

Consideraciones Esquemáticas en torno al "espíritu de la ley"

por Domingo García Belaunde

A Víctor Andrés Belaunde
in admirationis signum

En la ciencia del Derecho, son pocos los conceptos que plantean problemas tan complejos como el de *espíritu de la ley*. Tiene la palabra *espíritu* un sentido tan amplio, que en realidad ya no significa nada. Por eso decía José Ortega y Gasset que se ha llamado espíritu a tantas cosas, "que hoy no nos sirve esta deliciosa palabra para nada pulcro" (1).

Por *espíritu* (2) debemos entender, para los fines del presente artículo, un principio generador, tendencia general o carácter íntimo; y por *ley*, la ley positiva nacional.

Para conservar un adecuado orden en la exposición, debemos señalar en primer término aquellas ideas que están implícitas en la oración *espíritu de la ley* (3). Ellas son:

- (1) *Obras Completas*, Tomo V, Rev. de Occidente, 6ta. ed. Madrid 1964, p. 420.
- (2) La palabra *espíritu* con significado especial, aparece en Grecia. Originalmente se denominó *pneuma* (así en Anaxímenes, Aetius, I. 3. 4.) y *nous* en Anaxágoras (Symp. Phys, 164, 24 y 56. Tomo las citas de la antología crítica bilingüe griego-inglés prepara por Kirk-Raven, *The Presocratic Philosophers*, Cambridge,

1964). Sobre la evolución del término y sus variadas significaciones, Cfr., el *Diccionario de Filosofía* de José Ferrater Mora, y *Vocabulario técnico y crítico de la Filosofía*, de André Lalande, respectivamente. Guillermo Cabanellas sólo roza el tema en su *Diccionario de Derecho Usual* (tomo II).

- (3) Quizá la primera fijación terminológica aunque no ideológica se encuentre en *El Espíritu de las Leyes*, la obra de Carlos de Secondat, barón de Montesquieu, publicada originalmente en Ginebra en dos gruesos volúmenes, en 1748. En ella, el padre de la famosa tripartición de poderes (cuyos antecedentes se remontan a Aristóteles y Locke) estudia las leyes en relación con cada tipo de gobierno, de costumbres, de clima, de moneda, de religión, de comercio, etc., de donde se deduce que para Montesquieu el *espíritu* de la ley era el sentido de la norma en relación al medio, físico y cultural, del pueblo que era gobernado. Mayores precisiones no da. Sin embargo, no todo es nuevo en Montesquieu. Werner Jaeger señala antecedentes en Platón, cuando afirma: "De esta idea platónica del *ethos* de las leyes" tomó su origen el famoso ensayo de Montesquieu sobre *l'esprit des lois* que tanta importancia estaba llamado a adquirir para la vida del estado moderno" (*Paideia*, tomo III, cap. X).

- a) El espíritu de la ley es la aplicación al Derecho del conocido aforismo literario de "espíritu de la letra".
- b) Es una concepción que admite tácitamente la deficiencia de la legislación.
- c) Parte de la convicción de que la ley no siempre se puede aplicar al pie de la letra.
- d) La ley, una vez promulgada, pierde el cordón umbilical que la unía a sus autores y cobra vida independiente (4).

Asimismo, nuestro trabajo excluye deliberadamente:

- a) Explicar la totalidad del problema.
- b) Una relación completa de autores, pues sólo considera las principales corrientes.
- c) Referencias a casos concretos.

Nuestro propósito se circunscribe a:

- a) Señalar algunas observaciones que deriven de este concepto.
- b) Relacionarlo con los modos de interpretación (5).

* * *

A la pregunta ¿Qué es el espíritu de la ley?, podríamos responder de tres maneras:

- I) Es la voluntad del legislador.
- II) Es lo que afirma la doctrina.
- III) Es lo que sostiene la jurisprudencia.

Estos tres puntos (que no son taxativos sino enumerativos) plan-

tean algunos problemas... ¿Es el legislador, el juez o el tratadista la última palabra en la determinación del espíritu de la ley? Y si esto fuese cierto: a) ¿Qué hacer frente a dos dispositivos excluyentes en un mismo cuerpo orgánico o ante sentencias u opiniones contradictorias? b) ¿tendrían fuerza de ley las Actas, Exposiciones de Motivos y los fundamentos de la sentencia?... Las palabras que usó el legislador o el juez ¿tienen siempre el mismo significado que en la actualidad? ¿Quién determinaría esa constante de significado y los alcances de cada palabra? Conforme avancemos en el análisis el lector apreciará la respuesta a estas interrogantes. Es preciso ante todo examinar separadamente las tres soluciones planteadas.

I) Existe una fuerte corriente doctrinaria que sostiene que el *espíritu de la ley* no es más que la voluntad del legislador. Esto quiere decir que no sólo debemos conocer dicha voluntad, sino precisar su alcance. Pero la palabra *legislador* es un término abstracto que no significa nada, ya que si la realidad forense nos presentase casos en que la voluntad legislativa (expresa o ficta) no pudo prevener, estaríamos ante el típico caso de lagunas de la ley, siendo necesario

(4) Señala José León Barandiarán: "La ley vive su propia vida, con su autonomía entitativa". Cfr. *Interpretación de la ley* en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas N° I-II-III-Lima, 1952, p. 654.

(5) Debemos dejar aclarado que en ningún momento pretendemos que lo aquí señalado sea tomado como definitivo. De ahí nuestro empeño en presentar este artículo a base de esquemas.

completarlas por analogía (que hay que utilizar con precauciones) o con los principios generales del derecho (difíciles de precisar por su índole filosófica) (6).

Vemos entonces que en nuestros días es difícil conocer la voluntad del legislador, ya que siendo tan larga y compleja la elaboración de la ley, más propio sería hablar de *legisladores*. Pero aun entendiendo al legislador como cuerpo colegiado, hay que tener presente que éste no siempre ofrece uniformidad en sus opiniones. Igualmente sería necesario establecer cuál voluntad es la vigente, la que inspiró a los legisladores en su momento (la pasada, hoy desacreditada) o la que es necesario sostener hoy por razones históricas (la llamada voluntad presente). La voluntad pasada, una vez conocida, no tendría problemas; la presente por el contrario necesita que alguien la precise, y que como tal tenga validez en el mundo jurídico. Esta corriente *volitiva* o *volitivista* plantea algunas interrogantes:

a) ¿Podríamos decir que el *espíritu de la ley* es lo que el legislador quiso decir pero no dijo?. De aceptar este supuesto caeríamos en el campo de las presunciones que siempre son hipotéticas y por ende relativas. Aún más: si sabemos que no lo dijo ¿cómo saber que tuvo la intención de hacerlo?

b) Es... ¿lo que nosotros creemos que quiso decir pero que por descuido no precisó de manera unívoca? Aquí cabría hacer un distingo entre lo accidental y lo substancial. Respecto al primero no existe problema (Ej.; el art. 154 del C.c. yerra en

la enumeración del articulado, como ha señalado Héctor Cornejo Chávez, *Derecho Familiar Peruano*, T. I., N° 130). Lo substancial, que afecta el fondo del asunto puede acercarse muchas veces al espíritu de la ley, pero los elementos de juicio que tengamos son siempre relativos. Dentro de esta modalidad *volitiva* hay que

- (6) Cossio ha afirmado (*La plenitud del orden jurídico*, Bs. Aires, 1939) y más tarde García Maynez (*Introducción al estudio del derecho*, México, 1960) que el derecho es una plenitud hermética. Este enunciado reposa en el principio jurídico de que "todo lo que no está prohibido está permitido", que se aprecia claramente en todas las ramas del Derecho, y que se realiza a través de la interpretación de la ley. Toda ley al aplicarse se interpreta (como veremos más adelante) y a falta de ella surge la integración del orden jurídico: así en el derecho internacional público y en el derecho interno (civil, comercial, etc.). El orden punitivo y tributario por su misma esencia nunca se integra, pero aún así sigue siendo válido para estas dos disciplinas el principio de la plenitud hermética del Derecho.

Los aforismos *nulla poena sine lege* (recogidos en nuestra Constitución, arts. 24 y 57, y en el C. p. arts. 2, 3, y 9) implican claramente que dicha plenitud alcanza hasta donde el mismo código termina, en cuanto que el Código penal es *finito*, pues todo lo no contemplado en él no constituye delito. Igualmente, *nullum tributum sine lege* (Const. art. 8. C. t. título preliminar, IV, V, VII, y IX) que sostiene que toda actividad patrimonial que implique transferencia, uso, utilidad, etc., y que no esté contemplada en una ley tributaria, no está afecta a contribución (Cfr. Juan Lino Castillo, *Tributación y Derecho*, Lima 1965, esp. pp. 21-23).

nes han arguido que la interpretación busca la voluntad del legislador objetivamente considerada (Coviello) o para decirlo con palabras de Jiménez de Asúa... "no se tiene por qué hallar la voluntad del legislador... la ley tiene su voluntad a veces contra el legislador" (7). Nos preguntamos ¿quién determina esta voluntad? ¿el juez? ¿el parlamento? Llevado este planteamiento a sus últimas consecuencias, podemos obtener varias respuestas que no necesariamente son coincidentes entre sí. El problema se traslada pero no se resuelve.

c) Es... ¿lo que el legislador hubiera dicho en nuestra situación? Este es el caso típico de la voluntad presente, y quizá el que más se acerca a la formulación de espíritu de la ley. Esta idea, es decir, buscar la voluntad presente, goza de general aceptación, por cuanto evita la fosilización de la norma, deja de lado lo que durante mucho tiempo se denominó *arqueología jurídica* (buscar la voluntad pasada) y acepta la interpretación progresiva, evolutiva o dinámica (según sea el léxico de los autores) superando la interpretación gramatical. Asimismo, responde fielmente al fin del derecho, es decir, regir hacia el futuro para afrontar los diversos conflictos que surjan *sub specie iuris*. En este punto coinciden muchos autores. La convergencia cesa cuando se trata de precisar quién, cómo y cuándo, se hace patente esta voluntad presente. La existencia de un acuerdo general sobre ella es utópica, por cuanto el derecho —una camisa de fuerza al decir de Carnelutti— existe precisamente porque falta ese consenso en los problemas huma-

nos, y es preciso encauzar los conflictos que surjan de ellos. Este precisar la voluntad presente remite inexorablemente a los medios de interpretación y a sus resultados relativos.

El problema de la *voluntad presente* tropieza además con algunos inconvenientes. Así, sería fácil buscarla en una norma general (una garantía constitucional, por ejemplo) pero en un caso concreto no tendría validez (ej.: hay que librar exhortos cuando el demandado está a más de 15 kms. del lugar del juicio, art. 179 C. p. c.). El espíritu del legislador del año 1912 era dar facilidades a quienes estaban fuera del radio de la *litis*. Hoy 15 kms. es una distancia irrisoria. Ese fue el espíritu o la intención del legislador de entonces, pero siendo tan precisa la norma, no podemos modificarla como sería nuestro deseo.

(II) La segunda hipótesis afirma que el espíritu de la ley es lo que sostiene la doctrina. Esto plantea un problema, ya que al hablar de doctrina, nos referimos a los tratadistas y a los estudiosos del derecho, que en la órbita occidental se reparten en dos grandes sistemas: el anglo-sajón, basado en los precedentes judiciales (*case-law*) y el romanista, que empieza con un código y termina con otro. ¿A cuál de ellos debemos recurrir? Este obstáculo podría obviarse fácilmente arguyendo que nosotros nos movemos dentro de la tradición romano-civilista y sus complementos

(7) Cfr. *Normas para la interpretación de la ley y la praxis judicial*. en: *Revista del Foro*, Julio-Setiembre de 1943, Nº 7 - 9, p. 282.

germanos y canónicos, y que nuestro ordenamiento vigente es por esencia *lex scripta* alejado del *common law* anglo-sajón. Pero incluso dentro de la misma vertiente latina hay variantes, como la francesa, alemana o italiana. Esto se salva restringiéndose a los tratadistas que inspiraron al legislador. Pero la ciencia del derecho no es inerte y la doctrina siempre avanza. Ejemplo patente son los límites al derecho de propiedad por ley 15242, que ha variado los artículos 29, 47 y 211 de nuestra Constitución, en vista de las preocupaciones sociales de nuestra hora y que los constituyentes no previeron en toda su magnitud. Los problemas cambian y no se ve por qué las leyes no han de cambiar (el sentencioso *magister dixit* está hoy totalmente desacreditado). Otro ejemplo: el caso de Shylock en el *Mercader de Venecia*, que todavía se pone a los alumnos como célebre caso de abuso del derecho, ya no tiene sentido en las modernas legislaciones, en donde las partes del cuerpo no susceptibles de reproducción no pueden ser objeto de actos jurídicos. Aun en el lenguaje advertimos algunos cambios. La locución *derecho natural* es discutida por su ambigüedad y se postula su desaparición o su sustitución por otra más precisa. Asimismo, la técnica legislativa sufre modificaciones. Esto puede apreciarse en la reciente Ley de Sociedades Mercantiles, en donde la expresión *derecho adquirido* ha sido reemplazada por la de *hechos o derechos consumados* (8) (Cfr. la Exp. de Motivos *ad finem* y art. 360 entre otros).

Para bien o para mal, la época en que los *cinco grandes* (Paulus, Ulpia-

nus, Gaius, Papinianus,, Modestinus) servían de pauta en los conflictos de intereses, ha tramontado al parecer definitivamente. La doctrina (nombre genérico que usamos para designar a la totalidad de los tratadistas) rara vez presenta uniformidad. Podría decirse que es al derecho lo que el radar al navegante, pero al igual que la primera hipótesis (la voluntad del legislador) sirve para elucidar conceptos, precisar alcances, pero en última instancia no tiene fuerza normativa.

(III) La tercera y última hipótesis sostiene que el espíritu de la ley está fijado por la jurisprudencia. Sus propugnadores, apoyándose en la práctica judicial repiten el conocido adagio: la ley reina pero la jurisprudencia gobierna. Es quizá a nuestro concepto más completa que las anteriores, pero no necesariamente la más acertada. Tendríamos que señalar tres notas:

- a) La jurisprudencia no tiene fuerza de ley.
- b) La jurisprudencia no siempre presenta uniformidad.

(8) "Yo os digo francamente —expresó Duguit en una conferencia pronunciada en la Universidad de Egipto— dentro de algunos meses hará medio siglo que estudio derecho y no sé todavía lo que es un derecho adquirido. Sé lo que es un derecho y aún no estoy muy seguro de ello, pero jamás he sabido lo que es un derecho adquirido. O se tiene un derecho o no se lo tiene. La expresión derecho adquirido debe pues ser implacablemente rechazada porque no tiene sentido". Citado por Mario Alzamora Valdez, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 2da. edición, Lima, 1966, p. 263.

- c) La sentencia no obliga más que a las partes y a quienes tengan legítimo interés en ella.

Desarrollando cada uno de estos temas vemos que...

- a) La jurisprudencia no tiene fuerza de ley (en cuanto carece de universalidad) pero si es ley entre las partes. Su inmutabilidad está garantizada por la autoridad de la cosa juzgada, la cual consiste como dice Migliore (9) en señalar con fuerza incomparable que no existe un más allá.
- b) La jurisprudencia no presenta uniformidad en sus fallos porque toda norma es, como sostiene Kelsen (10) "un marco abierto a varias posibilidades".
- c) En el Perú los efectos de la sentencia son limitados en cuanto a su extensión, sin olvidar que como antecedente es facultativo y no obligatorio para los jueces. Lo contrario sucede en México, en donde cinco sentencias en un solo sentido constituyen un precedente con fuerza normativa.

Estos tres puntos serían quizá las principales dificultades en atribuir a la jurisprudencia el ser árbitro en la determinación del espíritu de la ley. Tiene sin embargo la gran ventaja de precisar *in casu* los alcances de la norma (11). El beneficio que ofrece es la certeza que de ella emana, permitiéndonos salir de la duda y asentarnos en la verdad legal. Pero preguntamos ¿qué diferencia existiría entre el espíritu de la ley señalado en la sentencia y la interpretación en sí? Porque es evidente que toda

norma al ser aplicada es interpretada, siendo un error común creer que sólo las normas oscuras se interpretan, pues aun las más claras lo necesitan (12). Señala Ennecerus que interpretar es esclarecer el *sentido de la norma*, pero el sentido que es *decisivo* en el mundo jurídico (13) ¿Qué hacer entonces con el venerable concepto de espíritu de la ley? Nosotros creemos que debe ser rechazado. *El espíritu de la ley no es más que la norma interpretada y como tal debe ser reconocida, esto es, con alcance relativo*. Ahora bien, que la interpretación sea la "mecánica" y el espíritu de la ley sea el "resultado", es únicamente cuestión de nombres. Pero al aceptar esto, el concepto de espíritu de la ley como tal, no sólo quedaría subordinado a un proceso interpretativo, sino que lo más valioso de su significado conceptual quedaría afectado por una verdadera *capitus diminutio máxima*.

Siendo el Poder Judicial objeto de recurrencia de las partes (pues éstas acuden a él como árbitro) (14) es de

-
- (9) Rodolfo P. Migliore, *Autoridad de la Cosa Juzgada*, Buenos Aires 1945, p. 9.
- (10) Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA, 2da. edición, Buenos Aires, 1960, p. 161.
- (11) No tratamos aquí el arbitraje ni la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque creemos que en lo compatible con la naturaleza de cada una de ellas, puede aplicarse lo aquí expuesto.
- (12) Kelsen, op. cit. p. 163.
- (13) Cfr. *Tratado de Derecho Civil*, Edit. Bosh, Barcelona 1943, volumen I, Tomo I, p. 202.
- (14) Nos referimos a la jurisdicción voluntaria.

ber de todo abogado propender a su mejoramiento ya que su eficacia es nuestra mejor garantía. No podemos con ello alcanzar validez universal, pero si saber a qué atenernos en el caso concreto, respaldados por la verdad legal —que es el objetivo de la *litis*— y que necesariamente emana de toda sentencia.

A manera de conclusión

Considerando lo expuesto creemos que la expresión *espíritu de la ley* debe proscribirse del Derecho por inadecuada, si es que queremos que éste adquiera el carácter de ciencia rigurosa. La oración *espíritu de la ley* es un término hipostasiado que sólo cabe usarlo en sentido metafórico. Esta posición no niega en absoluto que exista algo más allá de la simple letra de una norma, pero creemos más correcto hablar de interpretación de la ley (15) entendiendo ésta

-
- (15) La interpretación de la ley es asunto complejo y su importancia es grande. De ahí que podamos sostener una tesis radical: sin interpretación no hay derecho. El derecho sólo existe cuando un hombre de carne y hueso —el juez— con facultades jurisdiccionales —*iuris dictio*— aplica y por ende interpreta la ley. Sobre el juez, Cfr. Rudolf Stammler, *El Juez*, La Habana, 1941, esp. pp. 111-128. Asimismo, de Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Diánoia, FCE, México, 1956 (esp. caps. IV y V) y de Raúl Ferrero, *Teoría del Estado*, Lima 1966, (pág. 191 y ss.) Coviello señala que "la interpretación es siempre necesaria ya sean oscuras o claras las palabras de la ley, por lo que es falsa la máxima de

que sólo las leyes oscuras han menester ser interpretadas" (*Doctrina General de Derecho Civil*, UTEHA, México, 1943, p. 70) Kelsen sostiene que no existen lagunas en el ordenamiento jurídico, por cuanto las normas superiores determinan parcialmente las inferiores. Así, dice Alzamora Valdez, Kelsen relaciona el fenómeno de la interpretación con el de la producción jurídica. Para Kelsen los medios de interpretación son relativos, pues la "norma es un marco abierto a varias posibilidades". Mariano Iberico afirma que existe un "presupuesto ontológico" de la interpretación: a) la preexistencia de una fórmula legal, b) la existencia de la inteligibilidad de esa fórmula (Cfr. *Principios de Lógica Jurídica*, Lima 1944, p. 65) De esto último se desprende que sólo cabe hablar de interpretación *stricto sensu* cuando existe con anterioridad una norma, y a falta de ella, sólo cabe la integración del orden jurídico por medio de la *analogía* y de los *principios generales del derecho*. (C. c. tit. prel. art. XXIII). Por el sujeto que la realiza la interpretación puede ser: a) *Legislativa* (o auténtica) cuando el mismo legislador aclara el sentido de una ley (ejemplos: la ley 15115 aclaró el sentido de la ley 15076, que modificó el art. 48 del D.L. 14605 (L.O.P.J.), la ley 16218 precisó los alcances del art. 2 de la ley 15116. Igualmente, la ley 16677 interpretó el art VIII del tit. prel. del C.t.; la ley 16696 aclaró el contenido de la ley 16688, etc. Esta interpretación es la única que tiene alcance *erga omnes*, pero no es frecuente entre nosotros. Nuestra carta fundamental se adhiere a ella en su art. 131 que señala que "para interpretar, modificar o derogar las leyes se observarán los mismos trámites que para su formación". b) *Judicial*, es la Corte Suprema la que sienta jurisprudencia (o en sus casos el Tribunal Fiscal, Tribunal del Trabajo y Tribunal de Aduanas, pero en for-

como una búsqueda del sentido de la norma en cuanto incide en el plexo de relaciones jurídicas. Por lo que es conveniente que el legislador use un lenguaje directo y apropiado y deje atribuciones al juez únicamente en la esfera de intereses extrapatrimoniales o en problemas que por su complejidad necesiten del caso concreto para ser apreciados en toda su magnitud.

En países de tradición codificadora como el nuestro, es indispensable la precisión y la exactitud de las normas, así como la continua vigilancia de los principales *corpus iuris* cuidando que no sean rebasados por la realidad, que es la que precisamente pretenden regir.

Lima, enero de 1968.

ma relativa) Ej.: la interpretación sobre la ley de inquilinato, el haber declarado que el juicio de divorcio no se contradice en la vía ordinaria, etc. Estudiando diferencias entre este tipo de interpretación y la precedente, señala L.A. Eguiguren: "la interpretación auténtica (legislativa) vale para todos, la judicial, sólo para el caso concreto" (Cfr. *La Interpretación de la Ley*, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Nº I-II-III, Lima, 1952, p. 644) La interpretación jurisprudencial representa el origen del *ius civile*, del cual

podría decirse, siguiendo a Biondo Biondi, que *in sola prudentium interpretatione consistit* (Cfr. *Arte y Ciencia del Derecho*, ediciones Ariel, Barcelona 1953, p. 138) La interpretación está hoy atrofiada, o corre peligro de ello, por lo que Biondi llama "la elefantiasis legislativa" (op. cit. p. 139). Problema aparte es el que suscita el hecho de si el juez es creador del derecho o no lo es. Desde Montesquieu que dijo: "...Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des etres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur" (op. cit. libro XI, cap. VI) han habido posiciones a favor y en contra. Superando esta polémica, estéril en muchos aspectos, es más correcto hablar del juez como *co-creador* del Derecho, esto es, como un utilizar los instrumentos y el ámbito de acción que el mismo Derecho le depara. c) *Doctrinaria* (o libre interpretación) constituida por los juristas y los filósofos del Derecho, que a la luz de los hechos y los principios analizan y buscan el sentido de la norma. Para Legaz y Lacambra, la ley es un momento del Derecho, que debe ser analizada de acuerdo a los postulados de éste. En general, la labor doctrinaria es de suma importancia, pero no tiene aplicación inmediata ni necesaria. Sobre los problemas que plantea la interpretación, Cfr. Sebastián Soler, *Interpretación de la Ley*, Edic. Ariel, Barcelona, 1962, 199 pp.