sobre sus preferencias teóricas. Y aun si el legislador hubiera optado por alguna de estas teorías y decidiera explicitarlo posteriormente en un trabajo doctrinario, esa opción no aparece del texto mismo y consiguientemente no sería obligatoria.

La investigación de las condiciones de aplicación de una norma no persigue la recuperación de una verdad pasada, que no se incorporó en el texto [690]. El jurista no es un historiador ni tampoco es un psicoanalista que trate de entrar en la consciencia íntima (y quizá hasta en la inconsciencia) del legislador. Todo lo que busca es resolver un caso en la forma más aceptable para la comunidad jurídica actual. Por eso, no tiene razón alguna para remontarse al pasado ni para adentrarse en un aspecto interior y esotérico, que no está vinculado al texto mismo sino al autor del texto: el Derecho, como lo decía KANT es un orden externo de conductas [691]. Y acorde con ello, MESSINEO nos dice que lo que hay que buscar es la *voluntas legis, non legislatoris* [692].

491. *Letra y espíritu.* Todo lo expuesto implica que no creemos en un espíritu trascendente al texto normativo, que estaría constituido por la voluntad de legislador. Pero no quiere decir esto que nos resignemos a la mera letra de la ley.

El texto es en sí mismo letra muerta; requiere un espíritu que lo vivifique, que lo integre dentro del orden de la cultura y de la experiencia, que lo

---

690. *Supra*, No. 480.

691. Inmanuel KANT: *The Metaphysical Elements of Justice. Part I of the Metaphysics of Morals*. The Library of Liberal Arts. Bobbs-Merrill. U.S.A., 1965. p. 34 (230), *et passim*.

692. Francesco MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. VI. *Relaciones Obligatorias singulares*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979, p. 487.

extraiga del cementerio de papel y le haga vivir una vida humana. Pero esta necesidad de espíritu no significa de ninguna manera que creamos en un espíritu incorporado de una vez para siempre en el cuerpo de la ley por el legislador, sino que pensamos que existe un proceso individualizador mediante el cual el usuario colabora en la creación del Derecho infundiendo a las letras establecidas espíritus siempre nuevos.

Un espíritu, fijado de una vez por todas en el acto legislativo, dejaría de ser un espíritu: sería una letra implícita, paralela a la letra explícita de la norma legal; y también tendría que ser vivificada por el usuario. El espíritu es siempre cambio, es libertad, es dinamismo. Por ello, cada usuario que otorga un sentido a la norma, mediante su utilización hace vivir a la ley una vida nueva: su soplo vital y dialéctico infunde un espíritu siempre nuevo a esa masa de barro que sale de las manos de los legisladores.