



Schröder, Jan  
“La Teoría de la Interpretación de  
la Ley a comienzos del siglo XX”  
*En las Fronteras del Derecho* 1.2885 (2022)  
DOI: 10.56754/2735-7236.2022.2885  
ISSN: 2735-7236  
Este trabajo se publica bajo licencia  4.0  
Sección: Artículos

# La Teoría de la Interpretación de la Ley a comienzos del siglo XX

## The Theory of Statutory Interpretation in the Early 20th Century

Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder

### Resumen

¿Cómo y por qué cambió la teoría de la interpretación de la ley a principios del siglo XX? ¿Cómo evolucionaron en esa época los conceptos fundamentales de la teoría de la interpretación jurídica y cuál fue su contexto teórico jurídico? Sostengo que las dos innovaciones más importantes de la teoría de la interpretación de la época de 1900, vale decir, la ampliación del ámbito de las lagunas y la escisión de la doctrina de la interpretación, solo se pueden explicar de un modo histórico. Se fundan, en primer lugar, en la evolución desde el idealismo de la época del derecho natural y de la escuela histórica, hacia el voluntarismo de principios del siglo XX. En segundo lugar, se fundan en el desarrollo de distintas variantes del voluntarismo.

Palabras clave: Interpretación; Teoría del derecho; Historia del derecho; Voluntarismo; Jerarquía de los elementos de interpretación; Lagunas legales; Interpretación extensiva o analógica de normas excepcionales; Concepto del derecho

### Abstract

How and why did the theory of statutory interpretation change at the beginning of the 20th century? How did the fundamental concepts of the theory of statutory interpretation evolve at that time and what was its legal theoretical context? I argue that the two most important innovations in the theory of interpretation in the early 1900s, namely the widening of the scope of legal gaps and the splitting of the doctrine of interpretation, can only be

explained in a historical way. They are based, firstly, on the evolution from the idealism of the natural law era and the historical school to the voluntarism of the early 20th century. Secondly, they are based on the development of different variants of voluntarism.

Keywords: Interpretation; Legal theory; History of law; Voluntarism; Hierarchy of the elements of interpretation, Legal gaps; Extensive or analogical interpretation of exceptional rules; Concept of law

## 1. Introducción

Para aclarar lo que motiva esta conferencia, comenzaré con algunas reflexiones generales. La interpretación, si tiene una finalidad práctica, no es una ciencia oculta ni especializada, sino que es algo bastante elemental: es el medio de discernir el significado de las expresiones orales o escritas de otra persona. Interpretamos en todo momento. Interpretamos incluso cuando queremos entender frases cotidianas o traducir de un idioma a otro. Hace unos años aprendí en una conferencia que impartió un especialista en informática, que también los sistemas de reconocimiento del lenguaje interpretan. Los siguientes ejemplos se inspiran en un libro sobre cómo construir un sistema de reconocimiento de voz para reservas de hoteles y restaurantes.<sup>1</sup> Un cliente

<sup>1</sup>Wolfgang Wahlster (ed.): “Verbmobil. Foundations of Speech-to-Speech-Translation”, Berlín etc. 2000. Menciona como medios auxiliares del reconocimiento del lenguaje: el elemento lingüístico (semántico, sintáctico, estocástico, pág. 342, 407 ss.), el contexto (pág. 10), y además la

reserva una mesa para cuatro en un restaurante para las 20 horas. Esta reserva tiene suficiente precisión *lingüística* para que el dueño del restaurante no necesite más medios interpretativos. Sin embargo, ¿qué ocurre si hay indicios de que lo que se dijo difiere de lo que se quiso? Si el cliente no indica una hora concreta y sólo dice “después del teatro”, el dueño deberá deducir la hora deseada a partir del *contexto*. Si es un cliente habitual y sólo dice “hoy, como de costumbre”, habrá que remitirse a la *historia* para entender su reserva. Por último, imagine que el restaurante tiene dos sucursales, una de comida casera, mientras que la otra sucursal siempre sorprende con nuevos platos de comida gourmet preparados por un chef de primera categoría. Si el cliente sólo dice: “Queremos disfrutar de las últimas creaciones de su chef”, el propietario deducirá el *propósito* del cliente reservará asientos en el restaurante gourmet. Por lo tanto, hay cuatro medios de interpretación: el lenguaje, el contexto, la historia y el propósito. Pero, por supuesto, también es posible que la interpretación fracase. Por ejemplo, si el cliente no señala una hora y no es posible deducirla por otros medios, su declaración será incompleta. El dueño tal vez suponga la hora que considere más probable o le pregunte al cliente. Por último, es posible que el dueño interprete la reserva de manera contraria a la voluntad declarada del cliente si las circunstancias han cambiado. Por ejemplo, si ese día alguien ha saboteado el restaurante y ha envenenado los alimentos, el dueño cancelará la reserva del cliente.

Con ese bosquejo ya tenemos los elementos básicos de una teoría general de la interpretación. Pero la validez de esta teoría dependerá del lugar y del tiempo. Basta pensar, por ejemplo, en los restaurantes que existen en una economía planificada. Los horarios estarán restringidos y, por ejemplo, unos restaurantes sólo podrán atender por la noche, mientras otros sólo podrán abrir a mediodía. Estarán regulados los platos que se puedan ofrecer, los precios que se pueden cobrar, dónde sentar a los clientes, etc. Todo esto necesariamente influirá en cómo interpretar las reservas. Los pormenores de la voluntad del cliente serán irrelevantes y, por tanto, no será necesario determinarlos, y solo hará falta precisar qué es lo que el cliente razonablemente pudo haber querido de entre las opciones disponibles. En consecuencia, la historia pierde importancia como

finalidad (pág. 14, 19, 341) e incluso la historia (pág. 338 “Dialog History”). Por supuesto, son pertinentes solo en la medida que el sistema de reconocimiento del lenguaje los conozca. En una exposición (no publicada) frente a la Academia de Maguncia de las Ciencias y la Literatura, Wahlster mencionó como medios auxiliares el lenguaje, el contexto, la historia y la finalidad. Eso corresponde plenamente (si uno reemplaza “contexto” por “sistema”) a los “cuatro elementos” que usualmente se enumeran en la metodología jurídica de la interpretación de la ley.

medio de interpretación: en efecto, si sólo importa la voluntad razonable, dejan de importar los pormenores de la voluntad histórica.

En principio, lo mismo ocurre con la teoría de la interpretación jurídica, que es el método para entender las expresiones del legislador. Aplicamos los mismos medios, enfrentamos los mismos problemas de lagunas y requerimos efectuar las mismas correcciones que en la interpretación de las expresiones privadas. Ahora bien, también la teoría de la interpretación jurídica depende de las condiciones espacio-temporales.<sup>2</sup> Por ejemplo, en el siglo XVI todavía se sostenía que todo derecho debía ser racional para ser derecho.<sup>3</sup> El objetivo de la interpretación no era determinar la voluntad del legislador, sino más bien el contenido racional de las normas. Por eso, la historia era un elemento interpretativo muy poco importante.<sup>4</sup> Hasta el siglo XIX se creía que el derecho (en la medida que incluyera el derecho natural) regulaba todas las posibles situaciones y no contenía lagunas. Es decir, la legislación podía tener lagunas, pero no el derecho, porque el derecho natural integraba las lagunas legales.<sup>5</sup> Está claro que en una dictadura como la nacionalsocialista<sup>6</sup> es inevitable que

<sup>2</sup>Respecto de la historia de la interpretación de la ley: Stefan Vogenauer: “Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen”, Tübinga 2001, pág. 430 ss., 669 ss.; Jan Schröder: “Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)”, Múnich 2001, pág. 48 ss., 130 ss., 210 ss. Respecto de la teoría de la interpretación entre 1850 y 1933, mencionada a continuación, véase la segunda edición que pronto se publicará de mi obra “Recht als Wissenschaft”, §§78-87.

<sup>3</sup>Según Tomás de Aquino (“Summa Theologiae”, II 1, quaest. 90, art. 4, 1), la ley es “rationis ordinatio ad bonum commune...”. Según Rodolphus Agricola: “De inventione dialectica libri tres” (1515), editado, traducido y comentado por Lothar Mundt, Tübinga 1992, pág. 40-43, el derecho (positivo) debe ser “justo” y “bueno”. Según Ulrich Zasius: “In titulos aliquot Digesti veteris commentaria”, ad D. 1,1,1, §“Huius studii”, nr. 41 = Opera omnia I, Lyon 1550, I, pág. 128, la ley positiva es el grado más con más forma del derecho natural (“ius naturale formatissimum”). Más referencias en J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota 2), pág. 7 s., 13 s.

<sup>4</sup>Véase Jan Schröder: “Zur Geschichte der historischen Gesetzesauslegung” (2003), en J. Schröder: “Rechtswissenschaft in der Neuzeit”, Tübinga 2010, pág. 143 ss.

<sup>5</sup>Pej. los siguientes autores asumen una validez subsidiaria del derecho natural: Gottfried Wilhelm Leibniz: “Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae” (1667), Leipzig y Halle 1748, p. 2, §71, pág. 101; Samuel Pufendorf: “De jure naturae et gentium libri octo” (1672), en S. Pufendorf: “Gesammelte Werke”, IV, editado por Frank Böhring, Berlin 1998, lib. 8, cap. 1, §1, II, pág. 744; Justus Henning Böhmer: “Introductio in ius publicum universale”, Halle 1710, p. 1, cap. 4, §2, pág. 93 y todavía Anton Friedrich Justus Thibaut: “Juristische Encyclopädie und Methodologie”, Altona 1797, pág. 1.

<sup>6</sup>Bernd Rütters: “Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus” (1968), sexta edición., Tübinga 2005; Bernd Mertens: “Rechtsetzung im Nationalsozialismus”, Tübinga 2009.

se desarrollen conceptos del derecho y doctrinas de la interpretación que son distintos a los que se desarrollan en un país libre. La noción de la interpretación de la ley puede variar y desde hace tiempo he sostenido que en el concepto del derecho se aglutinan (por así decirlo) las circunstancias responsables de esas variaciones.

También la teoría de la interpretación de la ley de principios del siglo XX se enmarca en un desarrollo histórico. Intentaré describir sus peculiaridades, sus discrepancias con la doctrina anterior y su contexto teórico jurídico. Es decir, intentaré lo que se denomina “historizarla”. ¿Cómo y por qué cambió la teoría de la interpretación de la ley a principios del siglo XX? A pesar de coincidir en gran medida con la actual (o tal vez justamente por eso), hasta ahora no ha sido historizada. Las obras modernas sobre historia del derecho tratan ciertos desarrollos metodológicos de principios del siglo XX, como el movimiento del derecho libre, la jurisprudencia de los intereses, el positivismo jurídico, etc. Sin embargo, no explican de manera precisa cómo evolucionaron en esa época los conceptos fundamentales de la teoría de la interpretación jurídica y cuál fue su contexto teórico jurídico. A continuación, me concentraré en dos problemas centrales: las doctrinas de la finalidad y de la amplitud de la interpretación legal (es decir, las lagunas legales). Me referiré solamente a la doctrina en alemán hasta aproximadamente el año 1930. Comenzaré con el concepto del derecho y la teoría de la interpretación en el siglo XVIII y principios del siglo XIX (sección II). Los capítulos centrales (III y IV) desarrollan las doctrinas de las lagunas y de la finalidad de la interpretación de principios del siglo XX, y el (renovado) concepto del derecho que las sustenta. En la sección final (V) ofrezco algunos ejemplos adicionales y observaciones sobre la utilidad de estas reflexiones históricas.

## 2. El concepto del derecho y la teoría de la interpretación durante el siglo XVIII y principios del siglo XIX

En el siglo XVIII había un dualismo entre el derecho natural y el positivo. Durante mucho tiempo, incluso se consideró que el derecho natural primaba; hasta aproximadamente el año 1820, era indubitado su carácter de fuente subsidiaria del derecho. En paralelo existía el derecho positivo, que los autores comprendían como un mandato del legislador. A principios del siglo XIX,

la escuela histórica del derecho por un lado eliminó el derecho natural y solo reconoció como fuente el derecho positivo, empírico y creado.<sup>7</sup> Por otro lado, incorporó en el derecho el elemento de la razón o de la justicia. Pero lo incorporó de otra manera: ya no como una fuente del derecho específica que existe *en paralelo* al positivo, sino que debía estar incorporado *en él*. Savigny y Puchta sostuvieron que el derecho positivo se basaba en el espíritu del pueblo. También argumentaron que no solo consistía en una compilación de disposiciones individuales discrecionales, sino que era un sistema “orgánico”, un todo racional.<sup>8</sup> La ciencia debía descubrir esa racionalidad que yacía oculta dentro del derecho. Es decir, los juristas del siglo XVIII y la escuela histórica no dudaban de que la racionalidad y la justicia existían en el derecho.

Lo anterior tuvo las siguientes consecuencias para la teoría de la interpretación (como ya aclaré, sólo me refiero a la doctrina de las lagunas y de la finalidad de la interpretación legal). 1) Se sabía que las leyes tienen lagunas, pero no era un problema grave. Para integrarlas, en el siglo XVIII se recurría al derecho natural y la escuela histórica recurría al sistema racional y orgánico del derecho positivo.<sup>9</sup> 2) En el siglo XVIII, la finalidad de la interpretación era determinar la voluntad del legislador porque se entendía que la ley era su mandato. La escuela histórica no se apartó sustancialmente de esa noción, si bien no se refería a la voluntad, sino que a las ideas del legislador.<sup>10</sup>

<sup>7</sup>Respecto de la evolución desde el siglo XVIII hasta principios del siglo XIX: J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota al pie 2), pág. 98 ss., 192 ss.

<sup>8</sup>Friedrich Carl v. Savigny: “Über den Zweck dieser Zeitschrift”, en: “Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft” 1 (Berlín 1815), pág. 1-17 (6: el derecho abarca una “materia que está dada por necesidad interna”); Georg Friedrich Puchta: “Cursus der Institutionen”, I (1814), novena edición, al cuidado de Paul Krüger, Leipzig 1881, §2, pág. 5 (“El derecho es racional”).

<sup>9</sup>Para más detalles: J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota al pie. 2), pág. 110 s., 247 s.

<sup>10</sup>Para más detalles: J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota al pie. 2), pág. 143 ss., 224 ss.

### 3. El concepto del derecho y la teoría de la interpretación a principios del siglo XX: la evolución del concepto del derecho y el problema de las lagunas

#### 3.1. La evolución hacia un concepto voluntarista del derecho

La doctrina jurídica de fines del siglo XIX desechó esa concepción y desarrolló un nuevo concepto del derecho. A mi juicio, ahí está la clave. Ya no se concibe el derecho como racional o justo, sino como la mera voluntad de la comunidad jurídica o del legislador. Es la “la voluntad expresa de la comunidad”, como escribió Karl Binding en 1885, “la voluntad general” (Heinrich Dernburg, 1896), “el querer vinculante soberano e invulnerable” (Rudolf Stammler), “la voluntad expresa de la colectividad” (Philipp Heck, 1914) o simplemente “la voluntad estatal” (Hans Kelsen, 1911).<sup>11</sup> Ludwig Enneccerus escribió (1911) que Savigny había fundado el derecho en la convicción jurídica, pero que “los nuevos tiempos” basaban “el derecho en la voluntad general”.<sup>12</sup> En reemplazo de los conceptos antiguos, se usa un concepto del derecho positivista o (mejor dicho) voluntarista que no reconoce que el derecho positivo tenga una racionalidad interna ni que junto a él exista un derecho natural.

#### 3.2. Las repercusiones para el problema de las lagunas

Debido al concepto voluntarista del derecho, el problema de las lagunas adquiere una dimensión totalmente nueva y hasta entonces desconocida. Ya no estaba disponible un derecho natural complementario ni un derecho racional y científico. Pero además se amplía la extensión misma de las lagunas. A principios del siglo XX se pueden distinguir dos clases de lagunas, que llamaré “externas” e “internas”.

<sup>11</sup>Karl Binding: “Handbuch des Strafrechts”, tomo 1, Leipzig 1885, pág. 197; Heinrich Dernburg: “Pandekten”, tomo 1, quinta edición., Berlín 1896, pág. 43; Rudolf Stammler: “Theorie der Rechtswissenschaft”, Halle 1911, pág. 109; Philipp Heck: “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, Tubinga 1914, pág. 13 (sobre la ley); Hans Kelsen: “Hauptprobleme der Staatsrechtslehre” (1911), reimpresión sin modificaciones, Tubinga 1923, pág. 97.

<sup>12</sup>Ludwig Enneccerus: “Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts”, tomo 1, sección 1: “Einleitung, Allgemeiner Teil”, edición sexta hasta octava, Marburgo 1911, §21 II, pág. 51.

##### 3.2.1. Lagunas externas

Las más conocidas son las lagunas externas. Con ese concepto me refiero a la carencia de una disposición jurídica adecuada. Con frecuencia solo estos casos se denominan lagunas. El debate comenzó ya en las últimas décadas del siglo XIX. Como ese debate todavía se conoce bastante bien hasta hoy, sólo resumiré lo esencial. Todo comenzó con una serie de publicaciones de Eugen Ehrlich (profesor de derecho romano en Chernivtsi y fundador de la sociología del derecho) “Sobre las Lagunas del Derecho” (1888)<sup>13</sup> y con el libro, famoso e influyente en toda Europa, del profesor francés de derecho François Géný “Método de Interpretación y Fuentes en el Derecho Privado Positivo” (1899).<sup>14</sup> Géný calificó la ley como “necesariamente incompleta, al igual que toda obra humana”, y declaró que es un error sostener que la ley sea una fuente completa y suficiente. Opinó que la incompletitud de la ley no se puede superar con un sistema de conceptos abstractos y puras construcciones lógicas, como había propuesto la escuela histórica. Autores de la escuela del derecho libre como Ehrlich, Stampe y Kantorowicz<sup>15</sup> y también juristas de orientación más bien tradicional como Endemann, Oertmann, v. Tuhr, Heck, Enneccerus, Bierling<sup>16</sup>, etc., difundieron esas ideas muy rápido en Alemania. Habría que nombrar a casi todos quienes se refirieron al tema, ya que después de 1910 se volvieron cada vez más escasos los autores que sostenían la completitud del derecho. Hay un comentario de Gerhard Anschütz de 1904 que ilustra lo ajenos que resultaban a los juristas, ya por 1900, los postulados de la época del

<sup>13</sup>Eugen Ehrlich: “Über Lücken im Rechte” (publicación original en: Juristische Blätter 1888, pág. 447-630), en E. Ehrlich: “Recht und Leben”, editado por Manfred Rehbinder, Berlín 1967, pág. 80-169.

<sup>14</sup>François Géný: “Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif” (1899), segunda edición, París 1919. Respecto de Géný (1861-1959), profesor de derecho civil en Dijon y Nancy, véase a modo introductorio Gerd Kleinheyer / Jan Schröder: “Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten”, quinta edición, Heidelberg 2008, pág. 147-151 (Roland Ludwig).

<sup>15</sup>Eugen Ehrlich: “Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft” (1903), en E. Ehrlich: “Recht und Leben” (nota al pie 13), pág. 170-202 (170 s.); Gnaeus Flavius (= Hermann Kantorowicz): “Der Kampf um die Rechtswissenschaft” (1906), in H. Kantorowicz: “Rechtswissenschaft und Soziologie”, editado por Thomas Würtenberger, Karlsruhe 1962, pág. 13-39 (18); Ernst Stampe: “Unsere Rechts- und Begriffsbildung”, Greifswald 1907, pág. 3.

<sup>16</sup>Friedrich Endemann: “Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts”, tomo 1, novena edición, Berlín 1903, §12, pág. 53; Paul Oertmann: “Gesetzeszwang und Richterfreiheit”, Leipzig 1909, pág. 26; Andreas v. Tuhr: “Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts”, tomo 1, Leipzig 1910, Allgemeiner Teil, pág. 41 s.; P. Heck: “Gesetzesauslegung” (nota al pie 11), pág. 19 ss., 157 ss.; L. Enneccerus: “Lehrbuch” (nota al pie 12), §53, pág. 119 s.; Ernst Rudolf Bierling: “Juristische Prinzipienlehre”, IV, Tubinga 1911, pág. 383 ss.

derecho natural y de la escuela histórica. Anschütz (al igual que Gény) sostuvo que, si el derecho contuviese una solución para todo, no sería “obra humana (y, por tanto, frangollo), sino una revelación de un poder sobrehumano que ... piensa en todo y prevé todo ... Me parece innecesario destinar más tiempo a esa concepción, pues carece de todo fundamento”.<sup>17</sup>

Es decir, la ciencia del derecho se enfrentó de repente a una tarea nueva, irresuelta y tal vez irresoluble. A partir de la irrupción del voluntarismo o positivismo, era inconcebible integrar las lagunas mediante el derecho natural o el derecho “científico”. Ya no había un derecho natural ni un sistema orgánico oculto del derecho positivo. Todavía se podía recurrir a la analogía como una posible herramienta para integrar las lagunas. Pero a diferencia de Savigny, para quien la analogía era algo totalmente distinto<sup>18</sup>, a principios del siglo XX se la consideraba una herramienta poco confiable. Representantes de la escuela del derecho libre como Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Ernst Stampe y Ernst Fuchs la rechazaban de raíz.<sup>19</sup> Pero también otros juristas (por nombrar a algunos de los más conocidos como Ernst Zitelmann, Paul Oertmann, Walter Jellinek y Julius Binder<sup>20</sup>) constatan con resignación que,

<sup>17</sup>Gerhard Anschütz: “Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen”, en: *Verwaltungsarchiv* 14 (1904), pág. 315-340 (322).

<sup>18</sup>Friedrich Carl v. Savigny: “Juristische Methodenlehre”, preparado por Jakob Grimm, editado por Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951, pág. 44; Friedrich Carl v. Savigny: “Vorlesungen über juristische Methodologie” 1802-1842, editado y con introducción de Aldo Mazzacane, Fráncfort del Meno 1993, pág. 150: la analogía no es una interpretación, sino una reconducción sistemática a una “regla superior”. Pero un poco distinto en Friedrich Carl v. Savigny: “System des heutigen Römischen Rechts”, I, Berlín 1840, pág. 290 ss. Véase al respecto Jan Schröder: “Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit” (1997), en J. Schröder: “Rechtswissenschaft” (nota al pie 4), pág. 65 ss. (100), y J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota al pie 2), pág. 214 s., 221-223. Discrepa Ulrich Huber: “Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht”, en: *JZ* 2003, pág. 1-17 (10 columna derecha); Stefan Meder: “Missverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik”, Tübinga 2004, pág. 152 ss., 159 ss., quienes, sin embargo, a mi juicio no consideran de manera suficiente las fuentes de Savigny más antiguas y el contexto histórico.

<sup>19</sup>E. Ehrlich: “Freie Rechtsfindung” (nota al pie 15), pág. 187; E. Ehrlich: “Die juristische Logik”, Tübinga 1918, pág. 225 ss.; Gnaeus Flavius (H. Kantorowicz): “Kampf” (nota al pie 15), pág. 23; E. Stampe: “Rechts- und Begriffsbildung” (nota al pie 15), pág. 4, 12, 18; Ernst Fuchs: “Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz” (1908), en E. Fuchs: “Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre”, editado por Albert S. Foulkes y Arthur Kaufmann, Karlsruhe 1965, pág. 65 ss. (84).

<sup>20</sup>Ernst Zitelmann: “Lücken im Recht”, Leipzig 1903, pág. 34 s.; P. Oertmann: “Gesetzeszwang” (nota al pie 16), pág. 27; Walter Jellinek: “Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung”, Tübinga 1913, pág. 168; Julius Binder: “Philosophie des Rechts”, Berlín 1925, pág. 978 s.

al construir una analogía, inevitablemente interviene un elemento subjetivo. Los casos no regulados son iguales a algún caso regulado en unos aspectos, pero son distintos en otros. Con arreglo al §701 del BGB, el posadero diligente es responsable de la pérdida, el daño o la destrucción de los efectos que el alojado hubiere introducido en la posada. ¿Esta responsabilidad estricta es exigible al operador de un coche dormitorio del tren? El §701 del BGB nada dice respecto de los coches dormitorio, sino que solo se refiere a los posaderos. Ambos casos son iguales en el sentido de que ambos empresarios prestan un servicio de alojamiento, pero son distintos porque uno solo presta un servicio de alojamiento, mientras que el otro además ofrece un servicio de transporte. ¿Cuál es la clave? ¿Las disposiciones sobre la responsabilidad del dueño de un animal de acuerdo con el §833 del BGB se aplican a las bacterias? El §833 del BGB se refiere solo a los animales, pero las bacterias son primitivos seres vivos unicelulares que se catalogan como parte del reino vegetal, no del animal. Por otra parte, las bacterias se trasladan de un lugar a otro e, incluso sin intervención humana, pueden generar daños cuantiosos, al igual que los animales. Si alguien cultiva bacterias en un laboratorio, puede uno perfectamente considerarlo algo así como un “dueño de animal”. ¿Qué es lo decisivo? Ambas preguntas se plantearon poco después del año 1900<sup>21</sup> y todavía se siguen debatiendo.<sup>22</sup> Además de todo lo anterior, puede haber casos no regulados para los que no exista una disposición que sea apropiada para construir una analogía. El ejemplo clásico de principios del siglo 20 es

<sup>21</sup>Véase la doctrina metodológica temprana sobre la aplicación analógica (o extensiva) del §701 a los coches dormitorio, de Oskar Kraus: “Die leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation”, en: *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, editado por Carl S. Grünhut, 32 (1905), pág. 613-636 (626). Eso sí, en la doctrina de comienzos del siglo XX predominó la opinión contraria. Véase la sinopsis de J. v. Staudinger: “Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze”, tomo 2, parte 3, novena edición. 1929, §701, nota 2 a  $\gamma$ , pág. 1178 (redactado por Engelhard: “dudoso y debatido”). La siguiente doctrina metodológica se refiere a la aplicación del §833 a bacterias: p.ej. Paul Oertmann: “Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft”, Leipzig 1931, pág. 29 (a favor) y Paul Kretschmar: “Grundfragen der Privatrechtsmethodik”, en *JhJb.* 67 (1917), pág. 233-300 (239 ss.); respecto del debate doctrinario actual, véase el comentario de Staudinger (recién citado), §833 nota 4 a  $\alpha$ , pág. 1887 (redactado por Engelhard, quien es contrario a la expansión).

<sup>22</sup>Respecto del §701: “Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, tomo 4, quinta edición, Múnich 2009, §701 número marginal 15 con referencias (“Las opiniones sobre el operador del coche dormitorio siguen siendo discrepantes”; Henssler, el redactor, es contrario a la aplicación del §701). Respecto del §833: “Münchener Komm.” (recién citado), tomo 5, cuarta edición., Múnich 2004, §833 número marginal 5 con referencias (“controvertido”; Wagner, el redactor, es contrario a la expansión).

la ausencia de un estatuto contractual en el derecho internacional privado alemán<sup>23</sup>, es decir, la ausencia de una norma que regule cuál es el derecho aplicable a los contratos transfronterizos. En este caso, la doctrina de manera casi unánime sostiene que, por la falta total de orientación legal, la única vía posible es la libre creación jurisprudencial; las herramientas metodológicas fracasan.

### 3.2.2. Lagunas internas

Además de las externas, también hay “lagunas internas”, con las que me refiero al caso en el que las palabras de la ley sean poco claras y no se puedan aclarar con los medios de interpretación. Esta constelación es menos conocida que la primera; incluso muchos manuales modernos todavía la tratan de modo deficiente. Pero es mucho más importante que la primera y constituye tal vez la irrupción más rotunda en la doctrina antigua, la que en este sentido todavía no hablaba de lagunas. Savigny dedicó unas pocas páginas al problema bajo la locución “concepto indeterminado”.<sup>24</sup> Pero a principios del siglo XX proliferaron los autores que entendían el “concepto indeterminado” como una laguna. Entre ellos podemos contar no solo al exponente del derecho libre Hermann Kantorowicz, sino también a Zitelmann, Konrad Hellwig, Heck y Hedemann.<sup>25</sup>

<sup>23</sup>E. Zitelmann: “Lücken” (nota al pie 20), pág. 29, ya también Josef Kohler: “Über die Interpretation von Gesetzen”, en: *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, editado por Carl S. Grünhut, 13 (1886), pág. 1-61 (57); Ernst Immanuel Bekker: “Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft. Festgabe an Rudolf von Jhering zum Doctorjubiläum”, Leipzig 1892, pág. 151; asimismo A. v. Tuhr: “Allg. Teil” (nota al pie 16), pág. 42, quien, sin embargo, deja abierta la posibilidad de una analogía; Gottlieb Planck: “Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz”, tomo 1, cuarta edición., Berlín 1913, Introducción al §1, VII, pág. LX (redactado por Planck y P. Knoke). Pero E. R. Bierling no ve una laguna: “Jur. Prinzipienlehre” IV (nota al pie 16), pág. 406/407 nota 18 (en caso de dudas, es válida la *lex fori*).

<sup>24</sup>F. C. v. Savigny: “System” I (nota al pie 18), pág. 225-230. August Otto Krug: “Die Grundsätze der Gesetzesauslegung”, Leipzig 1848, pág. 206 ss., ya había el problema de la indeterminación lingüística de manera más exhaustiva; al respecto, véase J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota al pie 2), pág. 231.

<sup>25</sup>Gnaeus Flavius (H. Kantorowicz): “Kampf” (nota al pie 15), pág. 18; E. Zitelmann: “Lücken” (nota al pie 20), pág. 45 (nota 18); Konrad Hellwig: “Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts”, tomo 2, Leipzig 1907, pág. 164 s.; P. Heck: “Gesetzesauslegung” (nota al pie 11), pág. 173; Justus Wilhelm Hedemann: “Einführung in die Rechtswissenschaft”, segunda edición, Berlín y Leipzig 1927, pág. 536. Asimismo, Walter Burckhardt: “Methode und System des Rechts”, Zürich 1936, pág. 270: “mientras el sentido ... no esté determinado, no existirá en la práctica una laguna”.

Que el problema de las expresiones indeterminadas de la ley tome un rol tan preponderante, no tiene todavía nada que ver con el voluntarismo. Parece estar relacionado con evoluciones en la teoría lingüística que hasta ahora no han sido bien estudiadas. Lo que se puede constatar respecto de la doctrina jurídica, es lo siguiente: a fines del siglo XIX todavía se encuentra la noción de “leyes lingüísticas”,<sup>26</sup> debido a las cuales las palabras tienen un significado fijo. Pero de manera creciente se va difundiendo la opinión según la cual el sentido de casi todas las palabras es difuso e incierto. Como escribió Rudolf Stammer: “No hay ... realmente ninguna palabra sin ambigüedades, por lo menos desde el punto de vista de las reglas lingüísticas”; y Henrich Stoll: “el tenor literal de la ley en sí no (tiene) sentido”.<sup>27</sup> Se puede citar muchos más: “La ley no tiene absolutamente ningún tenor literal claro en el ... sentido (lingüístico)” (Heck), “el tenor literal de la ley no es nunca claro si uno lo considera aislado” (Paul Kretschmar); no existe ningún “sentido de las palabras en sí mismo y por sí mismo” (Hans Reichel), “las palabras casi siempre tienen un sentido múltiple y elástico” (Hedemann).<sup>28</sup> Philipp Heck escribió que “Sólo en unos pocos grupos de palabras, concretamente las medidas y las designaciones individuales, (se observan) ... fluctuaciones reducidas”.<sup>29</sup> Si bien hay un “núcleo de significado”, como lo llama Heck, que es más o menos seguro, pero alrededor de él se sedimenta una “penumbra de significados” (Heck), una “zona de transición” (Karl Georg Wurzel), unos “flecós” (Eugen Ehrlich, a partir de William James), cuya expansión es totalmente indeterminada.<sup>30</sup> Si uno abre los ojos, se enfrenta de manera recurrente con esa inseguridad. Ya comienza con el §1 del BGB (“La capacidad legal de un ser humano comienza con la consumación del nacimiento”): ¿Qué es un “ser humano”: solo el que tiene un cuerpo normal o también uno que nace sin cabeza? ¿Cuándo está “consumado”

<sup>26</sup>Véase además p.ej. Carl Georg v. Wächter: “Pandekten”, editado por Oscar v. Wächter, I, Leipzig 1880, pág. 129 (“gramática y diccionario”, “el significado de las palabras ... en sí mismo”); Bernhard Windscheid: “Lehrbuch des Pandektenrechts”, novena edición, redactado por Theodor Kipp, Fráncfort del Meno 1906, §21, pág. 56 (“leyes lingüísticas”).

<sup>27</sup>R. Stammler: “Theorie” (nota al pie 11), pág. 604; Heinrich Stoll: “Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre”, en: *JhJb.* 76 (1926), pág. 134-206 (163, nota 2 con más referencias).

<sup>28</sup>P. Heck: “Gesetzesauslegung” (nota al pie 11), pág. 123; Paul Kretschmar: “Über die Methode der Privatrechtswissenschaft”, Leipzig 1914, pág. 38; Hans Reichel: “Gesetz und Richterspruch”, Zürich 1915, pág. 65; J. W. Hedemann: “Einführung” (nota al pie 25), pág. 110.

<sup>29</sup>P. Heck: “Gesetzesauslegung” (nota al pie 11), pág. 47.

<sup>30</sup>P. Heck: “Gesetzesauslegung” (nota al pie 11), pág. 173; Karl Georg Wurzel: “Das juristische Denken”, Viena 1904, pág. 40 s.; Eugen Ehrlich: “Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes” (1917), en E. Ehrlich: “Recht und Leben” (nota al pie 13), pág. 203 ss. (207).

el nacimiento? (Estos son ejemplos de Alfred Manigk, un teórico del derecho bien conservador, quien no daba gran valor a las novedades metodológicas).<sup>31</sup> ¿Qué es el “nombre” que el §12 del BGB protege contra el uso indebido y contra las impugnaciones del derecho a usarlo? ¿Solo el apellido, también el nombre de pila, o solo ambos de manera conjunta? ¿También el nombre de las personas jurídicas? ¿Y la denominación de un establecimiento, por ejemplo, un local llamado “Apelación” ubicado junto a un tribunal de distrito, etc.? Algunas de esas preguntas se pueden resolver con otros medios de interpretación: por ejemplo, con una argumentación histórica se pueden resolver las preguntas por el concepto de “ser humano” del §1 del BGB y por la protección del nombre de las personas jurídicas.<sup>32</sup> Pero con frecuencia esos medios fracasan; a mi juicio, la cuestión de la denominación del establecimiento no se puede resolver de manera histórica, sistemática ni teleológica.

Gracias al conocimiento teórico lingüístico, fue posible descubrir el problema. Pero que fuera *solucionable*, dependió de la transición al voluntarismo. En el derecho natural y en la escuela histórica del derecho todavía era posible superar incluso estos casos. Si el significado de la norma no se podía aclarar, se presumía su racionalidad, es decir, se asumía el sentido que pareciera ser más razonable. Todavía Savigny pretendía, en caso de dudas, decidir sobre la base (entre otros) del “valor intrínseco”.<sup>33</sup> Para lo valioso y razonable, el derecho natural del siglo XVIII y el sistema jurídico racional y orgánico de la escuela histórica de principios del siglo XIX, ofrecían un fundamento seguro (o supuestamente seguro). En cambio, con el voluntarismo se había perdido esa seguridad. Esa es la idea que formuló por primera vez Gustav Rümelin

<sup>31</sup> Alfred Manigk: “Auslegung”, en: “Handwörterbuch der Rechtswissenschaft”, editado por Fritz Stier-Somlo y Alexander Elster, tomo 1, Berlín y Leipzig 1926, pág. 428-436 (436 columna izquierda).

<sup>32</sup> El Código Civil Prusiano (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten) (I 1, §17) todavía excluía al “fruto del alumbramiento que careciese de constitución y forma humana” de los derechos civiles y de familia; los redactores del BGB lo desearon conscientemente (Motive I, pág. 28 s. = Benno Mugdan [editor]: “Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich”, I, Berlín 1899, pág. 371 s.). Ya los redactores del BGB estimaban que era posible ampliar el §12 a las personas jurídicas; véase RGZ 74, 114 ss. y, al respecto, Diethelm Klippel: “Der zivilrechtliche Schutz des Namens. Eine historische und dogmatische Untersuchung”, Paderborn etc. 1985, pág. 305 s.

<sup>33</sup> F. C. v. Savigny: “System” I (nota al pie 18), pág. 229. Respecto de la presunción de racionalidad en la teoría de la interpretación más antigua, véase J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota al pie. 2), pág. 148-150, y en general respecto del principio de “equidad hermenéutica” en la hermenéutica de la Edad Moderna temprana, véase Oliver Robert Scholz: “Verstehen und Rationalität”, Fráncfort del Meno 1999, pág. 35 ss.

en su conocida conferencia de 1891 con ocasión de la vicerrectoría en Friburgo, titulada “Juicios de valor y actos de la voluntad en el derecho civil”. Rümelin expresó que “una de las principales reglas de interpretación, o la más importante . . . , es asumir una voluntad razonable y normal del legislador”. De ese modo, como agregó Rümelin de manera bastante directa, “de cierta forma ya se ha expresado que estos son juicios de valor”.<sup>34</sup> Por el año 1900, se entendía que los juicios de valor eran decisiones subjetivas que carecían de un fundamento científico, objetivo y vinculante para todas las personas.<sup>35</sup> Para el positivismo de esa época, ya no existía un sistema valórico cierto y comúnmente aceptado, a diferencia de antes con el derecho natural y a diferencia de la doctrina jurídica orgánica y racional de la escuela histórica. Es decir, al designar la suposición de racionalidad como un “juicio de valor” (y fue probablemente el primer jurista en hacerlo), Rümelin adoptó sin más un punto de vista voluntarista o positivista y lo aplicó a la teoría de la interpretación. Después de 1900, su descubrimiento rápidamente se volvió una obviedad. En 1906, Max Rumpf demostró que es inevitable que los juicios de valor influyan en toda la aplicación del derecho y no solo en la integración de las lagunas “externas”<sup>36</sup>, y encontramos ideas similares, aunque más sucintas, en otros juristas (Konrad Hellwig, Radbruch, Oertmann, Paul Kretschmar, Hugo Sinzheimer).<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Gustav Rümelin: “Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht”, Friburgo de Brisgovia 1891, pág. 6.

<sup>35</sup> De entre la filosofía del derecho neokantiana que dominó hasta aproximadamente el año 1920, véase Gustav Radbruch: “Rechtsphilosophie”, tercera edición, Leipzig 1932, pág. 9 (las proposiciones normativas “no son susceptibles de conocimiento, sino de confesión”); Emil Lask: “Rechtsphilosophie” (1905), en E. Lask: “Gesammelte Schriften”, editado por Eugen Herrigel, tomo 1, Tübinga 1923, pág. 275-331 (280: “distinción crítica entre valor y realidad”); Hermann Kantorowicz: “Die Rechtswissenschaft – eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie”, en H. Kantorowicz: “Rechtswissenschaft und Soziologie” (nota al pie 15), pág. 83 ss. (86: “la validez de los valores prácticos [es] solo relativa”).

<sup>36</sup> M(ax) Rumpf: “Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung”, Berlín 1906, p.ej. pág. 56, 78, 87 y passim.

<sup>37</sup> K. Hellwig: “Lehrbuch” (nota al pie 25), pág. 172; G. Radbruch: “Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung” (1906), en G. Radbruch: “Gesamtausgabe”, tomo 1, Rechtsphilosophie I, redactado por Arthur Kaufmann, Heidelberg 1987, pág. 409-422; P. Oertmann: “Gesetzeszwang” (nota al pie 20), pág. 23; Hugo Sinzheimer: “Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft” (1909), en H. Sinzheimer: “Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden”, editado por Otto Kahn-Freund y Thilo Ramm, tomo 2, Frankfurt y Colonia 1976, pág. 3-23 (21). Incluso P. Kretschmar: “Grundfragen” (nota al pie 21), pág. 242 nota 8, que era conservador en materia metodológica, reconoce que en el procedimiento “inductivo” es inevitable que se interfiera “un juicio de valor no exento de factores subjetivos”.

### 3.2.3. Consecuencias

De ese modo, respecto de las “lagunas internas” queda (casi siempre) lo mismo que respecto de las “externas”: los jueces (u otros órganos que apliquen el derecho) deben decidir libremente y sin ley.<sup>38</sup> A principios del siglo XX se debatió cómo ellos debiesen orientarse. No se habían formulado reglas comúnmente aceptadas. Lo que lograba un mayor consenso era lo que prescribe el conocido, y muy citado también en Alemania, artículo 1 del código civil suizo de 1907: “en los casos no previstos por la ley”, debe el juez decidir “según las reglas que adoptaría como legislador”.<sup>39</sup> Como consecuencia de esto, y me parece muy importante, el papel del juez cambia de manera fundamental. En casos de lagunas, ya no interviene como aplicador del derecho, sino como legislador (o como legislador para el caso concreto), como creador del derecho, como político del derecho. Su decisión para a ser una decisión “política”. También esta es una consecuencia de la transición hacia el voluntarismo o positivismo: si uno reconoce que existen lagunas imposibles de integrar, la jurisprudencia necesariamente adquiere una dimensión política. No es coincidencia que, por primera vez desde fines del siglo XIX, se debata sobre las preguntas relacionadas con esto, tanto respecto de la doctrina de la interpretación, como para analizar la jurisprudencia práctica (aparece la voz “justicia de clases”)<sup>40</sup>, y también en las “doctrinas partidistas” por ejemplo

<sup>38</sup>En general respecto del nacimiento de la teoría del “derecho judicial” a comienzos del siglo XX, véase Jan Schröder: “‘Richterrecht’ und Rechtsbegriff im frühen 20. Jahrhundert” (2006), en J. Schröder: “Rechtswissenschaft” (nota al pie 4), pág. 569 s.

<sup>39</sup>Remiten al art. 1 del Código Civil de Suiza p.ej. E. Ehrlich: “Freie Rechtsfindung” (nota al pie 15), pág. 191; Gnaeus Flavius (H. Kantorowicz): “Kampf” (nota al pie 15), pág. 34; Johannes Biermann: “Bürgerliches Recht”, tomo 1, Berlín 1908, pág. 26; Max Rümelin: “Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns”, Tübinga 1908, pág. 31; Ernst Fuchs: “Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz”, Karlsruhe 1909, pág. 14; L. Enneccerus: “Lehrbuch” (nota al pie 12), §53, pág. 122; Max Rumpf: “Das Ideal des volkstümlichen Rechts”, Mannheim y Leipzig 1913, pág. 11; Hans Wüstendörfer: “Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung”, en: AcP 110 (1913), pág. 219-380 (325); Adolf Merkel: “Juristische Enzyklopädie” (1885), quinta edición, editado por Rudolf Merkel, Berlín 1913, §117, pág. 73 s.; Otto Fischer: “Einführung in die Wissenschaft von Recht und Staat. Für Gebildete aller Berufe”, Múnich 1920, pág. 26; J. Binder: “Philosophie” (nota al pie 20), pág. 915; Rudolf Schmidt: “Bürgerliches Recht. Ein kurzgefaßtes Lehrbuch”, Stuttgart 1927, pág. 13; Heinrich Lehmann: “Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs”, tercera edición, Berlín y Leipzig 1928, pág. 55.

<sup>40</sup>Véase Hans-Jürgen Becker: “Klassenjustiz”, en HRG 2 (1978), columna 858-860; Uwe Wilhelm: “Das deutsche Kaiserreich und seine Justiz”, Berlín 2010.

de Gustav Radbruch, Max Ernst Mayer y Richard Schmidt.<sup>41</sup> No necesito dar más detalles, porque de manera prácticamente unánime se acepta la existencia de lagunas imposibles de integrar desde un punto de vista metodológico y, por tanto, de una jurisprudencia política.

Resumo de nuevo esta sección: la transición hacia una doctrina voluntarista o positivista del derecho a principios del siglo XX conlleva una enorme ampliación del ámbito de las lagunas, que ya no se puede superar con herramientas metodológicas. Su lugar, lo toma la creación judicial del derecho; de acá nacen la doctrina del “derecho judicial” y del carácter político de la jurisprudencia. No se trata en realidad (y esto es para mí lo decisivo) de un logro cognitivo. Es totalmente absurdo suponer que alrededor de 1900 se hubiesen “descubierto” las lagunas. El problema de las lagunas está inmerso en la historia y surge solo porque se transita hacia un nuevo concepto del derecho, en el que ya no hay un derecho natural o un derecho científico que puedan integrar las lagunas. No podemos resolver de manera sistemática el problema de las lagunas. Pero por lo menos podemos, desde una perspectiva histórica, entender por qué, a fin de cuentas, se produce.

## 4. El concepto del derecho y la teoría de la interpretación a comienzos del siglo XX: las variantes del concepto voluntarista del derecho y la escisión en la doctrina de la interpretación

### 4.1. Las variantes del concepto voluntarista del derecho

La transición al concepto voluntarista del derecho va acompañada de un segundo aspecto: la escisión en distintas variantes del concepto del derecho. Para entenderlo, hay que recordar que alrededor del año 1900 nacieron dos nuevas disciplinas de las ciencias jurídicas: por un lado, la filosofía del derecho en cuanto teoría del ideal jurídico, de los valores en el derecho, que comenzó con Rudolf Stammler. Ella reemplazó (aunque en forma mucho más

<sup>41</sup>Gustav Radbruch: “Grundzüge der Rechtsphilosophie”, Leipzig 1914, pág. 94 ss.; Max Ernst Mayer: “Rechtsphilosophie”, Berlín 1922, pág. 63 ss., 71 ss.; Richard Schmidt: “Grundriß der Allgemeinen Staatslehre”, Stuttgart 1938, §13 (respecto de la doctrina partidista de Schmidt, véase Thomas Duve: “Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900”, Ebelsbach 1998, pág. 74 ss., 187 ss., 303 ss.).

débil) al antiguo derecho natural, que ya unas décadas antes había dejado de cumplir un rol como fuente del derecho. Por otro lado, se desarrolló, alentada especialmente por Rudolf von Jhering, la sociología del derecho en cuanto teoría de las causas sociales del derecho. A partir de ese momento fue posible observar tres caras de cada enunciado normativo positivo: una superestructura filosófica e ideal, es decir, su relación con determinados valores jurídicos; su subestructura social, es decir, los motivos histórico-sociales de su creación; y finalmente la norma misma, independiente de la superestructura y de la subestructura. Como ya he sugerido en otras ocasiones<sup>42</sup>, por tanto, se pueden distinguir tres variantes diferentes del voluntarismo.<sup>43</sup> Esta distinción tiene su precursor en la correspondiente división tripartita de las ciencias jurídicas que Gustav Hugo formuló alrededor del año 1800 (aunque, por ser de otra época, la formulara de manera un poco distinta)<sup>44</sup> y que, sin embargo, fue desbancada por la escuela histórica.

- 1) Una variante normativa que se basa solo en la disposición legal aislada. Ella “libera” a la ciencia del derecho de los elementos filosóficos y sociológicos “ajenos” y se aboca, en cuanto “teoría pura”, solo a la norma. Es la teoría estrictamente positivista que fundó Hans Kelsen.<sup>45</sup>
- 2) Una variante sociológica que se basa en la subestructura. Reduce el derecho exclusivamente a sus fundamentos sociales. Lo concibe como un producto de las luchas de poder e intereses y de la fijación de objetivos sociales. Esta perspectiva se remonta especialmente a la jurisprudencia de la finalidad del Jhering tardío, quien percibió en el derecho la diagonal

<sup>42</sup>Jan Schröder: “Rechtsbegriff und Auslegungsgrundsätze im frühen 20. Jahrhundert: Anmerkungen zum Streit zwischen ‘objektiver’ und ‘subjektiver’ Interpretationstheorie” (2007), en J. Schröder: “Rechtswissenschaft” (nota al pie 4), pág. 585 ss.; J. Schröder: “Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933”, en: Rg Rechtsgeschichte 13 (2008), pág. 160-175; J. Schröder: “Philipp Heck und die Freirechtsbewegung”, en: “Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag”, editado por Thomas Lobinger, Tubinga 2010, pág. 1313 ss.

<sup>43</sup>De manera similar, ya en Alf Ross: “Theorie der Rechtsquellen”, Leipzig y Viena 1929, pág. 219 ss.

<sup>44</sup>Gustav Hugo: “Lehrbuch eines civilistischen Cursus”, tomo 1, el que, como introducción general, contiene la enciclopedia jurídica (primera edición de 1792), quinto ensayo, Berlín 1817, §34, pág. 32 s.: “¿Qué es legal?”, “¿Es razonable que algo sea legal?”, “¿Cómo ha llegado a ser legal?”. Ahora bien, Hugo se limita a esa distinción tripartita de las disciplinas jurídicas y no extrae de ella además una distinción tripartita del concepto del derecho.

<sup>45</sup>Hans Kelsen: “Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik”, Leipzig y Viena 1934, pág. 1.

del “paralelogramo de las fuerzas”.<sup>46</sup> Adoptaron esta variante sobre todo Philipp Heck y su escuela de la jurisprudencia de los intereses radicada en Tubinga.<sup>47</sup>

- 3) Una variante idealista que se basa en la superestructura. De acuerdo con ella, el derecho no es racional en sí mismo (ni siquiera en su totalidad), pero por lo menos aspira a la racionalidad, la justicia y a ser “correcto”. En palabras de Rudolf Stammler, es un “intento forzado hacia lo correcto”.<sup>48</sup> Usted habrá observado que se puede decir que esta doctrina (y solo ella) logra salvar un remanente del antiguo idealismo e incorporarlo en el positivismo (o, dicho de forma negativa, logra contrabandearlo). En definitiva, esta variante adopta, aunque de manera muy debilitada, la función que antes habían cumplido el derecho natural o el derecho científico de la escuela histórica.

## 4.2. La escisión de la doctrina de la interpretación

La triple división del concepto voluntarista del derecho llevó asimismo a una escisión de la doctrina de la interpretación. Hasta mediados del siglo XIX estaban todos fundamentalmente de acuerdo en que la finalidad de la interpretación de la ley era determinar la voluntad o las ideas del legislador.<sup>49</sup> Desde fines del siglo XIX se fragmentó esa unidad y emergieron tres variantes de la teoría de la interpretación. Si simplificamos un poco, se pueden distinguir sus siguientes etapas de desarrollo:

- Al principio, en 1885/86 tres destacados juristas alemanes (Karl Binding, Adolf Wach y Josef Kohler) inician de manera casi simultánea la llamada

<sup>46</sup>Rudolph v. Jhering: “Der Kampf um’s Recht” (1872), décima edición, Viena 1891, pág. 7.

<sup>47</sup>P. Heck: “Gesetzesauslegung” (nota al pie 11), pág. 17: los imperativos jurídicos son “las resultantes de los intereses... que se enfrentan en toda comunidad jurídica”; H. Stoll: “Rechtsstaatsidee” (nota al pie 27), pág. 157, 160: los mandatos que “surgen de una lucha de la contraposición de intereses dentro de una comunidad jurídica”; Max Rümelin: “Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts”, in: AcP 122 (1924), pág. 145-172, 265-317 (296: “fijación del equilibrio de fuerzas”).

<sup>48</sup>R. Stammler: “Theorie” (nota al pie 11), pág. 470, 649, entre otras. Asimismo, p.ej. Adolf Wach: “Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts”, I, Leipzig 1885, pág. 260, 257: el derecho es la voluntad “con arreglo a su idea”, pero “la sustancia racional de la voluntad que se adecúa a la norma general”; G. Radbruch: “Rechtsphilosophie” (nota al pie 35), pág. 29: “la realidad cuyo sentido es servir al valor jurídico, a la idea jurídica”; Julius Binder: “Zur Lehre vom Rechtsbegriff”, en: Logos 18 (1929), pág. 1-35 (32): “realidad de la idea”.

<sup>49</sup>Véase J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota al pie 2), pág. 224-226.

teoría “objetiva”.<sup>50</sup> De acuerdo con ella, no es determinante lo que el legislador haya querido decir, sino lo que la ley razonablemente debiese decir al momento de aplicarla. Evidentemente, esta teoría “objetiva” es una consecuencia de la variante idealista del voluntarismo. Ella intenta que la pretensión del derecho de generar algo racional, justo y correcto, se imponga también en la interpretación de la ley. Por tanto, la interpretación es “una circunstancia cuyo sentido consiste en realizar la idea del derecho” (Radbruch) y debe proceder de manera que “corresponda de la mejor manera a su (a saber: de la ley) finalidad cognoscible y a las exigencias de justicia” (Wach).<sup>51</sup>

- Un poco después se renovó la doctrina de la voluntad del legislador como finalidad de la interpretación. Desde aproximadamente el año 1900 se la denomina teoría “subjetiva” o “histórica”. Una obra representativa es el libro “Interpretación de la ley y jurisprudencia de los intereses” que Philipp Heck publicó en 1914, quien postuló que la interpretación debía fundarse en los intereses o las finalidades históricas que atañan a la respectiva norma legal, y en la su valoración por parte del legislador.<sup>52</sup> Evidentemente, eso corresponde a la variante sociológica del concepto voluntarista del derecho.
- Por último, hay una tercera teoría, además de la “objetiva” y de la “subjetiva”. De acuerdo con ella, la interpretación de la ley debe detenerse en el texto normativo “determinado” y no debe recurrir a perspectivas ideales ni sociológicas o históricas. Esta tercera teoría está totalmente desarrollada en la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen publicada en 1934<sup>53</sup> y corresponde a la variante normativa del concepto voluntarista del derecho.

Por tanto, de pronto ya no tenemos un solo posible punto de partida teórico, sino tres. En consecuencia, también tenemos tres distintas doctrinas de la

<sup>50</sup>K. Binding: “Handbuch” (nota al pie 11), pág. 450 ss.; A. Wach: “Handbuch” (nota al pie 48), pág. 254 ss.; J. Kohler: “Über die Interpretation” (nota al pie 23).

<sup>51</sup>G. Radbruch: “Rechtsphilosophie” (nota al pie 35), pág. 116; A. Wach: “Handbuch” (nota al pie 48), pág. 257 s.

<sup>52</sup>P. Heck: Gesetzesauslegung (nota al pie 11), pág. 49 ss., 59 ss., 89 ss.

<sup>53</sup>H. Kelsen: Reine Rechtslehre (nota al pie 45), pág. 94 ss. Ya antes, Adolf Merkel había desarrollado un razonamiento similar: “Zum Interpretationsproblem”, en: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart”, editado por Carl S. Grünhut, 42 (1916), pág. 535-556.

interpretación. A la teoría de la interpretación eso le añade una inseguridad que la ciencia del derecho alemana no había tenido durante los cuatro siglos anteriores. En las próximas secciones no me referiré a la “Teoría Pura del Derecho” porque aporta poco a los detalles de la interpretación y porque (por lo menos en Alemania) tampoco pudo imponerse. A continuación, me limitaré a la controversia entre la teoría objetiva y la subjetiva.

### 4.3. La relevancia de la controversia

¿De verdad es tan importante esta controversia? ¿Es posible acabarla? Hay autores que se figuran poder dilucidar de manera científica cuál de estas teorías es la más correcta.<sup>54</sup> Personalmente, considero que es inútil. La decisión dependerá a fin de cuentas de si uno quiere comprender el derecho exclusivamente como un fenómeno empírico y social, o como un producto del espíritu que se orienta hacia valores ideales. Pero esa pregunta depende de la cosmovisión y no hay respuestas correctas o erradas. Otros autores sostienen que esta controversia no tiene importancia práctica.<sup>55</sup> Pero, a mi juicio, ese es un eslogan también es estéril. Incluso si abstraemos de ejemplos reales, es evidente que *tiene* que haber casos en los que esta controversia genere conflictos irresolubles. Si nos atenemos a los cuatro elementos de la interpretación ya mencionados, resulta evidente que el elemento histórico puede entrar en conflicto con el gramatical, el sistemático y el teleológico. Incluso más: las soluciones podrán ser divergentes dependiendo de si entendemos estos tres elementos de manera “subjetiva” u “objetiva”. Ahora bien, la doctrina hasta 1930 ofreció pocos ejemplos. Descuidó sobre todo el elemento sistemático, que Savigny había usado en reemplazo del contexto. El elemento sistemático cayó en descrédito después de la decadencia de la escuela histórica y fue reemplazado cada vez

<sup>54</sup>Categorico a favor de la teoría subjetiva p.ej. Bernd Rüthers: “Rechtstheorie”, segunda edición, Múnich 2005, nota marginal 796 ss., pág. 506 ff; a favor de la teoría objetiva “dominante” Franz Bydlinski: “Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff”, segunda edición, Viena etc. 1991, pág. 454; Reinhold Zippelius: “Juristische Methodenlehre”, décima edición, Múnich 2006, §4 II, pág. 21-24 (sin embargo, con razón dice que la decisión depende de la respectiva “filosofía del Estado”, pág. 23). Asimismo, el intento de “unificarlas” se puede observar p.ej. en Karl Larenz: “Methodenlehre der Rechtswissenschaft”, sexta edición, Berlín etc. 1991, pág. 316 ss. (“verdades parciales”).

<sup>55</sup>P.ej. Rolf Wank: “Die Auslegung von Gesetzen”, Colonia etc. 1997, pág. 33; Friedrich Müller: “Juristische Methodik”, séptima edición, Berlín 1997, número marginal 442 ss.

más, aunque no totalmente, por la “finalidad”.<sup>56</sup> A pesar de todo, mencionaré dos ejemplos reales:

#### 4.3.1. Un ejemplo relativo a la interpretación gramatical

El primer ejemplo se refiere a la interpretación gramatical. Si el sentido lingüístico ha cambiado entre la época de la creación y la época de la aplicación de la ley, entonces para la interpretación subjetiva lo determinante será el sentido histórico<sup>57</sup>, mientras que para la interpretación objetiva será el sentido actual.<sup>58</sup> En el ambiente jurídico vienés de 1904 se debatió sobre el siguiente caso: una ley que tenía cien años de antigüedad, prohibía circular demasiado rápido. Un cochero de alquiler que iba a ser sancionado con arreglo a esa ley, se defendió con el argumento de que su velocidad ya no debía ser calificada como “demasiado rápida” en vista de la aun mayor velocidad de los tranvías y automóviles. Varios autores<sup>59</sup> y el tribunal concluyeron que el argumento era acertado, lo que corresponde a la teoría “objetiva”. En cambio, un adepto de la teoría subjetiva se referiría a la noción de velocidad imperante en la época de 1800. Es imposible solucionar el problema con criterios lingüísticos. ¿Serviría la finalidad de la disposición? Podría consistir en evitar que los demás usuarios de la vía pública corran peligro por vehículos que circulan a velocidades inesperadas e inusualmente altas. Pero sería debatible si se debiese atender a la rapidez relativa (de la carroza) o a la absoluta. Por un lado, uno puede cuestionar si en 1904 de verdad estaba permitido que las

<sup>56</sup>Una apología del método sistemático-constructivo se puede encontrar especialmente en P. Kretschmar: “Über die Methode” (nota al pie 28), “Grundfragen” (nota al pie 21) y en Arthur Baumgarten: “Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode”, 2 tomos, Tübinga 1920/22, primordialmente I, pág. 344 ss., II, pág. 600 ss. Sin embargo, también ellos hacen concesiones sustanciales a la jurisprudencia teleológica de la época. Respecto de la comprensión del elemento “sistemático” en la teoría de la interpretación de la época de 1900, véase próximamente J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota al pie 2), segunda edición, §81 III.

<sup>57</sup>P. Heck: “Gesetzesauslegung” (nota al pie 11), pág. 270-273, y también H. Stoll: “Rechtsstaatsidee” (nota al pie 27), pág. 163.

<sup>58</sup>O. Kraus: “Die leitenden Grundsätze” (nota al pie 21), pág. 624; Erich Danz: “Richterrecht”, en: “Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft”, tomo I, número 4, Berlín 1912, pág. 173-222 (189, 200). Según Maximilian Saxl: “Materialien und Gesetz. Eine staatsrechtliche Abhandlung”, Berlín 1905, pág. 30, se debe interpretar las palabras “con arreglo a las necesidades actuales de la vida y a la respectiva situación del conocimiento humano”; véase también K. G. Wurzel: “Jur. Denken” (nota al pie 30), pág. 42-45.

<sup>59</sup>En ese sentido K. G. Wurzel: “Jur. Denken” (nota al pie 30), pág. 44 s.; O. Kraus: “Die leitenden Grundsätze” (nota al pie 21), pág. 634; M. Saxl: “Materialien” (nota al pie 58), pág. 29 y la nota 4, de la que tomé este ejemplo.

carrozas con caballos circularan a todo galope por Viena, solo porque en esa época ya hubiera vehículos incluso más rápidos. Por otro lado, podría uno justificarlo argumentando que el legislador quería que los transeúntes tolerasen la velocidad promedio acostumbrada, y que a fin de cuentas en 1904 esa velocidad era notoriamente más alta que cien años antes. En ese sentido, se argumentó que el cochero no debiese ser sancionado en Viena, pero sí se lo podía sancionar en la pequeña ciudad de Mödling, pues allí todavía no había tranvías.<sup>60</sup> A mi juicio, no parece haber una solución necesariamente correcta. Esa controversia doctrinaria no ofrece una solución unívoca sobre la base del elemento gramatical, cuando a partir del contexto, de la historia o de la finalidad no se pueda aclarar si lo determinante es el sentido histórico o el actual.

#### 4.3.2. Un ejemplo relativo a la interpretación teleológica

Mi segundo ejemplo se refiere a la interpretación teleológica (la finalidad). También en este caso divergen ambas posturas. Para la teoría subjetiva, la finalidad (en cuanto intención, meta o motivo del legislador) es un hecho que se puede constatar con herramientas histórico-empíricas.<sup>61</sup> La jurisprudencia de los intereses de Heck es una mera variante de esta teoría, ya que se refería no a la finalidad, sino que a la valoración de intereses que hubiera hecho el legislador (la cual se debería constatar por métodos históricos).<sup>62</sup> En cambio, para la teoría objetiva lo determinante no es la finalidad histórica, sino que “una finalidad idónea para el tiempo presente” (Wüstendorfer).<sup>63</sup>

<sup>60</sup>En ese sentido Saxl, véase la nota al pie anterior.

<sup>61</sup>Explícito p.ej. Carl Crome: “System des Deutschen Bürgerlichen Rechts”, tomo 1, “Einleitung und Allgemeiner Teil”, Tübinga y Leipzig 1900, pág. 101 (finalidad legislativa); R. Schmidt: “Bürgerl. Recht” (nota al pie 39), pág. 11 (finalidad del legislador); L. Enneccerus: “Lehrbuch” (nota al pie 12), décimo tercera edición, redactada por Hans C. Nipperdey, Marburgo 1931, §51, pág. 150 nota 7 (“motivos del legislador”).

<sup>62</sup>Philipp Heck: “Das Problem der Rechtsgewinnung” (1912), segunda edición, Tübinga 1932, pág. 29-34.

<sup>63</sup>H. Wüstendorfer: “Die deutsche Rechtsprechung” (nota al pie 39), pág. 264. Además J. Kohler: “Über die Interpretation” (nota al pie 23), pág. 35: se debe elegir la interpretación “que mejor corresponda a la necesidad legal, considerando el orden de las ideas contemporáneas”; R. Stammler: “Theorie” (nota al pie 11), pág. 621: si persisten ambigüedades, será determinante el “ideal social”, la “idea del derecho”; H. Reichel: “Gesetz” (nota al pie 28), pág. 78: la ley se debe interpretar de manera tal, que represente “el medio más adecuado en el momento actual para provocar un estado social justo y saludable”; A. Baumgarten: “Wissenschaft vom Recht” (nota al pie 56), I, pág. 296: se debe interpretar del modo que sea “más adecuado para el interés general”. No siempre se

Heinrich Stoll refirió un ejemplo en su conferencia de 1924 con motivo de la toma de posesión de su cátedra en la Universidad de Tubinga.<sup>64</sup> Un privado quiere hacerse cargo del comedor universitario y vender los alimentos a precio de costo. ¿Puede constituir para estos efectos una asociación sin fines de lucro con arreglo al §21 del BGB? Es muy fácil constituir las: se requieren siete miembros, un estatuto y un directorio. En cambio, para constituir una sociedad comercial (p.ej. una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad anónima) se aplican disposiciones más estrictas, p.ej. respecto de reunir y mantener el capital social, para así proteger los intereses de los acreedores. Constituir esas asociaciones es simple y el §21 del BGB requiere que “no estén dirigidas a realizar negocios rentables”. ¿Cuáles organizaciones “no están dirigidas a realizar negocios rentables”? La expresión es equívoca y es necesario aclararla a partir de la finalidad de la disposición. De acuerdo con la historia fidedigna del establecimiento de la ley, el §21 del BGB tiene por finalidad privilegiar las asociaciones de utilidad pública o que persigan otros fines sin lucro. Ese sería el caso del ejemplo mencionado, ya que el administrador quiere vender a precio de costo. Con arreglo a la teoría subjetiva, se podría constituir la asociación por mera inscripción con arreglo al §21 del BGB. Esa es la conclusión que también Stoll parece considerar correcta. En cambio, la teoría objetiva tal vez concluiría que las palabras “no estén dirigidas a realizar negocios rentables” tienen como finalidad proteger a los acreedores. Como la asociación dependerá en gran medida de créditos para poder operar el comedor universitario, se debiese elegir una sociedad comercial. Su naturaleza jurídica otorgaría a los acreedores una mejor protección que la asociación sin fines de lucro por eso. Efectivamente, ha prevalecido esta interpretación del §21 del BGB, por lo que hoy en día la empresa que administra el comedor universitario no podría constituirse como asociación sin fines de lucro con arreglo al §21.<sup>65</sup> Esta conclusión suena bastante racional. Sin embargo, la *teoría de la interpretación* no nos explica por qué en este caso nos decidimos por esta solución y no por la finalidad subjetiva del legislador.

Para resumir esta sección: el concepto voluntarista del derecho llevó a una contraposición entre la teoría objetiva y la subjetiva. Esa contraposición repercute en cada elemento de la interpretación (el lenguaje, el sistema y la

finalidad), pero con mayor razón cuando interactúan con el elemento histórico. Es probable que, en la práctica, no sea un gran problema: no será frecuente que diverjan el razonable sentido actual y el antiguo. Sin embargo, el dilema teórico persiste y, a mi juicio, no podemos resolverlo de una manera científica y sistemática. Solo nos queda aceptar que coliden dos expresiones temporales, distintas e igualmente posibles del concepto del derecho. A mi juicio, el raciocinio dogmático moderno es estéril en este caso. El raciocinio histórico por lo menos nos puede enseñar por qué existe este conflicto. Y cada intérprete deberá resolverlo por sí mismo.

## 5. Conclusión: más ejemplos y la utilidad de historizar la teoría de la interpretación

Por tanto, mis conclusiones son: las dos innovaciones más importantes de la teoría de la interpretación de la época de 1900, vale decir, la ampliación del ámbito de las lagunas y la escisión de la doctrina de la interpretación, solo se pueden explicar de un modo histórico. Se fundan, en primer lugar, en la evolución desde el idealismo de la época del derecho natural y de la escuela histórica, hacia el voluntarismo de principios del siglo XX. En segundo lugar, se fundan en el desarrollo de distintas variantes, todas igualmente reconocidas, del voluntarismo: una normativa, una sociológica y una idealista.

Si uno repasa toda la doctrina sobre la interpretación de principios del siglo XX, se encuentra de manera recurrente con otras proposiciones y controversias cuyo origen se remonta al voluntarismo o positivismo y a la escisión del concepto del derecho. Mencionaré brevemente tres que son poco evidentes.

- 1) Se debate sobre la jerarquía de los elementos de interpretación.<sup>66</sup> En el siglo XVIII y principios del XIX, ese problema no se presentaba porque la interpretación tenía solo *una* finalidad: constatar la voluntad del legislador. Todos los criterios interpretativos tributaban solo a esa finalidad y, por así decirlo, comprobaban la voluntad del legislador, la que el intérprete debía apreciar libremente.<sup>67</sup> El tema se planteó en el siglo XX debido a la escisión de la doctrina de la interpretación. Como ya mencioné, a mi

distingue claramente entre el sentido y la finalidad de la ley.

<sup>64</sup>H. Stoll: “Rechtsstaatsidee” (nota al pie 27), pág. 172 s.

<sup>65</sup>Véase “Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, tomo 1, quinta edición, Múnich 2006, §21 Rn. 4 ss. (especialmente 7, 30, 43a, 44) (redactado por D. Reuter).

<sup>66</sup>Véase p.ej. Claus-Wilhelm Canaris: “Das Rangverhältnis der ‘klassischen’ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht”, en: “Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag”, Colonia etc. 1999, pág. 25-61.

<sup>67</sup>Véase J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota al pie 2), pág. 236. Lo único indiscutido es

juicio, el problema se puede explicar desde un punto de vista histórico, pero no se puede resolver de modo sistemático.

- 2) ¿Qué es una laguna legal? ¿Acaso existen? A principios del siglo XIX, estaba fuera de toda duda. Pero sobre la base del concepto voluntarista o positivista del derecho, la respuesta deja de ser obvia. Si uno entiende el derecho como un mero cúmulo aleatorio de disposiciones discrecionales, entonces ya no habrá un ideal para cotejar su completitud y para constatar su carácter incompleto. En efecto, por eso la variante positivista estricta del voluntarismo (Kelsen y p.ej. también Felix Somló) niega toda existencia de lagunas en el derecho.<sup>68</sup> En cambio, para la teoría objetiva depende del ideal jurídico<sup>69</sup>, mientras que para la subjetiva depende de cómo el legislador histórico concebía la legislación.<sup>70</sup> La doctrina mayoritaria opina que sí existen las lagunas y por eso preterí antes esta pregunta. Pero todo depende del concepto del derecho.
- 3) ¿Se puede aplicar normas de excepción de manera extensiva o analógica? La doctrina más antigua sostenía que no.<sup>71</sup> Pero, para el positivismo, el concepto mismo de las normas de excepción representa un problema, porque la relación entre la regla y la excepción solo puede existir si el legislador mismo la ha creado. Ya no existen normas de derecho natural o de racionalidad científica jurídica<sup>72</sup> respecto de las cuales el derecho positivo pueda establecer excepciones. Por eso, p.ej. Philipp Heck proclamó que era inútil e incluso contraproducente el principio por el cual las

que el elemento “gramatical” no prima, es decir, que el sentido de las palabras también se puede determinar (o corregir) mediante consideraciones históricas, sistemáticas y teleológicas.

<sup>68</sup>H. Kelsen: “Reine Rechtslehre” (nota al pie 45), pág. 100-104; Felix Somló: “Die Anwendung des Rechts”, en: “Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart”, editado por Carl S. Grünhut, 38 (1911), pág. 55-74 (65).

<sup>69</sup>Si una regulación es necesaria debido a las “necesidades del tráfico”, al “espíritu de la ley”: K. Hellwig: “Lehrbuch” (nota al pie 25), pág. 166; la “necesidad de equidad”: A. v. Tuhr: “Allg. Teil” (nota al pie 16), pág. 42; la “razonabilidad” del resultado: E. Danz: “Richterrecht” (nota al pie 58), pág. 197; “una necesidad fundamentada objetivamente en nuestra actual situación social y económica”: J. Binder: “Philosophie” (nota al pie 20), pág. 984.

<sup>70</sup>P.ej. P. Heck: “Gesetzesauslegung” (nota al pie 11), pág. 174 (respecto de las lagunas “externas”).

<sup>71</sup>Referencias en J. Schröder: “Recht als Wissenschaft” (nota al pie 2), pág. 256 s.

<sup>72</sup>De ese modo, todavía F. C. v. Savigny: “System” I (nota al pie 18), pág. 294 sostiene que el derecho “anómalo” no es susceptible de analogía, ya que no se encuadra en la “relación interna del sistema jurídico”.

disposiciones de excepción no se pueden ampliar.<sup>73</sup>

A mi parecer, estos son los principales antecedentes históricos y teórico-jurídicos de la teoría de la interpretación en la época de 1900. Podemos preguntarnos de qué nos sirve comprenderlos. De seguro no incidirá en la debilidad de la actual doctrina interpretativa, la cual, de manera creciente, se ha ido superponiendo con otros instrumentos metodológicos (me refiero especialmente a la teoría de las fuentes del derecho). Pero la reflexión histórica nos ayuda a entender mejor nuestra situación actual. Claro, eso es algo que muchos ya han dicho, pero uno no se puede cansar de repetirlo, especialmente respecto de la historia de la metodología jurídica. Muchas particularidades de nuestra actual teoría de la interpretación son hijas de su tiempo. Si desconocemos la historia, no podremos comprender esas particularidades y, en palabras de Savigny, veremos “nuestras ideas bajo una falsa luz de generalidad y naturalidad”.<sup>74</sup>

Es bien sabido que con la historia del derecho y el derecho comparado ocurre algo similar: nos puede inducir a examinar y corregir nuestras opiniones, pero por lo menos nos abrirá una perspectiva y un refugio que no poseeremos si solo operamos en nuestro propio sistema. Tal vez usted conozca la historia del turista que medita sobre las distintas palabras para “cerveza” y concluye: “En italiano se llama ‘birra’, en francés, ‘bière’ y en inglés, ‘beer’. Pero en castellano se llama ‘cerveza’ y eso es lo correcto, porque verdaderamente *es* cerveza”. Si pensamos de ese modo, no avanzaremos nada en la teoría de la interpretación de la ley.

Conferencia dictada el 19 de mayo de 2011.

## Agradecimientos

La revista *En las Fronteras del Derecho* agradece al autor y a la editorial por haber autorizado la publicación de esta traducción.

<sup>73</sup>P. Heck: “Gesetzesauslegung” (nota al pie 11), pág. 186-189. Véase también p.ej. Ferdinand Regelsberger: “Pandekten”, tomo 1, Leipzig 1893, pág. 160 s.; R. Stammler: “Theorie” (nota al pie 11), pág. 645; H. Reichel: “Gesetz” (nota al pie 28), pág. 104; Heinrich Lehmann: “Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs”, tercera edición, Berlín y Leipzig 1928, §8 III 4, pág. 56.

<sup>74</sup>Friedrich Carl v. Savigny: “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, Heidelberg 1814, pág. 115. [N. del T.: traducción de José Díaz García (2015), pág. 72. Traducción de A. Posada (s.d.), pág. 110; “nuestras ideas bajo un falso aspecto de universalidad y de espontaneidad”].

Título original: "Theorie der Gesetzesinterpretation im frühen 20. Jahrhundert". Colección: "Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie", editada por Horst Dreier y Dietmar Willoweit, número 43. Publicado por: Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011. ISBN 978-3-8329-6857-1. <https://doi.org/10.5771/9783845233260>.

Traducido por Jaime Tijmes.

### **Acerca del autor**

Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder. Universidad de Tübingen.