

# PORTALIS Y EL SENTIDO DEL TEXTO

(SOBRE LA INTERPRETACION DE LA LEY)\*

PEDRO N. ZELAYA ETCHEGARAY

*Universidad de Chile*

“La justicia es el primero y más sagrado deber de la soberanía. Mas, los Tribunales no cumplirían el objeto de su establecimiento, si con pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, se denegaren a fallar”. (Exposé des motifs par M. Portalis, en: Fenet: *Travaux préparatoires du Code Civil*, tomo VI, p. 40).

## I. INTRODUCCION

Es reconocida la gran influencia que Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-1807) tuvo en la redacción y configuración definitiva del Código Civil francés promulgado el 21 de marzo de 1804.

Portalis participó activamente en la Comisión Redactora del Código de 1804 y, al encargársele el comentario razonado de muchas instituciones jurídicas consagradas positivamente en aquel Código, logró formar un cuerpo unitario de doctrina de la más alta jerarquía y valor<sup>1</sup>.

Nos ha parecido sobremanera interesante exponer y comentar brevemente el pensamiento que sobre la interpretación jurídica tuvo Portalis, uno de los más grandes juristas franceses del siglo XVIII, impulsor y principal redactor del Código Civil francés, obra magna que constituye un hito en la historia del derecho privado.

Después de leer la totalidad de sus comentarios, creemos que su pensamiento aportó luces siempre nuevas respecto de la interpretación en el derecho y de los problemas que ofrece el sentido del texto de la ley en materia civil<sup>2</sup>.

\* Ponencia presentada en la IX Jornada de Ciencia General del Derecho, organizada en octubre de 1987 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, sobre “Problemas que ofrece el sentido del texto”.

<sup>1</sup> Hemos encontrado todos los discursos y comentarios de Jean-Etienne-Marie Portalis en la excelente biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Buscando en sus bodegas, hemos ubicado las siguientes colecciones que constituyeron la base de la presente investigación: FENET, *Travaux préparatoires du Code Civil*, 15 tomos, Imprimerie de Ducessois, quai des Augustins N° 55, Paris, 1877; LOCRE, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion*, 7 tomos, De l'imprimerie impériale, Paris, 1807;

*La législation civile, commerciale et criminelle de la France au commentaire et complément des Codes Français*, 31 tomos, Truettel et Wurtz Libraires, Paris, 1831; ANONIMO, *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*, 3 tomos, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona, 1839.

<sup>2</sup> Sobremanera interesante resulta su pensamiento, pues recrea la hermenéutica jurídica en materia de derecho privado. Existe hoy en día un fuerte prejuicio respecto del estudio y enseñanza del derecho civil, pues se tiende a identificarlo con la tediosa memorización del solo texto del Código Civil. Con razón algunos han sostenido que “es típico el prejuicio de que los estudiantes de derecho pasarían su carrera memorizando

Portalis, consejero de Estado en tiempos de Napoleón y principal autor del Mensaje al Código de 1804, tuvo ideas claras sobre la hermenéutica jurídica. No obstante que sus fundamentos últimos corresponden más bien a la filosofía del derecho<sup>3</sup>, nuestro jurista tuvo una concepción rica y novedosa al respecto, fruto sin duda de su profundo conocimiento del derecho romano, de las leyes vigentes en su época y de la jurisprudencia judicial. Portalis siempre reconoció al juez y al intérprete la facultad de modificar el texto de la ley si las circunstancias concretas lo hacían obscuro, dudoso o ambiguo. Para ello no quedaba sujeto a su arbitrio subjetivo, sino que debía ceñirse a criterios extrínsecos de su propia voluntad, señalados principalmente por la equidad, los principios generales del derecho, los usos sociales, los ejemplos prácticos y la doctrina.

Aun cuando nos hubiese gustado hacer un paralelo y contraponer la doctrina de Portalis con aquella sustentada en Francia tiempo después por la Escuela de la Exégesis, hemos creído mejor centrarnos exclusivamente en la exposición de sus ideas acerca de la interpretación jurídica, dando sólo un rápido bosquejo a los postulados básicos de aquella corriente hermenéutica nacida y desarrollada tiempo después, por los exegetas franceses del siglo XIX y principios del siglo XX.

Hemos dudado en realizar un trabajo dogmático sobre el tema en estudio, pero nos inclinamos en definitiva por recurrir a la historia, ya que —como dice el profesor Guzmán Brito— “la historia jurídica tiene la insustituible función de hacernos comprender mejor el derecho por el cual hoy nos regimos, pero también de proporcionarnos elementos para su crítica”<sup>4</sup>.

## II. PORTALIS Y LA INTERPRETACION JUDICIAL

Aun cuando se ha escrito mucho sobre la vida y obra de J.-E.-M. Portalis<sup>5</sup>, se nos hace necesario destacar el hecho de que naciera en Provenza dentro de una familia de juristas. Su padre fue profesor de Derecho Canónico en Aix, ciudad donde luego estudió la carrera de Derecho bajo la dirección del destacado jurista Julien. Al recibirse de abogado ejerció la profesión en forma brillante, adquiriendo prestigio desde joven. Así logró un conocimiento práctico de lo jurídico, circunstancia que lo llevó a considerar siempre que el derecho

códigos. El derecho aparece como una interminable lista de artículos y leyes. Así, el mejor abogado sería quien conoce con mayor precisión el mayor número de fórmulas”. Vid. BARROS, Enrique, *Creatividad y vínculo en el método jurídico*, Cuadernos de la Universidad de Chile N° 6, Editorial Universitaria, Santiago, 1986, p. 41.

No podemos silenciar, por contraste, las palabras que sobre el derecho civil y su enseñanza pronunciaron algunos ilustres juristas franceses del siglo XIX. Nos decía Bugnet: “No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón”; y nos repite Taulier: “Expongo, pues, la ley considerada en su individualidad y actualmente viva, olvidando el derecho romano, la antigua jurisprudencia, la jurisprudencia moderna. Explico por sí misma la ley que explico”, citados por BONNECASE, Julien, *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, Editorial José M. Cajica, Puebla, 1944, pp. 142-143.

<sup>3</sup> Muy ilustrativo, a la hora de estudiar el problema hermenéutico desde la perspectiva de la filosofía del derecho, nos resultó leer las obras de: VIGO, Luis Rodolfo, *La interpretación de la ley como saber prudencial-retórico*, en *El Dere-*

cho N° 6219, tomo 112, Buenos Aires, 1985; MASSINI, Carlos Ignacio, *Consideraciones acerca del método del pensar jurídico*, en RDJ 83 (1986), I, I, pp. 17-28 (ahora está publicado en una obra de mayor extensión que reúne varios trabajos del jurista argentino: *El Derecho, los derechos humanos y el valor del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987); VILLEY, Michel, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Ghersi Editor, Buenos Aires, 1978; KALINOWSKY, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1973.

<sup>4</sup> GUZMAN BRITO, Alejandro, *La función jurisdiccional en las concepciones clásica, moderna y contemporánea*, en obra colectiva titulada *La función judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 203-204.

<sup>5</sup> Para ello basta leer el excelente prólogo hecho por el profesor Manuel de Rivacoba a la edición del discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés: *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Edeval, Valparaíso, 1978, pp. 18-24. También se puede ver: SOLARI, G., *Filosofía del Derecho Privado*, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1950, pp. 219 a 226.

era una ciencia práctica y que todo jurista debía ser un creador del derecho, un verdadero jurisprudente, que aplicara el derecho, dando a cada uno lo que le corresponde.

Fue nombrado consejero de Estado en noviembre de 1799 y, en tal calidad, le correspondió emitir sus informes y redactar sus comentarios al Código Civil francés. Por notables que fueran el sentido jurídico de Napoleón y la acuciosidad con que se documentaba acerca de las materias del proyecto del Código Civil, mucho mayor fue la visión de nuestro jurista al realizar sus acertados comentarios, pues cuando apareció el primero de todos ellos, el emperador exclamó con amargura: "*Oh, mon Code est perdu*". Portalis sabía con certeza que ningún código, ningún conjunto de leyes ni ley particular podría ser perfecta y omnicompreensiva; toda ley —por claro que fuera su texto— debía ser interpretada por el jurisconsulto para darle una aplicación concreta y específica.

Portalis siempre consideró que la labor hermenéutica era necesaria para lograr una efectiva vigencia del derecho. Distinguió dos clases de interpretación: una por vía de la doctrina, y la otra por vía de la autoridad. Nos dice: "*La interpretación doctrinal consiste en captar el verdadero sentido de las leyes, aplicarlas inteligentemente y suplirlas en los casos no regulados por ella. Sin esta especie de interpretación, ¿podría concebirse la posibilidad de cumplir la función judicial? La interpretación auténtica consiste en resolver los problemas y las dudas por la vía de reglamentos o de disposiciones generales. Este modo es el único que está prohibido al juez*"<sup>6</sup>.

Con ello Portalis no sólo reconoce como imprescindible la interpretación doctrinal o judicial, sino que, con un criterio bien amplio, traza las grandes líneas por donde debe discurrir la labor del intérprete, confiriendo al juez una gran libertad de espíritu. Su gran conocimiento del derecho romano clásico y justiniano lo llevó a tener esa convicción profunda: el jurista y el juez no se reducen a ser unos autómatas, simples y fríos aplicadores del texto legal; muy por el contrario, el juez, *vinculado positivamente al derecho vigente*, debe recrear la fórmula legal para adaptarla plenamente a la realidad social que regula.

Como dice Guzmán Brito: "Ciertamente la antigua Roma tiene presente el principio de la subordinación del juez a la ley, sólo que este principio tiene un alcance muy distinto al que posee, por ejemplo, entre nosotros"<sup>7</sup>. Portalis se daba perfecta cuenta de que —siguiendo el ejemplo dado por el derecho romano— se debía otorgar al juez una mayor libertad para interpretar el derecho. El derecho romano, por haber sido un derecho de juristas, era fluido y descentralizado, era un derecho de opiniones y de controversias, entre las cuales el juez debía elegir la más justa, la más adecuada al caso concreto. Ligado estaba el derecho de los juristas como un todo, pero no a tal o cual opinión en particular; ligado estaba a criterios jurisprudenciales sobre lo justo, que guiaban su razón por la sola fuerza interna de sus argumentos.

6 PORTALIS, J.-E.-M., *Discurso cit.*, p. 43. En su texto original, este discurso preliminar puede leerse en: LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, cit. en nota 1, tomo I, pp. 574 a 585, y también en FENET, *Travaux préparatoires*, cit. en nota 1, tomo VI, pp. 33 a 52.

7 GUZMAN BRITO, Alejandro, *El juez entre la equidad y la ley: un estudio histórico-dogmático como base para la superación del positivismo*, en RDJ 78 (1981), I, I, p. 1. En este trabajo el profesor Guzmán Brito nos da una resumida visión de cómo se ha entendido durante la historia la sujeción del juez a criterios extrínsecos de su propia voluntad. La subordinación del juez a la ley tiene en Portalis un significado muy preciso que lo aleja de los postulados propios de la visión moderna, muy acordes a los de la Escuela

francesa de la Exégesis. Nos dice Guzmán Brito: "En otras palabras, tan raro era que se encontrarán los juristas romanos con leyes reguladoras de lo jurídico que en los casos en que las hallaron, se veían obligados a aplicarlas tales cuales eran, porque presumían que los efectos que se seguían de su aplicación, estaban específicamente queridos y previstos por el legislador, y si por desventura aquellos efectos no habían sido los verdaderamente queridos, eso podría lamentarse, pero la ley se aplicaba como venía escrita, por dura que resultara. Para una próxima vez, que lo pensara mejor el legislador" (ob. cit., p. 1). También puede consultarse: GUZMAN BRITO, Alejandro, *El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el Derecho chileno*, en Revista de Ciencias Sociales 18-19, Valparaíso, 1981.

En la época de Portalis no se admitía el viejo principio latino del *non liquet*, que podía impetrar el juez romano cuando no veía claro el problema de hecho o no encontraba una solución conforme a derecho<sup>8</sup>. El derecho civil de la época, codificado pronto en el Código de Napoleón, no daba al juzgador tal facultad y exigía que se fallara el caso. Así el artículo 4 del primitivo Código Civil francés decía: "*El juez que se resista a fallar, bajo pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia en la ley, podrá ser acusado como culpable de denegación de justicia*"<sup>9</sup>. Con ello se exigía al juez buscar siempre una solución al conflicto que se le planteaba, sin poder excusarse en la falta o silencio de la ley. Este principio de la inexcusabilidad es el resultado de toda una corriente que se fue abriendo paso en la Francia del siglo XVIII.

Tan clara era su posición frente a la libertad y amplitud jurisdiccional, que fustigó con fuerza una práctica abusiva de la época que constituye un ejemplo histórico del extremo a que se puede llegar cuando se intenta limitar las facultades interpretativas del juez. Un decreto orgánico de 24 de agosto de 1790 había establecido lo que se denominó el *référé législatif*, o sea, la remisión que debía hacer el juez de los puntos dudosos o ambiguos de una ley al Poder Legislativo, para que la asamblea respectiva diera la solución clara y precisa al asunto controvertido<sup>10</sup>.

Portalis nos dice al respecto: "*Forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios, sería poner de nuevo en vigencia entre nosotros la desastrosa legislación de los rescriptos, pues cuando interviene el legislador para pronunciarse en los asuntos nacidos y vivamente agitados entre particulares, no está más al abrigo de rebatos que los tribunales. Se debe temer menos al arbitraje reglado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado y está sometido a la acción de prevaricación, que al arbitraje absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie*"<sup>11</sup>.

Así, nuestro autor insiste en la idea de que la ley siempre y en todos los casos debe ser interpretada por el juez. La ley es una regla general y abstracta que debe siempre ser aplicada al caso particular mediante la labor de interpretación. Nadie puede pensar que una ley o un código puede preverlo todo: sólo el racionalismo del siglo XVIII pudo difundir tal error. Portalis estuvo consciente de esta verdad y nos dice: "*El oficio de las leyes es determinar sobre los casos que con más frecuencia acontecen: los hechos accidentales, los casos fortuitos y extraordinarios, no pueden encerrarse dentro de una ley. Es ya una sabia previsión el pensar que la inteligencia humana no puede alcanzarlo y preverlo todo*"<sup>12</sup>.

Fácil es advertir que nuestro autor se dio perfecta cuenta de que siempre existirá una multitud de hechos y circunstancias no previstos por el legislador y respecto de los cuales habría silencio de la ley o al menos obscuridad o ambigüedad del texto legal. ¿Qué hacen el juez, el jurista, el intérprete en estos casos de insuficiencia legal? Portalis nos responde: "*Nada es más pueril que el pretender tomar precauciones suficientes para que*

<sup>8</sup> Para entender mejor la concepción que el derecho romano tuvo respecto de la labor del juez y del derecho, hemos consultado lo siguiente: D'ORS, Alvaro, *El Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1953; y *Elementos de Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1960; SAMPER, Francisco, *Derecho Romano*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1975; VILLEY, Michel, *El Derecho Romano*, Eudeba, Buenos Aires, 1978; GUZMAN BRITO, Alejandro, *La función del derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XXIII, enero-junio, 1973.

<sup>9</sup> ROGRON, *Code Civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*,

10<sup>a</sup> édition, Videcoq Père et Fils, Paris, 1843.

<sup>10</sup> Sobre el *référé législatif* se puede consultar la única obra que pudimos encontrar y que trata este tema en forma sistemática. Ver: GUZMAN BRITO, Alejandro, *Historia del "referimiento legislativo"*, (I: *Derecho Romano*, en REHJ VI (1981), p. 13; *Historia del referimiento al legislador*, II: *El derecho nacional chileno*, en REHJ VII (1982), p. 107; también hace referencia al tema SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Principios generales del derecho*, en *Estudios de Derecho Civil*, Eunsa, Pamplona, 1981, pp. 41-57; y VIGO, Luis Rodolfo, ob. cit. pp. 1-2.

<sup>11</sup> PORTALIS, *Discurso cit.*, pp. 43-44.

<sup>12</sup> *Curso de legislación cit.*, p. 19.

*nunca falte al juez texto preciso que aplicar. Cuando la ley calla, la razón habla; y si la providencia de los legisladores es limitada, en cambio la naturaleza es infinita: ella nos sirve en todo lo que puede ser útil a los hombres. ¿Por qué, pues, no aceptar los recursos que nos ofrece? Nosotros razonamos como si los legisladores fuesen dioses, y como si los jueces fuesen menos que hombres*"<sup>13</sup>.

El insigne jurista francés era admirador de la función judicial, pues debía ser el juez en última instancia quien realizara o concretara el derecho dando a cada uno lo suyo. El juez no es legislador, ni éste puede constituirse en aquél. Hay una ciencia para los legisladores y otra distinta para el jurista. El legislador debe apoyarse principalmente en la prudencia política para encontrar, en cada materia, los principios más favorables al bien común. El jurista y el intérprete deben poner en práctica dichos principios, determinarlos y concluirlos mediante una aplicación sabia y razonable a los casos particulares<sup>14</sup>.

Pero Portalis insiste en la necesidad de que el juez en su labor interpretativa esté vinculado efectivamente a criterios independientes de su propio pensar. Por ello, no puede creerse que nuestro jurista cayó en el extremo de dar plenas facultades hermenéuticas al juez; luchó por dejar en claro la amplia libertad del jurista frente a leyes dudosas o ambiguas, pero no lo dejó sujeto únicamente a su arbitrio, pues conocía los extremos a que esta postura podía conducir.

Concedor del criterio adoptado por el derecho romano y por el medieval, Portalis aceptó la equidad como principio de interpretación doctrinal o judicial. Nos explica: "*En todos los tiempos se ha dicho que la equidad suplía la ley*". Distinguió entre la equidad moral —como virtud de obrar en justicia— y la equidad judicial, que es "*la invocación de las leyes naturales en el silencio, obscuridad, o insuficiencia de las positivas*". Y añade: "*Esta equidad es, pues, el verdadero suplemento de la legislación y sin la cual el ministerio del juez sería imposible*". También plantea la necesidad de acudir a las máximas generales, a los usos establecidos, a los ejemplos y a la doctrina<sup>15</sup>.

### III. LA EXEGESIS FRENTE A PORTALIS

Una vez terminados sus trabajos, Portalis vio nacer un nuevo Código Civil en Francia. Era una obra jurídica de gran perfección que dio origen a toda una corriente hermenéutica que se alejó mucho del pensamiento de sus verdaderos autores: la Escuela de la Exégesis.

Sus postulados no son otra cosa que la lógica consecuencia de una concepción moderna del derecho. El dogma de la completa sujeción del juez a la ley positiva cobró su máxima extensión e importancia después de la Revolución Francesa. La ley positiva llegó a convertirse en la fuente suprema del derecho público y privado, impidiendo que el juez o el jurisprudente pudiesen interpretarla, modificando su texto. "El siglo XIX —en palabras del profesor Guzmán Brito— vio nacer una escuela que hizo de este dogma el centro

<sup>13</sup> *Curso de legislación cit.*, p. 20. Respecto de lo que Portalis entiende por razón creemos que se puede profundizar en su contenido leyendo el trabajo de GUZMAN BRITO, Alejandro, *Razón escrita*, en REHJ IV (1979), pp. 135-155. Así podremos concluir que la razón como principio de interpretación era un cierto depósito o continente de las leyes naturales que la razón había escrito en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano en el siglo VI d.C.

<sup>14</sup> Nos dice PORTALIS al respecto: "Al dar al ministerio judicial toda la latitud conveniente, no podemos menos de señalar los límites

que le designa su misma índole y naturaleza. Un juez no puede participar del poder legislativo; una ley es un acto de jurisdicción o de magistratura. Así que, si un juez pudiese dictar reglamentos sobre las cuestiones que se ofrecieren a su tribunal, se convertiría al instante en legislador, puesto que un fallo sólo obliga a las partes sobre las que se pronuncia, y un reglamento impone un deber a todos los ajusticiables y al tribunal mismo. De lo que se seguirá que habría tantas legislaciones cuantos fuesen los distritos" (*Curso de legislación cit.*, p. 21).

<sup>15</sup> *Curso de legislación cit.*, p. 20.

de su actividad: la Escuela de la Exégesis<sup>16</sup>. No podemos silenciar que esta escuela —a través de sus principales expositores— vino a suprimir de hecho la rica y extensa ciencia jurídica romana y medieval, verdadero alimento de los postulados de Portalis, pero no pudieron sustituirla por una ciencia jurídica nueva. La exégesis limitó en alguna medida la labor interpretativa del juez y del jurista moderno, porque tenía una confianza ilimitada en el poder del texto legal claro y distinto, al modo cartesiano<sup>17</sup>.

La época de la codificación iniciada a comienzos del siglo XIX ejerció gran influencia sobre el tema de la interpretación de la ley, y no pudo haber sido de otra manera, puesto que al vaciar el derecho entonces vigente en códigos, se pretendió introducir un cambio fundamental y crear un nuevo y esplendoroso ordenamiento legal. Detrás de esta tendencia codificadora están la doctrina y el espíritu racionalista muy en boga en aquellos tiempos. Se pensaba que la razón humana era capaz de producir reglas de derecho perfectas y casi inmutables, que asegurasen una correcta convivencia social. Con hombres capacitados sería posible crear un cuerpo jurídico breve, claro y sencillo, que contuviera en forma completa el derecho aplicable a una determinada materia. Esta es la idea subyacente que sustentó la creación del Código Napoleónico y de los demás que siguieron su ejemplo, y que significó una nueva visión de la labor interpretativa.

Como lo afirma el jurista francés Julien Bonnet, la aparición de la Escuela de la Exégesis fue el resultado necesario de la codificación. Sobremanera influyó la dictación del Código Civil francés en 1804, pues la perfección, amplitud y claridad de sus disposiciones cautivaron a muchos jurisconsultos de la época. La Escuela de la Exégesis agrupó en el siglo XIX a los principales civilistas franceses y, con ella, la enseñanza del derecho privado francés se centró en la explicación detallada de cada uno de los artículos del Código. Dicha escuela profundizó la distinción entre creación e interpretación jurídica; entre interpretación y aplicación del derecho. La interpretación se debía limitar única y exclusivamente a la mera aplicación racional de la norma abstracta al caso particular, pero sin modificar su texto. Es una actividad exclusivamente racional, que debe realizarse de espaldas a lo valorativo, a las exigencias prácticas o creadoras del derecho como *ars iuris*. Por ello —como lo dirá más tarde Von Ihering en su obra *Espíritu del Derecho Romano*— la interpretación judicial “no aporta nada nuevo. No es sino la sustancia jurídica originaria, aunque explicada”<sup>18</sup>.

Esta nueva orientación de la vida jurídica sólo reconoció capacidad creadora al legislador; el intérprete debía limitarse a la humilde y tediosa tarea de aceptar y aplicar dogmáticamente los textos de la ley. La aplicación de una norma jurídica jamás podía implicar creación o elaboración del derecho; nada nuevo podía decir la sentencia judicial, sino repetir mecánicamente la ley en el caso particular. Así, el método del intérprete era un silogismo deductivo al modo como operaban los matemáticos<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> GUZMAN BRITO, Alejandro, *El juez entre la equidad y la ley: un estudio histórico-dogmático como base para la superación del positivismo*, en RDJ 78 (1981), I, I, p. 8.

<sup>17</sup> Mucho nos ha servido para conocer a fondo los postulados básicos de la exégesis, leer la obra del jurista francés BONNET, Julien, *La Escuela de la Exégesis en el derecho civil*, traducción de la 2ª. edición francesa por José M. Cajica, Jr., Editorial J.M. Cajica, Puebla, 1944. Para apreciar la visión del juez basta leer estas palabras del célebre Montesquieu: “El juez es un ser inanimado que repite las palabras de la ley sin suavizar la fuerza o el vigor”, MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Claridad, Buenos Aires, 1977, p. 184.

<sup>18</sup> IHERING, Rudolf von, *Etudes complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, traduc-

ción del alemán al francés por O. de Meulenaere, Librairie A. Marecq, Aisé, Paris, 1881, tomo III, p. 51. Existe traducción española de esta obra: *El espíritu del Derecho Romano*, trad. E. Príncipe, Librería-Editorial de C. Bailly Bailliere, Madrid, 1891. Entre nosotros, sobre el pensamiento del jurista alemán puede verse: *Ihering y la lucha por el derecho*, en estudios reunidos en la Revista de Ciencias Sociales, Edeval, Valparaíso, 1976-1977.

<sup>19</sup> Sobre la concepción moderna del derecho como ciencia que se debía desarrollar al modo aritmético, mucho se podría decir. Preferimos referir al lector algunas obras que han tratado el tema con claridad y profundidad: ANDREVICENT, Ph. I., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Editorial Gherá, Buenos Aires, 1978; GUZMAN BRITO, A., *Para la historia del*

Por ello, nada más alejado del pensamiento original de Portalis que las conclusiones formuladas más tarde por la exégesis en torno al problema de la interpretación jurídica.

No quisimos citar en el trabajo algunos textos de los más ilustres representantes de la Escuela de la Exégesis, para oponerlos a los textos de Portalis, pero no podemos silenciar —a modo de conclusión— uno de ellos: “Los Códigos —dijo Laurent— no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho”<sup>20</sup>.

El método hermenéutico basado en la exégesis llevó a la ciencia jurídica francesa a una gran esterilidad<sup>20 bis</sup>, y sólo a fines del siglo XIX comenzó una fuerte reacción, llegando incluso a extremos opuestos.

#### IV. CONCLUSION

Creemos que si se hubiera seguido fiel al rico y profundo pensamiento de J.-E.-M. Portalis, se habría evitado caer en los extremos de la más pura exégesis o de la más libre interpretación del derecho.

Portalis fue un jurista acabado que se dio perfecta cuenta de la enorme tradición jurídica que le precedía; no olvidó que sólo era un eslabón en la cadena de la ciencia jurídica universal. Portalis estuvo imbuido en las concepciones jurídicas romanas y medievales, conservando —gracias a ese valioso aporte— una posición rica y creadora respecto de la hermenéutica jurídica. Concibió al derecho como una realidad más completa que la sola norma, pues estaba formado en una larga experiencia histórica, durante la cual lo jurídico había estado libre de las ataduras de la ley<sup>21</sup>.

Aun cuando hoy en día todavía quedan ciertos resabios de la fuerte influencia que tuvo la Escuela de la Exégesis en nuestro estudio y enseñanza del derecho civil<sup>22</sup>, creemos

*derecho subjetivo*, en Anuario de Derecho Administrativo, vol. I, Santiago, 1975-1976, pp. 51-65; MASSINI, C.I., *Notas para la caracterización del pensamiento jurídico moderno*, en Revista de Ciencias Sociales Nº 13, Edeval, Valparaíso, 1978, pp. 1536; *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*, Editorial Ghersi, Buenos Aires, 1987; *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

<sup>20</sup> Citado por BONNECASE en ob. cit., p. 141.

<sup>20 bis</sup> No queremos que se nos mal interprete con esta afirmación. Los principales exponentes de la exégesis francesa, v. gr. Duranton, Aubry y Rau, Demolombe, Troplong, Mercadé, Taulier, Delvincourt, Proudhon, Toullier, Merlin, Maleville, Laurent y otros, realizaron una labor magna. Sus obras constituyen un valioso aporte a la ciencia jurídica moderna y muchos autores, en años recientes, han reconocido los evidentes méritos del trabajo exegético. Tratados como el de Troplong sobre el mandato (TROPLONG, M., *Commentaire du mandat*, Bruxellis, Meline, Cans et Compagnie, 1847) reflejan un estudio y un conocimiento profundos que difícilmente se pueden superar hoy en día. En ellos se contiene —muchas veces— la solución a problemas prácticos que no se encuentran en los manuales más recientes y supuestamente “más científicos”.

<sup>21</sup> Muy ilustrativo a la hora de estudiar la influencia del pensamiento romano clásico en la

formación de Portalis, fue el consultar trabajos de: D'ORS, Alvaro, *El servicio del Derecho Romano a la libertad del jurista*, en Revista de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1969, pp. 9-21; GUZMAN BRITO, Alejandro, *Los orígenes del absolutismo jurídico en el pensamiento de Justiniano*, en Revista de Ciencias Jurídicas Nº 1, Valparaíso, 1971, pp. 69 ss.

<sup>22</sup> Para apreciar la fuerte influencia de la exégesis en la formación de nuestros juristas, basta leer las notas al pie de página de los principales civilistas chilenos del siglo pasado: ROBLES, Lorenzo, *Concordancia de la Teología Moral con el Código Civil en los tratados de justicia, derecho y contratos*, Imprenta Nacional, Santiago, 1863; FABRES, José Clemente, *Instituciones de Derecho Civil chileno*, Imprenta del Universo de G. Helfmann, Valparaíso, 1863; ELIZALDE, Miguel, *Concordancia de los artículos del Código Civil chileno entre sí y con los artículos del Código francés*, Imprenta de la Libertad, Santiago, 1871; SANFUENTE, Victorino, *El Código Civil de la República de Chile*, Imprenta de la Estrella de Chile, de Santiago, 1875; ALFONSO, Paulino, *Explicaciones del Código Civil*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1882; DE ARMAS, José Antonio, *Comentario de siete títulos del Código Civil* (título preliminar y títulos I a VI del Libro I), Impta. La Unión, Santiago, 1886; LATORRE, Enrique, *Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil chileno*, Tomos I y II, Imprenta de los

que ella se bate en retirada y nuevamente los juristas —como Portalis en su época— miran hacia atrás en búsqueda de la profunda riqueza del pensamiento jurídico clásico<sup>23</sup>.

La lectura y el estudio de las enseñanzas de Portalis nos llevan a pensar que actualmente se podría intentar revisar el concepto que tenemos de la ley y de la posición del jurista moderno frente a ella. “Si los antiguos pudieron impedir al juez el recurrir a la equidad ruda —dice Guzmán Brito—, era porque le ofrecían un espléndido sustituto: un derecho —no una ley— producto de discusiones entre juristas que intentaban reflejar, de modo técnico, la adecuación natural de las cosas entre sí”. Hoy en día —decimos nosotros—, ¿qué le podremos ofrecer al juez para superar la exégesis y no caer en la arbitrariedad subjetiva?

Sólo la formación de auténticos hombres de derecho puede ayudar a crear una nueva ciencia jurídica que ayude al juez en su labor de concretar lo justo. La profesión del jurista se centra en el estudio y conocimiento de lo que es justo en cada caso particular y no puede limitarse a la sola explicación del texto legal que le viene impuesto. Sólo si los juristas —y con ellos el intérprete— adquieren un vasto y sólido conocimiento de la técnica jurídica clásica, podrán —con la autoridad propia que otorga el saber jurídico adquirido— superar la fuerte presión que ejerce hoy en día el texto de la ley sobre el mundo del derecho<sup>24</sup>.

Debates, 1888 y 1889; CHACON, Jacinto, *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*, tomos I y II, Imprenta Nacional, 3ª. edición, Santiago, 1890. Nos dice: “*La ley manda, el juez aplica. Como el juez es un simple ejecutor de la ley, cuando ella es clara, por dura que sea, por contraria a equidad que parezca, debe el juez aplicarla, debe siempre juzgar según la ley. En todo caso, vale más someterlos a una regla escrita conocida, aunque dura, que erigir la arbitrariedad en sistema so pretexto de equidad*” (ob. cit., p. 71); AGUIRRE VARGAS, Carlos, *Obras Jurídicas*, Imprenta Gutenberg, Santiago, 1891; VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile comentado y explicado por el autor*, 7 tomos, Imprenta de la Gaceta, Santiago, 1897; Varios autores, *El Código Civil ante la Universidad o sus comentarios por los abogados más célebres del foro chileno*, Imprenta a cargo de Fernando Pontón, Bogotá, 1887; DAVILA IZQUIERDO, Oscar, *Apuntes de Código Civil*, Imprenta L. V. Caldera, Santiago, 1901; BORJA, Luis, *Estudios sobre el Código Civil chileno*, A. Rogers y F. Chernoviz editores, París, 1901; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, 2ª. edición, Edit. Jurídica de Chile; FUENZALIDA, Alejandro, *Los setenta primeros artículos del Libro III del Código Civil*, Librería, imprenta y encuadernación de Guillermo E. Miranda, Santiago, 1904; LOPEZ, Vitalicio, *Razón y fuente de la ley*, Santiago, 1858; PICARTE, Ramón, *Tratado de los principales derechos que consagra el Código Civil chileno*, Imprenta Nacional, Santiago, 1870; D.P.C., *Explicaciones de Código Civil*, tomadas en las clases de los profesores del ramo en la Universidad de Chile, Sres. Cood. Fabres (J.C.), Claro Solar y Fabres (J.F.), Librería del Porvenir, Valparaíso, 1897; *Código Civil de la República de Chile*, precedido por un juicio crítico de don Gumersindo de Azcárate, Establecimiento Tipográfico de García y Caravera, Madrid, 1881; URRUTIA, Leopoldo, *Apuntes de Código Civil*, apuntes de clase toma-

dos por don Oscar Dávila I. y Rafael Cañas, Tercer Año, Imprenta L.V. Caldera, Santiago, 1901.

<sup>23</sup> Acerca de las modernas tendencias en reacción a la Escuela de la Exégesis pueden verse: LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción Gembrenat, Barcelona, 1966; HERNANDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Gráfica Uguina Meléndez Valdés, Madrid, 1971; GENY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1927; COVIELLO, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, traducido por Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica, Editorial México, 1938, pp. 70-102; VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho. Definición y fines del derecho*, tomo I, Eunsa, Pamplona, 1979; RIPERT, Georges, *La Crisis del Derecho*, traducción de Marcelo Cheret, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953; FUEYO, Fernando, *Interpretación y juez*, Universidad de Chile y Centro de Estudios Ratio Iuris, Santiago, 1976; DUCCI, Carlos, *La interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, 2ª. edición.

<sup>24</sup> Siguiendo las enseñanzas del profesor GUZMAN BRITO, sostenemos que la fuerza generadora de una ciencia jurídica que forme a nuestros jóvenes juristas, viene dada por la técnica jurídica clásica. Clásico quiere decir, en efecto, que puede servir de modelo; y ese derecho romano contenido en el *Corpus Iuris Civilis* fue un derecho creado por la autoridad de los juristas y no el impuesto por la voluntad legislativa de los emperadores de los siglos posteriores. Por ello puede y debe servirnos para la formación jurídica y liberadora de nuestros juristas; y no se trata de persistir en instituciones pretéritas que estaban fundadas en un contexto moral y social ya sobrepasado, sino de asimilar un estilo de técnica jurídica y un espíritu de libertad creadora que permita al jurista moderno operar con los datos morales y sociales de hoy, en la determinación de lo justo y de lo injusto.